

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL

(Quarta Série)

1989

 editora
SARAIVA

ISBN 85-02-00525-1

Dados de Catalogação na Publicação (CIP) Internacional
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

M837t
4. Moreira, José Carlos Barbosa, 1931-
Temas de direito processual : quarta série / José Carlos
Barbosa Moreira. — São Paulo : Saraiva, 1989.
Bibliografia.
1. Processo civil - Brasil 2. Processo civil - Pareceres - Brasil
I. Título.
CDU-347.9(81)
88-2220 -347.9(81)(094.98)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito processual civil 347.9(81)
2. Brasil : Pareceres : Direito processual civil
347.9(81)(094.98)
3. Pareceres : Direito processual civil : Brasil
347.9(81)(094.98)

1518

 editora
SARAIVA

Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP: 01139 — Tel.: PABX (011) 826-8422 —
Barra Funda — São Paulo - SP

Distribuidora Saraiva de Livros Ltda.

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 31 — Centro
Fone: (082) 234-4664 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
Fone: (071) 244-0139 — Salvador

BAURU/SÃO PAULO

R. Duque de Caxias, 20 -72
Fone: (0142) 34-5643 — Bauru

DISTRITO FEDERAL

SCLN-102 — Bl. B — Loja 56
Fone: (061) 226-3722 e 223-0783

GOIÁS

Rua Oitenta e Cinco, 322 — Setor Sul
Fone: (062) 225-2882 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua Maracaju, 926 — Centro
Fone: (067) 382-3682 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Célia de Souza, 571 — Sagrada Família
Fone: (031) 461-9962 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Av. Almirante Tamandaré, 933-A — Belém
Fone: (091) 222-9034 e 224-4817

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Nunes Machado, 1577 — Rebouças
Fone: (041) 234-2622 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/RIO GRANDE DO NORTE

Avenida Conde da Boa Vista, 1136 — Boa Vista
Fone: (081) 231-1764 — Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO

Rua Lafayette, 94 — Centro
Fone: (016) 634-0546 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO

Avenida Marechal Rondon, 2231 — Sampaio
Fone: (021) 201-7149 — Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Avenida Chicago, 307 — Floresta
Fone: (0512) 43-2988 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Avenida Marquês de São Vicente, 1697
(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda
Fone: PABX (011) 826-8422 — São Paulo

*Aos meus afilhados da turma de bacharéis de
1983 da Faculdade de Direito da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro, como penhor
de amizade e gratidão.*

ÍNDICE GERAL

1. Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: Direito Processual Civil	1
2. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo	11
3. Dimensiones sociales del proceso civil	23
4. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos	35
5. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo	45
6. Sobre a "participação" do juiz no processo civil	53
7. La igualdad de las partes en el proceso civil	67
8. Sobre pressupostos processuais	83
9. A competência como questão preliminar e como questão de mérito	95
10. Saneamento do processo e audiência preliminar	105
Parte I — Apresentação do problema	105
1. O procedimento-padrão e sua complexidade	105
2. Considerações de política legislativa sugeridas pelo problema	106
3. Delimitação do campo deste trabalho	107
Parte II — Possibilidades de solução	109
1. Dois modos de tratar o problema: o método "concentrado" e o método "difuso"	109
2. O método "difuso"	110
3. O método "concentrado": generalidades	111
4. As técnicas do método "concentrado": escrita e oral	111
Parte III — Exame de alguns modelos concretos:	
a) Técnica escrita	112
1. Direito português	112
2. Direito brasileiro	114
3. Confronto entre os dois ordenamentos	117
4. O projeto paraguaio	118

Parte IV — Exame de alguns modelos concretos:	
b) Técnica oral	120
1. Direito austríaco	120
2. Direito alemão	123
3. Projetos latinos	124
4. A reforma argentina	127
5. A reforma espanhola	128
Parte V — Apreciação crítica	130
1. Tendência moderna ao predomínio do método “concentrado”	130
2. As funções do ato específico (ou da série de atos específicos)	132
3. Significação do ato específico (ou da série de atos específicos) à luz de alguns princípios processuais	133
4. Confronto entre os dois modelos básicos (o oral e o escrito) do método “concentrado”	135
5. Condições do funcionamento eficaz do método “concentrado”	138
6. Como criar essas condições	141
11. Alguns problemas atuais da prova civil	145
12. La collaboration des tiers dans l'activité d'instruction	163
13. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema	175
14. Eficácia da sentença de interdição por alienação mental	185
15. Publicité et secret du délibéré dans la Justice brésilienne	193
16. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória	205
17. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais	215
Primeira Parte — Os princípios teóricos	215
1. O postulado da “maior coincidência possível”	215
2. Reflexos do postulado em matéria de execução de sentenças: delimitação do campo de estudo	216
3. Os vários tipos de execução	218
4. Possibilidade de conversão	219
Segunda Parte — Limites à atuação do postulado da “maior coincidência possível”	221
1. Espécies de limites	221
2. Limites queridos pelo ordenamento	222
3. Limites não queridos pelo ordenamento	223

Terceira Parte — A reação do ordenamento diante dos limites não queridos	225
1. Espécies de reação	225
2. As reações tendentes à superação dos limites	226
Quarta Parte — Apreciação crítica e discussão de alguns problemas específicos	234
1. Situação geral do direito latino-americano	234
2. Alguns pontos específicos	235
3. Tendência a ampliar o âmbito da execução específica ..	236
4. Medidas coercitivas	237
5. Conseqüências do descumprimento de ordens judiciais ..	238
6. Perspectivas	240
18. Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros	243
I — Visão panorâmica da situação atual	245
1. Tendência à facilitação da extensão internacional dos efeitos das sentenças	245
2. Dificuldades e perspectivas	246
II — Os “mecanismos restritivos” da extensão internacional dos efeitos das sentenças	248
1. Existência de “mecanismos restritivos”	248
2. Preexclusão da possibilidade de levar em conta a sentença estrangeira	248
3. Estabelecimento de requisitos a serem satisfeitos pelo processo realizado no país estrangeiro e pela sentença nele proferida	250
4. Disciplina do modo pelo qual o interessado pode invocar a sentença estrangeira	254
III — Possibilidades de abolição ou atenuação dos “mecanismos restritivos”	257
1. Importância dos fatores políticos	257
2. A exigência de tratado ou convenção	257
3. O requisito da reciprocidade	258
4. Distinções atinentes às espécies de sentenças	261
5. Equiparação de decisões de órgãos não judiciais a sentenças ..	262
6. A cláusula da “ordem pública” (ou análoga)	263

7. A questão da "preferência pela jurisdição nacional"	265
8. O problema da competência da Justiça estrangeira	266
9. O exame da regularidade da citação e da possibilidade de defesa	270
10. A situação jurídica da sentença estrangeira	272
11. O modo de fazer valer a sentença estrangeira	274
12. A questão da competência para examinar a sentença estrangeira	276
13. Limitação dos poderes da Justiça do Estado de "importação"	277
IV — Laudos arbitrais estrangeiros	279
1. Considerações gerais	279
2. A questão prévia de qualificação	280
3. Equiparação do laudo arbitral estrangeiro à sentença estrangeira. Conseqüências	281
V — O papel dos tratados e convenções	284
VI — Conclusões gerais	288
19. Medida cautelar liminarmente concedida e omissão do requerente em propor a tempo a ação principal	291
20. Le juge brésilien et le droit étranger	299
Apêndice — Presença de Couture	315
Índice onomástico	323
Índice alfabético-remissivo	327

OS TEMAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO BRASILEIRO NOS ANOS 80: DIREITO PROCESSUAL CIVIL *

1. Em trabalho escrito há cerca de dois anos, pareceu-nos possível resumir em três lemas as "tendências contemporâneas do Direito Processual Civil"¹, captadas numa perspectiva comparatística, abrangente ao menos do conjunto dos ordenamentos que compõem — como o brasileiro — a "família romano-germânica". Pusemos em relevo, antes de tudo, o deslocamento da tônica, nas preocupações da doutrina, da elaboração conceptual e da construção sistemática — predominantes ao longo de um século, desde os albores do movimento de afirmação científica do direito processual como disciplina autônoma, em meados da centúria anterior, até há uma ou duas décadas —, para os problemas relacionados com a melhor realização prática da função do processo, ou, se se preferir, com a "efetividade" deste. Salientamos também a transmigração do direito processual, de uma atmosfera ideologicamente impregnada do liberalismo individualista, sob cujo primado se cumpriu a maior parte do seu próprio processo de maturação como ciência, para um ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social, com a conseqüente necessidade de novas formas de tutela, para o trato de situações mais ou menos distanciadas dos esquemas clássicos de contraposição entre um credor e um devedor, e com a tomada de consciência de que os litígios interindividuais assumem, eles mesmos, quando convertidos em objeto da atividade judicial, uma dimensão que transcende a esfera privada dos litigantes e passa a pôr em jogo interesse e valores peculiares à comunidade. Acentuamos, enfim, o impacto, no mundo processual, da sempre crescente importância das relações internacionais em nosso tempo, a refletir-se em fenômenos como o da facilitação

* Publicado no volume comemorativo do 50.º aniversário da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 47.

1. A expressão aspeada é o título de artigo nosso, destinado ao volume em homenagem a PEDRO CALMON e publicado também na coletânea *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, São Paulo, 1984, p. 1 e s., à qual remetemos o leitor.

do reconhecimento de sentenças alienígenas e da cooperação entre as Justiças de países diferentes, ou como o da equiparação do direito estrangeiro ao brasileiro, no que concerne ao tratamento processual (submissão ao princípio *iura novit curia*; controlabilidade, em termos iguais, da solução dada à *quaestio iuris*). Daí haveremos sintetizado as linhas de força nesta tríade: “do abstrato ao concreto”; “do individual ao social”; “do nacional ao internacional”.

Caberia *grosso modo* em semelhante esquema, ao nosso ver, a identificação dos temas fundamentais do direito processual civil pátrio nos anos 80. Mas é claro que se fazem necessárias algumas especificações; e, antes de mais nada, uma ressalva capital. Ao que tudo indica, a segunda metade do decênio, ou pelo menos boa parte dela, será assinalada pela reordenação institucional do País. Afigura-se iminente a feitura de nova Carta Política. Não é arriscado vaticinar o advento de mudanças importantes, mas seria temerário conjecturar em que medida elas repercutirão no campo de que estamos cuidando. Bem se concebe que a temática emergente da reforma acarrete uma alteração sensível de perspectivas. Nas atuais circunstâncias, qualquer prognóstico teria valor intuitivamente limitado.

2. A ciência processual brasileira recebeu da Europa continental, em máxima parte, os elementos com que tem projetado e erguido suas construções. Essa marca é visível na doutrina e na legislação dos últimos tempos. Exibe-a, nítida, o Código de 1973². É natural que os trabalhos de elaboração dogmática em nosso país hajam retratado, ao fluir dos anos, várias das principais vicissitudes da processualística europeia — sobretudo, a partir de certa época, da italiana. O próprio fato de valerem para o direito brasileiro as “divisas” em que procuramos condensar as diretrizes da evolução do direito processual, em nossos dias, a bem dizer espelha, em considerável extensão, a constante influência dos modelos estrangeiros, em que é clara a evolução nos termos expostos.

O fenômeno, que provavelmente perdurará, não implica “alienação”, nem impede que a doutrina pátria se mantenha atenta à problemática normativa nacional, embora no respectivo trato costume valer-se de subsídios da ciência europeia, o que bem se compreenderá se se tiver em mente que as inovações legislativas vêm resultando, as mais das vezes, de “importações”. Como não podia deixar de acontecer, o advento do Código em vigor atraiu o olhar dos estudiosos, de preferência, para os pontos em que o novo modelo se afastou do antigo. Se em alguns casos o interesse parece haver-se

2. *Vide*, ao propósito, BARBOSA MOREIRA, Quelques aspects de la procédure civile brésilienne et de ses rapports avec d'autres systèmes juridiques, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1982, n.º 4, ou in *Temas (Terceira Série)*, cit., p. 15 e s.

esvaído em tempo relativamente pequeno³, noutros, ao contrário, foi preciso aguardar vários anos para que começassem a amadurecer os frutos da reflexão doutrinária: assim, por exemplo, a despeito da frequência com que a prática judiciária se vê chamada a manejá-los, institutos como a denunciação da lide e o litisconsórcio apenas nesta década chegaram a suscitar monografias de maior peso⁴. O mesmo ocorreu com outra novidade teoricamente importante, mas de escassa aplicação no cotidiano forense: a execução por quantia certa contra devedor insolvente⁵.

No confronto entre o Código atual e o precedente, o setor relativo à prova está decerto entre aqueles em que mais forte preocupação se nota de reformular a disciplina, antes de tudo pela concentração, na lei processual, de todo o direito probatório, antes repartido com leis substantivas, notadamente com o Código Civil⁶. Os comentadores e os autores de obras sistemáticas têm sublinhado os principais aspectos dessa reformulação; a problemática, riquíssima, permanece contudo muito longe do aprofundamento que reclama o seu superlativo interesse teórico e prático. Surpreende, por exemplo, que ainda não haja surgido escrito de maior fôlego sobre o tema das chamadas provas atípicas, a que faz expressa menção o art. 332 do Código de 1973: em torno dele se levantam questões variadíssimas, a cujo respeito, noutros países, se têm feito correr rios de tinta — sobremaneira caudalosos, acrescente-se, na área confinante (ou, talvez, comum em parte) dos meios probatórios ilegítimamente adquiridos, assunto entre nós já versado em sede monográfica, num de seus “pontos sensíveis”, no campo do processo penal⁷, mas que não mereceu, até agora, desvelo análogo por

3. O chamado “recurso adesivo”, v.g., após ter sido objeto, num primeiro momento, de valiosos trabalhos monográficos (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*, São Paulo, 1973; 2.ª ed., 1977; CARLOS SILVEIRA NORONHA, *Do recurso adesivo*, Rio de Janeiro, 1974; PAULO CEZAR ARAGÃO, *Recurso adesivo*, São Paulo, 1974), veio a ficar, ultimamente, aos exclusivos cuidados dos comentários e das exposições sistemáticas do nosso processo civil.

4. Sobre a primeira: AROLDI PLÍNIO GONÇALVES, *Da denunciação da lide*, Rio de Janeiro, 1983; MILTON FLAKS, *Denunciação da lide*, Rio de Janeiro, 1984. Acerca do segundo: MATHIAS LAMBAUER, *Do litisconsórcio necessário*, São Paulo, 1982; CÂNDIDO DINAMARCO, *Litisconsórcio*, São Paulo, 1984.

5. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *A insolvência civil*, Rio de Janeiro, 1.ª ed., 1980; 2.ª ed., 1984.

6. É de estranhar que o projeto de novo Código Civil (n.º 634-B, de 1975), já aprovado pela Câmara dos Deputados, queira dar marcha à ré, incluindo, no Título V do Livro III, uma série de disposições — aliás, fragmentárias e, aqui e ali, positivamente infelizes — a respeito da matéria.

7. ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Liberdades públicas e processo penal — As interceptações telefônicas*, São Paulo, 2.ª ed., 1982.

parte da doutrina do processo civil, conquanto de modo nenhum estranho à jurisprudência⁸. Complexa, delicada, multifária, essa temática não será das que mais se prestem a rápido consenso; a julgar pelo que vem acontecendo alhures, fluxos e refluxos se sucederão antes que se atinja o ponto de equilíbrio.

Quase toda a matéria relativa à prova, aliás, tem enorme potencial polêmico, e não constitui imprudência profetizar que, mais cedo ou mais tarde, vários de seus tópicos assomarão ao proscênio doutrinário. Muito há que investigar, por exemplo, sobre a medida em que se pode tornar flexível, em razão de peculiaridades da matéria litigiosa, o regime da distribuição do *onus probandi* estabelecido no art. 333; sobre as funções e o tratamento processual das “regras de experiência” mencionadas no art. 335; sobre o conteúdo e os limites do dever de informação atribuído aos terceiros pelo art. 341, n.º 1; sobre a eficácia da confissão, e assim por diante — para não falarmos dos próprios princípios fundamentais que inspiram a atividade de instrução, e que em certos ângulos sempre assegurarão espaço livre ao torneio de filosofias contrastantes: tudo indica, *v.g.*, que jamais cessará por completo o debate referente à extensão dos poderes instrutórios exercitáveis *ex officio* pelo juiz, o qual, antes de refletir diferenças de interpretação do *ius positum*, denota verdadeira oposição, dificilmente redutível, de atitudes mentais⁹. É de esperar que, mais dia, menos dia, se proceda a novo mapeamento de todo esse vasto e rico território¹⁰.

Outra província em que sobra área para futuras (e imprescindíveis) explorações é a da coisa julgada. Sem dúvida se trata de assunto “clássico”,

8. Sem excetuar a do Supremo Tribunal Federal: *vide* os acórdãos de 11-11-1977, Recurso Extraordinário n.º 85.439, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 84, p. 609, e de 28-6-1984, Recurso Extraordinário n.º 100.094, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 110, p. 798.

9. Comprova-o o fato de que, a partir do mesmo texto, se pode chegar a conclusões divergentes: na República Federal da Alemanha, enquanto a maior parte da doutrina permanece fiel à afirmação do primado da *Verhandlungsmaxime* (isto é, do princípio que subordina à iniciativa das partes a utilização dos meios de prova), uma corrente expressiva, conquanto minoritária, entende que, a rigor, a *Zivilprozessordnung*, tal como vigora, já abandonou aquela diretriz: assim, por exemplo, BOMSDORF, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlim, 1971, p. 278 e s.; ZETTEL, *Der Beibringungsgrundsatz*, Berlim, 1977, p. 140 e s.; WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstadt, 1978, p. 97 e s.

10. Começara a empreendê-lo, com louvável (ainda que nem sempre inteiramente bem-sucedido) esforço de atualização, AMARAL SANTOS, com a 5.ª edição (da qual só se publicaram dois volumes — São Paulo, 1983) de sua alentada obra *Prova judiciária no cível e no comercial*. Seria pena que o óbito do autor pusesse termo definitivo (e prematuro) ao cometimento, que está a exigir continuador.

sobre o qual não faltam contribuições na literatura nacional. O Código em vigor, todavia, favoreceu a abertura de perspectivas até aqui deixadas na sombra; e algumas delas vêm ganhando feição extremamente atual por sua estreita correlação com problemas assíduos na ordem do dia. Tópico, *v.g.*, como o dos limites subjetivos da *res iudicata* não é, à evidência, dos que se possam esgotar em comentários ao texto legal ou em artigos de revistas: urge enfrentá-lo em plano mais compatível com sua gravidade¹¹.

3. Se os temas até agora inventariados, afinal de contas, têm quase todos predominante aspecto “técnico”, junto deles se enfileiraram outros de fisionomia mais fortemente vinculada pela enorme relevância para o atendimento de necessidades práticas que se tornam agudas em nossa época. Aqui encontra lugar de primeiro realce tudo que diz respeito à simplificação e à aceleração da atividade judicial, pré-requisitos essenciais de um processo “efetivo”. Não há discutir que a respectiva satisfação depende em grande parte de fatores estranhos à ciência do direito processual e antes relacionados com a organização judiciária, com a infra-estrutura administrativa da Justiça e de instituições auxiliares, com o aparelhamento tecnológico de juízos e tribunais, com a preparação técnica e (*last but not least*) a mentalidade de juízes, advogados, membros do Ministério Público, funcionários e serventuários, para não aludirmos aos próprios litigantes, cujo comportamento pessoal tantas vezes influi, de modo decisivo, no desenrolar do pleito.

Remanesce a quota, que não é pequena, do processo mesmo. Não obstante a carência de estatísticas, que dificulta um levantamento com bases rigorosamente objetivas, há pontos de estrangulamento bem conhecidos. A prova pericial, por exemplo, em regra, é causa de retardamento pouco justificável: consoante se previa, a sistemática do Código, em muitas comarcas, não vem passando de letra morta, em parte por dificuldades óbvias de execução, em parte pela força da inércia que, com certa frequência, faz prevalecer, *contra legem*, a tradição sobre a inovação; assim, na prática, as coisas continuaram a suceder mais ou menos como sucediam sob o Código anterior, com três perícias autônomas e sucessivas, duas a

11. A questão dos limites subjetivos da coisa julgada constitui notoriamente, entre outras coisas, um dos “pontos sensíveis” da problemática da tutela dos denominados “interesses coletivos” ou “difusos”, a cujo respeito se falará mais adiante (*infra*, n.º 4). Também neste tópico passou à frente a doutrina processual penal, e igualmente por obra de ADA PELLEGRINI GRINOVER, com a monografia *Eficácia e autoridade da sentença penal*, São Paulo, 1978 — valha o registro, independentemente do juízo que cada qual haja de fazer acerca das teses aí sustentadas pela escritora.

cargo dos assistentes técnicos de cada litigante, a terceira a cargo do perito, designado pelo juiz, e "único" em sentido diferente do que a lei quis consagrar — no sentido de que só ao seu laudo, na imensa maioria dos casos, dá alguma atenção o órgão judicial, degradada a atuação dos assistentes técnicos a puro e simples desperdício de tempo, energia e dinheiro. Eis aí, ao nosso ver, um problema que desafia, com grande urgência, a imaginação dos estudiosos.

Nó que igualmente elama por desate é o procedimento sumaríssimo, para cujo mau êxito, sobretudo nas cidades de mais intenso movimento forense, notoriamente concorrem as sérias imperfeições da disciplina legal e a falta de condições, na realidade judiciária, para a aplicação concreta do próprio modelo, defeituoso embora, que o legislador forjou. Vem o assunto constituindo objeto permanente de preocupações em quase todos os congressos, simpósios, ciclos de estudos, mesas redondas e eventos congêneres, ordenados à avaliação do nosso processo civil; e a esta altura já se conta com sugestões bastante numerosas, e baseadas numa experiência suficientemente larga, para permitir opção segura de reforma. O problema está maduro para passar do plano da cogitação ao da execução; a segunda metade da década não pode deixar de incluí-lo em seu programa prioritário.

Tema conexo é o da criação de órgãos específicos para o julgamento de "pequenas causas", mediante procedimento rápido e informal. Nesse campo não parece fácil promover o consenso: há quem rejeite a idéia mesma da diferenciação, vista como antidemocrática na medida em que entregaria a sorte dos litígios de menor expressão econômica a uma "Justiça de segunda classe". O legislador federal, entretanto, no particular já optou: sobre a matéria dispôs a Lei n.º 7.244, de 7-11-1984, cabendo agora às unidades federadas a implementação do sistema, aliás experimentado em algumas, antes mesmo da consagração legislativa, com resultados que se consideram, em boa extensão, positivos. Urge, por outro lado, que a doutrina se debruce sobre as questões que o novo texto suscita, a fim de ministrar orientação correta e segura, nos pontos delicados (e não são poucos), aos aplicadores da lei.

Outro atoleiro tradicional é a execução, sobretudo a de condenação pecuniária, cujo roteiro sinuoso e acidentado sempre constituiu reduto por excelência do tumulto e da chicana. O fato está longe de ser peculiar ao Brasil: não foi por acaso que a Associação Internacional de Direito Processual escolheu o tema para objeto de estudo na sua próxima reunião, a realizar-se em Lund (Suécia), em junho deste ano. Tão baixa é a "efetividade" desse tipo de processo, em regra, que a precisão de recorrer a ele, após a sentença condenatória, reduz não raro a uma autêntica vitória de

Pirro o desfecho favorável do processo de conhecimento. A generalização da correção monetária para as dívidas de dinheiro, preconizada como expediente capaz de desestimular injustas resistências por parte de devedores maliciosos, e consagrada pela Lei n.º 6.899, de 8-4-1981, terá trazido algum desafogo, mas não parece capaz de dar ao mal solução satisfatória, enquanto, por outro lado, lança às vezes a barra longe demais, tornando irremediáveis situações que, à luz da equidade, mereceriam tratamento menos draconiano. Também os problemas da execução pedem um esforço particularmente intenso da imaginação dos juristas; e, se é mesmo verdade, conforme sugerem dados inequívocos, que as dificuldades, em certa medida, são conaturais a estruturas inalteráveis (ou só insuficientemente alteráveis) dessa figura processual, então que se explorem com maior diligência as possibilidades alternativas, desde as medidas de coerção, ainda timidamente contempladas no *ius positum*, até formas eficazes de tutela preventiva, de que temos exemplares preciosos no campo das relações publicísticas¹², mas franciscana pobreza no dos litígios entre particulares¹³.

A disfunção do processo satisfativo, como é óbvio, faz vicejar uma farmacopéia de emergência, com que se procura acudir a manifestações agudas de carência de tutela. Desde o advento do Código de 1973, que, a despeito de numerosos senões, deu à matéria tratamento condigno, vem-se assistindo entre nós a uma exuberante floração do processo cautelar. O fenômeno, ao nosso ver, é ambivalente: tem algo de crescimento e outro tanto de inchaço. Provavelmente não se correria com tamanha afoiteza atrás de medidas cautelares — e em particular das ditas "inominadas" —, se a jurisdição comum se mostrasse apta a ocupar devidamente todos os espaços que, por natureza, lhe competem¹⁴. Rejubilemo-nos, em todo caso, com os tentos lavrados no domínio científico, dos quais dá testemunho o

12. Notadamente, no âmbito civil, o mandado de segurança, tema que não surpreende conserve permanente atualidade: vide, na literatura processual mais recente, MILTON FLAUS, *Mandado de segurança — Pressupostos da impetração*, Rio de Janeiro, 1980; MOURA ROCHA, *Mandado de segurança — A defesa dos direitos individuais*, Rio de Janeiro, 1982; além das sucessivas reedições de obras anteriores, como a de CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1984.

13. Ao propósito, BARBOSA MOREIRA, *Tutela sancionatória e tutela preventiva, in Temas de Direito Processual (Segunda Série)*, São Paulo, 1980, p. 21 e s.

14. Anomalias semelhantes têm sido denunciadas noutros países: quanto aos "provvedimenti d'urgenza", na Itália, vide, recentemente, LIEBMAN, *Per un nuovo codice di procedura civile, in Riv. di dir. proc.*, v. XXXVII, 1982, p. 28. Cf., na doutrina pátria, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XI, Porto Alegre, 1985, p. 7 e s., e, em termos específicos sobre as "cautelares inominadas", p. 95 e s.

alto nível dos comentários e de obras especializadas que se têm publicado sobre essa parte do Código, e que já fazem do processo cautelar, sem sombra de dúvida, um dos temas fundamentais do direito processual civil brasileiro nos anos 80¹⁵.

4. A crescente pressão do "social" no mundo do processo impele-o ao reajuste dos instrumentos de tutela, ou ao fabrico de novos, para atender de modo conveniente a interesses, de relevância cada vez maior, que ultrapassam o nível individual para entender com a vida de comunidades às vezes amplíssimas. De alguns anos para cá, vem exercendo atração sobre muitos a problemática referente à proteção jurisdicional desses interesses, ditos "coletivos" ou "difusos"¹⁶, que para nós se caracterizam pela pertinência a uma série indeterminada (e praticamente indeterminável) de sujeitos e pela indivisibilidade do objeto, com a conseqüente comunhão de destino dos titulares, tal que a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade; por exemplo, interesses relacionados com a defesa do meio ambiente, ligados a valores culturais e espirituais, orientados para a "proteção do consumidor"... Institutos não tão recentes, como a ação popular, têm sido revistos e redimensionados à luz dessas idéias; e já atingem a área legislativa: os esforços para alargar as possibilidades de tutela, consoante atesta o Projeto de lei n.º 3.034, de 1984, que visa a disciplinar as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos, dilatando a legitimação ativa *ad causam* — da qual passarão a gozar, além do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios e outras entidades administrativas, as associações civis que, constituídas há pelo menos seis meses, incluam entre seus fins institucionais a proteção dos referidos interesses¹⁷.

15. Para nos cingirmos — fiéis ao título do presente escrito — aos frutos da presente década, mencionem-se: GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. I, 1.ª ed., 1980; 2.ª ed., 1981; CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. X, t. I, São Paulo, 1984; Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *ob. cit.*, em a nota anterior.

16. Sobre a terminologia, ainda muito oscilante, *vide* BARBOSA MOREIRA, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, in *Temas (Terceira Série)*, cit., p. 193, nota 1.

17. O projeto está publicado no volume *A tutela dos interesses difusos*, sob a coordenação de ADA PELLEGRINI GRINOVER, São Paulo, 1984, p. 189 e s. Na "Justificação" (p. 192-6), esclarece-se a origem do texto, elaborado pela coordenadora do volume e por outros processualistas (CÂNDIDO DINAMARCO, KAZUO WATANABE, WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR), com aproveitamento de sugestões de vária procedência.

Há, porém, outra vertente do fenômeno social no processo, para a qual ainda não se mobilizou, com a desejável intensidade, a atenção dos estudiosos. Aludimos ao problema do acesso à Justiça, e em particular à necessidade de facilitá-lo para as camadas menos favorecidas da população. Que o direito de ação é teoricamente assegurado em termos iguais a todos os membros da comunidade, ninguém o ignora; como tampouco existe quem não se advirta das formidáveis diferenças que os desníveis econômicos, sociais e culturais acarretam quanto às possibilidades práticas do respectivo exercício *in concreto*. A moderna concepção do direito — do processual e de qualquer outro — já não se satisfaz com a garantia da igualdade formal: aponta na direção de uma igualdade, tanto quanto possível, real.

Nessa problemática, embora longe de ser o único, é sem dúvida central o tema da assistência judiciária aos necessitados. Imposição constitucional (Carta da República, art. 153, § 32), nem por isso ela se situa, entre nós, em nível de efetividade condizente com as exigências mínimas de uma sociedade que se quer humana. Sob disciplina legal tecnicamente defeituosa (Lei n.º 1.060, de 5-2-1950), sem apoio em estruturas fortes, à míngua de recursos financeiros, funcionam quase sempre de modo precário, a despeito da boa vontade e do zelo admirável de tantos, as instituições incumbidas do encargo. Se mesmo hoje o desempenho já fica a larga distância do razoável, só poderá piorar a situação, a não ser que se acorra com presteza, à medida que o progresso da informação jurídica e o abrandamento da carga repressiva na atmosfera política incentivarem uma demanda até agora, em grande parte, contida. Trata-se de desafio que não se pode deixar sem resposta, e urgente.

5. No terreno das relações internacionais, enfim, é de esperar que a pauta dos anos 80 reserve ainda lugar de grande relevo a toda sorte de esforços no sentido de maior aproximação entre os países latino-americanos, mormente se, conforme se espera, produzir frutos duradouros a onda de redemocratização que ora se espraia pela América do Sul. Ao direito processual tocará, em semelhante perspectiva, uma preocupação específica. Subscreveu o Brasil a Convenção Interamericana sobre cartas rogatórias (Panamá, 30-11-1975), com Protocolo Adicional assinado em Montevidéu, em 8-5-1979, e a Convenção Interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros (Montevidéu, 8-5-1979). Até a presente data, contudo, não foram ratificados esses dois atos, de notável importância, nem se conhecem razões de peso que justifiquem o retardamento.

Permanecerá por muito tempo o País, no particular, em constrangedor atraso perante a comunidade das nações do hemisfério? Eis aí outro tema que certamente merece o nosso cuidado. Aos que nos interessamos pelas coisas do processo incumbe estimular, pelos meios ao nosso alcance, a atuação dos órgãos competentes. De nossa parte, aqui fica o brado de alerta.

Fevereiro de 1985.

SOBRE A MULTIPLICIDADE DE PERSPECTIVAS NO ESTUDO DO PROCESSO *

1. O processo foi durante longo tempo (e em boa medida continua a ser) estudado em perspectiva predominantemente, senão exclusivamente, técnico-jurídica. Era um fenômeno inevitável. Para começar, tendo alcançado — em época relativamente recente — a maioridade científica, o direito processual não podia deixar de encarar como tarefa prioritária a construção de edifício dogmático próprio, sobre fundamentos sólidos. Sua maturação, ademais, coincidiu historicamente, em grande parte, com o período de florescimento e dominação do positivismo jurídico, e seria de surpreender que os processualistas, ainda os mais distantes, no plano filosófico, dos postulados positivistas, permanecessem imunes à pressão de uma voga que lhes solicitava a atenção, antes e acima de tudo, para a análise da rede normativa e para a extração de conclusões sistemáticas — operações a serem efetuadas, naturalmente, com o instrumental clássico do conceptualismo.

Importa acrescentar que, vistas as coisas por certo ângulo, as exigências de ordem técnica parecem mais conaturais ao processo que à maioria das outras manifestações da vida do direito. Trata-se, com efeito, de atividade realizada, por assim dizer, *intra muros*, em grande parte a cargo de pessoas nas quais se presumem conhecimentos especializados, e sob a aparência de um ritual capaz de atingir níveis extremos de requinte. O homem comum normalmente se casa, abre contas bancárias, contrai empréstimos, aluga ou compra um imóvel para instalar a família, paga impostos ou tarifas de serviços públicos, sem sentir, a não ser em momentos ou sob circunstâncias muito particulares, a necessidade imperiosa de adquirir previamente tal ou qual habilitação técnica para a prática desses atos

* Trabalho destinado ao volume do Anuário do Instituto de Direito Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de Carabobo (Venezuela), comemorativo do 50.º aniversário da morte de CHIOVENDA, e publicado na *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 56, na *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 1, na *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 3, e na *Revista de Processo*, v. 49.

jurídicos; participar de um processo, todavia, aparece quase sempre aos seus olhos como empreendimento a que só os "iniciados" podem atrever-se de coração leve.

2. A fervorosa aplicação com que a doutrina processual, a partir da segunda metade do século passado, se lançou à tarefa de elaboração dogmática — a princípio, sobretudo na Alemanha, depois também na Itália e, mais recentemente, na generalidade dos países de tradição romano-germânica — produziu resultados de manifesta imponência. Esse ramo da ciência jurídica viu-se dotado de uma estrutura conceptual e sistemática de modo nenhum inferior, em coesão lógica e refinamento, a outras que contavam, por trás de si, com o trabalho acumulado e ininterrupto de séculos.

Semelhante realização teve, em si mesma, valor indiscutível. Na verdade, o processo é e será sempre, de certo ponto de vista, um mecanismo técnico, que só em termos técnicos pode ser explicado. Não há meios, senão os técnicos, de identificar e distinguir com precisão as inúmeras peças que o compõem e de descrever o modo pelo qual se movimentam. Determinado grau de apuro técnico é imprescindível à criação de uma linguagem comum, cujo emprego permita aos estudiosos o entendimento recíproco e a transmissão de experiências, sem a qual não se concebe progresso em setor algum do conhecimento humano. Uma técnica esmerada constitui, em regra, penhor de segurança na condução de qualquer pesquisa científica, e não há supor que o direito processual faça aqui exceção. A necessidade de dominá-la geralmente desencoraja, com mais vigor que alhures, aventureiros despreparados e diletantes frívolos, de cujas incursões têm sido vítimas freqüentes, com lamentáveis resultados, outras áreas do universo jurídico.

Nenhum cultor sério do direito processual pode ignorar essas realidades. Nenhum deve menoscabar o instrumento que serviu à edificação da nossa ciência, nem o labor dos que, manejando-o com engenho e arte, nos legaram obra de tão majestosas proporções. Nenhum, a rigor, está sequer autorizado a desinteressar-se *ad futurum* da sorte da técnica: primeiro, porque, conforme revela, infelizmente, a observação do dia-a-dia forense, mesmo algumas de suas mais elementares imposições parecem não haver sido ainda assimiladas por todos aqueles que, em razão do ofício — juízes, advogados, membro do Ministério Público —, dela se supõe que hajam de fazer uso constante; além disso, porque não existe construção científica que se possa dizer definitivamente concluída, e na do processo há decerto lugar para boa quantidade de retoques e acabamentos, quando não de reformas substanciais ou de restaurações mais ou menos extensas.

3. Dito isso, faz-se mister acrescentar que a realidade do processo — como a de qualquer outro instituto jurídico — está longe de deixar-se apreender de maneira exhaustiva por mirada puramente técnica¹. Antes de mais nada, é incompleto o próprio retrato que esta nos pode fornecer do aparelho processual e de seu movimento. O técnico do direito, ao descrever o processo, vale-se essencialmente de normas, legais (*lato sensu*) ou costumeiras que sejam; junta a esses os dados que lhe ministra a jurisprudência sobre questões controvertidas ou controvertíveis; e confronta seus raciocínios e conclusões com os de outros técnicos do direito que se hajam dedicado a igual empresa. Na prática dos juízos, porém, viceja toda uma congêrie de praxes, de rotinas burocráticas, de modos de agir, que, sem chegarem a caracterizar-se como manifestações de direito consuetudinário, se insinuam nos interstícios do ordenamento "oficial", complementando-o — ou, às vezes, deformando-o. Muitos deles expressam inclinações pessoais dos sujeitos do processo, notadamente dos juízes, a quem incumbe a respectiva direção, mas também de outros agentes, como certos auxiliares do juízo, cujo papel, mais modesto na aparência, não exclui, olhadas as coisas de perto, o exercício de uma influência nada desprezível. Essas orientações "informais", porque as mais das vezes aceitas sem objeção, não costumam tornar-se objeto de controle específico por parte dos tribunais superiores, e de balde se folhearão os repertórios de jurisprudência no afã de encontrar pronunciamentos que lhes digam respeito. Nem por isso é menor a sua importância: elas imprimem, em alguns casos, marcas muito fortes na fisionomia do pleito. Não há dois órgãos judiciais que processem de modo rigorosamente idêntico, em todos os pormenores, ainda as causas cujas características guardem entre si a mais perfeita analogia, e por maior que seja o empenho dos juízes em observar estrita fidelidade à disciplina legal aplicável. Semelhantes fenômenos escapam, geralmente, à cogitação dos juristas técnicos, que deles nem sempre se advertem, ou preferem desprezá-los, talvez pela resistência que eles opõem aos métodos usuais de sistematização.

Há, em seguida, as disfunções do mecanismo processual. No cotidiano forense, nem sempre as coisas se passam como quer o ordenamento; ou, melhor dizendo, quase nunca se passam com aderência absoluta ao modelo por ele traçado. O art. 281 do Código de Processo Civil brasileiro determina que, no procedimento sumaríssimo, "todos os atos, desde a propositura da ação até a sentença", se realizem dentro de 90 dias. Mesmo

1. A tomada de consciência dessa realidade traz importante contribuição, na recente doutrina pátria, CÂNDIDO DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, 1987, *passim*.

na falta de estatísticas oficiais, não há quem ignore que o prazo só é respeitado numa percentagem ínfima de casos — e talvez essa afirmação ainda peque por excesso de otimismo. . . A técnica, sozinha, não informa o jurista de tais desvios; e, ainda quando, por notórios, eles se imponham à sua percepção, não lhe é dado, com os métodos próprios da hermenêutica e da dogmática, descobrir-lhes as causas nem atinar com os remédios hábeis para corrigi-los.

Em perspectiva de *lege ferenda*, a técnica sem dúvida tem sua relevância, na medida em que é capaz de revelar no ordenamento vigente a existência de lacunas, de obscuridades, de repetições ou contradições, de dispositivos mal situados ou mal estruturados — enfim, de toda uma série de defeitos que dificultam ou impedem a aplicação profícua das normas —, e bem assim de sugerir formulações mais corretas e mais claras. Não é préstimo de pouca monta; mas está longe de ser tudo. A ambição das reformas legislativas ultrapassa, com frequência, o plano em que se inscrevem melhoramentos do tipo indicado: muitas vezes o que se quer é introduzir modificações substanciais, alterar radicalmente a disciplina desta ou daquela matéria. Uma exigência de racionalidade ordena aqui que não nos demos por satisfeitos, ao contrário do que tem acontecido em tantas hipóteses, com mēras “impressões” sobre os motivos por que o regime em vigor não satisfaz, ou sobre as probabilidades de que um ou outro dos que se contemplam como alternativas venha a substituí-lo com proveito. Para isso necessitaremos com certeza de mais dados que os que nos pode ministrar a técnica jurídica: será imperioso, *v.g.*, consultar estatísticas, cotejar vantagens e inconvenientes do ponto de vista econômico, e assim por diante. Os procedimentos dogmáticos, aí, não nos ajudam muito.

4. Outras considerações igualmente óbvias concorrem para a percepção de que o fenômeno processual não se deixa apreender em toda a sua envergadura por uma análise empreendida com o clássico instrumental da técnica jurídica. Antes de mais nada, o processo reclama, para tornar-se possível, uma estrutura orgânica. Não se concebe a atividade processual sem um contingente de pessoas — não somente de juizes, note-se bem: tão necessários quanto estes são os funcionários (*lato sensu*) que respondem pela movimentação da máquina judiciária; e isso dá lugar a toda uma problemática específica, atinente, entre outros tópicos, à maneira de recrutar semelhantes colaboradores, à divisão do trabalho entre eles, à sua distribuição nos planos horizontal e vertical, ao regime disciplinar a que ficam sujeitos. . .

Boa parte das questões que se põem nessa perspectiva situa-se no âmbito da chamada “organização judiciária”, cuja relevância, do ponto

de vista processual, seria ocioso salientar. Na verdade, contudo, o problema ultrapassa as fronteiras desse território e nutre-se de dados concernentes às características estruturais e funcionais de organismos que, sem pertencerem à “Justiça”, colaboram, deste ou daquele modo, no exercício das funções a ela inerentes: é o caso, entre outros, do Ministério Público, do corpo de advogados, de entidades como a imprensa, a polícia, os correios, as bolsas de valores, para não falar da Administração Pública em geral. Quem quer que perlustre ao acaso o texto do Código de Processo Civil de imediato se adverte da imensa quantidade de normas cujos pressupostos de incidência consistem, total ou parcialmente, em fatos ocorridos nessas diversas áreas. Para ficarmos em alguns exemplos: a existência ou inexistência, na comarca, de “representante judicial de incapazes ou de ausentes” determina o modo de nomeação do “curador especial” (art. 9.º, parágrafo único); a supressão de órgão judiciário acarreta modificação da competência (art. 87); a transferência, a promoção ou a aposentadoria do juiz podem excluir a aplicação do princípio da identidade física (art. 132, 1.ª parte); a incompetência do oficial público que lavrou o instrumento influi no valor probatório deste (art. 367); a inscrição do corretor de imóveis na entidade oficial da classe é pré-requisito indispensável para que se lhe possa atribuir a intermediação na alienação do imóvel penhorado (art. 700, *caput*, 1.ª parte).

Mas, além das pessoas, o fenômeno processual forçosamente exige um receptáculo físico: espaços onde possam instalar-se os órgãos da jurisdição e seus serviços auxiliares (permanentes ou eventuais), com os aparelhamentos de que precisam para funcionar. O movimento do processo, com efeito, pressupõe a existência de coisas como livros de carga de autos (art. 40, § 1.º), máquinas de escrever ou tinta “escura e indelével” (art. 169, *caput*, 1.ª parte), telegramas, radiogramas ou telefones (art. 205), cartas registradas (art. 223, §§ 2.º e 3.º), jornais (arts. 232, n.º III, 687, 779), salas de audiência suscetíveis de ser fechadas (art. 444), estabelecimentos de crédito (art. 666, n.º I), prisões (arts. 733, § 1.º, 904, parágrafo único) — para deixar de lado exemplos tão triviais quanto papéis, cadeiras, mesas, carimbos, relógios e calendários. A lei chega até, por vezes, a requintes dificilmente harmonizáveis com as condições reais da sociedade a que se destina: o art. 686, § 2.º, *v.g.*, parece assentar na premissa, bastante discutível, de que em todas as sedes de juízos, no Brasil, se dispõe de um “edifício do fórum” dotado de “átrio” . . .

Seja como for, o que importa aqui ressaltar é que pessoas e coisas necessárias ao funcionamento da máquina judiciária têm naturalmente de ser administradas; e — inútil acrescentar — a maior ou menor eficiência com que o sejam repercute por força no andamento do processo: basta pensar nas conseqüências que, em matéria de prazos, gera a demora na

R

publicação de despachos e decisões pelo órgão oficial. O cuidado com o processo implica, pois, necessariamente, o empenho na adoção de métodos administrativos adequados, capazes de assegurar, na medida do possível, a disponibilidade dos recursos humanos e materiais no lugar e no tempo em que haja mister de utilizá-los. Em outras palavras: o processo não pode prescindir dos subsídios da ciência da administração.

5. Não há processo, ademais, sem movimento de dinheiro. A manutenção do aparelho judiciário demanda o emprego de recursos financeiros vultosos. Têm de ser remuneradas as pessoas que o fazem funcionar — ao menos as que disso se ocupam em caráter profissional. Gastos são também imprescindíveis para a aquisição, a conservação e a renovação das coisas que no processo se usam, desde os prédios destinados à instalação dos órgãos judiciais até as folhas de papel em que se escreverão sentenças, ofícios, pautas de julgamento, mandados de citação e termos de audiência. Quando se fala em “justiça gratuita”, pura e simplesmente se alude a um regime em que o custeio de tudo isso é suportado pelo Estado — e, portanto, em última análise, pela coletividade dos contribuintes —, em vez de o ser apenas pelos usuários dos serviços da Justiça, em cada caso concreto. *Gratuidade*, no sentido mais exato da palavra, não existe, nem pode existir, em lugar algum.

Por outro lado, costumam encontrar-se nas leis disposições que atribuem efeitos processuais a fatos ou situações de relevância primariamente econômica, qual o valor de determinados bens — e, eventualmente, sua variação (v.g., arts. 259, 683, n.º II, 684, ns. II e III, 685, ns. I e II, 748) —, ou remetem a índices econômicos, como o salário mínimo legal (v.g., arts. 161, 196, 233, 275, n.º I, 401, 424, parágrafo único, 433, parágrafo único). As vicissitudes da economia refletem-se diretamente, assim, na vida do processo.

Há ainda as normas que impõem o dispêndio de certas quantias, a título de ônus, como o da antecipação das despesas processuais (art. 19) ou de dever, como o de reembolso, pela parte vencida, das custas e dos honorários advocatícios à vencedora (art. 20, *caput*). Inclui-se no segundo caso bom número de regras que estabelecem sanções pecuniárias para comportamentos processuais ilícitos (ex.: arts. 30, 538, parágrafo único, 695, *caput*, etc.). Acontecimentos do processo convertem-se destarte, por sua vez, em fatos econômicos.

Nada é preciso ajuntar para pôr em relevo a importância dos admissíveis da economia para o perfeito dimensionamento do fenômeno processual. Ela é, aliás, de intuição imediata para quem quer que tenha em

mente a necessidade de submeter o serviço da Justiça a avaliações do tipo “custo-benefício”, como pressuposto da identificação de providências tendentes a racionalizar-lhe a prestação.

6. Ponto digno de atenção especial é que, realizando-se no âmbito de determinada sociedade, o processo forçosamente se insere no respectivo contexto e representa, afinal de contas, um dos múltiplos episódios em que se lhe manifesta a dinâmica. A mirada do jurista recorta e isola cada uma das variadas cenas, à maneira de fotogramas, e com o auxílio de filtros técnicos lhes reduz o cromatismo às tonalidades jurídicas; as outras cores, que a técnica do direito encobre, nem por isso desaparecem na realidade.

Assim é que, se se esgota o prazo da defesa sem que venha aos autos a contestação do réu, o olho jurídico vê nisso um fenômeno a que chama revelia e ao qual atribui certos efeitos previstos na lei (Código de Processo Civil, arts. 319, 322, 330, n.º II). Não lhe interessam outros aspectos do fato, que todavia existem. Quem é esse réu que perdeu o prazo? Foi voluntária a omissão? Se não foi, que lhe terá dado causa: imperfeita compreensão do chamamento a juízo? problema de saúde? dificuldade em conseguir os serviços de um advogado? impossibilidade material de remunerá-los conforme o solicitado? desconhecimento da existência de órgão apto a prestá-los gratuitamente? atuação ineficiente de tal órgão, ou do advogado constituído — ou, ainda, de algum funcionário a quem a contestação foi entregue e que deixou de encaminhá-la ou de juntá-la aos autos? Veja-se que amplo leque de indagações se abre a partir daquele acontecimento de aparente (mas enganosa) singeleza. Uma infinidade de aspectos da vida social podem ser questionados com fundamento nele. Entrariam aí, a rigor, temas como o do nível de instrução do povo, o da abundância ou escassez de recursos financeiros, o da disponibilidade de serviços, o da formação profissional, o das condições de trabalho nos órgãos judiciais, e assim por diante.

Suponhamos que se proceda ao confronto de um número ponderável de hipóteses de revelia, comparando, item por item, as características de que eles se revestem. Poderemos aprender que tipo de litigante costuma ficar revel, quais as causas mais comuns do fenômeno, em que categoria(s) de processos ele ocorre com maior frequência... Se ampliarmos um pouco o objeto da pesquisa, chegaremos a determinar o percentual de incidência da revelia na massa geral dos feitos judiciais e em cada um dos setores em que ela comporta divisão, segundo os diferentes critérios eventualmente de interesse: v.g., o procedimento, a matéria litigiosa, o valor da causa, a condição sócio-econômica do réu, a forma por que haja ele sido citado etc. É claro que a posse de tais elementos nos permitirá formar imagem bem

R

mais clara e completa do fenômeno e nos ministrará bases bem mais sólidas para avaliar a respectiva disciplina — pressuposto necessário de qualquer juízo seguro sobre se convém modificá-la (e, no caso afirmativo, em que sentido). Mas é igualmente claro que a aquisição de semelhantes dados reclama o uso de instrumentos e métodos de investigação muito distintos daqueles que nos proporciona a técnica jurídica. Impossível ter acesso a eles sem as achegas da sociologia ².

7. Há mais. O processo é o canal por que se exerce a jurisdição; esta, por sua vez, inclui-se entre as manifestações essenciais do poder estatal. Não pode o processo, por conseguinte, deixar de constituir fenômeno politicamente relevante ³. As decisões dos juízes são decisões de órgãos do Estado, como as dos legisladores e as dos administradores: concorrem com umas e outras para a definição dos rumos da sociedade politicamente organizada. A diferenciação entre essas categorias nasceu, firmou-se e desenvolveu-se menos como sinal de diversidade ontológica do que como opção de conveniência — inspirada provavelmente, de início, em considerações de ordem prática relacionadas com a necessidade da divisão do trabalho, que a crescente complexidade social gerava, e depois também, nas sociedades que se afastaram do absolutismo, em certa prevenção contra a excessiva concentração do poder, aliada à crença na eficácia de mecanismos de controle recíproco dos órgãos (impropriamente ditos “poderes”) do Estado.

De qualquer modo, já se vai recolhendo ao museu dos mitos a idéia da “neutralidade política” do Judiciário, sem que isso signifique por força render tributo às concepções radicais que enxergam na Justiça mero instrumento de dominação de uma sobre outra classe. Nem é sempre unívoco e transparente, aliás, o nexo entre a ideologia oficial e a fisionomia das instituições judiciárias, ou — *a fortiori* — o modo de ser do processo: nesse terreno, como em tantos outros, as ações e reações que traçam o curso da História são muito mais complexas — quase dizíamos misteriosas — do que supõem os monismos de qualquer colorido. A *Zivilprozessordnung* de 1877 — é certo que com várias modificações, algumas das quais importan-

2. É abundante, em alguns países, a literatura sociológica atinente a temas relacionados, direta ou indiretamente, com o processo. Veja-se, por exemplo, em GILLES, *Der Beitrag der Sozialwissenschaften zur Reform des Prozessrechts, in Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung (Die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht)*, Würzburg, 1983, p. 118 e s., a impressionante enumeração das principais obras do gênero publicadas, nos últimos anos, na República Federal da Alemanha.

3. Dá grande ênfase a tal aspecto CÂNDIDO DINAMARCO, ob. cit., p. 104 e s., especialmente 113 e s.

tes — atravessou o período imperial, o da República de Weimar e o “Terceiro Reich”, e continua a vigor sob a República de Bonn, tendo até 1975 vigorado também na Alemanha Oriental; conviveu, pois, com regimes autoritários de tendências opostas e com a democracia liberal (ou, se quiserem, social). O *Codice di procedura civile* italiano de 1942 não constituiu, ao contrário do que às vezes se tem dito, um produto típico do fascismo ⁴. No Brasil, leis processuais de feição nitidamente progressista — como a da ação popular (Lei n.º 4.717, de 29-6-1965) e a da ação civil pública (Lei n.º 7.347, de 24-7-1985) — foram editadas ou preparadas sob governos militares de direita.

Feita essa ressalva, no entanto, permanece indubitável o fato da íntima vinculação entre processo e poder político. A bem dizer, ela adquire relevo particular em época como a nossa, na qual o juiz se vê chamado, com freqüência cada vez maior, a “suprir”, em sua atividade, omissões do legislador e do administrador ⁵, bem como a resolver problemas que, por suas dimensões supra-individuais e seu impacto “de massa”, interessam a vastos setores da população, e cuja solução, em alguns casos, pode influenciar de maneira significativa o próprio destino da comunidade nacional. É quanto basta para demonstrar que a visão mais aprofundada do mecanismo judicial e de seu funcionamento implica necessariamente a contemplação de tais realidades à luz da ciência política.

8. A esta altura, o leitor decerto se estará perguntando se todo processualista, para o ser plenamente, além de dominar a técnica jurídica e de acompanhar, com atenção infatigável, o que se passa no dia-a-dia dos juízes, tem de ser também um experto em ciência da administração, em economia, em sociologia, em ciência política e em quantos ramos do conhecimento humano porventura se refiram a aspectos do fenômeno processual, ainda que não mencionados nas páginas anteriores — alguns deles, como a psicologia judiciária, de intuitiva relevância para a compreensão de boa parte do que acontece ao longo de um processo.

Não há quem não perceba que essa seria, ao menos para o comum dos mortais, uma exigência praticamente impossível de cumprir. Já é difícil, para o processualista, manter-se bem informado da evolução de sua ciência, no país e no mundo, e refletir sobre os muitos problemas que nesse âmbito

4. Cf. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*, Bolonha, 1980, p. 255, 286-8.

5. Vide ao propósito, entre outros, DENTI, *Crisi della giustizia e crisi della società, in Riv. di dir. proc.*, v. XXXVIII (1983), p. 585 e s., especialmente 592 e s.

não cessam de desafiá-lo. Nem seria desejável que o processualista se abalancasse, sem mais aquela, à exploração de territórios tão diversificados. Primeiro, porque teria seguramente de reduzir o tempo e os esforços dedicados ao cultivo de sua própria especialidade; e não é nada provável que semelhante desfalque viesse a ser compensado por qualquer contribuição de economistas, sociólogos ou cientistas políticos... Além disso, é temerário, sem adequada preparação, aventurar-se no domínio de ciências cujo aprendizado normalmente não integra, senão em diminuta medida, a formação cultural do processualista. Quem disponha da qualificação indispensável pode e deve, é claro, exercitá-la, e certamente colherá ótimos frutos; quem não a tenha mostrará prudência se se guardar de improvisações amadorísticas, sempre perigosas⁶.

Concluir-se-á que ao processualista menos bem equipado para incursões noutras áreas não resta senão encerrar-se na cápsula da técnica e dar de ombros para o que quer que suceda no mundo exterior? Nada mais contrário ao pensamento do autor destas linhas. Não há exigir do processualista que faça, com igual desenvoltura, as vezes do sociólogo, do economista, do cientista político etc. Exige-se dele, porém, antes de tudo, humildade intelectual suficiente para aceitar o fato de que a sua visão de técnico não penetra a inteira realidade do universo processual, e de que a sua palavra de técnico não é a única, nem a última, que merece ser ouvida a respeito dos assuntos da Justiça. Dele se exige, ainda, que mantenha a cada instante uma atitude de disponibilidade mental, capaz de fazê-lo receptivo a "propostas" oriundas de outros quadrantes científicos.

No mundo de hoje existe pouco espaço para o florescimento de individualidades "enciclopédicas"; muitíssimo, todavia, para a colaboração entre cultores de diferentes especialidades. Tem o sabor do óbvio a afirmação de que numerosos problemas só se podem equacionar e analisar de forma adequada mediante pesquisas e projetos interdisciplinares. Os atinentes à Justiça, sem sombra de dúvida, incluem-se nesse rol⁷.

Tomar consciência da multiplicidade de perspectivas possíveis no estudo do processo é despertar para a necessidade da conjugação de conhe-

6. Com razão adverte ROTH, *Beitrag der Rechtssoziologie zur Reform des Prozessrechts* (relatório geral para o VII Congresso Internacional de Direito Processual), no volume *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, ed. por HABSCHEID, Würzburg, 1983, p. 237, contra o "sozialwissenschaftliche Dilettantismus".

7. Para ilustrar a afirmação, mencione-se o grande projeto florentino de que resultaram seis belos volumes editados por CAPPELLETTI, sob o título *Access to Justice*, Milão-Alphenaandenrijn, 1978-1979.

cimentos que até hoje, lamentavelmente, em regra se têm conservado a cerimoniosa distância uns dos outros. Os processualistas, mais talvez do que outros juristas, somos às vezes olhados como excêntricos que se comprazem no culto do hermetismo e num alheamento olímpico a tudo que se passe fora da clássica "torre de marfim". Alguma verdade, turvada por manifesto exagero, haverá no fundo de semelhantes críticas. Bem andaremos se nos dispusermos a encará-la — e a tirar daí as lições cabíveis.

Julho de 1987.

DIMENSIONES SOCIALES DEL PROCESO CIVIL *

1. Todo fenómeno jurídico, aún antes de serlo, es un fenómeno social. El proceso no constituye una excepción. Sea cual fuere el fin (o los fines) que uno prefiera atribuirle, será siempre posible discernir en el proceso un complejo de actividades realizadas por órganos estatales y por particulares con miras a una situación intersubjetiva que debe someterse a una regulación, imponible, en principio, por la fuerza de la autoridad pública, y necesaria en vista de la imposibilidad — de hecho o de derecho —, en que se hallan los directamente interesados, de resolver el conflicto que los opone o de alcanzar por sí mismos el resultado común a que aspiran.

El proceso aparece, por consiguiente, en primer término, como un lugar de encuentro entre personas: juez, partes, abogados, terceros que acaso intervengan, testigos, peritos, alguaciles y otros funcionarios, eventualmente postores en la subasta, en suma una cantidad de personajes que asumen, unos frente a los otros, las más distintas posiciones, que actúan y reaccionan bajo el estímulo de variadísimos móviles, que traen — y no pueden dejar de traer — para la escena forense un substrato individual de inclinaciones y disposiciones, de creencias y prejuicios, de potencialidades y limitaciones, susceptibles de influir enérgicamente en el ejercicio de los derechos y facultades, y en el cumplimiento de los deberes y cargas que la ley procesal les otorga a cada uno de ellos. Estas conductas están condicionadas, además, por una larga serie de circunstancias objetivas, relacionadas con la situación económica y política, con las peculiaridades del momento histórico y del ambiente geográfico en que se entabla y se desarrolla el pleito.

De otro lado, es menester considerar que los personajes del proceso no actúan en un palco escénico vacío: precisan, por supuesto, una infraes-

* Texto de conferencia pronunciada em 19-8-1986, no *Colegio de Abogados* do Panamá. Publicado na *Revista de Processo*, v. 45, na *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4/86, em *El Derecho* (Buenos Aires), t. 120, n.º 6.621, e na *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n.º 6 (1987).

R

estructura, un punto de apoyo, un receptáculo, una base física, donde se contengan los elementos indispensables a la realización material de los actos procesales. De ahí, probablemente, la necesidad de otras personas, de colaboradores tan invisibles y tan valiosos como aquellos anónimos que, desde los bastidores, controlan la iluminación, producen los ruidos, alzan y bajan el telón, se encargan, en fin de cuentas, de todas esas providencias sin las cuales no se pondría en marcha el espectáculo. Personas, sin duda; pero también espacios y, en éstos, cosas, objetos materiales — mesas, sillas, papeles, máquinas de escribir, relojes, campanillas, copadoras, quizás (en una hipótesis optimista) grabadoras, cintas magnetofónicas, televisores, videocassettes, computadores y todo el acervo que la tecnología nos brinda en progresión vertiginosa. Personas y cosas que necesitan estar organizadas, dispuestas en un orden determinado, listas para prestar los servicios que se requieran en el momento adecuado — en una palabra, que necesitan una buena administración.

2. Estas nociones elementales son suficientes para evidenciar que el análisis del proceso comporta diversas perspectivas además de la estrictamente jurídica. Las varias ciencias sociales tienen algo que decir al respecto. El proceso interesa a la economía, a la ciencia de la administración, a la ciencia de la comunicación, a la psicología social, y así en adelante; pero interesa sobre todo a la sociología. Algunos países han asistido en estas últimas décadas a un exuberante florecimiento de estudios sociológicos sobre temas directamente vinculados al mecanismo procesal. Ya se puede hablar de una sociología de la Justicia, de una sociología del procedimiento, de una sociología de las profesiones jurídicas, de una sociología de los conflictos y de los medios (judiciales y extrajudiciales) de resolverlos. Problemas como el del acceso a la Justicia, de la sobrecarga de los órganos judiciales, de los métodos de trabajo utilizados en los juzgados y tribunales, de la duración de los pleitos y otros igualmente importantes vienen constituyendo el objeto de investigaciones llevadas a cabo, desde el punto de vista sociológico, con rigor metódico y probidad científica¹.

Claro está que, en esa materia, la situación cambia notablemente de un lugar al otro. El desarrollo de ciertos estudios depende mucho, por

1. V., por ejemplo, en GILLES, *Der Beitrag der Sozialwissenschaften zur Reform des Prozessrechts, in Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung (Die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht in Würzburg 1983)*, p. 118 y ss., la impresionante enumeración de las principales obras de este género publicadas, en los últimos años, en la República Federal de Alemania.

ejemplo, de que se disponga de datos numéricos exactos; pero no todos los países han despertado para la importancia de las estadísticas judiciales: si existen, a veces no se sabe que existen, o que grado de confianza merecen.

De otra parte, incluso allí donde la pesquisa sociológica ha producido ya buenos frutos, el mundo jurídico no demuestra mucha avidez en degustarlos, y menos aún en fertilizar con su jugo el terreno que labra. Los procesalistas mantenemos casi siempre una distancia sospechosa frente a las propuestas sociológicas². Quizás temamos que un aporte extrajudicial ponga en jaque la pureza técnica de nuestra labor dogmática. El resultado es el empobrecimiento de nuestra propia ciencia. Nos daremos cuenta de ello no solo en el momento de reformar la ley procesal, sino aún antes, cuando nos falten los instrumentos adecuados para fundar en las características generales de la vida en sociedad, o en las peculiaridades de alguno de sus aspectos particulares, la simple interpretación de una norma procesal o la sugerencia de aplicarla por analogía a hipótesis no previstas por el legislador.

En materia de reformas legislativas, debería ser obvia para todos la conveniencia, por no decir la necesidad, de buscar en el empleo de métodos sociológicos la base racional de opciones de política jurídica. Supóngase, por ejemplo, que se esté proponiendo una radical abreviación del procedimiento en el caso de rebeldía, con presunción de veracidad para las alegaciones de hecho del actor y consecuente supresión de providencias probatorias. La adopción de tal sistemática, que favorece la rápida terminación del proceso, puede prestar un buen servicio a la justicia en tanto y en cuanto la abstención del demandado refleje la inexistencia de razones serias para impugnar la pretensión del actor; de otro lado, sin embargo, puede también castigar de manera inicua el demandado que no se defiende a raíz de dificultades económicas o de la insuficiente comprensión de su llamamiento a juicio. Tal vez no sea fácil decidir si la reforma vale la pena; empero es indudable que el conocimiento de la empírica realidad forense puede ayudar mucho a resolver el dilema. ¿Cuál es el porcentaje de incidencia de la rebeldía? ¿Qué clases de demandados

2. En su ponencia general sobre el tema "Contribución de la sociología para la reforma del derecho procesal", para el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal (Würzburg, 1983), ROTK puso de resalto que la relación entre las ciencias sociales y la ciencia del derecho procesal se caracteriza a menudo por un "miedo del contacto" (*Berührungsangst*): v. el volumen *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung (Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht)*, Bielefeld, 1983, p. 222.

suelen dejar de defenderse? ¿ Qué motivos determinan la abstención? Si disponemos de respuestas exactas para esas y otras preguntas, nuestra decisión será por supuesto más tranquila y capaz de una justificación convincente. Su poder de persuasión se mostrará mucho menor, en contrapartida, si nos dejamos guiar por meras "impresiones" sin apoyo en datos concretos.

Demás está decir que una mayor "apertura" a la posible contribución de las ciencias sociales en general y de la sociología en particular no significa, ni debe significar, para el procesalista, renuncia a la especialidad de su tarea propia, ni estímulo a diletantismos peligrosos en territorios para cuya exploración no le suministra instrumentos adecuados su formación cultural³. No se trata de convertir el procesalista en un sociólogo amateur. Una cosa es la colaboración, otra muy distinta es la confusión. Pero las razones científicas que tenemos para evitar la confusión no son más numerosas ni mejores que las que tenemos para fomentar la colaboración.

3. La fecundación de lo jurídico por lo social, en el proceso, no se agota en pautas puramente científicas. No basta con reconocer que el fenómeno procesal, como fenómeno social que es, necesariamente depende de la sociedad en que se inserta y no puede ser bien comprendido sin la visión clara de los lazos que lo prenden a ella: es menester asentar que el proceso — el civil al igual que el penal — no constituye un engranaje de exclusiva utilidad privada, sino también, y en primer término, un instrumento de realización de la justicia, que es un valor eminentemente social; y por lo tanto debe servir a la sociedad no menos que a los individuos.

3.1. De más de una forma se concibe que el proceso sirva esencialmente a la sociedad. Le servirá, desde luego, siempre que ofrezca medios de tutela adecuados a intereses que, trascendiendo el horizonte de las relaciones entre dos sujetos o dos grupos bien definidos de sujetos, tocan a extensas e indeterminadas colectividades, no obstante la indivisibilidad del objeto, como son en general los intereses relacionados con la preservación del ambiente, con la promoción de valores espirituales y culturales de la comunidad, con la protección de la masa de los consumidores, y así en adelante. La concepción tradicional de la estructura del proceso, modelada según las características de los litigios puramente interindivi-

3. Cfr. la sensata advertencia de ROTH, ob. cit., p. 237.

duales, condicionaba de manera decisiva el análisis y la solución de varias cuestiones de primera importancia, por ejemplo la de la legitimación para obrar y la de los límites subjetivos de la cosa juzgada. A medida que crece en importancia, en nuestro tiempo, el problema de los llamados intereses "colectivos" o "difusos", el derecho procesal es convocado a revisar el tratamiento de estos y de otros tópicos, en miras a asegurar ahí a la tutela jurisdiccional un nivel de efectividad compatible con las necesidades del mundo contemporáneo. Son ideas que agitan sectores prestigiosos de la doctrina⁴, y a las cuales, en ciertos países, ha sido sensible el legislador.

En el Brasil hasta cabe decir que éste, curiosamente, se anticipó a las preocupaciones doctrinales de los últimos años. Ya en 1965, en efecto, la Ley n.º 4.717, al reglamentar una disposición constitucional, abrió a la acción popular — que allí estaba prevista en términos genéricos, para la impugnación, por cualquier ciudadano, de actos dañosos al patrimonio de entes públicos — la posibilidad de actuar como instrumento judicial de defensa de bienes y derechos de valor no solamente económico, sino también artístico, estético o histórico⁵. Fue un avance muy significativo, que, en cierta medida, dió al derecho brasileño una posición de vanguardia en este terreno, inclusive por las soluciones inteligentes que se adoptaron para algunos problemas delicados, como el de la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia y de la autoridad de la cosa juzgada material⁶.

Pero la sistemática de la acción popular no se ha mostrado capaz, en determinados puntos, de satisfacer las necesidades de tutela. En esta materia parece insuficiente, v.g., atribuir la legitimación activa, con exclusividad, al individuo. Como dijimos en otra ocasión⁷, la lucha del ciu-

4. V., inclusive para otras indicaciones bibliográficas, nuestros trabajos: A proteção jurídica dos interesses coletivos, A legitimação para a defesa dos "interesses difusos" no direito brasileiro, Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos, in *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, S. Paulo, 1984 (el segundo, también, en versión castellana de AUGUSTO M. MORELLO, in *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981, t. II, p. 1228 y ss.).

5. La Ley n.º 6.513, de 20-12-1977, añadió "turístico".

6. Ley n.º 4.711, de 29-6-1965, art. 18: "A sentença terá eficácia de coisa julgada 'erga omnes', exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova". Cfr., al respecto, BARBOSA MOREIRA, *Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos*, ob. cit., p. 216 y ss.

7. BARBOSA MOREIRA, *A proteção jurídica dos interesses coletivos*, ob. cit., p. 177-8.

R

dadano solitario contra los responsables por el acto que lesione o amenace un interés difuso, sobre todo cuando ese acto emane de la Administración Pública o de una empresa poderosa, corre muchas veces el riesgo de asemejarse a aquélla que trabaría contra el gigante un David desprovisto de su honda. Todo concurre para descorazonarlo: la grandeza de los costos, la complejidad de las cuestiones, la carencia de conocimientos técnicos, la fuerza política y económica de los adversarios. Es comprensible que pocos se animen a aceptar el desafío, confiando sólo en sus propios recursos.

De ahí la conveniencia de pensar en alternativas. La reflexión y la experiencia sugieren una serie de posibilidades, que en rigor no se deben excluir recíprocamente, sino combinarse, de tal manera que se sumen las ventajas de cada una de ellas, con el máximo provecho posible para la tutela. Es así que, en el derecho brasileño, la Ley n.º 7.347, de 24-7-1985, al disciplinar "las acciones de responsabilidad por daños causados al ambiente, al consumidor y a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico", otorgó legitimación en la causa al Ministerio Público, a la Unión Federal, a los Estados-miembros, a los Municipios, a los entes de la llamada Administración indirecta y a las asociaciones civiles que estén constituidas hace al menos un año e incluyan entre sus fines institucionales la protección del ambiente, del patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico.

3.2. Es aún demasiado temprano para evaluar los resultados de un movimiento que, en muchos lugares, apenas se esboza, y cuya suerte depende de circunstancias extremadamente variables. Que tal movimiento cobra, sin embargo, una profunda significación social, esto se ve a simple vista. Él refleja y, a su vez, favorece una progresiva toma de conciencia de diferentes sectores de la colectividad respecto a la conveniencia de proteger bienes y valores que, desprovistos de titulares individualmente determinados, no siempre consiguen la debida consideración a lo largo del proceso político-administrativo, cuyas decisiones en general se someten más bien a la influencia de intereses "localizados". Por este cauce se llega a dar expresión adecuada a necesidades y aspiraciones que de otro modo posiblemente no lograrían hacerse oír con suficiente intensidad⁸. La con-

8. Cfr. DENTI, L'avvocato e la difesa di interessi collettivi, in *Foro Ital.*, v. CI, fasc. 4, 1978, p. 7 de la separata: "La via giudiziale, infatti, si è dimostrata, in molti casi, l'unico possibile mezzo per dar voce agli interessi di quelle 'maggioranze diffuse' che, prive di rappresentanza istituzionale, si trovano la strada sbarrata dalle scelte del potere politico ed economico".

solidación de semejante "apertura" será una victoria significativa contra el dominio de la filosofía del egoísmo en un terreno estratégicamente muy importante.

El éxito de un instrumento de tutela jurisdiccional como la "acción civil pública" brasileña, y otros análogos, requiere naturalmente la actuación eficiente de las entidades legitimadas a intentarlas. Pero aquí es dable observar un fenómeno de "circularidad" en el juego de las causas y de los efectos. Al otorgar, por ejemplo, legitimación en la causa a asociaciones civiles, la ley, al fin y al cabo, estimula la creación de entidades de este género; y, al exigir de ellas un plazo mínimo de existencia, condiciona el estímulo a una prueba de viabilidad, excluyendo las aventuras temerarias o inhábiles. Así se fomenta el dinamismo social y se contribuye para la estabilidad de las instituciones democráticas, en tanto y en cuanto se prestigian la multiplicación de grupos intermedios fuertes y activos y su participación en el control de los mecanismos que reglan la vida de la comunidad.

Por otra parte, se puede hasta contar, en cierta medida, con una reanimación de los órganos públicos encargados de actuar en esta materia. El caso del Ministerio Público tiene valor de paradigma. Se trata de una institución tradicionalmente limitada, por lo menos en la mayoría de los países occidentales, a un rol muy discreto en el terreno del proceso civil, en el cual, las más de las veces, le corresponde la función de *custos legis* en procesos concernientes al derecho de familia o a intereses de incapaces. Son asuntos importantes, por supuesto, pero en general ya disecados, en todos sus aspectos, por la doctrina y por la jurisprudencia, lo cual les quita el sabor de novedad que desafía los espíritus científicamente curiosos. No es de extrañar que se observe, por parte de no pocos miembros de la institución, una tendencia al retraimiento, por no decir a la pasividad, que amenaza reducir el ejercicio de su *munus* al mero cumplimiento ritual de una formalidad burocrática. El otorgamiento de nuevas atribuciones es capaz de introducir en un ambiente rutinario una ráfaga de aire fresco, que despierta la imaginación de los menos acomodadizos y libera insospechadas energías. En el esfuerzo para ponerse a la altura de las responsabilidades acrecentadas se puede divisar el punto de partida de una evolución hacia formas más modernas de organización y métodos más racionales de trabajo. Son visibles en el Brasil algunas señales animadoras de semejante evolución. Si ella se cumple, podrán considerarse superadas, en gran parte, las objeciones que una corriente doctrinal suele formular

R

al reconocimiento de la legitimación del Ministerio Público para la defensa judicial de los intereses colectivos o difusos⁹.

4. Nadie ignora que cualquier sociedad será más sólida en tanto y en cuanto sea más homogénea: una homogeneidad mayor implica, en efecto, una mayor cantidad de miembros solidarios y dispuestos a la preservación y a la defensa de las estructuras básicas vigentes. La existencia de desniveles tangibles, por el contrario, normalmente conlleva insatisfacciones y resentimientos que no pueden dejar de disminuir la cohesión del todo. Eso hace de la cuestión de la igualdad la cuestión social por excelencia.

4.1. En un escrito que en breve cumplirá sesenta años sin perder casi nada de su actualidad¹⁰, así planteaba un célebre jurista alemán el problema social del proceso: ¿como actúan en la justicia civil las desigualdades sociales? Algunos preferirán tal vez invertir los términos e indagar como actúa la justicia civil sobre las desigualdades sociales. Hace ya tiempo, en efecto, que se difunde la idea de atribuir al juez un papel de protagonista en la ejecución de reformas igualitarias. Se ha llegado a caracterizar la misión del juez como la de un "médico social" o de un "ingeniero social"¹¹. Sin negar las modificaciones substanciales y multiformes que los tiempos modernos vienen imponiendo a la concepción tradicional de dicha misión¹², advierten otros que, al menos en el estadio actual del desarrollo histórico de nuestros países, constituiría una vana ilusión el intento de transferir para los órganos judiciales la responsabilidad por la promoción de cambios cuya iniciativa primaria corresponde a los poderes *stricto sensu* políticos del Estado.

9. Así CAPPELLETTI, *The Role of the Ministère Public, the Prokuratura, and the Attorney General in Civil Litigation, in Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-New York, 1975, p. 32 y ss.; *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. di dir. proc.*, v. XXX, 1975, p. 374 y ss.; VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, Milano, 1979, p. 239 y ss.

10. KISCH, *Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses*, in *Judicium*, 1928-1929, p. 19.

11. V. al respecto, en sentido crítico, BAUR, *Funktionswandel des Zivilprozesses?*, in *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, Tübingen, 1983, p. 192-3; HABSCHEID, *Zur Aufgabe der Gerichte im sozialen Rechtsstaat*, in *Festkrift till Per Olof Ekelöf*, Stockholm, 1972, p. 283 y ss.

12. Como lo reconoce, entre muchos otros, el mismo BAUR: *Sozialer Ausgleich durch Richterspruch*, in *Beiträge*, cit., p. 104 y ss.; *Transformações do processo civil em nosso tempo*, trad. port., in *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 7, p. 66-7.

El proceso, en realidad, no puede ser el vehículo principal de anhelos reformistas. No le incumbe esencialmente aplanar diferencias entre los litigantes en cuanto a la fortuna, a la posición social, al prestigio, a la cultura, por no hablar de otras que hunden sus raíces en la misma naturaleza. Empero sí le incumbe — y este es su compromiso con la igualdad — arreglar las cosas de tal manera que, cuando dos personas se enfrenten ante el juez, fuera cual fuere la medida de sus diferencias, la marcha y el resultado del pleito no sean determinados por ellas: es decir, que a lo largo del itinerario procesal y sobre todo en el momento culminante de la sentencia, cualquier ventaja que una de las partes logre obtener sobre la otra radique exclusivamente en la superioridad de su derecho. Repítase una vez más lo que no cesan de proclamar los espíritus bien entonados con las aspiraciones de nuestro tiempo: el proceso no se hace para premiar al litigante más acaudalado, al más prestigioso, al más culto, al más hábil, sino para darle razón a quien en verdad la tenga.

4.2. La problemática de la igualdad de las partes en el proceso es compleja y viene constituyendo, en los últimos años, el objeto de un análisis metódico desde varios puntos de vista¹³. Se ha puesto de relieve, ante todo, que el principio de igualdad debe ser entendido y observado en un sentido material, habida cuenta de las condiciones concretas, singulares, individuales, bajo las cuales, *hic et nunc*, se ejercerán los derechos y se cumplirán los deberes que los textos legales otorgan a los miembros de la comunidad: ya no basta la garantía, típica del liberalismo ortodoxo, de una igualdad puramente formal. Es en tal perspectiva en la que se deben plantear y resolver las innumerables cuestiones atinentes a los distintos aspectos del problema: la igualdad de riesgos, la igualdad de oportunidades y principalmente la igualdad de tratamiento de las partes por el órgano judicial.

Así vistas las cosas, no puede sorprender a nadie que se haya llegado a reconocer la necesidad de crear algo como un "mecanismo compensatorio" de las carencias del litigante más débil. Pero tampoco son sorprendentes las dificultades de toda suerte que se oponen a semejante designio, inclusive cuando se trata de providencias a las cuales, en teoría, nadie objeta. Ello se comprueba, *v.g.*, con la subsistencia, en la mayoría de nuestros países, de una situación ignominiosa en lo que atañe a la facilitación del acceso de los necesitados a la justicia, si bien sea general el

13. De algunos de sus tópicos más salientes nos ocupamos en un escrito titulado *La igualdad de las partes en el proceso civil* y destinado al volumen de estudios jurídicos en homenaje a HÉCTOR FIX-ZAMUDIO.

consenso acerca de la imposibilidad de tolerar que la escasez de recursos materiales impida a cualquiera de reclamar o defender eficazmente su derecho ante los tribunales.

En ese problema, es cierto, predominan los obstáculos de índole práctica, que, por lo demás, ni siquiera naciones económicamente desarrolladas han podido superar por completo. Otros temas plantean cuestiones respecto a las cuales es acaso menos fácil una convergencia de opiniones. Piénsese, por ejemplo, en las desigualdades sociales y culturales entre las partes. Por vía de principio, debería suplirlas la intermediación de los abogados; empero, aún cuando los litigantes no estén *de iure* autorizados a abstenerse o *de facto* no se abstengan de sus servicios, sería exceso de optimismo suponer que todos puedan contar con la colaboración de profesionales igualmente aptos y diligentes. No queda más, entonces, que la solución consistente en asignar funciones asistenciales a los órganos públicos.

La participación del Ministerio Público en el proceso, en calidad de *custos legis* — si él se dispone a actuar de manera efectiva —, puede sin duda concurrir para nivelar *in concreto* las posiciones de las partes. Sin embargo, al menos en sociedades como las nuestras, no es factible, en definitiva, prescindir de la colaboración del juez. En el mismo trabajo a que poco antes hicimos referencia se lee una exhortación a que el juez ejercite los poderes, que le otorga la ley procesal, de suministrar al litigante más débil la información y el apoyo adecuados, en miras a oponer un contrapeso a la superioridad del adversario¹⁴. No solo en Alemania, donde se escribieron tales palabras, sino en muchos otros países, sucesivas reformas legislativas han acrecentado y siguen acrecentando poderes (o mejor dicho: deberes) de ese género. Se asigna al órgano judicial, *v.g.*, llamar la atención de las partes para las cargas procesales que les correspondan; estimularlas a expresarse sin reservas sobre todos los hechos relevantes, a formular las solicitudes apropiadas y a indicar los medios de prueba; concederles la oportunidad de manifestarse sobre las cuestiones jurídicas de que no se hayan dado cuenta, o a las cuales hayan negado trascendencia¹⁵ — por no hablar de la iniciativa instructoria, que las

14. KISCH, *Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses*, cit., p. 22.

15. V. los §§ 139, 1, y 278, 3, de la ZPO de la República Federal de Alemania; en nivel más modesto, los arts. 284, *caput*, y 285, *fine*, del *Código de Proceso Civil* brasileño. Cfr., en la doctrina, TARZIA, *Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile*, in *Riv. di dir. proc.*, v. XXXVI, 1981, p. 637 y ss.

legislaciones modernas atribuyen con notable amplitud al juez¹⁶, pero que, a pesar de su eventual utilidad en este contexto, no constituye en rigor, de por sí, ejercicio de una "función asistencial", ya que la correcta reconstitución de los hechos, en los límites que la ley establece a la cognición del órgano judicial, se incluye entre las tareas inherentes a la jurisdicción y no se subordina a circunstancias particulares.

Algunos miran con reserva semejante evolución; temen que ella ponga en jaque la imparcialidad del juez. Debe reconocerse la existencia del riesgo, aunque convenga añadir que también la omisión puede a veces favorecer injustamente a uno de los litigantes y, por ende, constituir una manifestación de parcialidad. Sea como fuere, la experiencia demuestra que, por regla general, el juez logra superar el riesgo; y todas las leyes procesales ofrecen a las partes remedios apropiados para los casos excepcionales en que ocurra lo contrario. No parece razonable, al fin de cuentas, a raíz de un temor que normalmente resulta infundado, renunciar a la utilización de una técnica de innegable eficacia en la corrección de muchas desigualdades.

Lo que sí se hace necesario, en contrapartida, es pasar del plan de las declaraciones de principio al de la realización concreta de la idea igualitaria en el proceso civil. No es una transición fácil. A ella se opone una inmensa variedad de carencias materiales. Pero se le opone asimismo, y sobre todo, la resistencia de una mentalidad excesivamente individualista, que todavía predomina en algunos sectores.

De ahí la importancia de las tareas que corresponden a cuantos nos damos cuenta de la urgencia de estos cambios. Es menester, de una parte, denunciar prejuicios, desenmascarar sofismas, aclarar dudas, vencer hesitaciones; de otra parte, luchar por la creación de las condiciones prácticas sin las cuales fracasará toda tentativa de renovación profunda y duradera: entre ellas, quizás en primer término, la adecuada preparación de los jueces para asumir sus acrecentadas responsabilidades.

La hora de la historia ya no tolera ninguna contemporización. El proceso civil social no puede seguir siendo un hermoso espejismo proyectado en el lejano porvenir: nuestra misión es construirlo aquí y ahora.

Junho de 1986.

16. Por ejemplo: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (Argentina), de 1967, art. 36, 2.º; *Código de Procedimiento Civil* colombiano, de 1970, arts. 37, n. 4, y 179, *in initio*; *Código de Processo Civil* brasileño, de 1973, art. 130; *Code de procédure civile* francés, de 1975, art. 10.

O PROBLEMA DA “DIVISÃO DO TRABALHO” ENTRE JUIZ E PARTES: ASPECTOS TERMINOLÓGICOS *

1. A “divisão do trabalho”, no processo, entre juiz e partes constitui problema cujo tratamento, à evidência, pode e costuma variar no tempo e no espaço, sob a influência de numerosos fatores. Com relação a cada um dos tópicos em que se desdobra a matéria, é concebível — e tem de fato acontecido — que ora se dê maior relevo ao papel do órgão judicial, ora ao dos litigantes. Admite a disciplina uma série de matizes e combinações, sendo raras — se alguma jamais existiu — as soluções “quimicamente puras”.

Recordem-se os mais importantes “pontos sensíveis” da problemática: iniciativa da instauração do feito; delimitação do objeto do litígio e do julgamento; impulso processual; formação do material de fato e de direito a ser utilizado na motivação da sentença; extinção do processo por ato dispositivo. Em cada um desses momentos, conforme a opção de política jurídica que se faça, pode ser decisiva a vontade do(s) litigante(s) ou a atuação do juiz, ou podem ambas influir em variável medida. Entre o “monopólio” das partes ou do órgão judicial e a atribuição das tarefas e responsabilidades em doses iguais a este e àquelas, medeia extensa gama de modelos que se oferecem à escolha dos teóricos, dos legisladores e dos aplicadores das leis processuais.

Uma vertente do pensamento jurídico ocidental, amplamente refletida em obras doutrinárias, em codificações e na prática do foro, propende a reservar às partes, com menor ou maior ênfase, o papel dominante nesse campo, reduzindo ao mínimo, ou até excluindo às vezes por completo, a interferência do juiz. Na linguagem processual brasileira, tal como na de outros países latinos, é habitual falar de “princípio dispositivo” para designar a idéia que estaria na base de semelhante tendência, sem que se tenha, em regra, a preocupação de estabelecer distinções: usa-se a deno-

* Publicado na *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 50, na *Revista de Processo*, v. 41, e na *Revista da Faculdade de Direito de Pelotas*, n.º XIV.

minação à guisa de rótulo genérico, indiferentemente aplicável a qualquer aspecto da temática em foco¹.

2. A palavra "dispositivo", por sua origem, sugere relação imediata com o âmbito das relações jurídicas disponíveis, dos direitos de que os respectivos titulares podem dispor com liberdade, a seu próprio alvedrio. A quem ouça ou leia a expressão e atente na estrutura do adjetivo, é pois natural que ocorra a suposição da coincidência entre o conjunto desses direitos e o das hipóteses submetidas às diversas manifestações do princípio que assim se nomeia. Este se justificaria como projeção lógica e necessária, no campo processual, daquela disponibilidade; os seus múltiplos desdobramentos nada mais seriam, em substância, que corolários de uma proposição fundamental: o que é disponível fora do processo continua a sê-lo no processo.

Em semelhante óptica, pareceria razoável a expectativa de que, entre o domínio das relações jurídicas disponíveis e o das relações jurídicas indisponíveis, se pudesse estabelecer nítida contraposição, em tudo que se relacionasse com as diretrizes inspiradas no "princípio dispositivo". Tais diretrizes presumivelmente se aplicariam, com exclusividade, aos processos em que se litigasse sobre relações jurídicas da primeira espécie. É o que faz crer, de modo intuitivo, a idéia de um nexos de antecedente a consequente entre a índole da relação jurídica e o regime processual adequado. Uma vez que neste o predomínio da vontade particular constitui reflexo da disponibilidade do direito, aquela deveria predominar onde quer que se cuidasse de direito disponível, e somente aí.

3. A observação da realidade, entretanto, não confirma a expectativa. Fácil evidenciá-lo, desde logo, no que tange à iniciativa da instauração do processo. Será verdade que, ao excluir para o órgão judicial a possibilidade de proceder *ex officio*, está a lei obedecendo a uma sorte de imposição lógica resultante do caráter disponível da relação jurídica material? Não parece: na lei brasileira, como em muitas leis estrangeiras, dificilmente se descobrirá semelhante vinculação entre uma coisa e outra.

1. Um exemplo colhido em fonte recente e autorizadíssima: JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, 8.ª ed., São Paulo, 1981, p. 381, alude a "princípio dispositivo" a propósito da vedação, ao juiz, de iniciar o processo, do poder das partes de pôr fim a este mediante atos bilaterais ou unilaterais, e da proibição de julgamento *ultra petita*; no v. II, 6.ª ed., São Paulo, 1981, p. 251-2, acrescenta, sempre sob o mesmo título, considerações sobre a limitação dos poderes judiciais em matéria de prova.

Senão, vejamos. Reza o art. 262, *princípio*, do nosso estatuto processual que "o processo civil começa por iniciativa da parte". A incidência da regra de modo algum se restringe ao território dos direitos disponíveis. No ordenamento pátrio — e não apenas nele — vale indiferentemente para o juiz a proibição de instaurar por si mesmo o processo, quer se cogite de uma classe de direitos, quer de outra. Os direitos da personalidade, por exemplo (direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade, ao nome, à própria imagem, à honra etc.), são normalmente indisponíveis²: seguir-se-á que, estando em jogo a proteção de um deles, fica o órgão judicial autorizado a iniciar o processo? Indisponíveis são, em princípio, os direitos do fisco; mas, se este se omite na cobrança de tributo devido, cabe porventura ao juiz suprir-lhe a omissão? Ninguém, é óbvio, dará resposta afirmativa a qualquer dessas indagações.

Por outro lado, o art. 989 do mesmo Código prevê a abertura *ex officio* do inventário, pelo órgão judicial, se nenhuma das pessoas legitimadas a requer em determinado prazo. O legislador de 1973, recorde-se, incluiu o inventário entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. E não sofre dúvida que são em máxima parte disponíveis os direitos de que nele se trata. Também o é o direito do proprietário ou possuidor da área, em face do titular da autorização, à percepção de renda e à indenização de prejuízos resultantes da pesquisa mineral. Contudo, não havendo acordo entre os interessados, incumbe ao juiz da comarca, onde se situa a jazida, cientificado pelo órgão administrativo competente, mandar proceder de ofício à avaliação da renda e da indenização, assim como, após o julgamento, intimar o titular da autorização a depositar quantia equivalente ao valor bienal da primeira e a prestar caução pela segunda (Dec.-lei n.º 227, de 28-2-1967, art. 27, incs. VI e s.).

Conclui-se que o normal monopólio da parte da instauração do processo não comporta explicação cabal só pela índole disponível da relação jurídica substantiva. Se assim fosse, nem se compreenderia que ele prevalecesse, em geral, mesmo no âmbito dos direitos indisponíveis, nem que pudesse deixar de vigor em tais ou quais hipóteses de direitos disponíveis.

2. MITTEIS-LIEBERICH, *Deutsches Privatrecht*, 5.ª ed., Munique, 1968, p. 44; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milão, 1973 (reimpr.), t. I, p. 81 e s.; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. VII, Rio de Janeiro, 1955, p. 8. Cf. o art. 11 do projeto do novo Código Civil brasileiro (Projeto de lei n.º 634-B, de 1975): "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".

4. O que ficou dito para a questão da iniciativa do processo vale igualmente para outras. Atente-se na da correlação entre o julgamento e o pedido. A regra constante, no ordenamento pátrio (Código de Processo Civil, art. 460) e em tantos outros, é a de que o juiz não pode julgar fora nem além dos limites do pedido. Mas essa regra é aplicável, sem qualquer diferença, estejam em causa relações jurídicas disponíveis ou indisponíveis. E as poucas exceções que a lei prevê não têm como razão de ser a indisponibilidade: são em princípio disponíveis, v.g., o direito aos juros e o direito ao reembolso das custas processuais e da verba honorária, prestações no entanto suscetíveis entre nós, todas elas, de concessão na sentença, independentemente de pedido (arts. 293, *fine*, e 20, *caput*, respectivamente). O mesmo se dirá da indenização prevista no art. 20 do Decreto-lei n.º 7.661, de 21-6-1945 (Lei de Falências). Também não se prende necessariamente ao caráter disponível do direito em jogo, por conseguinte, a proibição do julgamento *extra vel ultra petita partium*.

Considerações análogas podem fazer-se quanto à iniciativa em matéria de prova. Se bem que às vezes se insinue em obras doutrinárias³ e na jurisprudência, não acha ponto de apoio na lei, ao menos em nosso país, a idéia de que varie a amplitude da iniciativa judicial, aí, conforme a relação jurídica litigiosa se sujeite ou não ao poder de disposição das partes. Dos textos do Código de Processo Civil relacionados com o tema, nenhum consagra, de modo explícito ou implícito, distinção dessa espécie⁴. Certamente não se encontrará nada que com isso se pareça no art. 130, nem no art. 342, nem no art. 355, nem no art. 382, nem no art. 418, nem no art. 440, nem em qualquer outro que se refira aos poderes instrutórios do juiz. A quem sustente, portanto, a existência de restrições à iniciativa deste, no particular, não bastará, quando nada no plano do direito positivo, argumentar com a suposta disponibilidade dos direitos em causa.

5. Como se sabe, remonta à doutrina alemã do começo do século XIX a preocupação de compendiar em "princípios" (ou "máximas") as dire-

3. V.g., AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 2.º v., 7.ª ed., São Paulo, 1982, p. 79.

4. Já salientamos o ponto no ensaio "A garantia do contraditório na atividade de instrução", in *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, São Paulo, 1984, p. 74-5. Em vão se objetará com a atribuição de poderes de iniciativa instrutória ao Ministério Público (art. 83, n.º II): não está dito que com ela seja incompatível a do órgão judicial, que deva esta, por força, apagar-se onde caiba aquela, nem há — obviamente — supor que o juiz, ao contrário, deva atuar *mais* (ou só) onde também atue o Ministério Público.

trizes político-jurídicas que se podem acolher na ordenação do processo. É curioso que, embora a inspiração inicial estivesse ligada à noção da disponibilidade dos direitos, esse vínculo não se haja refletido na nomenclatura adotada. Para designar a diretriz que subordinava a atividade do juiz à iniciativa da parte, cunhou-se o termo *Verhandlungsmaxime*, que ao pé da letra significa "máxima (ou princípio) do debate", e estaria possivelmente a indicar a limitação do material utilizável no julgamento àquilo que os litigantes mesmos cuidem de trazer à discussão em juízo⁵.

Não surpreende que se tenha considerado inexpressiva a denominação, e imprópria como veículo da idéia que se pretendia sugerir; nem que, algumas décadas mais tarde, se propusesse outra, *Dispositionsmaxime*, em que era evidente a sugestão⁶. Todavia, o nome primitivo não foi abandonado. Em vez disso, ganhou terreno, pouco a pouco, na doutrina, a tendência a distinguir duas classes de problemas: uma relacionada com a liberdade do titular do direito de utilizar ou não o instrumento do processo para a respectiva vindicação, outra com o modo de funcionar do mecanismo processual no tocante aos fatos e à prova destes. Muitos autores passaram a reservar para o âmbito do segundo grupo de fenômenos o emprego do binômio *Verhandlungsmaxime — Untersuchungsmaxime* e a usar de preferência, com relação ao primeiro grupo, as expressões *Dispositionsmaxime* e *Offizialmaxime*⁷.

Na literatura mais moderna prevalece amplamente a diferenciação. Para esclarecê-la, diz-se que a *Dispositionsmaxime* respeita ao poder de decidir sobre a instauração do processo, sobre a respectiva subsistência e sobre a delimitação do litígio, ao passo que a *Verhandlungsmaxime* entende com o poder de introduzir no processo a matéria de fato, de decidir sobre a necessidade da respectiva verificação e de tomar a iniciativa desta⁸.

5. A autoria da fórmula é atribuída a GÖNNER (*vide*, ao propósito, BOMSDORF, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlim, 1971, p. 119 e s.; BRÜGGEMANN, *Judex statutor und judex investigator*, Bielefeld, 1968, p. 107, com sintéticas mas interessantes observações sobre a estrutura do vocábulo). À *Verhandlungsmaxime* contrapunha-se a *Untersuchungsmaxime*, expressão traduzível por "máxima (ou princípio) da investigação" — isto é, da livre investigação pelo órgão judicial.

6. Segundo BOMSDORF, *ob. cit.*, p. 161, foi o termo criado em 1858 por ORTLOFF, que, para batizar o princípio oposto, cunhou a denominação *Offizialmaxime*.

7. Deve-se a distinção, sobretudo, a VON CANSTEIN: *vide* ainda BOMSDORF, *ob. cit.*, p. 175 e s. Sobre a evolução do tratamento da matéria na literatura alemã, consultar-se-á com proveito CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, in Studi in onore di Enrico Redenti*, Milão, 1951, v. II, p. 716 e s.

8. Assim, resumidamente, BRÜGGEMANN, *ob. cit.*, p. 100. No mesmo sentido, em substância, cf., entre as obras mais recentes, ARENS, *Zivilprozessrecht*, Munique,

Alguns autores vão além e empregam ainda uma terceira expressão, *Parteibetrieb*, para designar a iniciativa da parte de instaurar o processo e mantê-lo em movimento (impulso processual), restringindo o conceito da *Dispositionsmaxime* exclusivamente ao poder de dispor do objeto de processo já pendente⁹.

Não é preciso que nos alonguemos nesta exposição. Convém frisar, no entanto, que já quase não se aponta na noção de disponibilidade razão suficiente para fundamentar a *Verhandlungsmaxime*; em vez disso, prefere-se invocar em favor desta considerações de ordem técnica e prática, motivos de conveniência¹⁰. Com relação à *Dispositionsmaxime* é que se persiste na justificação clássica¹¹.

6. Também na Itália tem dado azo a dissensões o assunto de que nos estamos ocupando. Grande parte da doutrina usou e usa indiscriminadamente a expressão *principio dispositivo*, a respeito das várias questões acima referidas. Não falta, entretanto, quem distinga, ainda que a distinção nem sempre se inspire no mesmo critério.

1978, p. 4 e s.; WOLF, *Gerichtliches Verfahrensrecht*, Reinbeck bei Hamburg, 1978, p. 36-7; JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 19.^a ed., Munique, 1981, p. 64 e s.; BAUR, *Zivilprozessrecht*, 4.^a ed., Frankfurt am Main, 1982, p. 44 e s.; SCHLOSSER, *Zivilprozessrecht I*, Munique, 1983, p. 77-8; DAMRAU, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877*, Paderborn, 1975, p. 32. Em vez de *Verhandlungsmaxime* e de *Untersuchungsmaxime* também se usam, respectivamente, os termos *Verhandlungsgrundsatz* e *Untersuchungsgrundsatz*. Há quem proponha substituir *Verhandlungsmaxime* (ou *Verhandlungsgrundsatz*) por *Beibringungsgrundsatz*: ZETTEL, *Der Beibringungsgrundsatz*, Berlin, 1977.

9. Estão nesse caso, v.g., ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 13.^a ed., Munique, 1981, p. 431-2, 444; THIÈRE, *Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess*, Bielefeld, 1980, p. 148, nota 108.

10. ROSENBERG-SCHWAB, ob. cit., p. 434; THIÈRE, ob. cit., p. 170; WOLF, ob. cit., p. 197 e s. (esse autor, porém, reconhece ainda certa significação, aqui, à idéia da autonomia da vontade, ao lado de aspectos como o da limitação das despesas processuais e da duração do processo e o da necessidade de preservar a imparcialidade do juiz); WEYERS, *Über Sinn und Grenzen der Verhandlungsmaxime im Zivilprozess*, in *Dogmatik und Methode, Josef Esser zum 65. Geburtstag*, Kronberg, 1975, p. 199 e s.

11. "Die *Dispositionsmaxime* ist das prozessuale Seitenstück zur *Privatautonomie*", escreve ARENS, ob. cit., p. 5, onde se pode estranhar que a afirmação se insira em contexto referente à iniciativa da instauração do processo: não porque aí se incluía este tópico na problemática da *Dispositionsmaxime* — o que é freqüente —, mas porque a disponibilidade no plano material decerto não explica de maneira satisfatória a proibição, para o órgão judicial, de proceder *ex officio* (vide, *supra*, item n.º 3).

Assim é que se tem às vezes reservado aquela denominação para a diretriz limitadora da iniciativa do órgão judicial em matéria instrutória, empregando-se outra expressão — *principio della domanda* — para aludir ao poder exclusivo da parte na instauração do processo¹². Em tal esquema, o nome *principio dispositivo* designa aquilo que os alemães, nos tempos modernos, soem rotular de *Verhandlungsmaxime*. Mas existe quem objete à equiparação e só admita falar de um *principio dispositivo* em sentido processual (ou *impróprio*) como correlato da *Verhandlungsmaxime*, ao passo que, no sentido *material* (ou *próprio*), o *principio dispositivo* indicaria o que na Alemanha se denomina *Dispositionsmaxime*¹³.

Por outro lado, apesar dessas divergências de terminologia, um traço é constante na literatura peninsular contemporânea: ela se abstém de invocar genericamente o poder de disposição do titular do direito para fundamentar as várias modalidades de limitação da iniciativa do órgão judicial. Coloca-se a tônica de preferência, alhures; freqüentemente, na necessidade de preservar a imparcialidade do juiz¹⁴. O descrédito da explicação baseada na índole da relação jurídica material é sensível, de modo particular, no tocante à questão dos poderes instrutórios do juiz¹⁵.

12. Nesse sentido LIEBMAN, no importante ensaio *Fondamento del principio dispositivo*, in *Problemi del processo civile*, Nápoles, s. d., p. 3 e s.; *id.*, *Manuale di diritto processuale civile*, 4.^a ed., Milão, v. I, 1980, p. 127 e s., e v. II, 1981, p. 83 e s. (na última obra, em termos explícitos, o autor inclui no âmbito do *principio della domanda*, além da exclusividade no poder de iniciar o processo, outras faculdades privativas da parte, como a de fixar o objeto do julgamento: v. I, p. 128). Cf. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, v. I, Nápoles, 1979, p. 227, 235, 238.

13. Assim CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milão, 1962 (reimpr.), t. I, p. 303 e s., especialmente 357-8.

14. LIEBMAN, que no ensaio citado em a nota 12, *supra*, punha em relevo esse aspecto sobretudo para explicar o *principio dispositivo*, segundo a terminologia adotada pelo autor (isto é, o corresponsivo da *Verhandlungsmaxime*), no *Manuale*, v. I, p. 128-9, estendeu a mesma explicação ao *principio della domanda*, sem deixar, quanto a este, de aludir também à "libera determinazione" do titular do direito subjetivo. Exclusivamente à exigência de imparcialidade do órgão judicial, como *ratio* do *principio della domanda*, refere-se PROTO PISANI, in *Commentario del codice di procedura civile*, dirigido por ALLORIO, v. I, t. II, Turim, 1973, p. 1051, com remissão a ensinamentos de CALAMANDREI, MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, v. I, Turim, 1973, p. 68-9, atribui, ao contrário, relevo preponderante à idéia da disponibilidade no plano material, para justificar o *principio della domanda* (*aliter*, em termos expressos, quanto ao *principio dispositivo*, no sentido de *Verhandlungsmaxime*: p. 76-7).

15. No dizer de VERDE, *Profillo del processo civile*, Nápoles, 1978, p. 83, por exemplo, trata-se de "un problema di mera tecnica processuale, da risolvere sulla base di ragioni di convenienza o di opportunità".

7. Pode-se compreender que o jurista, diante de cada uma das questões em que se desdobra o problema da "divisão do trabalho" entre o órgão judicial e as partes, se incline para tal ou qual orientação, prefira ver acentuadas as possibilidades de atuação do juiz ou, ao contrário, vinculadas à vontade dos litigantes. A justificação da escolha, contudo, submete-se inevitavelmente ao escrutínio da crítica, já pelo ângulo da aderência à realidade, já do ponto de vista da coerência lógica.

Quando alguém, por exemplo, invoca o princípio dispositivo a propósito da regra *ne procedat iudex ex officio*, e o relaciona com o poder de disposição do autor sobre seu suposto direito, uma de duas: ou se pronuncia *de lege lata*, isto é, expõe como se passam as coisas em determinado ordenamento processual, ou *de lege ferenda*, isto é, sugere como se devem passar as coisas, em sua opinião, num ordenamento processual bem constituído. No primeiro caso, sujeita-se a invocação ao contraste com as normas do *ius positum*; e muito perderá em credibilidade se se averiguar que a vedação prevalece, de maneira geral, também para as hipóteses de direitos indisponíveis, e pode cessar, embora a título excepcional, para algumas hipóteses de direitos disponíveis. No segundo caso, se não se recomendar a adoção da regra oposta para as hipóteses de indisponibilidade, ter-se-á pelo menos de dar, com relação a estas, explicação diversa, capaz de justificar a igualdade de tratamento; ora, se essa explicação for comum à outra classe de direitos, e também quanto a ela suficiente em si mesma, correr-se-á o risco de ver objetar que com isso se torna supérflua, afinal de contas, a invocação do princípio dispositivo.

Não é nosso propósito analisar aqui as diversas manifestações doutrinárias na matéria, para verificar se passam incólumes por tais provas. Situa-se em nível mais modesto a preocupação que ora nos move. Ela se concentra no aspecto terminológico da questão: se a idéia da disponibilidade da relação jurídica material, como ficou demonstrado, não se presta a ministrar a razão suficiente das várias limitações impostas à iniciativa do juiz, será aconselhável continuar a usar, e com alcance genérico, uma expressão — princípio dispositivo — tão propícia a evocar aquela idéia e, por conseguinte, a pôr em falsa pista quem quer que a leia ou a ouça com mente aberta às sugestões da etimologia?

A rigor, a denominação poderia reputar-se adequada a um único tópico: o dos atos de disposição que as partes praticam no curso do processo. Com efeito, afigura-se lógico referir à disponibilidade da relação litigiosa, no particular, a vinculação do órgão judicial, que sem dúvida aprecia a matéria pelo prisma da validade — verificando, justamente, se o direito era mesmo disponível —, mas não pode pronunciar-se sobre o

conteúdo do ato praticado, sob pena de indevido cerceamento da autonomia da vontade dos litigantes. Aí está, na verdade, fenômeno que faz sentido ligar a um princípio chamado "dispositivo". Quanto aos outros que se costumam mencionar neste contexto, parece-nos altamente duvidosa, para dizer o menos, a propriedade da correlação.

8. A doutrina brasileira não tem dedicado atenção maior a essas questões. Como se disse de início, costumam os autores reportar-se, pura e simplesmente, ao princípio dispositivo, quando querem aludir a qualquer das manifestações da subordinação do juiz à iniciativa da parte. Por outro lado, é escasso o empenho que se mostra em fundamentar, seja como for, a preferência pelas soluções obedientes a essa diretriz.

Há sinais, sobretudo em obras recentes, de que se começa a tomar consciência do problema. Atestam-no, antes de mais nada, certas tentativas de diversificação terminológica. Tem-se proposto, *v.g.*, adotar denominação específica para a proibição, a que se submete o órgão judicial, de instaurar *ex officio* o processo¹⁶. Já se sugeriu, também, o uso de expressões diferentes para designar os princípios que a moderna doutrina alemã distingue sob os nomes de *Verhandlungsmaxime* e *Dispositionsmaxime*¹⁷. Deve-se reconhecer, no entanto, a fraca repercussão, até agora, de semelhantes alvites.

Igualmente ambíguo é o *status quaestionis* no que concerne à fundamentação. Muitas vezes, como já se frisou, ela não vem explicitada. Uma ou outra referência à disponibilidade do direito material surge a propósito da regra *ne procedat iudex ex officio*, dos atos de disposição praticados pelas partes, da proibição do julgamento *ultra petita*¹⁸. Acerca da limitação da atividade oficial em tema de prova, prefere-se invocar o

16. CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 21-2, fala em "princípio da demanda", expressão de origem obviamente italiana, e cuida de afirmá-lo distinto do princípio dispositivo, bem como de incluir-lhe no âmbito de incidência a vedação do julgamento *ultra petita*. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA-ADA PELLEGRINI GRINOVER-CÂNDIDO R. DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 4.ª ed., São Paulo, 1984, p. 26, aludem a "princípio da ação" ou "princípio do pedido", que igualmente diferenciam do princípio dispositivo, reservada esta expressão para o tema da iniciativa de alegações e provas (p. 32 e s.).

17. "Princípio de controvérsia" e "princípio dispositivo", respectivamente: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1979, p. 526.

18. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, v. I, p. 381 (onde também se invoca, a propósito da primeira regra, "o objetivo de garantir a imparcialidade do órgão

argumento concernente à imparcialidade do juiz¹⁹; não deixa de ser paradoxal que precisamente nesse contexto se guarde maior fidelidade à denominação "princípio dispositivo".

O panorama denota insuficiente reflexão sobre o assunto. Bem se sabe quão difícil é contrariar usos inveterados, em terminologia como em tudo mais. Em determinados casos, porém, vale a pena tentar. A invocação do princípio dispositivo ameaça às vezes, entre nós, converter-se em *slogan* cômodo, capaz de dar solução rápida a uma série de questões, que se tende a supor análogas com facilidade tanto maior quanto menor o tempo, ou a vontade, de investigar se a suposição verdadeiramente se justifica. É uma simplificação perigosa; entre outros motivos, pelas falsas correlações de idéias que pode ocasionar ou favorecer.

Se despertássemos para o risco, decerto nos persuadiríamos da conveniência de usar a expressão com maior parcimônia. E é bem provável que acabássemos por tirar outras conclusões. A partir da análise terminológica, talvez chegássemos a redimensionar — como urge — todo o fenômeno subjacente.

Fevereiro de 1985.

judiciário"). Em A. C. DE ARAÚJO CINTRA-ADA PELLEGRINI GRINOVER-CÂNDIDO R. DINAMARCO, ob. cit., p. 29, encontra-se menção a um "princípio da disponibilidade processual", cujo alcance não fica muito claro: ele parece, de um lado, aproximar-se do "princípio da ação", na medida em que respeita à possibilidade, para os titulares dos direitos, "de apresentarem ou não sua lide em juízo"; de outro, entender com os atos dispositivos das partes — aspecto pelo qual se justificaria, sem dúvida, a menção à "natureza do direito material que se visa a atuar".

19. JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., v. II, p. 252; AMARAL SANTOS, ob. e lug. cit.; MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, v. IV, t. I, Rio de Janeiro, s.d., p. 59; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Processo de conhecimento*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1984, p. 28, 453; A. C. ARAÚJO CINTRA-ADA PELLEGRINI GRINOVER-CÂNDIDO R. DINAMARCO, ob. cit., p. 33.

OS PODERES DO JUIZ NA DIREÇÃO E NA INSTRUÇÃO DO PROCESSO *

1. Falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo sistema processual é chamado a definir-se: o problema da "divisão do trabalho" entre o órgão judicial e as partes. Uma tradição cultivada ao longo de quase todo o século XIX confiava às partes, de preferência, a sorte do processo. Da vontade particular fazia-se depender não apenas a existência deste, mas, em larga medida, o seu desenvolvimento. Na própria fixação do itinerário e no ritmo da marcha influía, de maneira decisiva, o ânimo dos litigantes, reservado ao juiz o papel de observador distante e impassível da luta entre eles, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das "regras do jogo" e, no fim, proclamar o vencedor.

A sustentação teórica de semelhante modelo não basta, nem bastou jamais, a noção da disponibilidade dos direitos que se postulam perante a justiça civil. Não bastaria, mesmo que na verdade sempre se tratasse, aí, de direitos disponíveis — o que está notoriamente longe de ser exato, inclusive para os ordenamentos (e não é o caso do brasileiro) que destinem o processo civil, em termos de exclusividade, à composição de litígios privados, também eles suscetíveis, em muitas e bem conhecidas hipóteses, de gravitar em torno de relações jurídicas imunes ao poder de disposição dos titulares. E não bastaria, ainda que se fizesse repousar sobre o respeito à autonomia da vontade a generalizada proibição, imposta aos juízes, de proceder *ex officio*.

Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal,

* Texto da conferência pronunciada em 14-9-1984, no V Simpósio de Direito Comparado Luso-Brasileiro (Rio de Janeiro), e publicada na *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, v. 4, e na *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 48.

deve este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados. Não lhe agradando o tratamento, resta-lhe de certo, a qualquer tempo, a possibilidade de retirar-se, mesmo sem alta, para tentar curar-se por outros métodos; enquanto, porém, queira utilizar os serviços do estabelecimento, há de respeitar-lhes a disciplina, que tem suas exigências próprias de racionalidade.

2. As legislações modernas acentuam o papel preponderante do juiz na direção do processo. Continua-lhe em regra vedado, como é da tradição, pôr em movimento, por iniciativa sua, a máquina judiciária; mas, uma vez instaurado, desenvolve-se o feito, para usar a dicção do art. 262 do Código brasileiro, "por impulso oficial". O Código português, que no art. 264, n.º 1, literalmente sugere orientação contrária, logo em seguida se apressa, no art. 266, a cometer ao órgão judicial as atribuições de "remover os obstáculos que se oponham ao andamento regular da causa" e de ordenar o que "se mostre necessário para o seguimento do processo": o alcance da disposição não é muito diverso do que possui o art. 125, n.º II, do diploma pátrio, onde se consagra, para o juiz, o dever de "velar pela rápida solução do litígio".

Ainda na lei brasileira, constituem manifestações importantes do poder do órgão judicial de dirigir formalmente o processo, em atuação *ex officio*: a possibilidade de determinar a reunião de ações propostas em separado, quando entre elas haja conexão ou continência (art. 105); a de sobrestar no andamento do feito, até que se pronuncie o juízo penal, se a decisão da lide depender da verificação de fato delituoso (art. 110, *caput*); a de declarar a própria incompetência, quando absoluta, remetendo os autos ao órgão competente (art. 112, § 2.º); a de prorrogar os prazos, no máximo por sessenta dias, nas comarcas onde for difícil o transporte (art. 182, *caput*, 2.ª parte); a de extinguir o processo sem exame do mérito, ordenando o arquivamento dos autos, se aquele ficar paralisado durante mais de um ano, por negligência das partes, e estas, pessoalmente intimadas, não lhe derem movimento (art. 267, n.º II, e § 1.º); e assim por diante. Menos explícito na matéria, não deixa porém o texto português

de contemplar em termos expressos hipóteses de atuação oficial do juiz na direção do feito, como evidenciam, *v.g.*, o art. 317, relativo a diligências necessárias para a determinação do valor da causa, e o art. 508, ns. 1 e 3, atinente à marcação de audiências de discussão.

Cumpra observar que as partes de modo nenhum ficam totalmente impossibilitadas de influir na configuração do *iter* processual. Para limitar os exemplos, desta vez, ao diploma brasileiro, a elas se faculta, sob determinadas restrições, reduzir ou prorrogar por avença os prazos dilatatórios (art. 181); renunciar aos estabelecidos exclusivamente em seu favor (art. 186); suspender convencionalmente o processo, por tempo não superior a seis meses (art. 265, n.º II, e § 3.º); fazer adiar, também por convenção, e uma só vez, a audiência de instrução e julgamento (art. 453, n.º I); escolher, sempre mediante acordo, o arbitramento como forma de liquidação da sentença (art. 606, n.º I, *fine*) etc. Relevante é a margem de disponibilidade reconhecida às partes no tocante à competência em razão do valor ou do território: não só lhes permite a lei, em princípio, fixar foro convencional (art. 111), mas também abre ao réu — salvo quando excepcionalmente absoluta a incompetência (art. 95, 2.ª parte) — a de dar causa à prorrogação, para o que lhe basta deixar de oferecer no prazo legal a exceção cabível (arts. 112 e 114).

3. Em matéria de instrução, prevalece igualmente nas leis contemporâneas a tendência a confiar papel ativo ao juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido a sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir. Nada mais natural: é intuitivo, em linha de princípio, que um bom julgamento descansa na correta aplicação da norma a fatos reconstituídos com a maior exatidão possível; e julgar bem é preocupação que não pode ser estranha ao órgão judicial. Nessa perspectiva, ao contrário do que insinuam certas fórmulas tradicionais, recusar-lhe a possibilidade de comprovar espontaneamente os fatos parece tão pouco razoável, afinal de contas, quanto negar-lhe a de procurar por si mesmo a norma aplicável: o conhecimento daqueles não lhe é menos necessário que o desta para cumprir sua função essencial de modo satisfatório.

Quase supérfluo ressaltar, por óbvio, que de ordinário o conhecimento dos fatos será proporcionado ao juiz, principalmente, por meio de provas carreadas para os autos pelos próprios litigantes, que sabem ou devem saber melhor em que consistem elas e onde se encontram. Dessa, que é uma regra de experiência, não se tira contudo preceito capaz de gerar para o órgão judicial, no exercício de seus poderes oficiais, escritu-

pulos e temores não justificados por qualquer texto ou pela sistemática do ordenamento.

O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui no órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e portanto a de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quando toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes. Bem se percebe quão impróprio é um modo de equacionar o problema, que condena o órgão judicial, em qualquer caso, a incorrer na pecha de parcialidade...

Menos fundada ainda se mostra a idéia de que a apuração oficial da verdade dos fatos constitua, no âmbito judicial, expressão de autoritarismo político, suscetível de comprimir insuportavelmente, ou até de aniquilar, a autonomia da vontade. A premissa consiste em que, ao omitir-se na prova da alegação, estaria a parte tacitamente renunciando ao direito emergente do fato alegado mas não provado, e ao juiz não seria lícito contrariar essa renúncia, ou inutilizá-la. Mesmo, porém, no campo das relações jurídicas disponíveis — o único em que o raciocínio poderia nutrir alguma pretensão de seriedade —, afigura-se temerário, ao menos no sistema da obrigatória representação por advogado, presumir, da mera omissão na atividade instrutória, a vontade de renunciar, sem sequer indagar se o advogado, que bem pode haver sido o único omissor, se achava habilitado a manifestá-la pelo litigante.

Por outro lado, o incremento dos poderes oficiais na instrução do processo está longe de constituir peculiaridade de ordenamentos processuais modelados sob diretrizes políticas autoritárias. A história e o direito comparado não permitem, na matéria, enunciar regra constante: têm-se visto, e vêem-se hoje, as mais diversas combinações. A ampla iniciativa judicial pode conviver com o autoritarismo e com o liberalismo político, do mesmo modo que com um e outro pode conviver a tendência a restringi-la ou a nulificá-la. O que cabe afirmar com segurança, isso sim, é que a consagração de semelhante iniciativa acompanha a transição do

Estado absenteísta, dominado pela obsessão do *laissez faire*, para o Estado com preocupações sociais, empenhado em avançar da igualdade puramente formal até algo que se aproxime, tanto quanto possível, de uma igualdade substancial. Daí a falar de autoritarismo vai distância que não se transpõe sem grave risco de equívoco. Não há descobrir inspiração autoritária, v.g., no art. 37 da lei suíça sobre o processo civil federal, de 1947, segundo o qual "*le juge n'est pas lié par les offres de preuves des parties*" e "*peut ordonner des preuves que les parties n'ont pas offertes*". Nem rendeu tributo a qualquer forma de autoritarismo político o legislador francês, quando estatuiu, no art. 10 do novo *Code de procédure civile*, de 1975, que "*le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles*". Inútil multiplicar os exemplos: esses bastam para remeter a increpação ao arquivo da mitologia jurídica.

É claro que a mais larga atribuição de poderes exercitáveis de ofício, na instrução do feito, de modo algum dispensa o órgão judicial de respeitar, na realização de quaisquer diligências, a garantia do contraditório, indispensável à salvaguarda dos direitos da defesa. Menos ainda o exonera do dever de motivar a sentença, mediante a análise dos elementos probatórios colhidos e a justificação do valor atribuído a cada qual. No controle da observância dessas imposições legais, e não no cerceamento da iniciativa do juiz, é que consiste o melhor antídoto contra as eventuais tentações de parcialidade.

4. O Código brasileiro e o português empregam técnica essencialmente igual no tratamento desta matéria: ambos contêm disposições de princípio, que legitimam, em termos genéricos, a atuação oficial, e regras específicas, que a disciplinam com referência a determinados meios de prova. As disposições de princípio são: no texto pátrio, o art. 130 ("Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo..."); no luso, o art. 264, n.º 3 ("O juiz tem o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade, quanto aos fatos de que lhe é lícito conhecer"). Exemplos de regras específicas ministram, no direito brasileiro, as relativas à determinação do comparecimento pessoal das partes para depor (arts. 342 e 343, *princípio*); à ordem de exibição de documento em poder de uma delas (art. 355); à requisição de certidões e procedimentos administrativos (art. 399); à inquirição de testemunhas referidas e à acareação de dois ou mais depoentes (art. 418); à inspeção judicial de pessoas ou coisas (art. 440); no português, as concernentes à requisição de informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias, desenhos, objetos ou outros documentos necessários ao esclarecimento da ver-

dade (art. 535, n.º 1); à determinação *ex officio* do arbitramento (art. 576, n.º 2); à inspeção de coisas ou pessoas (art. 612, n.º 1); à acareação (art. 642); à inquirição de pessoa não oferecida como testemunha (art. 645).

A essas normas específicas deve reconhecer-se a função de explicitar o poder de iniciativa conferido ao órgão judicial e regular por miúdo o modo de exercê-lo; não a de restringi-lo aos casos expressamente indicados, que aliás — diga-se de passagem — são a imensa maioria dos concebíveis. Nem vale objetar que assim se tornam supérfluas as disposições específicas: o argumento é faca de dois gumes, porque com facilidade se objetaria à opinião contrária que ela, por sua vez, torna supérfluas as normas genéricas. A verdade é que a existência das disposições específicas se justifica pelo *plus* que geralmente contém, com relação ao momento, à maneira de proceder e a outros condicionamentos da atuação do juiz.

Revela a experiência brasileira — e no mesmo sentido apontam, quanto a Portugal, depoimentos autorizados — que é pouco freqüente, na prática, o uso *ex officio* dos poderes instrutórios. Dos vários motivos que para tanto concorrem, o mais óbvio é a sobrecarga de serviço que de modo geral onera os órgãos de primeiro grau, tão agravada pelos defeitos às vezes escandalosos da organização judiciária e pela insuficiente racionalização dos métodos de trabalho, quase sempre teimosa e estranhamente refratários, além de tudo, ao emprego dos recursos da moderna tecnologia. Haverá outras razões de abstenção, porventura menos justificadas. O que positivamente não parece necessário é reforçá-las com exortações à cautela e à moderação. O risco, neste campo, não é o da hiperatividade, mas o da inércia. Aos juízes deve, pois, aconselhar-se a utilização, com escrupuloso respeito do contraditório, das possibilidades que a lei lhes concede, sempre que preciso para a formação segura do convencimento acerca dos fatos relevantes.

Nem há temer que o progresso nessa direção redunde em amesquinamento do papel das partes, como se se tratasse de uma espécie de gangorra, em que à subida de um lado corresponde por força a descida do outro. Com atuar de modo mais intenso não estará o órgão judicial, necessariamente, relegando os litigantes a posição passiva. Não se trata, é evidentíssimo, de competição ou disputa, em que cada participante se tenha de preocupar em passar à frente do outro e em evitar que o outro lhe passe à frente. Ninguém preconiza o absurdo de cercear-se a iniciativa das partes, para deixar-se tudo, ou quase tudo, por conta do juiz. Como já tivemos ocasião de dizer alhures, o lema do processo "social" não é o da *contraposição* entre juiz e partes, e menos ainda o da *opressão* destas por aquele: apenas pode ser o da *colaboração* entre um e outras.

5. Cuidar da acentuação de poderes, no entanto, é cuidar também, e forçosamente, de acentuação da responsabilidade. Quem se investe de poderes responde pela omissão em exercê-los na medida necessária, e responde de igual modo pelo exercício abusivo ou simplesmente inepto.

A responsabilidade civil, penal e administrativa dos juízes é objeto de normas expressas; de ordinário, porém, jaz nos textos como letra morta. Para isso contribui, sobretudo no plano disciplinar, um mal compreendido *esprit de corps* que costuma inibir os órgãos competentes para a respectiva apuração e eventual imposição de sanções. No tratamento da delicada questão, cumpre não perder de vista a necessidade de preservar a independência do magistrado. A censura do conteúdo das decisões, *v.g.*, é inconcebível fora do jogo normal dos recursos e outros remédios legalmente previstos. Não suscita escrúpulos da mesma ordem, todavia, o controle da atuação do juiz no que tange à condução do processo. Nenhum princípio se infringirá, por exemplo, se se reconhecer que, em hipótese de anulação do feito, decorrente de inequívoco *error in procedendo*, deveria imputar-se ao mau condutor, pelo menos, o acréscimo de custas correspondente à renovação dos atos invalidados.

É claro, por outro lado, que não nos podemos dar por satisfeitos com a aplicação mais rigorosa, nem com a exasperação, em certos casos aconselhável, de providências puramente repressivas. Tem o problema, à evidência, dimensão muito maior. Explorá-la toda importaria refletir, entre outros pontos, sobre as notórias imperfeições na preparação e na seleção dos magistrados, e sobre as condições manifestamente desfavoráveis em que tantos deles exercem suas funções, incluídas aí, em muitos casos, as distorções relacionadas com a defeituosa organização judiciária e, quase sempre, a carência de meios materiais que retém a atividade dos juízes, mesmo a dos mais conscienciosos, em nível de eficiência dolorosamente incompatível com o espetacular progresso tecnológico de nosso tempo. Mas a reflexão decerto nos levaria longe demais: temos aqui de contentar-nos, à guisa de fecho, em repetir uma advertência que muitas vezes já fizeram antes da nossa, mas que poucos ouvidos parecem dispostos a escutar.

Agosto de 1984.

SOBRE A "PARTICIPAÇÃO" DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL *

1. Falar de "participação", com referência ao processo, pode sugerir um rumo de investigação que se dirija a fenômenos situados, total ou parcialmente, fora do âmbito estrito da atividade realizada em juízo. A conotação mais evidente aponta no sentido das relações entre o processo e a sociedade que lhe serve de moldura. Tratar-se-á, em tal perspectiva, de examinar se os indivíduos e os grupos existentes nessa sociedade, conquanto não diretamente envolvidos, de maneira necessária, naquela atividade, assumem também (ou devem assumir), diante dela, papel ativo, que se traduza em alguma espécie de interferência; e, no caso afirmativo, de averiguar que formas e que extensão essa interferência reveste (ou deve revestir). O olhar do observador estará voltado, aí, para os possíveis aportes exteriores, capazes de atuar — de modo benéfico ou maléfico, observe-se de passagem — sobre a realidade processual, que não constitui, nem pode constituir, um recinto isolado, hermético, impermeável ao ambiente em que se insere.

Esse é um gênero de pesquisa cuja importância tem sido, com razão, posta em realce nos últimos tempos. A disposição de prestigiá-lo integra-se em vasto e notório movimento de idéias tendente a enfatizar as ligações entre o processo e os fenômenos políticos, econômicos, culturais, próprios do universo que o circunda, a cuja influência ele naturalmente se sujeita e sobre os quais, por sua vez, reage. O autor destas linhas acredita haver podido, modestamente embora, concorrer, em mais de uma ocasião¹, para a indispensável tomada de consciência quanto à necessidade de levarmos em conta, em nossa própria elaboração jurídica — sem menosprezo das exigências da técnica, nem esquecimento das limitações óbvias que se

* Comunicação ao encontro sobre *Participação e processo*, São Paulo, 30-6-1987. Publicada também nos *Arquivos dos Tribunais de Alçada* — ATA 9 (1988).

1. *Vide*, ainda recentemente, a conferência pronunciada no Panamá, em 18-8-1986, sob o título *Dimensiones sociales del proceso civil*, e publicada na *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4/86, e em *El Derecho* (Buenos Aires), t. 120, n.º 6.621.

põem ao trabalho do jurista enquanto tal — os dados que nos ministra a contemplação de semelhantes interações.

2. Não é menos útil, porém, volver novamente os olhos, de vez em quando, para a paisagem *interior* do processo, que está longe de esgotar-se como objeto de análise e de reflexão. Nem é difícil perceber que, pelo ângulo mesmo da “participação”, muito ainda existe que vale a pena dizer, ou redizer, acerca dos próprios sujeitos principais da chamada relação jurídica processual. Assim como se pode (e se deve) levantar e enfrentar, a respeito do processo, a problemática da participação dos outros membros da comunidade social, dos denominados “grupos intermediários” dos diferentes órgãos estatais, dos vários setores daquilo a que se convencionou chamar a “sociedade civil”, há e continuará a haver espaço — provavelmente enquanto durar a história da humanidade — para aprofundar o exame das formas e da medida em que participam da atividade processual as pessoas mesmas sem as quais nem sequer se concebe a existência de um feito: o juiz e as partes.

Dir-se-á que, em relação a elas, o problema se coloca, de saída, em termos radicalmente diversos, já que a imensa maioria dos atos que compõem o processo ou provêm do órgão judicial ou se praticam em nome de um ou de outro litigante. A respectiva participação na atividade processual estaria assim, *ab initio*, posta como dado inquestionável. Essa, porém, é visão que se detém na epiderme da realidade. O que se cuida de saber é exatamente se a mera condição jurídica de sujeitos dos atos processuais, ou da maior porção deles, basta como garantia de “participação”, usada a palavra em seu sentido mais forte, e encarado pelo prisma da efetividade — que é, aqui, o que nos interessa — o fenômeno que ela pretende designar.

3. No que tange às partes, a dúvida aparece desde logo manifestamente justificada, pelo menos em sistema que, como o brasileiro, impõe em regra a representação obrigatória dos litigantes por advogado². Conforme bem se sabe, são em pequeno número os atos processuais em que qualquer das partes figura por si mesma: a citação, de ordinário (Código de Processo Civil, art. 215), a intimação para dar andamento ao feito (art. 267, § 1.º), o interrogatório informal (art. 342), o depoimento pessoal (arts. 343 e s.), a inspeção que numa delas acaso se realize (arts. 340, n.º II, e 440

2. No “Juizado Especial de Pequenas Causas”, tal representação é facultativa (art. 9.º, *caput*), salvo no procedimento recursal (art. 41, § 2.º).

e s.), possivelmente a tentativa de conciliação (arts. 447 e 448), este ou aquele incidente da execução — é o próprio devedor de alimentos, e não seu advogado, que vai preso quando não paga nem se escusa (art. 733, § 1.º). . . Outros exemplos poderão ser colhidos aqui e ali; mas serão quase sempre, à semelhança dos acima indicados, atos em que o litigante é menos *agente* que *paciente*. Continua portanto a ser exato que, quando a parte *age*, ela o faz, com irrelevantes exceções, por meio do advogado.

Não nos preocupa, no momento, a valoração de tal sistema. Quer se goste dele, quer não se goste, o inegável é que, as mais das vezes, o litigante só tem contacto com o processo por aquilo que o advogado lhe narra do respectivo andamento, ou pelo que, eventualmente, lhe seja dado captar de algum ato a que porventura assista (*v.g.*, julgamento de recurso). E, embora juridicamente seja verdade que as manifestações do advogado valem como manifestações da parte que ele representa, não é menos verdade que, vistas as coisas na substância, as expressões e o tom usados nas petições e nos arrazoados do procurador só excepcionalmente coincidirão com as expressões e o tom que o próprio litigante usaria, ainda quando se trate da mera descrição de fatos. Em tais condições, ou nos conformamos em atribuir ao termo “participação” significado estritamente formal, sem qualquer compromisso com a realidade subjacente às fórmulas técnicas, ou então somos forçados a reconhecer que é mínima a participação dos litigantes no processo.

4. Desloquemos agora a nossa atenção, das partes para o juiz. À primeira vista, parece que o panorama se modifica de maneira radical. Para começar, o juiz, ao menos *de iure*, pratica *pessoalmente* os atos que lhe competem: decerto não lhe é lícito fazer-se representar, seja por quem for, no exame de petição inicial, ou numa audiência de instrução e julgamento³. Ademais, elevado como é o número desses atos, o órgão judicial intervém, por assim dizer, a cada passo do itinerário do feito, que praticamente não se move sem que ele, de algum modo, concorra para tal

3. No direito argentino, embora o art. 125 *bis* do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación estabeleça, na 1.ª alínea, que “las audiencias de posiciones serán tomadas personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad”, a própria lei admite, na 3.ª alínea, que o tribunal, a requerimento do juiz, o dispense da exigência, “cuando circunstancias derivadas del cúmulo de tareas lo hicieren necesario”. Entre nós, em quaisquer circunstâncias, é flagrantemente ilegal a realização de audiência sem a presença do juiz, e nenhuma validade se pode reconhecer aos atos porventura assim praticados.

movimento. A impressão que disso pode resultar é a de um contacto intenso e permanente entre o juiz e o processo.

Dois corolários defluem naturalmente de tal suposição. O primeiro é que o juiz deve ter do processo conhecimento minucioso, capaz de habilitá-lo a fundamentar com segurança qualquer decisão que lhe caiba proferir, sobre a *res in iudicium deducta* ou sobre questão incidente. O segundo é que ele estará em condições de imprimir ao feito marcha constante e expedita, conduzindo-o com mão firme por entre eventuais escolhos, impedindo ou neutralizando prontamente manobras procrastinatórias, mantendo a cada instante domínio pleno da situação, em ordem a evitar desvios de rota e turbulências desnecessárias. Em que medida se aproximará dessa imagem a que nos proporciona a observação do dia-a-dia forense?

5. As disfunções do mecanismo judiciário têm sido criticadas com tal frequência, por ângulos e em níveis tão diversificados, que a rigor nada há que acrescentar a um libelo acusatório cujos pontos básicos, a esta altura, ninguém ignora. Vamos limitar-nos a recapitular aqui, em termos sintéticos, alguns tópicos, mais diretamente relacionados com a problemática da atuação do juiz, que a nossa experiência sugere pôr em relevo. Defeitos desse tipo, como é intuitivo, podem referir-se, de modo mais direto, à condução do processo ou à solução do litígio. Tratemos, pois, de distribuir *grosso modo* por essas duas vertentes os itens do nosso inventário crítico.

5.1. No tocante à condução do processo, afiguram-se dignas de particular atenção:

a) a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do *iter* processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível;

b) a sobrevivência, nos feitos viáveis, ou não manifestamente inviáveis, de questões em princípio destinadas a solução rápida, em estágio pouco avançado do procedimento (v.g., regularidade da citação; competência do órgão processante; representação das partes; retificação do valor da causa, *ex officio* ou mediante impugnação; integração do contraditório; nomeação de curador especial; concessão ou denegação do benefício da gratuidade; concorrência das "condições da ação"), e que, não liquidadas no momento justo, constituem fonte permanente de tumulto processual, dando ensejo a incidentes capazes de retardar o julgamento, dispersar a atenção do juiz e, não raro, acarretar a anulação do processo, ou de

parte dele, inclusive em grau de recurso, com desperdício de tempo, energias e recursos financeiros;

c) a inobservância, sem motivo justificado, de prazos para a prática de atos, quer pelo próprio juiz, quer por auxiliares da justiça (funcionários ou serventuários de cartório, oficiais de justiça, peritos);

d) a omissão de atos ou formalidades essenciais (por exemplo, abertura de vista à outra parte, para falar sobre documento de que uma delas requeira a juntada);

e) a falta de fiscalização do cumprimento de encargos atribuídos aos órgãos auxiliares (v.g.: certificação, nos autos, da realização de atos processuais e/ou da respectiva publicação no jornal oficial; traslado das peças que obrigatoriamente devem compor o instrumento do agravo etc.).

5.2. Relativamente à solução do litígio, cumpre ressaltar:

a) a escassez de iniciativas instrutórias oficiais⁴, ainda quando manifesta a conveniência de esclarecer questões de fato relevantes, a cujo respeito se mostram insuficientes os elementos de prova trazidos pelas partes;

b) a pouca (ou nenhuma) familiaridade do juiz com os aspectos básicos da controvérsia, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, com a conseqüente baixa do rendimento da atividade nela realizada — em razão, por exemplo, da incapacidade do juiz de avaliar a relevância de perguntas que se requer sejam formuladas às partes ou às testemunhas (o que pode conduzi-lo a indeferir perguntas importantes, ou a permitir que o depoimento "inche" com declarações absolutamente inúteis), e a *fortiori* de formular, ele mesmo, indagações complementares;

c) a motivação superficial ou lacunosa da decisão, sobretudo no que concerne à valoração da prova e à solução das *quaestiones facti* — defeitos que obviamente se articulam com os indicados nas letras a e b, *supra*;

d) a falta de congruência entre o teor da decisão e os limites em que a lide se submetera à apreciação judicial (julgamento *ultra, extra* ou *contra petita*; prolação de sentença ilíquida apesar de líquido o pedido).

4. Não se trata de peculiaridade do foro brasileiro: vide observações análogas, quanto a Portugal, em ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil declaratório*, v. III, Coimbra, 1982, p. 163; com referência à Áustria, FASCHING, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, Viena, 1984, p. 315; cf., no que concerne à Itália, os resultados de uma pesquisa dirigida por DENTI, no volume *Le prove nel processo civile*, Milão, 1973, p. 13 e s.

6. Por esses e outros desconcertos da justiça civil, só em pequena porção se pode imputar a responsabilidade à lei processual. O Código de 1973, sem dúvida, tem seus defeitos, alguns graves, que a experiência pôs a descoberto — confirmando aliás, aqui e ali, as previsões pessimísticas da doutrina: exemplo notório é o caso do procedimento sumaríssimo. Feitas todas as contas, porém, tais imperfeições não bastam para explicar o que se observa na prática do foro.

Disciplina o Código em pormenor o tratamento da petição inicial (arts. 284, 285, 295); não há como culpá-lo, se os juízes, tantas vezes, pura e simplesmente se abstêm de lê-la e cingem-se a lançar sobre ela um burocrático "Cite-se". (A observação aplica-se aos relatores de processos da competência originária de tribunais: segundo a experiência do autor deste trabalho, em boa percentagem das ações rescisórias, por exemplo, a mera leitura atenta da inicial põe de manifesto a inviabilidade do feito.) O art. 284, inteligentemente manejado, pode funcionar como instrumento hábil para ensejar correções suscetíveis de salvar postulações mal formuladas; não parece, contudo, que esteja sendo utilizado com grande frequência, nem — a julgar pelas hipóteses compiladas nos repertórios de jurisprudência — com criatividade merecedora de registro.

Na sistemática do procedimento ordinário, conforme ressalta dos arts. 329 a 331, em princípio não deve ultrapassar sem solução a fase de saneamento qualquer das questões capazes de levar à extinção do processo sem julgamento do mérito, nem as de que tratam os incs. II a V do art. 269 — salvo, é claro, quando supervenientes, o que aliás nem sempre se concebe. Seria de desejar que jamais se relegasse a ocasião posterior o exame dessas questões. Lamentavelmente, não é raro que elas se vejam "remitidas" para outro momento, sob os mais variados pretextos. A regra do art. 267, § 3.º, que, de acordo com a jurisprudência e com a doutrina prevalecente⁵, descarta a possibilidade de preclusão com referência aos "pressupostos processuais" e às "condições da ação", não deveria servir de escusa cômoda para protelações.

5. V.g.: Supremo Tribunal Federal, 15-1-1984, Ag. Reg. na Ação Cív. Orig. n.º 268, in *Rev. Trim. de Jur.*, v. 101, p. 901; 28-4-1982, Ag. Reg. no Rec. Extr. n.º 95.837, *ibid.*, v. 112, p. 1164; AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 2.º v., 7.ª ed., São Paulo, 1982, p. 265 e s.; MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, v. IV, t. I, Rio de Janeiro, s.d., p. 20-1; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1986, v. I, p. 444; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, São Paulo, 1986, p. 74.

Contempla a lei providências destinadas a coibir a inobservância de prazos sem motivo justo, por auxiliar da justiça ou pelo próprio juiz (arts. 193, 194, 198, 199). Também aqui não é sua a culpa, se tantas vezes uma condescendência que raia pela cumplicidade ou um mal compreendido *esprit de corps* fazem abortar qualquer tentativa de apuração de responsabilidades. Discurso análogo caberia, de resto, em grande parte, para as faltas funcionais de índole diversa.

No que respeita à atividade instrutória, leituras exacerbadamente "dispositivísticas" do Código podem reforçar os já numerosos fatores que contribuem para conter em níveis modestíssimos, na prática do foro, as iniciativas oficiais. Reconheça-se que as indicações literais nem sempre são unívocas, e que se sente falta, aqui e ali, de maior explicitude. Mas é necessária boa dose de alheamento ao texto para desprezar uma norma como a do art. 130, *princípio*, e — vale acrescentar — boa dose de prevenção para teimar em reduzir-lhe o alcance a um resíduo inexpressivo de hipóteses acadêmicas⁶.

Que o juiz, na audiência de instrução e julgamento, não tem como limitar-se a uma postura de estátua, indica-o com toda a clareza uma série de disposições do Código (arts. 446, 451, 413, 416, 344...). Quanto ao mais, são igualmente nítidas as regras dos arts. 128, 458, 459 e 460, que balizam em termos categóricos a construção formal e substancial da sentença.

7. Têm índole variada, naturalmente, as causas da insuficiente participação do juiz no processo. Segundo bem se compreende, a identificação exata de todas elas e, sobretudo, a determinação do peso que se há de atribuir a cada qual pressuporiam a existência de pesquisas empíricas, realizadas com rigor metodológico e traduzidas, nos seus resultados, em estatísticas dignas de confiança. Não são coisas que abundem neste país. Temos de deixar-nos guiar pelo senso comum e pelos dados da experiência que o trato freqüente da matéria proporciona.

O esquema talvez não deva diferir muito do que se segue:

a) *causas pessoais* — É decerto insuscetível de eliminação o coeficiente relacionado com a personalidade do juiz, com suas aptidões físicas e mentais, com sua disposição para o trabalho, com sua atenção e

6. Como faz, por exemplo, ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil comentado*, v. V, São Paulo, 1979, p. 214-5.

sua memória, com sua variável propensão para interessar-se pelos problemas que lhe são submetidos, com os métodos que emprega, com suas convicções doutrinárias ou preconceitos, enfim, com tudo aquilo que faz da sua uma pessoa diferente de todas as outras — e teríamos de ajuntar as mudanças de humor, o cansaço eventual ou crônico, a disponibilidade de tempo, as perturbações da saúde, a maior ou menor estabilidade da vida privada, em suma, “*the heart-ache and the thousand natural shocks that flesh is heir to*”⁷.

b) *causas legais* — Sem ser aqui, repita-se, a grande vilã, nem por isso deixa a lei de colaborar no quadro com algumas pinceladas sombrias. Por “lei” entendemos, no presente contexto, não só o Código de Processo Civil e outros diplomas de teor especificamente processual, mas também — quiçá principalmente — o conjunto das normas que regem a organização judiciária, no plano federal e no estadual. É talvez nesse terreno que residem os mais graves defeitos: basta pensar na distribuição, em regra pouco racional, da competência, máxime em primeiro grau de jurisdição, do que resulta para alguns injusta sobrecarga de trabalho, com todo o seu cortejo de indesejáveis conseqüências: juiz onerado com excesso de serviço é juiz que por força estudará os autos com menor profundidade, que mais facilmente se resignará ao papel de mero subscritor de despachos e decisões redigidos por mão alheia, que se absterá de iniciativas instrutórias, que se inclinará a adotar, sem exame crítico, soluções já “prontas” para as questões de direito (e, por conseguinte, quase nunca contribuirá para a abertura de novos caminhos na jurisprudência)⁸.

Paradoxalmente, o grande número de atos que se esperam do juiz, ao longo do itinerário processual, em vez de concorrer para familiarizá-lo com o feito, acaba por produzir efeito oposto. Se os autos lhe voltam à mesa a cada momento, a propósito de tudo, ou sem nenhum propósito, o tormento das pilhas que se reerguem sem cessar — nova modalidade do suplício imposto a Sísifo — não pode provocar no juiz senão enfado e impaciência, e ele inevitavelmente tenderá a livrar-se da maçada pelo modo mais “fácil”, igualando no mesmo tratamento rotineiro casos de importância muito diversa. Essa é uma observação que só em parte se dirige à lei. Não estamos convencidos de que o Código de Processo Civil exija do juiz, na verdade, toda a série de “despachos de expediente” que ele tra-

7. A citação é de SHAKESPEARE, *Hamlet*, 3.º ato, cena I.

8. Acerca da influência multiforme que o volume excessivo de trabalho exerce nos vários aspectos da atividade do juiz, na condução do processo e no julgamento, vide WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstadt, 1978, p. 178 e s.

dicionalmente se vê solicitado a proferir: se, em determinado ponto do procedimento, o único possível destino dos autos é a remessa ao contador, ou ao partidor, ou a outro qualquer auxiliar da justiça, não parece haver necessidade de despacho que se limitará a chover no molhado, ocupando inutilmente o tempo e a atenção reclamados por outros assuntos.

c) *causas administrativas* — Aqui há uma extensa gama de mazelas, cuja enumeração completa encheria vários volumes. Vamos resumir.

Mudanças sucessivas de direção, no curso do processo, em geral afastam qualquer perspectiva de conhecimento profundo da causa e, portanto, de “participação” autêntica. Se o juiz sabe que só vai presidir o feito por breve tempo, é natural que se interesse pouco pela respectiva sorte e o trate como algo que, no fundo, não lhe diz respeito. Os autos convertem-se em mero trambolho, a arrearar seja como for, sem qualquer preocupação pelo que lhes acontecerá depois: isso será da conta de outro. E aquele que os recebe, afinal, para dar remate ao procedimento, não se sentindo responsável pelo que até então se passou, fica tentado a concluir de qualquer maneira uma obra predominantemente alheia, para não dizer anônima. Nenhuma esperança séria se pode alimentar, ao nosso ver, de maior “participação” do juiz no processo, enquanto a regra for (como é em tantos casos) o rodízio contínuo.

Muitos juízes exercem sua atividade sob condições bastante desfavoráveis. Não queremos referir-nos especificamente à questão da remuneração; o problema é bem mais extenso e desdobra-se em tópicos como o do ambiente de trabalho, o da infra-estrutura administrativa, o dos recursos de pessoal e de material, o do aparelhamento tecnológico, e assim por diante. Coisas na aparência tão insignificantes como a apresentação dos autos e a disposição das respectivas peças, ou a nitidez gráfica dos documentos que neles se inserem, são capazes de predispor positiva ou negativamente o juiz que se dedique a lê-los, facilitando-lhe a apreensão ou, ao contrário, dificultando-a ao ponto de, por vezes, gerar verdadeiro bloqueio. O calor excessivo ou a interferência de ruídos exteriores podem sabidamente prejudicar em grau notável o rendimento de uma audiência em que se estejam interrogando as partes ou testemunhas. A falta de regularidade na publicação dos atos judiciais ou no funcionamento do serviço postal acarreta às vezes transtornos graves na rotina de trabalho do órgão e afrouxa o comando do juiz sobre a marcha do feito. São exemplos corriqueiros, a que muitos outros com facilidade se acrescentariam; mas não cremos que seja preciso alongar a lista.

8. Sendo tão díspares as causas, igualmente diversificados não de ser os remédios, dos quais — ocioso ressaltar — tampouco se pretende levantar aqui um receituário completo. Diga-se desde logo que nenhum produzirá efeito sensível sem o empenho integral do próprio juiz. Isso depende, é óbvio, do grau — em alguns casos necessariamente heróico — em que existam, nele, determinadas qualidades e aptidões; tem muito que ver, por conseguinte, com os métodos de preparação e seleção dos candidatos à magistratura. Tem que ver, também, com o tipo de tratamento que o juiz recebe depois de investido no cargo: virtudes podem florescer ou fenecer, conforme as circunstâncias; e não é difícil adivinhar o rumo mais provável dos acontecimentos, se o magistrado inexperiente, designado em regra para servir em lugar distante, onde talvez não lhe seja fácil o acesso a obras doutrinárias e a repertórios de jurisprudência, a participação em eventos culturais, ou quando nada a simples troca de idéias com colegas de maior tirocínio, se vê, por assim dizer, abandonado à sua própria sorte, sem apoio ou incentivo de qualquer espécie. No mesmo contexto insere-se o problema das promoções por merecimento, nas quais se deveriam observar critérios bem mais objetivos que os geralmente adotados, com o notório risco, que nem sempre se evita, de preterições desestimulantes.

Por sobre tudo isso há a influência de certa mentalidade que, sob color de zelo em preservar a imparcialidade do juiz, preconiza uma espécie de “distanciamento” capaz de confundir-se, sem grande dificuldade, com a mais gélida indiferença pelo curso e pelo resultado do pleito. Para refutar semelhante tese, no que contenha de sincera convicção doutrinária, bastará pôr em evidência a distinção entre dois fenômenos. Uma coisa, com efeito, é proceder o juiz, movido por interesses ou sentimentos pessoais, de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe afigura desejável; outra coisa é proceder o juiz, movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto. A primeira atitude obviamente repugna ao ordenamento jurídico; a segunda só pode ser bem vista por ele. Ora, não há diferença, para o juiz, entre querer que o processo conduza a resultado justo e querer que vença a parte (seja qual for) que tenha razão⁹. Em tal sentido, nem sequer é exato dizer que o juiz deve ser “neutro”, porque não é próprio identificar-lhe a imagem na de um espectador frio, para quem “tanto faz” que se realize ou não se realize justiça,

9. Cf. BARBOSA MOREIRA, Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba, in *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984, p. 156-7, ou in *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, São Paulo, 1984, p. 81.

quando, bem ao contrário, esse é um cuidado que há de estar presente, do primeiro momento ao último, em seu espírito.

9. Quanto ao mais, o leitor que se dispuser a recapitular o que ficou dito no item 7, *supra*, compreenderá com facilidade que as possíveis providências corretivas ora terão de partir dos próprios órgãos do Poder Judiciário, ora implicarão por força uma colaboração vinda de fora. Muito pode e deve ser feito no âmbito interno da Justiça: ela dispõe de meios para melhorar, em certa medida, as condições de trabalho dos juizes, e para incentivá-los ao contínuo aperfeiçoamento profissional; dispõe também, por outro lado, de instrumentos hábeis para apurar responsabilidades e aplicar sanções, quando for o caso. Bem andar-se não trepidar em valer-se de uns e de outros.

A contribuição do Poder Legislativo será naturalmente indispensável toda vez que se imponha a modificação de texto legal; a do Poder Executivo, quando lhe seja reservada a iniciativa da lei, e bem assim nas hipóteses — de número nada desprezível — em que a solução do problema dependa exclusivamente de tal ou qual medida administrativa. Mas é óbvio que não se há de esperar cooperação apenas dos poderes públicos. Todos os setores da sociedade têm aqui um papel a desempenhar, pois a todos eles, afinal de contas, interessa que os serviços judiciários subam de qualidade, e disso é *conditio sine qua non* a maior “participação” do juiz no processo. Neste ponto fica à mostra a articulação entre o tema central deste trabalho e os tópicos a que se aludiu no item 1, *supra*: a verdade é que todos os fios da problemática terminam por entrelaçar-se de alguma forma, e portanto não há o que estranhar se se invoca a participação da sociedade em geral a propósito de questão que à primeira vista parecia conter-se no âmbito dos *interna corporis*.

A sociedade assiste o direito de cobrar do juiz uma participação mais efetiva no processo; corre-lhe, em contrapartida, o dever de colaborar, pelas vias ao seu alcance, para facilitá-la e estimulá-la. Não seria demais, por exemplo, que se canalizasse para a exigência de melhor aparelhamento da Justiça uma parte da energia que se vê aplicada em movimentos reivindicatórios de toda sorte. Assumem aqui particular responsabilidade os órgãos que concorrem para formar e dirigir a chamada opinião pública: partidos políticos, sindicatos, igrejas, associações científicas e culturais — e, com relevo todo particular, os meios de comunicação social, aos quais, infelizmente, não se pode deixar de debitar a difusão, em tantas ocasiões, de uma imagem distorcida de fatos judiciais.

Referência especial, sem dúvida, merece a universidade. Juizes são necessariamente bacharéis em Direito, e a marca da formação universi-

tária, com suas luzes e suas sombras — estas, força é convir, em geral bem mais visíveis do que aquelas —, decerto os acompanha, em larga medida, pelos anos afora. Juizes lecionam, aliás, em não poucas Faculdades de Direito, e não se pode esquecer a importância das impressões que a personalidade de cada qual deixará gravada na mente dos alunos, alguns destinados com certeza, por sua vez, a tornar-se também juizes. Mas acerca da universidade, e das relações entre os seus problemas e os da Justiça, seria impossível discorrer aqui com a indispensável seriedade: fique apenas este ligeiro registro, voltado para aspecto particularíssimo de um tema, a rigor, inesgotável.

10. Volvamos de novo os olhos, ainda, para o interior do espaço processual. O fenômeno da participação do juiz no processo, bem se entende, não deixa de sofrer a influência do comportamento dos outros personagens que com ele contracenam. São muitos; mas nem todos, é claro, têm igual importância. Vamos limitar-nos a algumas observações atinentes aos principais, e com elas encerraremos este discurso, que já vai longo. Poderíamos formulá-las com referência às partes, como tantas vezes se faz em casos análogos. Preferimos, todavia, relacioná-las com os advogados, por meio dos quais, com as ressalvas de praxe, os litigantes atuam em juízo.

Os advogados são peças fundamentais no sistema de informações que irriga o processo. É por eles, normalmente, que o juiz recebe a maior parte dos elementos com os quais formará sua convicção não apenas sobre a substância do litígio, mas também sobre numerosas questões de outro teor, postas à sua apreciação e decisão. Corretos que sejam tais elementos, e desimpedido o respectivo fluxo, ter-se-ão criado condições para facilitar ao juiz a aquisição de conhecimentos e, *ipso facto*, para tornar mais efetiva a sua participação no processo. Ao contrário, se os dados são inexatos, ou a comunicação padece de “ruídos”, só se pode esperar resultado oposto. São noções demasiado óbvias, aliás, para que se precise ainda insistir.

Ao advogado corre, à evidência, o dever de comunicar ao juiz, em tempo oportuno, e com toda a exatidão de que for capaz, os elementos favoráveis à parte que representa; a esse respeito não há dúvida possível. Quanto aos elementos capazes de beneficiar a parte contrária, ainda que se exclua o dever positivo da comunicação¹⁰, permanece incontestável que

10. No texto originário do Código de Processo Civil, o art. 17, n.º III, reputava litigante de má-fé aquele que omitisse intencionalmente “fatos essenciais ao

o advogado deve abster-se de falseá-los, e bem assim de impedir ou perturbar a ciência que deles possa ter o juiz por outra via.

O descumprimento de qualquer desses deveres — positivos ou negativos — estorva, às vezes de modo funesto, a participação do juiz no processo. Há casos extremos, como o da destruição ou adulteração de documentos, o da coação ou suborno de testemunha, para que não deponha, ou preste depoimento falso: esses, que podem ter até relevância penal, são felizmente raros na prática do foro. Outros existem, menos ostensivos, mas, sob certas circunstâncias, talvez não menos perniciosos. Os exemplos são numerosos e variados.

Demorar a atender, sem justo motivo, a despacho que determina a juntada de documento ou a prestação de informação é comportamento intuitivamente prejudicial. Também o é trazer, a pretexto de cumprir o despacho, uma penca de documentos sem relação (ou de relação apenas remota) com o ponto que se queria ver esclarecido: ainda que, entre eles, venha algum relevante, menor proveito vai proporcionar, com toda a certeza, dada a dispersão que sofrerá a atenção do juiz e a repercussão negativa que terá em sua receptividade mental a maçada da leitura de um chorrilho de peças inúteis. A observação aplica-se igualmente aos arrazoados que, sem necessidade, se alongam demais, misturando argumentos pertinentes e impertinentes, invocando dezenas de disposições legais sem importância para a hipótese, citando extensas passagens doutrinárias e torrentes de decisões judiciais sobre todos os assuntos possíveis e imagináveis (incluído, ou não, o de que se trata). Particularmente perturbador é o vício de multiplicar petições juntando-as a breves intervalos, uma aqui, outra ali, acompanhadas ou não de documentos. A esse tipo de atuação não seria impróprio chamar “método do conta-gotas”; e, justiça se lhe faça, poucas coisas conseguem ser tão exasperantes, seja esse ou não o propósito deliberado daquele que o emprega. Só quem, por dever de ofício, lê autos judiciais sabe quão penosa — e às vezes quão “despistante” — pode mostrar-se a leitura de volumes artificialmente engrossados e convertidos em labirintos pela anexação tumultuária de papelada supérflua.

Outra atitude condenável é a adoção de tom dúbio, vago, reticente, no atendimento de algum pedido de informação do juiz. Nada mais des-

— julgamento da causa”. Com isso criava, de modo inequívoco, um dever de comunicação dos fatos (essenciais) desfavoráveis: não faria sentido supor que a cominação visasse o silêncio da parte (*rectius*: do advogado) sobre fatos suscetíveis de beneficiá-la. Entretanto, a Lei n.º 6.771, de 27-3-1980, suprimiu o inc. III.

concertante, em determinados casos, do que uma resposta que ladeia o assunto, que evita definir-se, que confunde em vez de esclarecer. Certa vez, encontrando dificuldade em identificar, à vista da petição inicial, redigida sem clareza, os fundamentos em que se apoiava pedido de rescisão de acórdão, determinamos ao autor, com base no art. 284, que os discriminasse em termos precisos; o "esclarecimento" que sobreveio foi a relação completa dos incisos do art. 485 — algo assim como se o demandante, por seu advogado, dissesse: "Aí estão os fundamentos legalmente admissíveis; V. Exa. que escolha!".

Ociosos prosseguir: a casuística é interminável. Episódios haverá, sem dúvida, que unicamente revelam má preparação técnica para o exercício da atividade profissional; outros constituem inequívocas manifestações da velha e conhecida chicana. A lei processual ministra diversos instrumentos de combate a esse terrível mal; incumbe aos juizes utilizá-los sem hesitação, sempre que for o caso, evitando porém imprimir à reação tom demasiadamente vivo, ou incorrer, por sua vez, em qualquer outro excesso — com o que se arriscariam a fornecer pretexto para aquilo que talvez esteja na intenção de quem provocou o incidente: uma exceção de suspeição ou uma arguição de nulidade por cerceamento de defesa...

O juiz não se escusa de "participar" insuficientemente do processo criticando por inepta ou por maliciosa a atuação do advogado. Há um terreno de responsabilidade sua, intransferível, em que não lhe é lícito invocar, como causa justificativa, qualquer comportamento alheio. Ele espera, no entanto — e nada mais razoável — que os outros figurantes o auxiliem, cada qual na medida de suas possibilidades; ou, na pior hipótese, que se abstenham de atrapalhá-lo... Advogados diligentes e leais são colaboradores preciosos; em feito onde se possa contar com eles, a participação do juiz, apesar dos pesares, tende a ser mais efetiva. Com alguma ajuda das circunstâncias, pode-se começar a divisar aí o advento do reinado — que em geral parece ainda tão longínquo — daquele "princípio da cooperação" que, de acordo com a vanguarda da doutrina, está fadado a resolver, em acorde harmonioso, a tradicional contraposição entre o modelo "dispositivo" e o modelo "inquisitivo" do processo civil¹¹.

Abril de 1987.

11. Vide HAHN, *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?*, Colônia-Berlim-Bonn-Munique, 1983, *passim*; WASSERMANN, *ob. cit.*, p. 97 e s.; GILLES, *Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträgliche Parteidispositionen über das Rechtsmittel*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, v. 177, 1977, p. 204, nota 39.

LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL *

1. A lo largo de los siglos mucho se ha discutido sobre la igualdad. El tema interesa a los filósofos, a los sociólogos, a los cientistas políticos, a doctrinadores de toda especie. La religión misma tiene algo que decir al respecto. No pueden olvidarlo, por supuesto, los juristas — los procesalistas no más que los otros, sobre todo si el ordenamiento adopta, en términos explícitos o implícitos, una regla como la del art. 125, I, del *Código de Proceso Civil* brasileño, según la cual le corresponde al juez "asegurar a las partes igualdad de tratamiento", o si se considera que tal deber radica en el principio constitucional de la igualdad ante la ley.

La igualdad fué el *Leitmotiv* de varios movimientos de transformación de las estructuras sociales — y, por consiguiente, de las estructuras jurídicas. No el único, es cierto; pero sí uno de los más sobresalientes, o por lo menos uno de los más a menudo invocados como tales, con sinceridad o sin ella. En las modernas "declaraciones de derechos" se le reserva casi siempre un lugar de relieve.

Sin embargo, la experiencia histórica enseña cuan ilusoria suele mostrarse la solemne proclamación de la igualdad *in abstracto*. Es hoy en día una verdad de Perogrullo la distinción entre la igualdad *formal*, que se da por satisfecha con la pura identidad de derechos y deberes otorgados por los textos legales a los miembros de la comunidad, y la igualdad *material*, que tiene en cuenta las condiciones concretas bajo las cuales, *hic et nunc*, se ejercen los derechos y se cumplen los deberes. En muchas leyes modernas, el designio de promover la igualdad material se sirve exactamente de derogaciones impuestas a la igualdad formal. Ello es evidente en algunas normas notoriamente destinadas a proteger ciertos inte-

* Trabajo destinado ao volume de estudos em homenagem a HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. Publicado também na *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, v. 5 (1986), na *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 2/87, e na *Revista de Proceso*, v. 44.

reses de personas que, a raíz de su inferior posición económica o social, corren el riesgo de sufrir un tratamiento injusto (obreros, inquilinos etc.).

Cabe observar que, aún en tales sectores, el mecanismo de la ley no siempre logra, por sí sólo, compensar de modo satisfactorio las desigualdades substanciales. La deficiencia de información jurídica, v.g., tan frecuente entre los menos acaudalados, puede ser causa de que se vean privados de la adquisición o del goce de un derecho, al omitir esta o aquella providencia cuya necesidad ignoraban, al dejar vencer un plazo del cual no estaban advertidos, y así en adelante. Si se añade que el intento de protección se manifiesta en un número limitado de materias, mientras en muchas otras las normas vigentes, en el Brasil y en tantos otros países, suelen disponer sobre la conducta de los miembros de la comunidad como si la respectiva imposición produjera para todos ellos consecuencias equiparables, no es sorprendente que, en la hipótesis de someterse al juez un conflicto de intereses, las partes se hallen en una situación de flagrante desigualdad substancial, ya en el momento mismo de la iniciación del proceso. Sin embargo, tal fenómeno interesa más bien al derecho material, y de él no nos ocuparemos en este trabajo.

2. Eso no quiere decir que ningún problema de igualdad se plantee *in limine litis*, desde el punto de vista procesal, con respecto a la situación de las partes. Al contrario: la credibilidad del proceso como instrumento de solución de conflictos de intereses depende esencialmente de su capacidad para ofrecer a los respectivos titulares una perspectiva de ecuanimidad. Es indispensable, ante todo, que ambos litigantes puedan nutrir alguna esperanza de vencer; y, más aún, que puedan confiar en la ventaja práctica de la victoria. La igualdad de las partes se traduce aquí, en primer término, por igualdad de riesgos¹.

Imagínese, en efecto, un ordenamiento en que el resultado del proceso se tornara inmutable únicamente en el caso de rechazarse la demanda: vencido, el actor no podría jamás volver a intentar la acción; vencedor, quedaría sujeto a ver de nuevo puesta en duda la existencia de su derecho, tantas veces cuantas le ocurriese al adversario contestarla. Valdría la pena, bajo tales condiciones, la iniciativa de presentar una demanda? Muchos pensarían que no, y con buenas razones. Inviértase ahora la hipó-

1. Cfr. BÖTTICHER, Die Gleichheit vor dem Richter, in *Gleichbehandlung und Waffengleichheit — Überlegungen zum Gleichheitssatz*, Heidelberg-Hamburg-Karlsruhe, 1979, p. 16-7; LAUMEN, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, Köln — Berlin — Bonn — München, 1984, p. 122.

tesis, y luego se comprenderá que muy pocos demandados aceptarían gustosamente la idea de participar en un proceso cuya conclusión sería definitiva si favoreciera al actor, pero sólo provisoria en el caso contrario. Es cierto que se pueden señalar ejemplos de la subordinación de la cosa juzgada material al *eventum litis*; pero se trata de un fenómeno excepcional, que debe estar siempre cabalmente justificado por graves motivos de política jurídica.

La exigencia de la igualdad de riesgos tiene corolarios de gran realce en lo que atañe a la carga de la prueba. Según las ideas modernamente predominantes, la importancia esencial de este problema consiste en el criterio que su solución suministra al juez para fallar en la hipótesis de permanecer dudosa la existencia de algún hecho relevante². El órgano judicial necesita saber a cual de los litigantes debe atribuir las consecuencias perjudiciales de la incertidumbre. Ahora bien: constituiría manifiesta iniquidad que semejantes consecuencias tuvieran que sufrirlas, en cualquier caso, sólo el actor, o sólo el demandado; es decir, que el uno o el otro soportara siempre el riesgo del fracaso de la actividad de instrucción. De ahí que las leyes (o, en su silencio, la doctrina y la jurisprudencia) cuiden de establecer una división de la carga, imputándola al actor respecto a una parte de los hechos y al demandado en cuanto a otra parte³.

La sistemática adoptada suele revestir, por supuesto, cierta flexibilidad. La ley misma puede contemplar excepciones, invirtiendo la carga o permitiendo a las partes invertirla consensualmente. Con respecto a las inversiones legales, derivadas en algunos casos de presunciones *iuris tantum*⁴, importa subrayar que frecuentemente se inspiran en consideracio-

2. Cfr., en la literatura latinoamericana. PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, t. IV, Buenos Aires, p. 362-3; DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de Derecho Procesal*, t. II, 4.ª ed., Bogotá, 1975, p. 140-1; FÁBREGA, *Teoría General de la Prueba*, Panamá, 1978, p. 159.

3. V.g.: Código mexicano de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, art. 281; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina), art. 377; Código de Proceso Civil brasileño, art. 333, *caput*; Código de Procedimiento Civil boliviano, art. 375. La legislación de la República Federal de Alemania no contiene reglas sobre la repartición de la carga de la prueba, si bien que las consagrara el proyecto primitivo del Código Civil (BGB): v. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin-New York, 1975, p. 277-8, donde se puede leer el texto respectivo.

4. Sobre la relación entre ambos fenómenos. v. BARBOSA MOREIRA, Las presunciones y la prueba, in *Estudios en honor de EDUARDO J. COUTURE*, (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXIV, n.º 2, t. I), Montevideo, 1980, p. 302; o, en portugués, As presunções e a prova, in *Temas de Direito Processual*, S. Paulo, 1977, p. 60-1.

nes de equidad, y así en definitiva tienden a hacer prevalecer la igualdad material sobre la igualdad formal. Por otra parte, muchos miran con sospecha a la admisión de la inversión convencional, en la que veen una ocasión de peligro para la igualdad material, ante la eventualidad de que el contratante económicamente más fuerte imponga al más débil una regulación capaz de privarlo de todas o casi todas sus posibilidades prácticas de defensa. Les leyes que admiten tales convenciones buscan eliminar o atenuar ese inconveniente negándoles validez cuando tornen excesivamente difícil a cualquiera de las partes el ejercicio de su derecho⁵.

3. En el desarrollo de la actividad procesal, la tónica de nuestra problemática recae sobre la igualdad de oportunidades⁶. Hay que asegurar a ambas partes el poder de influir igualmente en la marcha y en el resultado del pleito. Por ende, ambas deben tener las mismas posibilidades de actuar y también quedar sujetas a las mismas limitaciones⁷.

Cuando otorga a los litigantes derechos y facultades, o cuando les impone deberes y cargas, la ley, por vía de principio, no hace distinción entre el actor y el demandado. Sería totalmente incompatible con la exigencia de igualdad, por ejemplo, reservar para uno de ellos, con exclusividad, la utilización de determinados medios de prueba o la interposición de recursos. Va de suyo que algunas diferencias de régimen derivan necesariamente de la diferencia de posiciones: es natural, por ejemplo, que la carga de impulsar el proceso sea más intensa para el actor, cuyo interés en la continuidad de la marcha procesal es mayor, por regla, que el del demandado. Así se justifica la existencia del art. 267, n.º III, del Código brasileño — que prevee la extinción del proceso en virtud de la omisión del actor, por más de treinta días, en realizar un acto o promover una diligencia que le corresponda —, sin la contrapartida de una disposición análoga respecto al demandado.

5. Así, v.g., el Código Civil italiano, art. 2.698 (v. al respecto FERRUCCI, in NATOLI-FERRUCCI, Della tutela dei diritti, libro VI, t. I, del *Commentario del codice civile*, Torino, 1962, p. 289-90; DE LIRE, Delle prove, libro VI del *Commentario teorico-pratico al codice civile* dirigido por DE MARTINO, Roma, 1971, p. 101), y el art. 333, párrafo único, del *Código de Processo Civil* brasileño, que lo imita (v. en el comentario de MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, v. IV, t. II, Rio de Janeiro, p. 102, la referencia expresa al "principio da igualdade").

6. A veces se le llama "igualdad de armas": en Alemania, por ejemplo, se habla de la *Waffengleichheit* (BÖTTICHER, ob. cit., p. 11). La expresión, a nuestro juicio, denota con demasiada fuerza una concepción "duelística" del proceso.

7. "Paridade de direitos, deveres, facultades e encargos", dice HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, S. Paulo, 1974, p. 382.

El principio de la igualdad de oportunidades orienta la interpretación de la ley procesal en puntos dudosos y su integración en el caso de lagunas. Según el art. 508 del Código brasileño, el plazo para la interposición de un recurso (con dos excepciones expresas) y para responder a él es siempre de quince días; ambas partes, por lo tanto, disponen de plazos iguales. Sin embargo, en la hipótesis de vencimiento recíproco, si uno sólo de los litigantes recurre en el plazo normal, tiene el otro diez días para adherirse al recurso (art. 500). Ahora bien: la ley nada dice sobre el plazo para responder a la adhesión. De aplicarse la regla del art. 508, la otra parte dispondría, para la respuesta, de un plazo más largo. La preservación de la igualdad impone que se le concedan solamente los mismos diez días⁸.

A ciertas entidades, en cuanto partes, a veces se aplica una disciplina especial en algunos aspectos: v.g., las personas jurídicas de derecho público y el Ministerio Público disponen, en el derecho brasileño, de plazos más largos que los concedidos a los otros litigantes (*Código de Processo Civil*, art. 188). Se considera que tales privilegios están justificados por la complejidad de las cuestiones que los órganos públicos tienen que discutir y por la dificultad que suelen tener sus representantes en colegir los datos y elementos de prueba que necesitan. También aquí, por consiguiente, se trataría de sobreponer la igualdad material a la igualdad formal⁹.

4. Para garantizar la observancia de los principios enunciados, es imprescindible que se asegure a los litigantes la igualdad de tratamiento por el órgano judicial. Esto exige, ante todo, que la conformación del procedimiento no quede sujeta al arbitrio del juez, sino que se ajuste al modelo previamente instituido por la ley para los procesos en general. Una dosis razonable de "formalismo" es necesaria como condición del justo equilibrio entre el poder del órgano judicial y los derechos de las partes, y asimismo de la uniforme aplicación del derecho material¹⁰.

8. Así falló el Supremo Tribunal Federal en 12-12-1978, *Recurso Extraordinário* n.º 89.566, in *Diário da Justiça* de 19-12-1979, p. 1064. Cfr., en la doctrina, BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 5.ª ed., Rio de Janeiro, 1985, p. 365-6 (con otras indicaciones en la nota 546).

9. Sobre la extensión y los límites en que se debe reconocer legitimidad a estos "privilegios procesales", v. ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, S. Paulo, 1975, p. 30 y ss., cuyas observaciones, en su mayor parte, merecen adhesión.

10. BAUR, *Funktionswandel des Zivilprozesses?*, in *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, Tübingen, 1983, p. 186-7.

Los sentimientos y emociones que naturalmente acometen al juez, en cuanto ser humano, pueden inducirlo a favorecer un litigante en desmedro del otro. A los efectos de prevenir el riesgo, la ley impone al órgano judicial el deber de abstención y otorga a las partes el derecho a la recusación, si las circunstancias hacen presumir que el juez difícilmente resistirá a la presión de sus propios intereses y deseos. La técnica más difundida consiste en la enumeración taxativa de los supuestos, si bien que algunos ordenamientos prefieran adoptar una fórmula genérica, susceptible de abarcar la casi infinita variedad de la casuística¹¹.

A diferencia de lo que sugiere una larga tradición, alimentada con las ideas típicas del liberalismo clásico, refractario a cualquier intervención del Estado en el juego de la "libre concurrencia", imparcialidad no significa indiferencia del juez respecto al resultado del proceso. El juez no puede dejar de tener interés en que su sentencia sea justa y, por consiguiente, en que la actividad procesal le suministre, cuanto posible, los medios necesarios para decidir bien. No sería razonable acusarlo de parcial por el solo hecho de que, ejerciendo los poderes otorgados por la ley, y respetando las garantías de la defensa, tome las iniciativas que le parezcan indispensables en miras a la aclaración de los hechos, aunque el éxito de las providencias de instrucción por él ordenadas venga a beneficiar, en definitiva, uno de los litigantes. De lo contrario, también la abstención del órgano judicial, al fin y al cabo, comprometería su imparcialidad, en tanto y en cuanto resultaría benéfica para la otra parte. Lo que se opondrá a la exigencia de igualdad es que el juez se ciña a tomar la iniciativa únicamente cuando existan razones objetivas serias para suponer que la prueba favorezca a una de ellas.

5. Si el actor y el demandado tuvieran siempre las mismas posibilidades prácticas de utilizar eficazmente las oportunidades que la ley les concede en el proceso y de soportar sin dificultad los inconvenientes que éste ocasiona, bastaría la aplicación escrupulosa de los principios expuestos para resolver el problema de la igualdad. Pero varias circunstancias concurren

11. Así, por ejemplo, la ZPO de la República Federal de Alemania, § 42, II: "wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen (si existe motivo capaz de justificar la desconfianza en cuanto a la imparcialidad de un juez)". Aun la técnica enumerativa no prescinde de la utilización de "conceptos jurídicos indeterminados", como los de "interés directo o indirecto" y "relación de intimidad" (Código mexicano de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, art. 170, ns. I y III), o los de "amigo íntimo" e "inimigo capital" (Código de Processo Civil brasileño, art. 135, n.º I).

a menudo para desequilibrar las fuerzas de los litigantes; y, cuando ello acaece, la observancia misma de las reglas formales de igualdad se convierte en manantial de privilegio para el uno y de desmedro para el otro.

El factor más frecuente (y quizás el más grave) de disparidad entre las partes es, sin lugar a dudas, el económico. Cuando no le quita simplemente a uno la disposición para iniciar un proceso, por el temor de los gastos, la carencia de medios significa formidable inferioridad frente a un adversario más acaudalado, en muchísimas situaciones: piénsese, por ejemplo, en la contratación de un abogado, en la necesidad de recurrir a los servicios de un detective particular o a otras fuentes de información para obtener pruebas, en la reproducción de documentos, en las diligencias para contactar testigos residentes en lugar ignorado o de difícil acceso... La duración — casi siempre demasiado larga — del proceso ya constituye, de por sí, una gravísima desventaja para el litigante más pobre, y no pocas veces lo induce a un acuerdo que, normalmente, él no se inclinaría a aceptar.

Importan asimismo los desniveles sociales y culturales, con mucha frecuencia asociados a los económicos. Si una de las partes es más desenvuelta, se mueve con mayor naturalidad en el ambiente judicial, se expresa con mayor facilidad y precisión, su deposición producirá en el espíritu del juez, por regla, una impresión más favorable que la del adversario intimidado, perplejo, tartamudo. La ignorancia de la "jarga forense" puede representar un temible *handicap*¹²; aún peor es la del idioma en que se realizan los actos procesales.

En este orden de ideas, cabe aludir a la diferencia entre las personas que suelen demandar o ser demandadas con frecuencia (v.g., empresas industriales y comerciales, sociedades aseguradoras, bancos, la Administración Pública) y aquellas que solo casualmente, en ocasiones fortuitas, por no decir excepcionales, asumen la posición de parte en un proceso. Los "litigantes habituales" gozan, sobre los "litigantes eventuales"¹³, de todas las ventajas inherentes a la organización: disponen de personal especializado, recogen la experiencia de procesos anteriores, mantienen en sus registros datos actualizados de doctrina y de jurisprudencia, y así en adelante.

12. V. al respecto, extensamente, WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstadt, 1978, p. 158 y ss.

13. Así nos parece posible traducir, respectivamente, las expresiones alemanas "Mehrfachprozessierer" (o "Vielfachprozessierer") y "Einmalprozessierer", que emplean autores como LAUMEN, ob. cit., p. 124-5.

Ahora bien: la suerte del pleito no debe depender de circunstancias extrajurídicas. El proceso no se hace para premiar al litigante más rico, más instruido, más inteligente, ni al que puede contar con los servicios del abogado más competente y más diligente, sino al que tenga por sí el derecho. En la medida en que es susceptible de desviar el itinerario procesal de su meta auténtica, la desigualdad material entre las partes introduce en el aparato de la justicia una deformación contra la cual el ordenamiento tiene que reaccionar con energía. Por consiguiente, es un deber del legislador crear mecanismos compensatorios, destinados, cuando necesario, a equilibrar las posibilidades concretas de las partes; y es un deber del juez hacerlos actuar, en su caso, tan eficazmente como pueda.

6. La faceta económica de esta problemática plantea la tormentosa cuestión del costo del proceso. Desde el punto de vista del usuario, la solución ideal sería naturalmente la gratuidad del servicio de justicia. Pero entonces los gastos indispensables para asegurar su funcionamiento tendrán que ser suportados por los miembros de la comunidad en general — lo que, bajo ciertas circunstancias, les someterá a una carga excesiva e injusta. Además, la exención universal de pago estimularía tal vez la litigación impensada, aumentando sin justo motivo el número de pleitos y perjudicando la calidad del servicio. Se entiende que deban contribuir para costearlo los litigantes que disponen de recursos, aunque no se pueda dejar de tener en cuenta la conveniencia de establecer límites razonables a las exigencias de este género.

Sin embargo, en la perspectiva de la igualdad, el gran problema es siempre el de asegurar a los desprovistos de medios el goce de los derechos relativos a la defensa (*lato sensu*) en juicio. Se trata de una garantía otorgada con frecuencia por disposiciones legales expresas y hasta por preceptos constitucionales¹⁴, pero escasamente operativa en la práctica, sobre todo en los países subdesarrollados. Las leyes conceden a los necesitados, bajo ciertas condiciones, exención de las costas judiciales, mas el *punctum pruriens* es la obtención de servicios de abogado: nadie ignora los inconvenientes del sistema tradicional de su prestación gratuita por los profesionales¹⁵; las instituciones públicas creadas con tal fin no funcionan, por regla general, de modo satisfactorio; la normal imposibilidad de una

14. Por ejemplo: art. 153, § 32, de la Constitución de la República Federativa del Brasil.

15. Cfr., entre otros, CAPPELLETTI, *Povertà e giustizia*, in *Giustizia e società*, Milano, 1972, p. 237 y ss.

elección personal debilita la relación de confianza que debe existir entre la parte y su apoderado.

Distintas soluciones han sido propuestas y experimentadas en los últimos tiempos¹⁶. De un lado se hacen esfuerzos para perfeccionar los procedimientos clásicos de asistencia a los litigantes pobres¹⁷; de otro lado, se va difundiendo en esta materia, por lo menos en algunos países, la utilización del seguro, que hasta se ha sugerido tomar obligatorio¹⁸. Pero ni siquiera en las sociedades más desarrolladas es probable que se alcance pronto el *optimum*, ni mucho menos.

Las leyes a veces subordinan la realización de algún acto procesal al previo depósito, por la parte interesada, de una suma de dinero, a título de caución. La exigencia puede aplicarse o no a quienes hayan obtenido el beneficio de litigar sin gastos, según la extensión que a éste se atribuya. De todos modos, aun cuando no se trate de litigantes necesitados, dicha clase de disposiciones puede actuar en un sentido opuesto a la regla de igualdad material: la parte menos rica, en efecto, tendrá mayor dificultad en satisfacer el requisito y hasta podrá verse privada, en definitiva, del ejercicio de un derecho que al adversario no costará mucho ejercer¹⁹.

Consideraciones hasta cierto punto análogas tienen cabida respecto a las conminaciones pecuniarias (añádase: de derecho procesal o de derecho material). Es una verdad de Perogrullo que ellas pueden carecer de todo valor intimidativo, sea en cuanto a los muy acaudalados, sea en

16. Para la exposición y el análisis de las principales, v. CAPPELLETTI-GORDLEY-JOHNSON, Jr., *Toward Equal Justice*, Milano-Dobbs Ferry, 1975; BAUMGÄRTEL, *Gleicher Zugang zum Recht für alle*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1976, p. 128 y ss.; DENTI, "L'evoluzione del legal aid nel mondo contemporaneo" y "Patrocinio dei non abbienti e accesso alla giustizia: problemi e prospettive di riforma", in *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, p. 133 y ss., 161 y ss.

17. Entre las más recientes reformas legislativas, cabe mencionar la francesa (Ley n.º 72-11, de 3-1-1972), la alemana (Ley de 13-6-1980, que ha modificado los §§ 114 y ss. de la ZPO), la austriaca (*Zivilverfahrens — Novelle* de 1983, que a su vez ha modificado los §§ 63 y ss. de la ZPO).

18. BAUR, *Armenrecht und Rechtsschutzversicherung*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, p. 89 y ss., o in *Beiträge*, cit., p. 285 y ss. V. la discusión de la sugerencia en BAUMGÄRTEL, ob. cit., p. 140 y ss.

19. En algunos países se observa una clara tendencia a la abolición de las imposiciones referidas en el texto: así, por ejemplo, en Italia, la Ley n.º 793, de 18-10-1977, suprimió la exigencia del depósito para la admisibilidad del *ricorso per cassazione* y de la *revocazione* (arts. 264 y 398, n.º 3, del *codice di procedura civile*, respectivamente).

relación a los desprovistos de medios: para aquéllos, la amenaza será insuficiente; para éstos, inútil... Los únicos verdaderamente amenazados serán los litigantes de recursos medianos, para los cuales pagar es una posibilidad, pero también un sacrificio. Quizás no sea factible prescindir de este género de conminaciones, mas hay que tener conciencia de la iniquidad que su utilización inevitablemente conlleva.

7. Volviendo ahora la mirada a los aspectos sociales y culturales, hay que tener en consideración que la mayor parte de las desigualdades en este ámbito debería ser suplida por la intermediación de los abogados, particularmente allí donde la ley impone que los litigantes sean representados por ellos. Al abogado le corresponde la función de "intérprete entre el ciudadano y el juez"²⁰; si la cumple cabalmente, puede sin duda atenuar en buena medida las barreras que aquél suele enfrentar en sus incursiones por el universo judicial.

Sin embargo, el pleito es un fenómeno esencialmente bilateral; y no podemos estar seguros de que ambas partes dispongan de apoderados competentes y diligentes: creer que esta sea la regla general constituirá un manifiesto exceso de optimismo... Ahora bien: si no todos los profesionales prestan servicios de igual calidad, y si la parte más rica o más poderosa tiene mejor probabilidad, de acuerdo con la normal experiencia, de contar con la colaboración de los más hábiles y prestigiosos, entonces la mediación del abogado a veces producirá más bien el efecto de agravar que el de ablandar el desequilibrio. Además, siempre existirán momentos de confrontación *directa* entre el litigante y el juez, en los cuales la asistencia del abogado, aunque psicológicamente confortadora, no basta para prevenir o remediar todas las posibles dificultades de comprensión y de expresión — los "ruidos", según la terminología técnica — en la comunicación entre ambos.

8. Algunos ordenamientos modernos, aún para los casos de representación obligatoria por abogado, vienen otorgando al propio órgano judicial, en cierta medida, atribuciones "asistenciales" que configurarían, en la opinión de muchos, un verdadero "deber de protección" de la parte más débil — entendiéndose como tal no necesariamente y siempre la que pertenezca a una clase económicamente o socialmente más humilde, sino la

20. BAUMGÄRTEL, ob. cit., p. 115. Cfr., entre otros, SCHÖNFELD, *Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten*, Frankfurt am Main-Bern, 1981, p. 122: en muchos casos, la actuación del abogado compensa en la parte el déficit de educación, de conocimiento jurídico, de deservoltura.

que se halle *in concreto* en una situación de inferioridad en el proceso, no fundada en razones estrictamente jurídicas²¹. La asunción de semejante rol por el juez está justificada, por vía de principio, toda vez que la interpretación de las reglas sobre igualdad sobreponga el aspecto material de ésta a su aspecto formal; pero no dejará de plantear problemas — y algunos de difícil solución — en cuanto a los límites que tendrá que observar la actuación del órgano judicial para no incurrir en la tacha de parcialidad.

La función asistencial se ejercita, las más de las veces, por medio de comunicaciones del juez a las partes, acerca de las cargas que les corresponden y de las eventuales consecuencias de su incumplimiento. Queda en claro que no se trata de una *presión* sobre el litigante: el órgano judicial no puede constreñirlo, ni mucho menos, a actuar, mas sólo ponerlo en condiciones de resolver libremente si actuará o no, con plena conciencia de los corolarios de su opción, que en definitiva será respetada.

En la República Federal de Alemania, por ejemplo, el juez debe estimular las partes a expresarse sin reservas sobre todos los hechos relevantes, a formular las solicitudes apropiadas y a indicar los medios de prueba; para tal fin, cuanto sea necesario, le toca discutir con ellas las cuestiones de hecho y de derecho de la controversia. De otro lado, su decisión solo podrá fundarse en un dato jurídico del cual una de las partes no se haya dado cuenta, o al cual haya negado trascendencia, si él le concede la oportunidad de manifestarse sobre la cuestión²².

La iniciativa oficial en la actividad de instrucción — a la que ya hicimos referencia — no constituye de por sí una manifestación auténtica del ejercicio de dicha "función asistencial": cuando el órgano judicial actúa para establecer la verdad sobre los hechos relevantes, alegados por las partes o susceptibles de consideración *ex officio*, simplemente busca adquirir conocimientos que le permitan resolver correctamente las *quaestiones facti* (y, en consecuencia, fallar con justicia) — lo cual no tiene cabida *unicamente* allí donde se plantee *in concreto* el problema de la

21. Como subraya ZETTEL, *Der Beibringungsgrundsatz*, Berlin, 1977, p. 178, "wer jeweils der Schwächere ist, ist nur und ausschliesslich aus der jeweiligen Prozesssituation heraus zu beurteilen (sólo de la situación procesal específica se puede inferir quien es en cada caso el más débil)"; cfr. SCHÖNFELD, ob. cit., p. 120; LAUMEN, ob. cit., p. 131.

22. ZPO, §§ 139, 1, y 278,3. V. al respecto STÜRNER, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, Tübingen, 1982; ZETTEL, ob. cit., p. 128 y ss.; WASSERMANN, ob. cit., p. 110 y ss.; SCHÖNFELD, ob. cit., p. 158 y ss.; LAUMEN, ob. cit., p. 157 y ss.

desigualdad. Pero es obvio que la actividad *ex officio* del juez en esta materia puede indirectamente servir a la corrección de desequilibrios debidos a la escasa diligencia del apoderado de una parte. Debe quedar en claro, sin embargo, que no se trata aquí de una actividad "substitutiva", con la cual el órgano judicial asumiría el papel — que le es evidentemente extraño — de abogado²³. El juez no investiga *por el litigante* ni *para el litigante*, sino *por sí mismo y para el proceso*, y eso no lo cambia para nada la circunstancia de que el resultado de su actuación pueda ocasionar un beneficio a la parte más veraz.

Otra posibilidad digna de referencia consiste en otorgar funciones asistenciales al Ministerio Público. En el proceso civil, este órgano suele actuar sobre todo en calidad de *custos legis*, en pleitos concernientes a relaciones jurídicas indisponibles o afectadas de un interés público. Su participación en la actividad procesal — si no se ciñe, como a veces hay razones para temer que suceda, al cumplimiento ritual de una formalidad — puede sin duda concurrir para mitigar la desigualdad material entre los litigantes.

9. La situación "clásica" de disparidad de fuerzas en el proceso es la que contrapone un individuo (persona física) a un adversario que disfruta las ventajas de la organización unidas a la superioridad de recursos económicos o a la influencia política. Es este caso están, por ejemplo, las grandes empresas y la Administración Pública.

Es difícil remediar el desequilibrio en un proceso así estructurado. Empero a veces se puede flanquear el problema abriendo al proceso la posibilidad de estructurarse de modo distinto. Eso se consigue introduciendo cierta dosis de flexibilidad en los criterios tradicionales de la legitimación para obrar, a los efectos de permitir que, en lugar del individuo, asuma la posición de parte, intentando acciones, una entidad capaz de equipararse al adversario (o de aproximarse más de él) en organización y en poder económico o político.

La utilización de esta técnica tiene cabida, desde luego, cuando el individuo pertenece a un grupo bien definido de personas con intereses comunes (v.g., obreros de una misma categoría, funcionarios públicos,

23. Lo pusimos de resalto en más de un trabajo anterior: v., por ejemplo, BARBOSA MOREIRA, Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba, in *Libro Homenaje a JAIME GUASP*, Granada, 1984, p. 158, o in *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, S. Paulo, 1984, p. 83-4.

miembros de una clase profesional), y existe una asociación legalmente incumbida de la defensa de tales intereses (v.g., un sindicato). Mas hay también lugar para ella en el ámbito de los llamados "intereses difusos", caracterizados por la indeterminación de los titulares y por la indivisibilidad del objeto: así, por ejemplo, la "acción civil pública" del derecho brasileño, destinada a promover la responsabilidad por daños al ambiente, a los intereses del consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisagístico, puede ser intentada por cualquier asociación que esté constituida por lo menos hace un año e incluya la protección a dichos intereses entre sus fines institucionales²⁴.

10. La realización perfecta del ideal de igualdad — en el proceso y fuera de él — es y será siempre una utopía. Pero semejante convicción no ofrece una disculpa válida a quienes, pudiendo actuar en el sentido de promoverla, prefieren omitirse. Si es cierto que no se logrará jamás eliminar completamente la desigualdad material entre las partes, también es cierto que no estamos autorizados a conformarnos pasivamente con la perversa desfiguración que ella imprime en el funcionamiento del mecanismo judicial.

La conciencia ético-jurídica de nuestro tiempo exige la superación de esquemas puramente formales. Aun en el universo anglosajón, tan apegado al *adversary system*, despunta en los espíritus menos rutinarios la idea de que un proceso es algo distinto de una competición deportiva y no debe ser regido por principios idénticos²⁵: en otras palabras, que, para asegurar el buen resultado, no basta con poner los litigantes cara a cara y dejarlos luchar con las armas que tengan, bajo la fiscalización de un juez preocupado exclusivamente en prevenir o reprimir las eventuales infracciones de las reglas del juego.

A los juristas del sistema romano-germánico, al cual se afilían los ordenamientos del occidente continental europeo y de Latinoamérica, desde hace mucho tiempo son familiares estas nociones. Sin embargo, una cosa es la enunciación solemne de principios, otra muy diferente es la respectiva aplicación *in concreto*. En la mayoría de nuestros países, una distancia

24. Ley n.º 7.347, de 24-8-1985, art. 5.º, *caput, fine*.

25. V., por ejemplo, FRANK, *Courts on Trial*, Princeton, 1973, p. 80 y ss. Una magnífica exposición crítica de los presupuestos ideológicos del *adversary system* puede leerse en TARUFFO, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Pádova, 1979, p. 259 y ss.

inmensa separa lo que hacemos en el proceso de lo que sabemos que se debería hacer en él.

Muchos factores, como nadie ignora, contribuyen para tan melancólica situación. La carencia de recursos financieros está, por supuesto, entre los más sensibles: no hace falta destacar su parcela de responsabilidad por las deficiencias de los servicios oficiales de asistencia jurídica a los necesitados. Hasta los países más desarrollados se dan cuenta de la imposibilidad de proporcionar a las personas desprovistas de medios, con toda la amplitud deseable, el beneficio de la defensa judicial gratuita²⁶.

Creemos haber dejado en claro, a lo largo de nuestra exposición, que no se logrará jamás suprimir o reducir la desigualdad material de las partes sin que el órgano judicial asuma decididamente un papel más activo en el proceso. Casi todos, en los tiempos modernos, se declaran de acuerdo, a propósito de este y de otros temas, en reconocer semejante necesidad; la paradoja consiste en que, a pesar de ello, las más de las veces, las cosas siguen pasando, en la práctica de los juzgados, como si aún viviéramos en otra atmósfera cultural. Basta, por ejemplo, una mirada a la actividad de instrucción: es un fenómeno universal, por decirlo así, la escasez de iniciativas probatorias oficiales²⁷.

En ciertos casos, la abstención está justificada por un exceso de trabajo que apenas le permite al órgano judicial cumplir — muy imperfectamente — lo mínimo indispensable al avance de los procesos. Otras circunstancias desfavorables pueden quitarle al juez el estímulo hacia una conducta más emprendedora. No se debe ignorar, por lo demás, el coeficiente personal: los jueces son seres humanos, sujetos, en cuanto tales, a mecanismos inhibitorios de toda suerte, desde el temor exagerado de parecer parcial hasta la sencilla y vulgar pereza.

Advertir esa multiplicidad de obstáculos no constituye una manifestación de pesimismo. La lucha por la igualdad, como toda lucha, requiere una estrategia; y no hay estrategia posible sin la identificación de las fuerzas adversas. Va de suyo que aquí no podríamos aventurarnos a un inventario completo, ni mucho menos. Sólo quisimos atraer la atención de

26. Cfr. DENTI, I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative, in *Riv. di dir. proc.*, v. XXXV (1980), p. 424.

27. V., en cuanto a Italia, los resultados de la pesquisa realizada bajo la dirección de DENTI, in *Le prove nel processo civile*, Milano, 1973, p. 13 y ss. Cfr., respecto a la República Federal de Alemania, ZETTEL, ob. cit., p. 181; en lo que hace a Austria, FASCHING, *Zivilprozessrecht*, Wien, 1984, p. 315.

nuestros lectores para algunos puntos salientes de la problemática. En pocas ocasiones, hasta ahora, se trató de profundizar la investigación en este campo. Pero los tiempos parecen maduros para una tentativa consistente. La causa de la igualdad es digna del esfuerzo.

Fevereiro de 1986.

SOBRE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS *

1. Não emprega o nosso Código de Processo Civil a expressão "pressupostos processuais". Preferiu o legislador de 1973, no art. 267, n.º IV, a locução mais analítica "pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo", a que a doutrina tende a atribuir igual acepção¹. No inc. VI do mesmo dispositivo, alude o texto às "condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual". Com isso desde logo se manifesta a adoção de uma técnica que firma distinção entre as duas categorias. Na perspectiva da lei brasileira, são dois os planos preliminares que a cognição judicial tem de atravessar para atingir seu alvo final, o mérito da causa. E pode-se considerar definitivamente incorporada à nossa tradição doutrinária essa distribuição, em três patamares sucessivos, da matéria sujeita ao exame do juiz².

Tal sistematização é de corte italiano³. Na processualística alemã, que o engendrou, o conceito de "pressupostos processuais" (*Prozessvoraussetzungen*) tem maior amplitude e abrange os requisitos a que entre

* Publicado na *Revista Forense*, v. 288, e na *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 14, n.º 2.

1. Assim, à evidência, HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, 2.ª ed., São Paulo, 1978, p. 333; MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, 4.ª ed., Rio de Janeiro, p. 509-10. Vide, porém, a esquematização diferente de JOSÉ FREDERICO MARQUES em a nota 11, *infra*.

2. Ao "trimônio" já aludia, há mais de trinta anos, MACHADO GUIMARÃES, *Carência de ação*, in *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro-São Paulo, 1969, p. 99-100. O ensaio é de 1953; no mesmo ano, HÉLIO TORNAGHI intitulava "Processo, ação e mérito" o primeiro capítulo de seu *Processo penal*, Rio de Janeiro (cf. agora, desse autor, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. II, p. 326-7).

3. Vide LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, v. I, 4.ª ed., Milão, 1980, p. 155-6, cuja construção — de tamanha influência no Brasil — já em 1949 achara expressão acabada, em substância, no importante estudo "L'azione nella teoria del processo civile" (republicado in *Problemi del processo civile*, Nápoles, s. d., p. 22 e s.).

nós se costuma dar o nome de "condições da ação": assim é, por exemplo, que no rol dos *Prozessvoraussetzungen* se vê incluída a legitimação para a causa (*Prozessführungsbefugnis*)⁴.

2. É notória a origem do conceito. Sua formulação liga-se historicamente à identificação, como entidade autônoma, da chamada relação jurídica processual⁵. Proposta uma ação, estabelecem-se entre as partes e o órgão judicial vínculos juridicamente disciplinados. O conjunto desses vínculos forma uma relação jurídica, inconfundível com a outra, em regra de direito material, a cujo respeito discutem os litigantes. Assim, porém, como o reconhecimento desta pressupõe a verificação de certos fatos, sem os quais ela não nasceria, também o surgimento da relação jurídica processual, analogamente, depende da presença de determinados elementos, que lhe condicionam, em termos globais, a existência⁶. Tais seriam os pressupostos processuais.

Iria o conceito, na doutrina subsequente, ser alvo de calorosos debates e sofrer importantes reajustes. Encontraria até opositores radicais⁷. Mostrou, contudo, vitalidade suficiente para subsistir a sucessivas críticas.

Dentre estas, uma de alcance, à primeira vista, puramente terminológico acabou por induzir a doutrina a precisar melhor a própria idéia. Observou-se, com efeito, que ocorre *no processo mesmo* a apuração da existência ou da inexistência dos elementos aludidos, de sorte que, ainda na hipótese de dar-se pela falta de algum, terá existido relação jurídica processual. Não seria adequado considerar *pressuposto* do processo aquilo que já constitui *objeto* da atividade cognitiva nele cumprida. De certo modo, antes se deveriam inverter os termos da proposição: o processo é que seria o pressuposto⁸. A preocupação de superar seme-

4. V.g. ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 13.^a ed., Munique, 1981, p. 547. Para a distinção entre a *Prozessführungsbefugnis* e a *Sachlegitimation* (que, apesar da similitude estrutural da denominação, difere da nossa legitimidade e concerne à pretensão de direito material), vide a p. 240 da mesma obra.

5. Empresa, conforme se sabe, sobretudo de BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Aalen, 1969 (reimpr. da ed. de Giessen, 1868), p. 1 e s.

6. BÜLOW, ob. cit., p. 6, onde se conceituam os pressupostos processuais como "*die Vorbedingungen für das Zustandekommen des ganzen Prozessverhältnisses* (as condições da realização de toda a relação processual)".

7. Por exemplo, GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Aalen, 1962 (reimpr. da ed. de Berlim, 1925), p. 4 e s.; *Zivilprozessrecht*, Aalen, 1969 (reimpr. da 2.^a ed., Berlim, 1932), p. 4-5.

8. Cf. ROSENBERG-SCHWAB, ob. cit., p. 546.

lhante dificuldade explica certas atitudes da doutrina mais moderna, que ora restringe o conceito, vendo nos pressupostos processuais simples pré-requisitos da discussão sobre o *meritum causae*, ou pelo menos do respectivo julgamento⁹, ora propõe uma distinção entre "pressupostos de existência" e "pressupostos de validade", com a qual provavelmente se relaciona a dicção do art. 267, n.º IV, do Código pátrio, onde é perceptível a sugestão de uma dicotomia: pressupostos "de constituição" do processo e pressupostos do seu "desenvolvimento válido e regular".

3. Não há uniformidade na enumeração e na classificação desses pressupostos. Se na própria doutrina alemã nem sempre coincidem os esquemas adotados pelos vários autores, nada de admirar em que outro tanto ocorra no Brasil, onde, além do mais, a opção — hoje encampada pelo direito positivo — de estremar as categorias dos pressupostos processuais e das condições da ação gera problema suplementar de qualificação, ainda não pacificamente resolvido no tocante a algumas figuras, que ora se vêem incluídas nesta, ora naquela classe.

Ao propósito, é interessante notar que o próprio Código de 1973 preferiu abster-se de tomar posição em certos casos notoriamente duvidosos, como o da existência de coisa julgada, a impedir novo pronunciamento judicial sobre o mesmo litígio já composto¹⁰. Essa e as hipóteses análogas de preempção e de litispendência ficaram destacadas no inc. V do art. 267, entre o concernente aos "pressupostos de constituição e de

9. As fórmulas variam: maior amplitude, por exemplo, em ROSENBERG-SCHWAB, ob. e lug. cit. em a nota anterior (pressupostos da decisão e da discussão); menor em GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3.^a ed., Zurique, 1979, p. 220, o qual parece limitar o conceito ao de pressupostos da admissibilidade só da sentença de mérito ("*für die Zulässigkeit des Sachurteils*"). Adiante se mostrará que, noutras concepções, os *Prozessvoraussetzungen* se vêem convertidos em pressupostos do acolhimento do pedido: vide, abaixo, n.º 6.

10. Já no direito anterior era controvertida a questão. No sentido de tratar-se de pressuposto processual (negativo), vide, por exemplo, LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil brasileiro*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1959, v. I, p. 201; CELSO NEVES, *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, São Paulo, 1970, p. 492, 505; ARRUDA ALVIM, *Curso de Direito Processual Civil*, S. Paulo, 1971, v. I, p. 476-7. Pela consideração do caso como de condição (negativa) da ação, MACHADO GUIMARÃES, Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo, in *Estudos*, cit., p. 16, nota 29; ELIEZER ROSA, Do despacho saneador como sentença interlocutória, in *Leituras de processo civil*, Rio de Janeiro, 1970, p. 96, 99; PEDRO PAULO CRISTÓFARO, verbete Pressupostos processuais, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. 39, p. 126. Ao segundo entendimento manifestamos, de passagem, nossa adesão em *Litisconsórcio unitário*, Rio de Janeiro, 1972, p. 181, nota 110.

desenvolvimento válido e regular do processo" e o relativo às "condições da ação", como se formassem terceira categoria, inassimilável a qualquer das duas tradicionais ¹¹.

Consoante assinalado, propõe-se em doutrina uma distinção entre pressupostos de existência do processo e pressupostos de sua validade. De acordo com lição autorizada, aqueles seriam o pedido, a jurisdição e as partes: estes, a capacidade das partes, a competência e a insuspeição do juiz e a inexistência de litispendência e de coisa julgada ¹².

4. O esquema alvitado suscita desde logo algumas indagações. Será exato, em primeiro lugar, que a existência do processo pressuponha a de ambas as partes? Não há dúvida de que um réu "existente" se faz necessário à complementação da relação processual, na sua estrutura plena: ela não se completa, é óbvio, quando por engano se promove a citação de pessoa física já falecida, ou de pessoa jurídica já extinta. Mas processo existe desde que o autor ajuíza a petição inicial, conforme ressalta do fato de que o juiz tem o dever de despachá-la, ainda que para indeferi-la; e se a indefere, no dizer do art. 267, n.º I, *extingue* o processo: ora, seria absurdo cogitar da *extinção* de algo que *não existisse*. Não se afigura mais preciso, por outro lado, em vez de aludir à "jurisdição", em si, falar de um órgão investido dela? ¹³ E dizer "demanda", no lugar de "pedido"? ¹⁴.

11. Para JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, v. II, 6.ª ed., São Paulo, 1981, p. 130, 145, a inexistência de preempção, a de litispendência e a de coisa julgada, se bem que classificáveis como pressupostos processuais, diferenciam-se dos previstos no inc. IV porque não dizem respeito à constituição e ao desenvolvimento válido e regular do processo, mas ao litígio: cuidar-se-ia de duas espécies do mesmo gênero.

12. HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. II, p. 335. A enumeração dos pressupostos de existência remontaria a BETTI, *Diritto Processuale Civile italiano*, Roma, 1936, p. 112; a rigor, porém, o escritor peninsular não se refere aí, a "partes", no plural, senão apenas ao autor, quando fala de alguém que "*si presenti come soggetto di diritto, ancorché incapace o meramente apparente*", além da propositura da ação perante órgão dotado de jurisdição, explicando que basta esse "*minimo di elementi*" para que exista uma relação processual, ao menos entre o autor e o juiz. Vejam-se as considerações críticas feitas, a seguir, em nosso texto.

13. A exemplo de BETTI, ob. e lug. cit. em a nota anterior.

14. Parece conveniente assinalar terminologicamente a distinção entre o que se pede (pedido) e o ato de pedir, reservando para este o *nomen iuris* "demanda", cujo emprego se vai difundindo, em nossa mais recente literatura, na acepção indicada: vide, por exemplo, CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 21; CÂNDIDO DINAMARCO, *Litiscon-*

No que tange, agora, à segunda classe de pressupostos — e deixando de lado a controvérsia sobre o melhor enquadramento da inexistência de litispendência e de coisa julgada —, ocorre perguntar: a validade do processo depende mesmo de que seja competente e insuspeito o juiz processante? A incompetência, ainda quando absoluta, pela disposição expressa do art. 113, § 2.º só acarreta a nulidade dos atos decisórios: todos os outros valem como se proferidos por órgão competente. E a suspeição, essa, uma vez declarada *ex officio* ou reconhecida por provocação da parte, tem como conseqüência única o afastamento, daí em diante, do juiz suspeito, mas em nada atinge a validade de qualquer dos atos por ele até então praticados, conquanto já existente a respectiva causa, a não ser quando descumprido o preceito do art. 306 ¹⁵.

A verdade é que não se afigura fácil construir, nesta matéria, esquema logicamente rígido, de perfeita coerência. No compreensível afã de "salvar" atos processuais, para evitar, tanto quanto possível, o desperdício da atividade jurisdicional, atenua a lei a gravidade de sanções, recusando-se a extrair de teorias arquitetonicamente sedutoras corolários menos convenientes do ponto de vista prático. Os sistemas doutrinários têm de levar em conta esse dado e renunciar, por mais que lhes custe, a uma pureza de linhas que não encontra apoio na realidade normativa.

5. Cabem aqui duas ou três palavras sobre o tratamento processual dos requisitos de que estamos cuidando. Na doutrina alemã é corrente a distinção entre *Prozessvoraussetzungen* e *Prozesshindernisse*, baseada no fato de submeterem-se aqueles ao controle judicial *ex officio*, enquanto estes dependem, para ser considerados, de provocação da parte ¹⁶. O exemplo mais comum da segunda classe é a existência de compromisso arbitral. Tal diferenciação já vai repercutindo na literatura brasileira, onde se alude a "pressupostos" e a "impedimentos processuais" para designar, respec-

sórcio, São Paulo, 1984, p. 44; BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, 6.ª ed., Rio de Janeiro, 1984, p. 11.

15. *Aliter*, no processo penal (Código de Processo Penal, art. 564, n.º I). HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. I, p. 425-6, crítica o estatuto processual civil por silenciar sobre o ponto. Parece-nos que a única ilação possível do silêncio é a exposta em nosso texto.

16. *Vide*, entre outros, ROSENBERG-SCHWAB, ob. cit., p. 549; JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 19.ª ed., Munique, 1981, p. 104; ARENS, *Zivilprozessrecht*, Munique, 1978, p. 94. A nota característica dos *Prozesshindernisse* é a disponibilidade: ao interessado fica livre fazê-los valer ou não.

tivamente, as categorias a que se atribuem as contrastantes características há pouco referidas¹⁷

A disciplina da matéria no Código de Processo Civil abona o discrimine. À luz do disposto no art. 267, § 3.º, sujeitam-se ao controle oficial os "pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo", mas tal não se dá com o compromisso arbitral; a existência de um duplo regime é corroborada pelo art. 301, § 4.º. De acordo com o entendimento predominante, a que aderimos, a incompetência relativa não é declarável de ofício, senão apenas mediante exceção (arts. 112 e 304)¹⁸.

A controlabilidade *ex officio* implica, para o juiz, a possibilidade de reconhecer a falta do pressuposto processual, sempre que lhe pareça haver nos autos elementos que a revele, independentemente da iniciativa — não excluída, é claro — de qualquer das partes. Não implica a necessidade de que, em todo processo, se preocupe ele em averiguar se ficou categoricamente demonstrada a existência do pressuposto. Conforme observação pitoresca de autor alemão¹⁹, seria pouco razoável que o órgão judicial devesse exigir sempre a prova de que as partes são maiores e não se acham interditas... Se, porém, algo de concreto lhe despertar suspeita da incapacidade, então se tornará necessária a comprovação.

Podendo obviamente acontecer que a dúvida afinal subsista, põe-se aqui também o problema de saber que decisão há de tomar o juiz, quando não se logre esclarecer a questão. Sabe-se que, no tocante ao *meritum causae*, a dificuldade é contornada mediante aplicação das regras sobre distribuição do ônus da prova: a parte onerada *in casu* suporta as conseqüências desfavoráveis da lacuna probatória. Entretanto, o art. 333 do Código, que regula a matéria, foi redigido pelo legislador, à evidência, com os olhos fitos na questão de mérito: a respeito dela, com efeito, é que se fala propriamente de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos. E o princípio subjacente ao texto implica a fácil e segura identificação, entre os litigantes, daquele a quem a falta da prova causa prejuízo ou, ao contrário, proveito. No que concerne aos pressupostos

17. Assim, JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. e v. cit., p. 130, 132.

18. Contra: HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. I, p. 360; MONIZ DE ARAGÃO, ob. e v. cit., p. 196-8, 345, 474, nota 15. No sentido do texto a jurisprudência; vide os acórdãos citados por ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, v. II, Rio de Janeiro, 1982, ns. 3.198 a 3.204, p. 142-4.

19. JAUERNIG, ob. cit., p. 103.

processuais, é mais problemática a valoração dos interesses em jogo. Nem sempre será exato que a preexclusão do julgamento do mérito favoreça mais o réu do que o autor, consoante parece supor a doutrina que atribui a este, em regra, o *onus probandi*²⁰. Se o fosse, não se compreenderia a *ratio* de normas como a do nosso art. 267, § 4.º, que reclama o consentimento do réu para a desistência da ação, depois de vencido o prazo da defesa. Pode o problema, assim, revelar-se mais complexo do que à primeira vista se afigura. O ponto essencial, porém, ao nosso ver é firme: subsistindo, apesar de tudo, razão séria para duvidar da presença de algum pressuposto processual, deve o juiz extinguir o feito sem apreciação do mérito.

6. No que se acaba de dizer, implicitamente se reconhece aos pressupostos processuais a função que lhe assina longa e venerável tradição doutrinária: a de constituir um filtro — ou, em certa perspectiva, o filtro — capaz de reter postulações inviáveis do ponto de vista formal. O controle de tais pressupostos teria por finalidade precípua barrar o acesso de espécimes processuais gravemente defeituosos à superior região em que se resolve o destino das partes quanto à substância do litígio. A semelhante desfecho ficaria impedido de chegar o processo que não exibisse, por assim dizer, passaporte em ordem.

O criador da teoria julgou até encontrar no direito romano clássico apoio para sua concepção²¹. A existência de duas fases distintas do procedimento — *in iure* e *apud iudicem* — refletiria precisamente a necessidade, que se teria sentido, de antepor ao processo propriamente dito, destinado à solução da lide, uma investigação sobre a idoneidade do caso para ensejar decisão sobre a *res in iudicium deducta*. Não cabe discutir aqui a exatidão ou inexatidão histórica dessas idéias. O fato é que lançou fundas raízes no pensamento jurídico a noção de uma indispensável ordem lógica no desenvolvimento da atividade cognitiva, convocada a examinar, antes de mais nada, os pressupostos processuais, e só autorizada a voltar-se para o mérito se convencida da presença de todos eles — bem como, nos sistemas que consagram esse ulterior desdobramento, da satisfação integral das chamadas "condições da ação".

20. Posição dominante na Alemanha Federal: v.g., ROSENBERG-SCHWAB, ob. cit., p. 549; JAUERNIG, ob. cit., p. 103. Abrem-se exceções para os casos dos §§ 306 (renúncia) e 330 (sentença contumacial requerida pelo réu) da ZPO.

21. BÜLOW, ob. cit., p. 7-8, 285 e s., especialmente p. 285-92.

O caráter forçoso de tal seqüência foi posto em dúvida por um setor da moderna doutrina alemã²². Negam alguns autores a obrigatoria prioridade do juízo sobre os pressupostos processuais em relação ao juízo de mérito. Continua pacífico que ao órgão judicial não é lícito acolher o pedido se não concorrerem aqueles; mas a rejeição poderia basear-se indiferentemente na falta de qualquer pressuposto processual ou na inexistência de fundamento material para a pretensão deduzida, sem necessidade de subordinar-se a apuração desta inexistência à prévia negação daquela falta. Em resumo: pressupostos processuais e fundamentos de direito material formariam, em conjunto, uma classe única, a dos pré-requisitos do acolhimento do pedido, a serem examinados sem qualquer preocupação de ordem.

Semelhante concepção não tem reflexo no direito brasileiro. O julgamento do mérito, em sentido favorável ou desfavorável ao autor, postula sempre a concorrência dos pressupostos processuais. É firme, na doutrina e na prática, a noção de que a ausência de qualquer deles inibe o órgão judicial de lançar-se à análise do litígio. Com isso não se diz que o processo haja por força de extinguir-se sem exame do *meritum causae*: reconhecida, por exemplo, a incompetência, remetem-se os autos ao órgão competente, perante o qual prosseguirá sua marcha o mesmo feito, com perspectiva de conclusão normal. É evidente, contudo, que a impossibilidade de julgar-se o mérito enquanto subsista o defeito necessariamente condiciona a ordem da atividade cognitiva. Toda questão referente a pressuposto processual é, em qualquer caso, preliminar àquele julgamento²³.

7. Ao longo dos parágrafos anteriores já se fizeram observações esparsas acerca das conseqüências da falta de pressupostos processuais. É tempo de repassar o assunto, sob enfoque mais sistemático.

Começemos pelos denominados "pressupostos de existência". Se não há órgão dotado de jurisdição, afigura-se claro que tampouco há processo,

22. Vide, sobretudo, RIMMELSPACHER, *Zür Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Göttingen, 1966, p. 109 e s., seguido em parte por GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2.ª ed., Bielefeld, 1974, p. 323-4. Uma extensa crítica da teoria de RIMMELSPACHER em MARTIN, *Prozessvoraussetzungen und Revision*, Colônia-Berlim-Bonn-Munique, 1974, p. 32-4.

23. Sobre o conceito de "questão preliminar", BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1981, p. 765, e os outros trabalhos aí citados.

no sentido jurídico do termo. Ninguém tomará por tal o "processo simulado" que se realiza para fins didáticos, sob a "presidência" do professor, como ninguém se equivocará diante do "processo" instaurado perante oficial de justiça, ou de outros exemplos de sabor igualmente acadêmico. Menos abstrata é a eventualidade de atuar pessoa ainda não regularmente investida no cargo judiciário, ou dele já desligada (v.g., pela aposentadoria, de cujo decreto passou despercebida a publicação no jornal oficial). Mas o corolário é sempre o mesmo: nada do que se faça, em semelhantes condições, existe juridicamente. O "órgão" não pode sequer proclamar sua própria carência de jurisdição: a proclamação seria tão inócua como qualquer outro ato que ele pratique.

Já não se reveste de tanta simplicidade a questão, na hipótese de inexistência de parte, seja do autor (por exemplo: o advogado, munido de procuração, ajuíza a inicial sem ter notícia de que o outorgante viera a falecer), seja do réu (por exemplo: cita-se por edital pessoa que depois se verifica estar morta desde data anterior). Aí haverá lugar, sem dúvida, para um pronunciamento do órgão judicial, quando se advirta do problema; e é quanto basta para que se tenha de reconhecer que algo, no processo, existe, e até vale: negar ao juiz a possibilidade de pôr termo validamente à atividade processual, em semelhante emergência, seria tornar insolúvel o problema!²⁴. Considerações análogas caberiam no tocante à falta de demanda, isto é, ao processo ilegítimamente instaurado *ex officio*.

Ainda mais matizadas se tornam as cores quando se passa aos chamados "pressupostos de validade". A incapacidade da parte, cabendo ao autor a providência corretiva, e não a tomando ele no prazo marcado pelo juiz, acarreta a nulidade do feito (Código de Processo Civil, art. 13, n.º I). Se competir a medida ao próprio órgão judicial (art. 9.º, n.º I), e este deixar de tomá-la, a conseqüência será igualmente a nulidade, que poderá, todavia, não atingir o processo inteiro, mas só os atos praticados com

24. Outra questão, que não enfrentaremos aqui, é a da condição jurídica da sentença eventualmente proferida na errônea suposição de que não faltasse o pressuposto, ou apesar de conhecida a falta, mas sem levá-la em conta. A doutrina alemã reputa-a "wirkunglos" (ao pé da letra, ineficaz): ROSENBERG-SCHWAB, ob. cit., p. 214, 350; JAUERNIG, *Das fehlerhafte Zivilurteil*, Frankfurt am Main, 1958, p. 173-4 (com outras referências em a nota 120). Entre nós, em estudo ainda recente, intitulado "Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença", in *A nova lei de execução fiscal*, São Paulo, 1982, p. 188, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR arrola entre os casos de "nulidade absoluta" aquele em que, "falecida a parte e comunicada a ocorrência ao juiz, este ignora o óbito e dá seqüência ao processo sem convocar os sucessores para a habilitação incidente".

inobservância do dispositivo²⁵. Em qualquer caso, aqui também se tem de admitir que ao menos a decretação da nulidade possa ser válida.

A incompetência nunca faz nulo o processo: consoante já se recordou, mesmo a absoluta invalida unicamente os atos decisórios (art. 113, § 2.º). A suspeição, repita-se, não afeta a validade de ato algum. Tal como a seu respeito, não traça o Código regra expressa a respeito do impedimento, pelo ângulo aqui considerado; note-se, entretanto, que é rescindível a sentença de mérito proferida por juiz impedido (art. 485, n.º II), e essa circunstância autoriza a conclusão de existir nulidade antes do trânsito em julgado²⁶.

8. De quanto ficou dito extraem-se elementos para uma nova revisão crítica, em parte já sugerida nos itens anteriores. A quem leia o *caput* e o § 3.º do art. 267 do Código de Processo Civil, ocorrerá naturalmente supor dois traços básicos no regime dos pressupostos processuais: primeiro, a falta de qualquer deles produziria a extinção do processo sem julgamento do mérito; segundo, o defeito seria passível de conhecimento *ex officio* pelo juiz. Vai-se testar, à luz de outros dispositivos, a verdade dessa suposição, no tocante a cada um dos requisitos em geral catalogados pela doutrina entre os pressupostos processuais, e obtêm-se resultados variáveis. A disciplina aplicável aos diversos casos nem sempre coincide com o padrão do art. 267; e nem sequer existe coincidência entre a disciplina aplicável a um caso e a aplicável a outro. Em nenhuma das hipóteses de ausência de pressuposto relativo ao órgão é exato que o processo se extinga sem julgamento do mérito: se falta jurisdição, não há processo a ser extinto; se falta competência ou imparcialidade, o mérito não pode ser julgado por *aquela* juiz, mas o corolário não é a extinção, e sim a substituição do juiz incompetente ou parcial por outro que não o seja, uma vez reconhecido o defeito. Por outro lado, a incompetência absoluta é declarável de ofício; a relativa, não. E assim por diante.

25. Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. I, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1979, p. 357.

26. No mesmo sentido, ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil comentado*, v. VI, São Paulo, 1981, p. 30, que estende a inferência a todos os atos decisórios. Longe demais vai HÉLIO TORRAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. I, p. 418, onde se averba de "inexistente" qualquer ato praticado pelo juiz impedido, "a não ser para declinar". Se o impedimento tornasse inexistente a sentença, não se compreenderia a inclusão da hipótese entre as de rescindibilidade: sentença inexistente não transita em julgado, nem pode constituir objeto de rescisão (não se rescinde o nada).

Tudo isso torna muito esbatida, ao nosso ver, a significação dos pressupostos processuais como categoria jurídica. A utilidade prática da reunião de várias figuras sob o mesmo rótulo consiste em permitir o tratamento conjunto: o que se disser de substancial acerca de qualquer delas poderá dizer-se de todas. Subsistirão, é óbvio, as diferenças específicas, de alcance, contudo, acidental; nos pontos mais importantes, haverá necessariamente comunhão. Destarte, fixado o regime genérico, bastará afirmar, de tal ou qual espécie, que pertence ao gênero, para que desde logo se saiba a disciplina a que ela se sujeita.

Quando se diz, porém, que determinado requisito é um pressuposto processual, a rigor é pouquíssimo o que se fica sabendo a seu respeito. Que se cuida de matéria referente ao processo, a ser apreciada preliminarmente ao mérito — é só. Quem se acreditar habilitado a extrair mais dos dizeres do art. 267 estará assumindo o risco de comer gato por lebre: o regime do suposto gênero apenas se ajusta a número reduzido de "espécies". Sempre se poderá objetar, evidentemente, que se trata de exceções, ou argumentar que é normal fenômeno o da prevalência das regras especiais sobre a geral. Se, todavia, as exceções são tantas, e tão importantes, que pouco espaço resta à margem delas, alguma desconfiança parece justificar-se.

O caso da competência é exemplar, porque o requisito consta de todas as enumerações doutrinárias: nenhum autor que se ocupe de pressupostos processuais deixa de incluí-lo no rol. E, no entanto, só à custa de notável dose de alheamento aos dados do direito positivo se ousará sustentar que a validade do processo depende realmente dele.

Acrescente-se a isso a percepção das divergências entre os vários regimes "específicos", e ter-se-ão boas razões para encarar com um grão de cepticismo a entronização de categoria tão heterogênea e de tão escassa coesão interna. É cômodo, sem dúvida, falar de "pressupostos processuais", nos esquemas didáticos; e não apresenta maior inconveniente, desde que se tome o cuidado de pôr os pingos nos is. Menos razoável afigura-se ornar o conceito de notas constantes que a preocupação da simetria inculca a certa arquitetura doutrinária, mas que nenhuma confirmação encontram na realidade do *ius positum*. Confrontado com essa realidade, o conceito revela-se pobre em compreensão. Aceitemo-lo pelo que vale: estaremos a prestar-lhe, na justa medida, a homenagem que merece.

Novembro de 1984.

A COMPETÊNCIA COMO QUESTÃO PRELIMINAR E COMO QUESTÃO DE MÉRITO*

1. Um órgão judicial pode ter de resolver questão de competência em relação a si mesmo ou em relação a outro(s) órgão(s). No primeiro caso, ele examinará a questão para verificar se a prática de determinado(s) ato(s) se inclui na esfera de suas atribuições. Em princípio, como é intuitivo, a verificação há de ser prévia; e, sendo assim, o órgão só passará a deliberar se *deve* ou não praticar o(s) ato(s) em causa *após* assentar que *pode* praticá-lo(s). No segundo caso, o que lhe cumpre é decidir se a prática do(s) ato(s) se inclui na esfera das atribuições do outro órgão, ou de algum dos outros órgãos. É possível que lhe incumba tomar tal decisão *a posteriori*, no momento em que houver de proceder ao reexame do que fez outro órgão — *ex vi legis* ou em virtude de impugnação, mediante recurso ou ação autônoma, de decisão proferida pelo outro órgão; mas não se exclui que a questão seja suscitada e tenha de resolver-se *no curso* de uma série de atos, com o fim precípua de determinar a *que* órgão cabe nela prosseguir (conflito de competência ou de “jurisdição”).

Costuma-se dizer que a questão da competência é uma preliminar¹. A afirmação, contudo, precisa ser temperada com o clássico grão de sal. Na primeira das hipóteses acima indicadas, geralmente o órgão judicial em verdade não resolve a questão como objeto *principal* de sua atividade cognitiva, senão como etapa de cujo êxito depende a possibilidade mesma de passar ao respectivo exame. Com efeito, apenas se responder positivamente à indagação sobre sua competência é que o órgão terá acesso àquele objeto principal; a questão da competência funciona como porta que, se

* Trabalho publicado no volume n.º 7-1988 da *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 5.ª Região*, dedicado à memória do Ministro COQUELJO COSTA.

1. Sobre o conceito de questão preliminar, vide BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e questões preliminares*, in *Direito Processual Civil (Ensaios e pareceres)*, Rio de Janeiro, 1971, p. 73 e s., especialmente 87-8.

não se abrir, impede o órgão judicial de ir adiante. Em casos tais, ressalta a índole preliminar da questão. Já na segunda hipótese (e, às vezes, na primeira: *vide, infra*, o n.º 5 e, aí, a nota 5), a questão da competência constitui (no todo ou em parte) o *próprio objeto principal* da atividade cognitiva do órgão, que não a resolve em caráter *instrumental*, para saber se lhe é lícito decidir outra matéria, mas em caráter *final* — embora não necessariamente exaustivo, conforme adiante se explicará.

A diferença entre essas situações, flagrante do ponto de vista lógico, nem sempre se reflete com a desejável clareza na prática do foro. Não atentar nela, contudo, é causa de erros graves, suscetíveis de comprometer de modo radical a correção de julgamentos.

2. A questão da competência *como preliminar* é, em regra, a primeira a merecer a atenção do órgão judicial. Se este se tem por incompetente, deve abster-se de continuar a exercer atividade cognitiva; logo, toca-lhe averiguar, de início, se o é.

Ao contrário do que parece, tal regra não é absoluta. Pode acontecer que, por esta ou aquela razão de política legislativa, o ordenamento imponha ao órgão judicial um “compasso de espera”: em vez de pôr a si mesmo, desde logo, a questão, ele deve aguardar certo prazo, para ver se alguém a suscita. Se houver suscitação tempestiva, a questão será examinada, com prioridade sobre quaisquer outras; se não houver, ficará preclusa, de sorte que daí em diante já não será lícito apreciá-la: ainda que o órgão fosse incompetente, estará sanado o defeito, *prorrogando-se* a sua competência para abranger o(s) ato(s) que, sob circunstâncias normais, incumbiria(m) a outro órgão. É o sistema consagrado no Código de Processo Civil para a denominada incompetência relativa (arts. 112 e 114)². Importa aqui frisar que, enquanto não sobrevenha a alegação — cujo veículo, ninguém o ignora, é a “exceção de incompetência” (arts. 304 e 307 e s.) —, o juiz atuará com plena desenvoltura, praticando todos os atos previstos na lei, como se competente fosse; e portanto lhe caberá, eventualmente, resolver questões que, alhures, só se resolveriam *depois* do exame (com resultado positivo) da competência.

2. Assim têm interpretado esses dispositivos a doutrina e a jurisprudência largamente predominantes. Isoladas as opiniões de HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, São Paulo, 1974, p. 360 — para quem o juiz pode sempre examinar a questão e declarar *ex officio* sua própria incompetência, ainda que relativa —, e de MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, 5.ª ed., Rio de Janeiro, 1987, p. 199-201 e 484-5 — em cujo entendimento é dado ao juiz fazê-lo ao despachar a petição inicial (não em momento posterior).

Feita essa ressalva, convém reafirmar a regra; e afigura-se oportuna uma observação acerca da lista contida no art. 301, onde o estatuto processual enumera as matérias alegáveis pelo réu, na contestação, antes de discutir o mérito. A incompetência absoluta figura aí em *segundo* lugar, após a inexistência ou nulidade da citação; semelhante ordem, porém, não parece a melhor, nem se deve entender que prevaleça *para o juiz*: ao contrário, este somente poderá resolver a questão da inexistência ou da nulidade do ato citatório se não for incompetente; assim, antes de mais nada, cumpre-lhe certificar-se de que não ocorre a hipótese do art. 301, n.º II³.

A competência dos tribunais de grau superior, no processo civil, é improrrogável, salvo se fixada em razão do valor (arg. *ex art.* 102). Em relação a eles não surge o problema a que acima se aludiu, quanto aos casos de incompetência relativa de órgão de primeiro grau. O exame da questão da competência, pois, precederá normalmente ao de qualquer outra. Nesse sentido costuma haver disposições expressas em regimentos internos (*v.g.*, art. 68 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro). Apenas em hipóteses excepcionais se concebe que alguma questão deva ser resolvida ainda antes: por exemplo, à que porventura se suscite com referência à regularidade do funcionamento do órgão, ou à respectiva composição. Não havendo dúvida de que o tribunal está em condições de deliberar naquela ocasião, daquela forma, e com a participação daqueles juízes, nenhuma outra questão prefere à da competência.

O tribunal examina sua competência *ex officio*, por iniciativa de qualquer dos juízes. Não é necessária, conquanto naturalmente possível, provocação da parte, ou do Ministério Público em função de *custos legis*.

3. No exame da preliminar, o órgão judicial há de ter em vista as características da causa ou do recurso tais como na realidade se lhe deparam, e não como, em seu entendimento, deveriam ser. É uma consequência direta da prioridade que se reconhece a essa preliminar: se ela tem de ser resolvida *antes* de qualquer outra, fica evidente que sua solução não pode *subordinar-se* à de qualquer outra. Formulemos alguns exemplos.

3. Com razão AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 2.º v., 7.ª ed., São Paulo, 1982, p. 206; e CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, 5.ª ed., Rio de Janeiro, 1988, p. 302. Inaceitável a lição de PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1979, p. 166, *verbis*: “Se a incompetência do juiz é absoluta, cabe-lhe decretar de ofício a nulidade do despacho e da citação”: ao nosso ver, ao juiz absolutamente incompetente *nada mais* cabe do que declarar-se tal e remeter os autos ao que lhe pareça competente.

a) Distribuí-se a determinado juiz a petição inicial de ação intentada como reivindicatória. Lendo a peça, ele se convence de que o redator da petição se equivocou: no caso, deveria ter postulado proteção possessória. A supor-se que o juiz, competente para as ações de reivindicação, não o seja para as possessórias, andar mal se se declarar incompetente e atribuir a competência ao órgão julgador das possessórias. Igualmente errará se, intentada a ação como possessória, aceitar processá-la, por estar convencido de que na verdade o autor deveria ter pleiteado reivindicação. Numa e noutra hipótese, estará o órgão judicial praticando inadmissível inversão da ordem a que tem de obedecer sua atividade cognitiva — e violando, acrescentando-se, a regra que lhe impõe respeitar os limites em que o autor deduziu em juízo a lide (art. 128).

b) Vai o órgão X julgar mandado de segurança impetrado contra a autoridade A, cujos atos, segundo a lei, se sujeitam perante ele a essa modalidade de impugnação. Percebem os membros do colégio, porém, que o impetrante endereçou incorretamente a postulação: devia ter requerido a ordem em face da autoridade B, para o exame de cujos atos, em mandado de segurança, a lei designa o órgão Y. Não é lícito a X declinar de sua competência para Y; caso o faça, estará decidindo a questão da competência, que é a primeira, à luz da solução que lhe parece correta para outra questão, a da legitimidade passiva *ad causam*, só examinável se (e depois que) X se afirmasse competente.

c) Apela-se, para tribunal estadual, de sentença proferida por juiz do mesmo Estado, e alguém alega que para a causa seria competente a Justiça federal. Errará o tribunal estadual se declinar de sua competência para o órgão federal de segundo grau. Apelações contra sentenças de juízes estaduais não podem ser julgadas por tribunal que não seja do Estado. Nada importa, ao propósito, que a ação devesse ter sido proposta perante a Justiça federal de primeiro grau e por ela julgada: o certo é que não o foi. O que ao tribunal estadual caberá fazer, no julgamento da apelação, uma vez reconhecido o vício, é anular a sentença e determinar a remessa dos autos à Justiça federal, para que atue o respectivo órgão *de primeiro grau*, caso se reconheça competente. Isso, no entanto, o tribunal estadual fará depois de rejeitar a preliminar de sua incompetência para julgar a apelação.

d) Propôs-se ação rescisória para desconstituir a sentença S, e a causa é distribuída ao órgão X, indicado pela lei como o competente para hipóteses do gênero. Aos juízes de X, todavia, parece que, em vez de pedir a rescisão de S, deveria o autor haver pleiteado a rescisão do acórdão A, que substituíra S em virtude do julgamento de apelação (art. 512). Para

a ação rescisória de A, entretanto, a competência não pertenceria a X, e sim a Y. Nem por isso X há de declarar-se incompetente: se o que se pleiteia é a rescisão de S, não é lícito a X aventurar-se ao exame de questão referente à propriedade dos termos em que se formulou o pedido, antes de decidir a preliminar atinente à competência — que, para a rescisória de S, a lei lhe defere⁴.

Escusado ajuntar que, no trato de semelhante matéria, não deve o órgão judicial apegar-se, formalisticamente, ao teor *literal* das petições das partes. Como quaisquer textos, comportam elas interpretação; e serão interpretadas, de preferência, no sentido que permita dar-lhes utilidade prática, pois não se presume que alguém queira postular em vão. Destarte, para aproveitarmos o quarto exemplo, se a inicial, por ambígua, não deixa ver com nitidez qual das duas decisões — a sentença S ou o acórdão A — constitui o autêntico objeto do pedido de rescisão, é óbvio que o órgão judicial a tomará como se estivesse correta, isto é, como dirigida à rescisão de A, tirando daí os corolários devidos no tocante à competência. Oportuna aplicação pode encontrar também, na matéria, a regra do art. 284 do Código de Processo Civil.

4. Como toda decisão, tem de ser fundamentada a que se profira acerca da preliminar. Pode acontecer, no entanto, que ninguém suscite a questão, e o órgão entre logo a apreciar a matéria restante, sem demorar-se na aferição de sua competência. Entende-se que implicitamente a reconheceu. Nesse caso, e só nesse, é manifesto que não se exige fundamentação.

Mencionemos brevemente — o ponto não oferece dificuldade — os efeitos da resolução sobre a preliminar. Se o órgão se declarou competente, prosseguirá na atividade cognitiva, passando ao exame das demais questões — das outras eventuais preliminares é, a não existir óbice, das questões de mérito. Se o órgão se declarou incompetente, remeterá os autos àquele a que, no seu entendimento, pertence a competência. É o que preceitua o Código de Processo Civil, no art. 113, § 2.º, *fine*, para a incompetência absoluta, e no art. 311 para a incompetência relativa, julgada procedente a exceção.

O órgão que se declarou incompetente não deve pronunciar-se, sob pretexto algum, a respeito de outra questão, que só se lhe tornaria possível apreciar se competente fosse. Há que prevenir a todo custo acréscimos de qualquer teor. Aberra da técnica mais elementar, por exemplo, dizer: "Este

4. Cf., sobre o ponto, BARBOSA MOREIRA, Ação rescisória: o objeto do pedido de rescisão, in *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, São Paulo, 1984, p. 143.

órgão é incompetente e, ainda que não o fosse, não conheceria do recurso, ou não lhe daria provimento" — e assim por diante. O presidente do órgão colegiado precisa fiscalizar a votação com o máximo cuidado, para evitar que se registrem votos do tipo "Acolho a preliminar de incompetência e adianto que, no mérito, votaria neste ou naquele sentido". É erro imperdoável misturar, na mesma votação, pronunciamentos acerca de objetos distintos: não se somam quantidades heterogêneas. Submetida a votação a preliminar relativa à competência — ou qualquer outra preliminar —, unicamente sobre ela é que se podem colher votos.

A decisão da preliminar, seja qual for o sentido em que se tome, nunca ficará coberta pela autoridade da coisa julgada no sentido material. O que pode operar-se a seu respeito, se não se admitir impugnação alguma, ou não se formular a que se mostrava admissível, é a preclusão, com alcance puramente intraprocessual. Noutro processo, ainda sobre matéria idêntica — o que se concebe, em regra, quando o primeiro se haja extinguido sem julgamento do mérito —, a questão da competência será livremente examinável pelo órgão judicial (o mesmo ou qualquer outro), que a resolverá conforme entender de direito, sem qualquer vinculação.

5. Vejamos agora de que maneira se passam as coisas, quando a competência é apreciada como questão *principal*. Na maioria dos casos, o órgão judicial assim a aprecia com referência a *outro(s)* órgão(s); mais raramente, quanto a si mesmo: por exemplo, no julgamento, que porventura lhe caiba, de recurso ou de ação impugnativa autônoma contra decisão *sua*⁵.

Em hipóteses tais, a questão da competência é de mérito, conquanto possa ocorrer que haja de ser resolvida antes de outra questão, também integrante do mérito, e nesse sentido não seja impróprio qualificá-la de preliminar *em relação a essa outra*. Não há contradição, recorde-se, em dizer que determinada questão é de mérito e qualificá-la de preliminar: os conceitos não são reciprocamente excludentes, e a existência de preliminares *que já integram o mérito* recebe ilustração ofuscante com o exemplo da prescrição (Código de Processo Civil, art. 269, n.º IV).

Aqui, todavia, faz-se necessário um esclarecimento. A pergunta sobre se tal ou qual questão é de mérito nem sempre se responderá do mesmo

5. Os tribunais superiores são competentes para as ações rescisórias de seus próprios acórdãos: assim, v.g., o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Federal de Recursos (Constituição da República, art. 119, n.º I, letra *m*, e art. 122, n.º I, letra *a*, respectivamente).

modo, consoante ela se refira à *causa* ou ao *recurso*⁶. O mérito do recurso não se identifica necessariamente com o mérito da causa: se alguém, v.g., agrava de instrumento contra decisão interlocutória, pela qual se resolveu mero incidente do processo, a questão resolvida, estranha ao *meritum causae*, constituirá no entanto o mérito *do agravo*. Ainda quando se impugne sentença definitiva, pode suceder que na apelação entre a fazer parte do mérito (do próprio recurso, é claro!) matéria que não integra o mérito da causa: assim, por exemplo, se o apelante pleiteia a anulação da sentença, alegando, precisamente, que o juiz *a quo* era incompetente para julgar a lide. É atécnica, se bem que não muito rara na prática, a alusão pura e simples a "preliminar" em casos do gênero⁷, como se se cuidasse de algo que o órgão *ad quem* precisasse examinar *antes* de pronunciar-se sobre a pretensão do recorrente — e só para averiguar se lhe incumbia mesmo pronunciar-se a respeito dela.

Não fica excluída, obviamente, a possibilidade de defrontar-se o tribunal, no julgamento do recurso, com *genuína* preliminar, relativa à sua competência para julgá-lo. É uma situação em que ressalta a diferença funcional entre as duas questões: uma a ser examinada em caráter instrumental, para que o órgão saiba se lhe toca ou não decidir sobre a pretensão do recorrente; outra a ser resolvida em caráter principal, para que o órgão saiba se deve dar ou negar provimento ao recurso.

O que acima se disse é aplicável, *mutatis mutandis*, aos casos de reexame obrigatório em segundo grau, previstos no art. 475 do Código de Processo Civil e em disposições de leis extravagantes. Assim, por exemplo, será preliminar, *sic et simpliciter*, a questão atinente à competência do órgão superior ao qual se remeteram os autos, para o reexame; será de mérito, em compensação, a questão concernente à competência do juiz que julgou a causa em grau inferior — muito embora, por ter de resolver-se antes de qualquer das outras questões de mérito, se ponha como preliminar *relativamente a essas outras questões*.

6. Expressivamente, PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, t. VIII, Rio de Janeiro, 1975, p. 195: "O ser preliminar não é qualidade que não mude. O conceito de preliminar é, por vezes, interior à instância. Assim, as *quaestiones iuris* processuais que se levantam nos recursos são mérito do recurso; preliminar do recurso é *a*) se caberia, *b*) se foi tempestivo e *c*) se houve legitimação ativa recursal. O que se deduziu, para se corrigir, é mérito do recurso" (grifos do original). *Vide* também, ao propósito, BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 5.ª ed., Rio de Janeiro, 1985, p. 256 e 261-2.

7. Cf. CÂNDIDO DINAMARCO, *Conceito de mérito em processo civil*, in *Fundamentos do processo civil moderno*, 2.ª ed., São Paulo, 1987, p. 209-10.

6. Importa determinar os pressupostos do exame da questão, nas hipóteses de que agora se cuida. Aqui são imprescindíveis certas distinções.

Começando pelo caso da cognição em sede *recursal*, deixe-se claro, antes de mais nada, que a apreciação da competência do órgão *a quo* necessariamente pressupõe o conhecimento do recurso e fica desde logo preexcluída se faltar a este qualquer dos requisitos de admissibilidade. Dois outros fatores têm de levar-se em conta: o âmbito do recurso e o caráter absoluto ou relativo da incompetência atribuída ao órgão *a quo*. É manifesto, por exemplo, que, no julgamento de embargos de declaração — cujos fins se restringem aos discriminados na lei — só há cogitar da matéria se porventura o órgão deveria ter-se pronunciado (*ex officio* ou não) sobre ela na decisão embargada, e o embargante persegue justamente o suprimento da omissão. Por outro lado, relativa que seja a alegada incompetência do órgão *a quo*, constituindo a exceção o meio próprio para argui-la (Código de Processo Civil, art. 112), apenas se concebe que o órgão *ad quem* venha a ocupar-se do tema no julgamento de recurso que alguém interponha contra a decisão proferida na exceção. Nenhum recurso diverso ensejará a apreciação da incompetência relativa do órgão *a quo* pelo órgão *ad quem*, seja de ofício, seja a requerimento de outro sujeito do processo. Já a incompetência absoluta do órgão *a quo* pode e deve ser declarada pelo órgão *ad quem*, independentemente de provocação, nos limites em que conheça do recurso.

Também essas observações aplicam-se, com as alterações cabíveis, ao reexame necessário em segundo grau. Assim, por exemplo, o órgão superior só examinará a competência do inferior na medida em que se haja operado a devolução *ex vi legis*.

Em se tratando de ação impugnativa autônoma (v.g., rescisória), a possível incompetência do outro órgão — ou do mesmo, quando lhe incumba o julgamento (cf. *supra*, n.º 5 e, aí, nota 5) — só comporta exame enquanto constitua causa de pedir, conforme ocorrerá se o pedido de rescisão se fundar na hipótese do art. 485, n.º II, *fine*, do estatuto processual. Fora daí, a matéria escapa ao controle do órgão julgador. Se o autor não invocou esse fundamento, jamais será dado ao órgão julgador, por mais patente que se lhe afigure o defeito, basear na incompetência sua decisão: estaria infringindo abertamente o dever, que lhe impõe o art. 128, de respeitar os limites em que a lide foi deduzida⁸.

8. Vide BARBOSA MOREIRA, ob. e v. cit. em a nota 6, p. 154, e o Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 3-5-1984, na Ação Rescisória n.º 1.037, in *Diário da Justiça* de 22-8-1986, p. 14.519.

Escusado acrescentar que, aqui como alhures, a apreciação do mérito (em que se situa, no caso, a questão da competência) fica subordinada à concorrência dos pressupostos processuais e das “condições da ação” — na rescisória, especificamente, dos requisitos de admissibilidade. Antes parece conveniente sublinhar que a matéria de mérito pode abranger outras questões, de modo que, se o órgão julgador negar o vício da incompetência, nem por isso rejeitará logo o pedido, encerrando sua atividade cognitiva, mas nela prosseguirá, para examinar os outros eventuais fundamentos alegados pelo autor.

Para o conflito de competência (ou de “jurisdição”) valem, *mutatis mutandis*, as considerações acima. O órgão julgador somente se pronunciará sobre a competência na medida em que se houver suscitado o conflito: essa é a medida de sua cognição, no mérito. A sua própria competência para decidir o conflito é que será examinada em caráter preliminar, com os corolários de praxe.

7. Prevalece, obviamente, a exigência da fundamentação expressa, para as hipóteses em que o órgão judicial enfrenta a questão da competência como questão de mérito — quer se cogite do mérito de algum recurso, quer do mérito da causa, quer do mérito do conflito. Nada importa que se resolva a questão num sentido ou noutro: a decisão tem de ser sempre fundamentada. Se, todavia, no julgamento de recurso (ou em reexame necessário), ninguém suscita dúvida sobre a competência do órgão *a quo*, não chegou a haver *questão*, e seria fora de propósito querer que o órgão *ad quem* explicitasse na motivação do acórdão as razões pelas quais entendeu inexistir vício de incompetência na decisão recorrida ou sujeita *ex vi legis* à revisão.

Como é natural, variam os efeitos de acordo com o caso. Tratando-se de recurso, de reexame necessário ou de ação autônoma de impugnação, se o tribunal reconhecer o vício, anulará ou rescindirá a decisão, ordenando que outra seja proferida pelo órgão competente⁹. Se não o reconhecer, passará ao exame da restante matéria submetida à sua cognição; não havendo outra, negará provimento ao recurso, ou confirmará a sentença, ou julgará improcedente o pedido na ação impugnativa autônoma.

Esgotados os recursos porventura cabíveis, ocorrerá mera preclusão, quando a questão da competência houver sido apreciada à maneira de

9. Essa é uma das hipóteses em que, por exceção, ao julgamento de procedência no *iudicium rescindens* não se segue, ato contínuo, o *iudicium rescissorium*: vide ainda BARBOSA MOREIRA, ob. e v. cit. em a nota 6, p. 205.

simples questão incidente; ou poderá formar-se coisa julgada, se a decisão sobre a matéria encerrar o processo. Ter-se-á coisa julgada formal, caso não examinado o mérito da causa (ainda que apreciado o *do recurso!*): por exemplo, se o tribunal se houver cingido a anular a sentença por entender incompetente a *Justiça brasileira*. Ter-se-á coisa julgada material, se a questão da competência formar o próprio *meritum causae*: v.g., na ação rescisória fundada no art. 485, n.º II, *fine*, do Código de Processo Civil. Nesse caso, fica excluída nova apreciação da questão inclusive em *outro* processo, sobre a mesma lide ou sobre lide subordinada.

No conflito de competência (ou de "jurisdição"), o tribunal decidirá a qual dos órgãos pertence a competência, podendo ter eventualmente de pronunciar-se sobre a validade do(s) ato(s) praticado(s) pelo reconhecido como incompetente (art. 122, *caput, fine*). Os autos do processo em que se manifestou o conflito serão remetidos ao órgão declarado competente (art. 122, parágrafo único)¹⁰. A decisão só tem eficácia intraprocessual: se o feito vier a extinguir-se sem julgamento do mérito, e a ação for proposta de novo, nenhum óbice existirá a que se volte a apreciar livremente a questão¹¹.

Março de 1988.

10. Para a interpretação do dispositivo, que não é muito claro, consulte-se CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1986, p. 507-8.

11. Substancialmente correto, embora menos preciso na terminologia, o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo de 11-6-1974, no Conflito de Jurisdição n.º 233.222, in ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, v. II, Rio de Janeiro, 1982, n.º 3.289, p. 160. Diferente, no particular, o direito italiano, quanto às decisões da *Corte di Cassazione* no *regolamento di competenza*: vide o art. 310, 2.ª alínea, do *Codice di procedura civile* (e, na doutrina, sobre os importantes problemas correlatos, BONGIORNO, *Il regolamento di competenza*, Milão, 1970, p. 277 e s.).

SANEAMENTO DO PROCESSO E AUDIÊNCIA PRELIMINAR *

PARTE I

APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

1. O procedimento-padrão e sua complexidade.
2. Considerações de política legislativa sugeridas pelo problema.
3. Delimitação do campo deste trabalho.

1. O procedimento-padrão e sua complexidade

A atividade cumprida no processo de conhecimento encontra sua consumação normal na emissão de uma sentença de mérito, em que o órgão jurisdicional formula a norma jurídica concreta tendente a disciplinar a situação litigiosa submetida à sua apreciação. Função essencial do juiz, nesse processo, é a de julgar o litígio, e todos os atos que aí se praticam têm, em última análise, papel *instrumental* com relação a tal julgamento.

A lei costuma traçar itinerários diversos para a persecução de semelhante meta. Na generalidade das legislações processuais existe um procedimento-padrão, que se adotará sempre que nenhuma disposição legal indique outro, e uma série, mais ou menos numerosa, de procedimentos especiais, instituídos segundo critérios variáveis e desenhados em linhas que passam a maior ou a menor distância do modelo básico.

Sempre em termos genéricos, pode-se acrescentar que o perfil do procedimento-padrão tende a caracterizar-se por certa complexidade, que

* Relatório para as IX Jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizadas em Madri, em junho de 1985. Publicado na *Revista de Processo*, v. 40, e (em tradução castelhana de VICTOR FAIRÉN GULLÉN) na *Revista de Derecho Procesal*, v. I e II de 1986.

o torna longo e difícil de realizar em breve tempo e sem considerável dispêndio de energias e de recursos financeiros. Mostra-se compreensível o fenômeno, ao menos na medida em que se queira assegurar aos litigantes determinado rol de garantias sugeridas pela preocupação de criar condições para que o processo, quanto possível, conduza a resultado justo. É indispensável que cada uma das partes tenha ampla oportunidade de expor suas pretensões e os argumentos que, a seu ver, as sustentam, assim como de discutir as pretensões e os argumentos do adversário; é também indispensável, as mais das vezes, que se proceda à colheita de provas, a cuja luz possa o juiz formar convicção sólida acerca da veracidade das alegações, em regra contrapostas, dos litigantes. É grande o número de incidentes que podem concorrer para complicar e retardar a marcha do processo: v.g., a intervenção de terceiro, a dificuldade de localizar pessoa cujo comparecimento seja imprescindível, a necessidade de resolver dúvida suscitada sobre a competência do órgão judicial, a eventual irregularidade na prática de algum ato, que precise por isso ser repetido, e assim por diante. Ainda onde o processo não sofra a disfunção crônica que o onera em tantos países — e não só no mundo ibero-americano —, parece temerário imaginar que se consiga um dia reduzir de maneira drástica a duração e o custo do procedimento-padrão, em sua versão completa, com todas as garantias que hoje se prezam, e com o relativo formalismo que delas constitui, pelo menos em parte, ineliminável consectário.

2. Considerações de política legislativa sugeridas pelo problema

A consciência de tal realidade sugere uma reflexão. Se o procedimento-padrão, em certa medida, é inevitavelmente complexo, demorado e dispendioso, nem sempre valerá a pena compelir os pleitos que devem observá-lo a percorrer por inteiro o itinerário característico. A tramitação completa segundo o esquema legal só se justifica quando seja *útil e necessária*: útil, por não se afigurar provável que algo venha a impedir o julgamento do mérito; necessária, por não se poder dispor, sem a complementação do trajeto, da totalidade dos elementos de que precisa o juiz para proferir semelhante decisão.

São hipóteses típicas de inutilidade do prosseguimento do processo as de falta insuprível de pressuposto de validade deste, ou de condição legal de admissibilidade da ação. Típicos de *desnecessidade* do prosseguimento são os casos em que, mesmo sem a colheita de *qualquer* prova (v.g., os fatos são incontroversos, e a decisão da causa depende exclusivamente da solução de puras *quaestiones iuris*), ou sem a colheita de *algumas* provas, que reclamariam diligências mais demoradas (v.g., exame pericial, depoimentos das partes ou de testemunhas), já se pode chegar a juízo seguro

acerca dos fatos relevantes. Também se mostra desnecessário o prosseguimento, quando se põe fim ao litígio por ato unilateral (renúncia à pretensão, reconhecimento do pedido) ou bilateral (transação) de autocomposição, praticado espontaneamente ou resultante de tentativa de conciliação feita pelo órgão judicial.

Configurada a inutilidade ou a desnecessidade do prosseguimento, o processo deve obviamente ter abreviado seu curso: na primeira hipótese, para extinguir-se sem apreciação do mérito; na segunda, para desde logo ser proferida a sentença definitiva. Por outro lado, sendo útil e necessário o prosseguimento, importa cuidar em que ele se dê sob as condições mais favoráveis ao êxito da atividade processual. Tanto quanto possível, deve prevenir-se o risco de que ela venha a frustrar-se em razão do acolhimento de preliminares, ou simplesmente complicar-se e prolongar-se além da justa medida por causa de incidentes. Parece preferível que, na derradeira etapa de sua atividade cognitiva, o juiz se encontre liberado de dificuldades desse gênero e apto a concentrar sua atenção, por inteiro, no exame da lide. É de desejar, ademais, que esta se ache claramente definida em seus contornos, sem que subsista dúvida alguma sobre o teor do(s) pedido(s) e da(s) causa(s) de pedir, vale dizer: sobre os lindes nos quais, normalmente, se terá de conter a decisão. Importa, enfim, que a instrução remanescente abranja todas as provas necessárias, e somente estas, em ordem a conseguir-se o máximo de proveito com o mínimo de esforço — o que postula, intuitivamente, a prévia determinação das diligências que, em princípio, se não de realizar, do objeto preciso de cada qual, e assim por diante.

3. Delimitação do campo deste trabalho

A problemática exposta nas páginas anteriores tem naturalmente acudido à imaginação dos legisladores processuais. É compreensível que, assim como variam as estruturas básicas do procedimento, variem também as soluções experimentadas. De resto, as influências são recíprocas, pois as preocupações acima indicadas soem desaguar na adoção de providências que imprimem nos esquemas procedimentais marcas às vezes profundas.

Seria vã a pretensão de intentar aqui o inventário exaustivo das fórmulas empregadas nos ordenamentos processuais de todos os tempos e lugares. Exequível que fosse, decerto acabaria semelhante pesquisa por produzir resultados pouco compensadores. Muitas experiências de que se tem notícia, por maior interesse que possam revestir para o historiador do direito, revelam-se de tal maneira ligadas a peculiaridades, não reproduzíveis alhures, da estrutura política, da organização judiciária, da própria

concepção vigente a respeito da função jurisdicional, que dificilmente se achariam boas razões para dedicar-lhes, *hic et nunc*, atenção maior do que a que merecem as peças, admiráveis embora, de um museu. Considerações análogas cabem, ao menos em parte, com referência a figuras e institutos nascidos e desenvolvidos em sistemas processuais muito diferentes dos nossos: as semelhanças que se possam detectar, quando não se resolvam em meros frutos de uma ilusão de óptica, terminam por mostrar-se, a mais cuidadosa análise, algo superficiais, mal ocultando a substancial diversidade da inspiração que palpita por sob revestimentos formais parecidos. Vamos cingir-nos, por isso, a examinar alguns modelos "domésticos", identificados na experiência jurídica de ordenamentos pertencentes à chamada "família romano-germânica", a que se filia a generalidade dos sistemas processuais ibero-americanos.

PARTE II

POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO

1. Dois modos de tratar o problema: o método "concentrado" e o método "difuso". 2. O método "difuso". 3. O método "concentrado": generalidades. 4. As técnicas do método "concentrado": escrita e oral.

1. Dois modos de tratar o problema: o método "concentrado" e o método "difuso"

Dentro do campo acima delimitado, entendemos cabível estabelecer de início distinção fundamental entre dois modos de tratar o problema: um modo "concentrado" e um modo "difuso". A diferença essencial entre um e outro reside no fato de que o tratamento "concentrado" destaca um momento (ou uma fase) do procedimento para a prática de atos relativos aos vários tópicos oportunamente mencionados (solução de preliminares, esclarecimento de pontos obscuros, determinação de provas a ser ainda produzidas etc.), às vezes com a eventualidade alternativa de julgar-se desde logo o *meritum causae*; enquanto o tratamento "difuso" se abstém de proceder a semelhante destaque, preferindo deixar que a atividade a que estamos aludindo se exerça de maneira descontínua, para não dizer "diluída", ao longo do *iter* processual, sem prejuízo, é claro, da fixação de oportunidades específicas para a apreciação de determinadas matérias.

A oposição entre os dois métodos não deve ser superestimada. Como bem se compreende, os critérios do legislador não costumam apresentar rigidez absoluta: assim, num ordenamento que opte pelo sistema "concentrado", não ficará de todo excluída, em geral, a possibilidade de que se pratiquem atos do gênero de que estamos cogitando, eventualmente, fora do momento (ou da fase) que em princípio se reserva para tal fim. Feita essa ressalva, parece-nos legítimo e útil insistir na distinção, relevante por mais de um aspecto.

2. O método "difuso"

O método a que chamamos "difuso" predomina na maioria dos ordenamentos processuais ibero-americanos. As leis sem dúvida regulam o cumprimento de certas atividades preparatórias, indicando o momento ou a fase do *iter* processual em que não de realizar-se. Técnica muito difundida nos países de linhagem hispânica é, por exemplo, a de agrupar algumas questões preliminares sob a denominação de "exceções" (às vezes qualificadas de "prévias"), que devem ser apreciadas, em regra, mediante decisão específica¹. As matérias examinadas com maior frequência por tal meio dizem respeito ao órgão judicial (falta de jurisdição ou de competência), às partes (falta de capacidade ou de representação), ao descumprimento de pré-requisitos ou a defeitos formais da demanda. Mas não é raro que também se possam suscitar pela mesma via alegações como a de coisa julgada, de transação, de compromisso, de prescrição e outras que, na hipótese de acolhimento, dão lugar à extinção do processo. O julgamento das exceções pode implicar a realização de audiência, notadamente quando o reclame a necessidade de colher prova: assim, *v.g.*, no sistema do código nacional argentino (art. 351).

Pode observar-se igualmente a existência de um ato específico em que o juiz determina as provas que se não de produzir. Sirvam de exemplo o art. 404 do código colombiano e o art. 381 do boliviano. Interessante registrar que, neste, há outro ato específico, anterior, em que o órgão judicial fixa os pontos de fato que constituirão objeto da prova (art. 371).

Quanto à conciliação das partes, as leis que atribuem ao juiz, em termos expressos, o poder ou o dever de tentar promovê-la não tratam, em geral, de designar para tal finalidade um ponto determinado do itinerário processual. O Código chileno, *v.g.*, autoriza a tentativa, de modo explícito, "en cualquier estado de la causa" (art. 262). Disposições semelhantes deparam-se no Código guatemalteco (art. 67, 1.ª alínea), no paraguaio (art. 65), no venezuelano (art. 198, 1.ª alínea) e noutros.

1. *V.g.*: Argentina: CPCCN, arts. 346 e s.; Bolívia: CPC arts. 336 e s.; Chile, CPC, arts. 303 e s.; Colômbia, CPC, arts. 97 e s.; Guatemala: CPCM, arts. 116, 120, 121; Paraguai: CPMCC, arts. 84 e s.; Peru: CPC, arts. 312 e s.; Uruguai: CPC, arts. 244 e s., 590 e s.; Venezuela: CPC, arts. 248 e s. (o projeto venezuelano de 1975, redigido por uma comissão de que fizeram parte ARÍSTIDES RENGEL ROMBERO, LEOPOLDO MÁRQUEZ AÑEZ, JOSÉ ANDRÉS FUENMAYOR e LUÍS MAURI C., constitui, nos arts. 346 e s., louvável tentativa de elevar o emprego desse método a mais alto nível sistemático). Também o direito brasileiro, sem prejuízo do que se vai expor oportunamente (*infra*, n.º 5), conhece a figura das "exceções", com suspensão do processo e julgamento em decisão específica: CPC, arts. 304 e s.

Em síntese, pode afirmar-se que é estranha à maior parte dos sistemas ibero-americanos a idéia de *concentrar* num momento ou numa fase do procedimento as providências relacionadas com os vários tópicos a que se fez alusão. Falta, em outras palavras, uma concepção *unitária* de semelhantes providências, que se reflita na consagração de mecanismo destinado a assegurar-lhes atuação *conjunta e articulada*.

3. O método "concentrado": generalidades

A existência de semelhante mecanismo caracteriza, ao contrário, outros ordenamentos. A certa altura do *iter* processual, obrigatoriamente se realiza, por assim dizer, um *balanço* do processo, no que tange à expectativa de sua consumação normal e eficaz. Esse balanço tem uma dimensão retrospectiva e outra prospectiva. Avalia-se, de um lado, a atividade até aí realizada, tal como o foi, para verificar se apresenta irregularidades e deficiências suscetíveis de comprometer o êxito do empreendimento. De tal avaliação pode resultar a identificação de falhas sanáveis, a cujo respeito, então, se tomarão as adequadas medidas corretivas, ou de defeitos insanáveis, com a conseqüência de trancar-se o curso do processo, reconhecido como incapaz de produzir bons frutos. De outro lado, uma vez admitida a aptidão do processo para chegar a resultado profícuo, cuida-se de assegurar-lhe as melhores condições de desenvolvimento, eliminando-se, na medida do possível, os fatores de perturbação. Consoante já se referiu, pode até acontecer que, estando presentes todos os elementos necessários, desde logo se encontre o juiz habilitado ao julgamento do mérito, com observância de formalidades suplementares ou independentemente delas.

4. As técnicas do método "concentrado": escrita e oral

Duas técnicas têm sido empregadas na aplicação do método "concentrado". Para atingir os fins a que se visa, pode a lei prever um ato (ou uma série de atos) praticado(s) por escrito; ou pode ordenar a realização de uma audiência especial. A primeira técnica acha expressão vigorosa — sem prejuízo do que se vai expor no item subsequente sobre a evolução do direito português — no modelo normativo luso-brasileiro, conhecido principalmente pelo *nomen iuris* "despacho saneador", com que a tradição já larga, e em certa medida indiferente a objeções de índole terminológica, designa uma das figuras de pronunciamentos judiciais passíveis de emissão nesse contexto. A outra, que tem na "*erste Tagsatzung*" do direito austríaco sua mais conhecida versão, acaba de ver-se assimilada pelo ordenamento espanhol. Tracemos em linhas esquemáticas o perfil de cada um desses institutos.

PARTE III

EXAME DE ALGUNS MODELOS CONCRETOS:

a) TÉCNICA ESCRITA

1. *Direito português.* 2. *Direito brasileiro.* 3. *Confronto entre os dois ordenamentos.* 4. *O projeto paraguaio.*

1. *Direito português*

Em Portugal, o Decreto n.º 3, de 29-5-1907, consagrou, no chamado "processo sumário", um ato judicial destinado essencialmente à apreciação de nulidades, após o encerramento da fase postulatória, e ao qual doutrina e jurisprudência atribuíram a denominação de "despacho regulador"². Aí está o germe de longa evolução, que se caracteriza, de um lado, pela progressiva dilatação do objeto do ato e, de outro lado, pela ampliação do respectivo âmbito de incidência, estendido que foi, nos anos subseqüentes, ao processo de despejo, e depois incorporado à reforma geral do processo civil, promovida por meio de sucessivos decretos, a partir do de n.º 12.353, de 22-9-1926³. Daí em diante é que se passou a usar a locução "despacho saneador"⁴.

Até certa época, a significação do ato em geral se esgotava na alternativa de preparar o processo para o julgamento do mérito ou encerrá-lo

2. Assim rezava, na parte que interessa, o texto do art. 9.º do Decreto n.º 3: "Em seguida à última resposta das partes ou à última nomeação e impugnação dos peritos, e dentro de cinco dias, o juiz proferirá despacho para os fins seguintes: 1.º Conhecer de quaisquer nulidades insupríveis e das supríveis que as partes hajam devidamente argüido; mas neste caso só anulará o processado ou mandará suprir a irregularidade, quando a nulidade puder influir no exame da decisão da causa".

3. Esse diploma assim contemplava a matéria no art. 24: "Findos os articulados, o processo será concluso imediatamente ao juiz, que dentro de quinze dias proferirá despacho para os fins seguintes: 1.º Conhecer de quaisquer nulidades

sem este. Mais um passo à frente se deu com o Código de Processo Civil português de 1939, cujo art. 514, 3.º, tornou possível a apreciação do próprio pedido, na ocasião do despacho saneador, se não houvesse necessidade de outros elementos além dos já constantes dos autos⁵.

Essa mesma lei sancionou, por outro lado, importante inovação: em dois casos — no de haver sido deduzida alguma exceção, salvo a de nulidade do processo, e no de entender o juiz que o estado da causa o habilita a julgar o mérito —, passou o despacho saneador a ser precedido de uma "audiência preparatória", na qual, de início, toca ao órgão judicial tentar conciliar as partes, se disponível a relação jurídica litigiosa; frustrada a tentativa, ou não cabendo, abre-se aos litigantes a oportunidade de discutir as questões que se hão de resolver naquele pronunciamento⁶. De 1939

insupríveis e das supríveis que tenham sido argüidas; 2.º) Apreciar se as partes têm legitimidade para a causa e se estão devidamente representadas em juízo; 3.º) Resolver quaisquer questões que possam obstar à apreciação do mérito da causa, quer as partes as tenham levantado, quer entenda dever supri-las *ex officio*, de forma que não se inicie a produção das provas senão quando haja segurança de que se conhecerá do objeto da ação". Novo alargamento do objeto do ato resultou do Decreto n.º 18.552, de 3-7-1930, que permitiu ao juiz resolver, na mesma oportunidade, todas as outras questões para cuja decisão o processo lhe fornecesse os elementos necessários. Tal disposição passou ao art. 102 do Decreto n.º 21.287, de 26-5-1932.

4. Escrevia JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, 2.ª ed., Coimbra, 1929, p. 150, a propósito do Decreto n.º 12.353: "O despacho do art. 24.º não é um despacho meramente regulador do processo; melhor lhe cabe, a nosso ver, a designação de despacho saneador ou expurgador, visto destinar-se a limpar o processo das questões que podem obstar ao conhecimento do mérito da causa" (grifos do original). Prevaleceu, como é notório, a primeira das denominações sugeridas.

5. Eis o texto do art. 514.º: "Concluída a discussão, dentro de dez dias será proferido despacho para os fins seguintes: 1.º Conhecer, pela ordem designada no art. 293.º, das exceções que podem conduzir à absolvição da instância, assim como das nulidades, ainda que não tenham por efeito anular todo o processo; 2.º Decidir se procede alguma exceção peremptória; 3.º Conhecer do pedido, se a questão de mérito for unicamente de direito e puder ser decidida neste momento com perfeita segurança, ou se, sendo a questão de direito e de fato, ou só de fato, o processo contiver todos os elementos necessários para uma decisão conscienciosa". Alguns aspectos relacionados com o mérito, convém notar, já eram objeto de exame, desde o Decreto n.º 18.552, e mesmo antes, por construção jurisprudencial: vide JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, p. 180-2.

6. Arts. 512.º e 513.º. Segundo informa JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, v. III, Coimbra, 1950, p. 167, a instituição da audiência preparatória decorreu de proposta apresentada à Comissão Revisora do projeto por BARBOSA DE MAGALHÃES.

em diante, e até os nossos dias⁷, o ordenamento português adota na verdade uma técnica *mista*, em que se combinam o modelo da audiência e o do ato escrito, conferida à primeira a função de ensinar o debate da matéria a ser apreciada neste, e com isso, presumivelmente, proporcionar ao juiz melhores condições para decidir de modo correto.

2. Direito brasileiro

A influência das reformas portuguesas fez sentir-se no Brasil ainda sob o domínio da primeira Constituição republicana (de 1891), que estatua dupla competência para legislar sobre direito processual: da União, quanto à Justiça Federal; dos Estados-membros, quanto às suas próprias Justiças. Em 1928, com efeito, elaborou-se no Estado de Mato Grosso um projeto de Código, que contemplava um despacho saneador à feição do art. 24 do citado Decreto n.º 12.353, mas não chegou a converter-se em lei. Outra tentativa frustrada de introduzir o instituto no direito brasileiro, sob a designação de "despacho ordenador", ocorreu em 1934, com anteprojeto relativo à Justiça Federal⁸.

Veio ele a ser consagrado, afinal, embora sem denominação específica, no Decreto-lei n.º 960, de 17-12-1938, que regulou o processo de cobrança judicial dos créditos do Fisco, e passa por ser a primeira lei brasileira que se esforçou por aplicar os princípios — então apregoados pela doutrina — da oralidade, da concentração e outros correlatos. Aí se previa, inclusive, a possibilidade do julgamento imediato do mérito, se o réu houvesse permanecido revel ou (o que substancialmente dava na mesma) tivesse oferecido a defesa fora do prazo⁹. A disciplina da matéria mostrava-se avan-

7. No particular, a sistemática do Código de 1939 foi mantida, em substância, pela reforma de 1961: arts. 508.º (que, porém, tornou facultativa a audiência, a critério do juiz, na hipótese de ter sido argüida exceção, limitando-lhe a obrigatoriedade à de entender-se possível o imediato julgamento, total ou parcial, do mérito) e 509.º. As reformas subseqüentes não alteraram a disciplina da matéria.

8. O projeto mato-grossense era da autoria de FERREIRA DE VASCONCELOS; o anteprojeto de 1934, de PEREIRA BRAGA e PHILADELPHO AZEVEDO. Parecem arbitrárias as sugestões de fazer remontar a supostos antecedentes mais remotos a história do despacho saneador no Brasil.

9. Assim dispunha o art. 19, *caput*, do Decreto-lei n.º 960: "Com a defesa e a impugnação, se houver, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, o qual, ordenando o processo, e depois de verificar se as partes são legítimas e estão legalmente representadas, proferirá despacho, dentro de dez dias, para: I. Mandar suprir as irregularidades ou nulidades, dentre estas decretando as que forem insanáveis; II. Decidir qualquer matéria estranha ao mérito da causa, mas cujo conhecimento ponha

cada até em confronto com a da legislação portuguesa, que nesse momento ainda não acolhera a possibilidade do exame do pedido no despacho saneador. O Decreto-lei n.º 960 atribuía ao ato funções atinentes à regulação do processo, à instrução e, em certa medida, conforme se viu, função decisória.

Os trabalhos de reforma do processo civil, tendentes à decretação de um código unitário para todo o país, assinalaram curioso retrocesso no particular. Conquanto publicado após a entrada em vigor do Decreto-lei n.º 960, o anteprojeto do Código nacional comprimia o despacho saneador em molde bem mais acanhado, destinando-o somente a providências reguladoras do processo, bem como, se possível, à designação da audiência final e, sendo o caso, à nomeação de perito¹⁰. E o Código de Processo Civil de 1939, embora desse ao ato mais amplos contornos¹¹, tampouco chegou a consagrar em termos expressos a possibilidade do julgamento do

termo ao processo; III. Ordenar, de ofício ou a requerimento das partes, os exames, vistorias, diligências e outras provas indispensáveis à instrução da causa; IV. Conhecer do mérito da causa se o réu for revel ou a defesa tiver sido apresentada fora do prazo legal". E acrescentava o art. 20: "Ao proferir o despacho a que se refere o artigo anterior, o juiz poderá, cominando pena de desobediência: I. Ordenar o comparecimento pessoal do réu, testemunhas e peritos à audiência de instrução e julgamento; II. Ordenar a produção ou o exame de documentos que se achem em poder do réu ou de terceiros; III. Requisitar quaisquer esclarecimentos ou informações a repartições públicas ou a particulares".

10. Transcrevem-se aqui os arts. 364 e 365 do anteprojeto, cujo autor foi PEDRO BATISTA MARTINS: "Art. 364. Contestada a ação, ou impugnada a reconvenção ou a defesa, no caso previsto no artigo anterior, o escrivão, nas 24 horas seguintes, fará os autos conclusos, para que o juiz, no prazo de 5 dias, profira o despacho saneador, mandando, em prazo razoável, integrar a representação dos incapazes e corrigir a petição inicial, quando inepta, suprimindo todas as nulidades argüidas ou pronunciando as insanáveis. Art. 365. Saneado o processo, os autos voltarão conclusos ao juiz, que designará dia e hora para a audiência, na qual serão produzidas as provas, processados os debates orais e proferido o julgamento, de acordo com o disposto nos arts. 267 a 270, § 1.º. A designação de que trata este artigo será feita no próprio despacho saneador, quando o processo estiver em termos. § 2.º. No caso do § 1.º, o juiz, no próprio despacho saneador, nomeará perito, se as controvérsias tiverem versado sobre questões que dependam de conhecimentos técnicos especializados".

11. Tratavam da matéria os arts. 293 a 296, que, na redação definitiva (com as alterações dos Decs.-leis n.ºs 4.565, de 11-8-1942, e 8.570, de 8-1-1946, no art. 294), assim estatuíam: "Art. 293. Decorrido o prazo para contestação, ou reconvenção, se houver, serão os autos conclusos, para que o juiz profira o despacho saneador dentro de dez dias. Art. 294. No despacho saneador, o juiz: I. decidirá sobre a legitimidade das partes e de sua representação, ordenando, quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público; II. mandará

pedido por ocasião do despacho saneador, ainda que parte da doutrina, a despeito do silêncio do texto, a sustentasse, com argumentos sobretudo de ordem prática¹². Ficou assim de novo a legislação brasileira em atraso com relação à portuguesa, que no mesmo ano, conforme se registrou, completava o seu ciclo evolutivo naquele sentido.

A situação modificou-se com o advento do novo Código de Processo Civil, de 1973, que deu à matéria tratamento diverso. No procedimento ordinário, a regulação do processo passou a fazer-se, após o encerramento da fase postulatória, por meio das chamadas "providências preliminares", das quais os tipos mais freqüentes consistem na abertura de oportunidade para que fale o autor (para especificar as provas que pretende produzir na audiência: art. 324; para requerer incidentemente a declaração de relação jurídica prejudicial: art. 325; para dizer sobre a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo: art. 326; ou para rebater preliminar argüida na contestação: art. 327, *principio*) e na determinação a qualquer das partes de suprir irregularidades ou nulidades sanáveis (art. 327, *fine*). Cumpridas (ou desnecessárias) que sejam tais providências, profere o juiz "julgamento conforme o estado do processo", denominação genérica que cobre três possíveis modalidades: a) a extinção do feito *sem* julgamento do

ouvir o autor, dentro em três dias, permitindo-lhe que junte prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido; III. examinará se concorre o requisito do legítimo interesse econômico ou moral; IV. pronunciará as nulidades insanáveis, ou mandará suprir as sanáveis, bem como as irregularidades; V. determinará, *ex officio* ou a requerimento das partes, exames, vistorias e outras quaisquer diligências, na forma do art. 295, ordenando que os interessados se louvem dentro de 24 horas em peritos, caso já não hajam feito, indicando o terceiro desempatador, como prescreve o art. 129. Parágrafo único. As providências referidas nos n.ºs I e II serão determinadas nos três primeiros dias do prazo a que se refere o artigo anterior. Art. 295. Para o suprimento de nulidades ou irregularidades e a realização de diligências, o juiz marcará prazos não superiores a quinze ou trinta dias, conforme a realização do ato seja dentro ou fora da jurisdição. Findos os prazos, serão os autos conclusos para que o juiz, dentro de 48 horas, proceda na forma dos n.ºs I e II do artigo seguinte. Art. 296. Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz, no próprio despacho saneador: I. designará audiência de instrução e julgamento para um dos quinze dias seguintes; II. ordenará, quando necessário, o comparecimento à audiência, das partes, testemunhas e perito". Para o estudo do ato no sistema do Código de 1939 é fundamental a monografia de GALENO LACERDA, *Despacho saneador*, Porto Alegre, 1953.

12. Vide, em CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Despacho saneador e julgamento do mérito*, Belo Horizonte, 1969, ampla resenha das manifestações favoráveis e desfavoráveis. Como assinalava o autor, integrado na primeira corrente, predominou a segunda, inclusive na jurisprudência.

mérito, se ocorrer alguma das hipóteses do art. 267 (v.g., se se verificar a ausência de qualquer dos "pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo" ou de qualquer das "condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual"); b) a extinção do feito *com* julgamento do mérito, nos casos do art. 269, ns. II a V (os quais, a rigor, são de autocomposição da lide, por ato unilateral ou bilateral das partes, salvo o do n.º IV, que concerne ao reconhecimento da decadência ou de prescrição), e bem assim quando, por não haver (ou já não haver) dúvida sobre questão de fato, que exija a produção de prova em audiência, possa o órgão judicial, desde logo, apreciar o pedido — o que, em regra, acontece na hipótese de revelia, visto o seu efeito característico de fazer reputar verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (art. 319); c) a declaração de estar saneado o processo, por ato em que o juiz decide sobre a realização de exame pericial, designa a audiência de instrução e julgamento e determina as provas que nela se produzirão¹³. No último caso é que se continua a falar de "despacho saneador".

3. Confronto entre os dois ordenamentos

Rápido confronto entre a legislação portuguesa e a brasileira, no estado atual, põe de manifesto semelhanças e diferenças. Entre estas, avultam as seguintes: quanto à forma, em Portugal, o ato escrito *pode* (e, sob certas circunstâncias, *deve*) ser precedido de uma audiência, ao passo que no Brasil tudo se faz por escrito, inclusive as providências preparatórias (ou, como diz o texto, "preliminares"), quando cabíveis; no tocante ao objeto, o despacho saneador português, na hipótese de prosseguir o feito, incluirá

13. Reza o art. 329, sob a rubrica "Da extinção do processo": "Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, ns. II a V, o juiz declarará extinto o processo". O art. 330, sob a rubrica "Do julgamento antecipado da lide", dispõe: "O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I — quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II — quando ocorrer a revelia (art. 319)". Finalmente, sob a rubrica "Do saneamento do processo", diz o art. 331: "Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I — decidirá sobre a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos; II — designará a audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela hão de produzir-se". Sobre o assunto, além dos comentários ao Código e das obras de exposição sistemática, vide a monografia de ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Do julgamento conforme o estado do processo*, 2.ª ed., São Paulo, 1982.

a especificação, pelo juiz, dos fatos já assentes e a quesitação dos controvertidos, que devam constituir objeto de prova (art. 511.º, n.º 1), providência estranha ao ordenamento brasileiro, no qual, em compensação, já no despacho saneador, em princípio, se determinam as provas a ser produzidas e se designa a audiência de instrução e julgamento (art. 331). A leitura dos textos faz supor outra disparidade referente ao objeto, na medida em que o Código português alude ao conhecimento de "exceções" (art. 514.º, n.º 1, letras *a* e *b*), que no processo brasileiro não são julgadas nessa oportunidade; mas a desarmonia é só aparente, porque as alegações suscetíveis em Portugal pela via da exceção (arts. 494.º e 496.º) se incluem entre as matérias sujeitas no Brasil à apreciação no "julgamento conforme o estado do processo", com ressalva da incompetência relativa, que em *ambos* os países é examinada noutro ensejo; ao passo que as restantes "exceções" do direito brasileiro (impedimento e suspeição) não são contempladas como tais no Código português, nem decididas, em qualquer dos dois sistemas, na ocasião de que se está tratando.

As semelhanças são mais significativas, mormente do ponto de vista funcional. Tanto em Portugal como no Brasil, com efeito, a lei atribui ao ato, com toda a clareza, funções de regulação do processo e de preparação do julgamento final, em alternativa com a eventual função decisória atinente ao mérito, sob pressupostos substancialmente iguais. Ressalve-se o caso da revelia, que no direito português se submete a outro regime (arts. 483.º e 484.º) e com a qual não se relaciona nele o despacho saneador.

4. O projeto paraguaio

Na "Exposição de Motivos" do projeto paraguaio de *Código Procesal Civil*, elaborado pela *Comisión Nacional de Codificación* e apresentado em 1973, encontra-se referência, na parte em que se apontam as inovações consagradas nos diversos livros, ao "despacho saneador" do direito português e brasileiro, "de tão fecundos resultados", que se estaria introduzindo, embora sob diversa forma, por meio da disposição do art. 16, n.º 6.º, letra *b*¹⁴. Em verdade, a inovação a que se alude tinha alcance bem mais modesto. O art. 16 do projeto enumera os deveres dos juizes, e o 6.º inciso cuida dos relativos à direção do processo; entre estes, a letra *b* incluía a de "señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones

14. *Proyecto de Código Procesal Civil y Exposición de Motivos*, Asunción, 1973, p. 68.

de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades". Tratava-se, como é fácil perceber, de atribuir ao órgão judicial um poder-dever *genérico* de saneamento, a ser exercitado ao longo do processo. Não se caracterizaria um ato específico, a ser praticado em determinado ponto do *iter* processual, conforme acontece com o modelo invocado. Também o objeto se mostrava mais limitado, relacionando-se unicamente com a regulação formal do processo. De resto, o texto projetado reproduzia *ipsis litteris* o art. 34, n.º 5.º, letra *b*, do Código nacional argentino de 1967, o que torna puramente ornamental a invocação dos antecedentes luso-brasileiros.

Um traço poderia aproximar os institutos: a iniciativa oficial na correção de irregularidades. A esse ponto, aliás, referia-se a "Exposição de Motivos", frisando a vantagem de permitir-se que o juiz "*no se vea obligado a mantener una actitud pasiva cuando advierta defectos que desembocarán en nulidades — con pérdida de tiempo, energía y a alto costo las más de las veces —; lo que comunmente constituye el arma predilecta de los litigantes maliciosos*"¹⁵. Pois justamente tal característica é que dificultou a aceitação do alvitre. Uma das objeções feitas pelo Congresso ao projeto foi a de que conferia poderes excessivos aos juizes. A Comissão, que está encarregada de revê-lo, suprimiu o dispositivo¹⁶.

15. *Proyecto de Código Procesal Civil y Exposición de Motivos*, Asunción, 1973, p. 68.

16. Informação dada ao relator pelo Prof. HUGO ALLEN, de Asunción.

PARTE IV

EXAME DE ALGUNS MODELOS CONCRETOS:

b) TÉCNICA ORAL

1. *Direito austríaco.*
2. *Direito alemão.*
3. *Projetos latinos.*
4. *A reforma argentina.*
5. *A reforma espanhola.*

1. *Direito austríaco*

Remonta a época anterior à das reformas portuguesas o emprego da técnica consistente em reservar uma audiência especial à suscitação e exame de questões prévias e a outras providências correlatas. Aponta-se como antecedente conspícuo, na primeira metade do século XIX, o § 551 do *Regolamento Legislativo e Giudiziario per gli Affari Civili*, baixado para o Estado Pontifício em 10-11-1834, pelo Papa Gregório XVI. A versão mais significativa do instituto, porém, surgiu na Áustria, de início, ao que se diz¹⁷, como criação da praxe judiciária, sem base legal, e no fim da centúria mediante consagração expressa na *Zivilprozessordnung* de 1895, em vigor a partir de 1898.

A *erste Tagsatzung* ("primeira audiência") do direito austríaco está disciplinada essencialmente nos §§ 239 a 242 ZPO¹⁸ para o procedimento perante os *Gerichtshöfe* (*Landesgerichte* e *Kreisgerichte*); mas também importa o disposto nos §§ 440 e 441 com respeito ao procedimento per-

17. POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozessrechtes*, 2.^a ed., Viena, 1932, p. 705.

18. Eis os textos, na redação atual, inclusive com as modificações resultantes da Novela de 1983: "§ 239. (1) Die erste Tagsatzung findet vor dem Vorsitzenden des Senates oder vor einem von diesem beauftragten Mitglied des Senates statt. (2) Die erste Tagsatzung ist zur Vornahme eines Vergleichsversuchs, zur Anmeldung der Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit und der rechtskräftig entschiedenen Streitsache, sowie zur Entgegennahme der Erklärung des benannten Auktors bestimmt. Bei der ersten Tagsatzung ist ferner der Antrag auf Sicherheitslastung für die Prozesskosten zu stellen; auch

te os *Bezirksgerichte*, no qual, em regra, a primeira audiência já pode destinar-se à discussão do mérito. Com essa ressalva, a instituição da primeira audiência visa, antes de mais nada, a permitir que se divida desde logo a massa dos processos em duas classes: a dos que podem e a dos que não podem ser decididos sem o debate contraditório do *meritum causae*, de tal modo que o órgão judicial desde logo se desembarace daqueles, para concentrar nestes sua atenção. Note-se que a *erste Tagsatzung* se realiza antes da abertura de oportunidade ao réu para defender-se, isto é, num momento em que ainda não se sabe se haverá resistência de sua parte à pretensão do autor. A primeira audiência serve destarte, de modo precípua, à economia processual, com a função básica de descarregar os tribunais¹⁹. Natu-

kann bei der ersten Tagsatzung die Streitsache auf Grund eines Anerkenntnisses oder Verzichtes oder infolge Versäumnis durch Urteil erledigt oder vom Kläger der Antrag auf Bewilligung der Änderung der Klage angebracht werden. (3) Über den Antrag auf Sicherheitslastung für die Prozesskosten oder auf Gestattung der Klagsänderung, sowie über den bei der ersten Tagsatzung von einer Partei wegen der Prozessunfähigkeit eines der Streittheile oder wegen mangelnder Berechtigung der als Vertreter einschreitenden Person gestellten Antrag auf Zurückweisung der Klage ist sogleich bei der ersten Tagsatzung zu verhandeln und zu entscheiden. Auch von Amts wegen kann eine Erörterung über die letzteren Punkte oder über eine durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien nicht zu beseitigende Unzuständigkeit des Gerichtes bei der ersten Tagsatzung eingeleitet und auf Grund dessen ein Beschluss über die Einstellung des Verfahrens gefasst werden. (4) Alles andere Anbringen und jede andere Entscheidung ist, unbeschadet der Bestimmungen des § 261 Abs 6 von der ersten Tagsatzung ausgeschlossen. § 240. (1) Die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes muss bei der ersten Tagsatzung angemeldet werden. (2) Nach Abhaltung der ersten Tagsatzung kann die Unzuständigkeit des Gerichtes nur noch berücksichtigt werden, wenn das Gericht auch durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien nicht zuständig gemacht werden könnte (§ 104 Abs 1 und 2 JN) und die Unzuständigkeit noch nicht geheilt ist (§ 104 Abs 3 JN). (3) Die Unzulässigkeit des Rechtsweges, die Streitanhängigkeit und die Rechtskraft eines die Streitsache betreffenden Urteiles sind jederzeit von Amts wegen zu berücksichtigen. § 241. Wenn bei der ersten Tagsatzung infolge der vom benannten Auktor abgegebenen Erklärung eine Einigung der Beteiligten in Ansehung der Übernahme des Prozesses durch den Auktor zu stande kommt, so hat der Vorsitzende oder der mit der Abhaltung der ersten Tagsatzung beauftragte Richter auf entsprechenden Antrag gleich bei der Tagsatzung den Beklagten durch Beschluss von der Klage zu entbinden. § 242. (1) Erfolgt die Erstreckung der ersten Tagsatzung wegen eines Umstandes, der sich dem rechtzeitigen Erscheinen des Beklagten entgegenstellt oder diesen daran hindert, bei der Tagsatzung die Einreden anzumelden und die Anträge zu stellen, zu deren Anbringung die erste Tagsatzung bestimmt ist, so finden die Bestimmungen über die erste Tagsatzung auch auf die erstreckte Tagsatzung Anwendung. (2) Diese findet gleichfalls vor dem Vorsitzenden des Senates oder vor dem von diesem beauftragten Mitgliede des Senates statt".

19. A doutrina austríaca sublinha esse aspecto: KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess Österreichs*, Aalen, 1970 (reimpr. da ed. de Mannheim, 1927), p. 260-1; POLLAK,

ralmente, a par disso, cabem-lhe funções relevantes de saneamento do processo e, em certa medida, de preparação do debate sobre o mérito.

O conteúdo da *erste Tagsatzung* abrange, esquematicamente: a) da parte dos litigantes: suscitação, pelo réu, de preliminares, ditas "exceções processuais (*Prozesseinreden*)", de incompetência do juízo, inadmissibilidade da ação, falta de capacidade processual, defeito de representação, litispendência e coisa julgada; requerimentos do autor (de consentimento na mudança do pedido, de remessa do processo a outro órgão), do réu (de caução às custas, de desligamento do processo em virtude de nomeação à autoria) ou de qualquer dos dois (de recusa do juiz por impedimento ou suspeição); atos de disposição, unilaterais (desistência, renúncia, reconhecimento do pedido) ou bilaterais (transação); b) da parte do juiz: tentativa de conciliação; decisão sobre os requerimentos de mudança do pedido, de remessa do processo a outro órgão, de caução às custas, de desligamento do processo no caso de nomeação à autoria, e bem assim sobre preliminares, *ex officio* ou na apreciação de "exceções processuais", conforme o caso; prolação de sentença, nas hipóteses de reconhecimento do pedido, renúncia e revelia; eventual fixação de prazo para a resposta do réu²⁰.

Nessa sistemática introduziu relevante modificação a reforma de 1983. Acrescentou-se ao § 243 ZPO uma 4.ª alínea, de acordo com a qual, se o teor da petição inicial e dos documentos a ela juntos faz presumir que o réu discutirá o mérito, pode o órgão judicial limitar-se a ordenar que se apresente contestação escrita, sem designar a *erste Tagsatzung*. Em tal caso, as exceções e requerimentos que nesta se deveriam formular terão de ser incluídos na contestação. Os outros atos processuais que se praticariam na *erste Tagsatzung* ficarão diferidos para o início da audiência que se vier a marcar para o debate oral.

A mudança de disciplina naturalmente reflete certa insatisfação com o estado de coisas até então existente. Nem sempre se afigurava compensadora a realização da *erste Tagsatzung*: era grande o risco da ausência das partes e, quando elas compareciam, a atividade na audiência reduzia-se, as mais das vezes, à fixação do prazo para contestar. Essas e outras cir-

ob. cit., p. 705-6; WOLFF, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2.ª ed., Viena, 1947, p. 285; HOLZHAMMER, *Österreichisches Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., Viena-Nova Iorque, 1976, p. 199-200.

20. Nosso resumo baseia-se nos esquemas elaborados por FASCHING, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, v. III, Viena, 1966, p. 157, e por HOLZHAMMER, ob. cit., p. 200-1, os quais apresentam ligeiras divergências em pontos secundários.

constâncias fizeram aparecer como supérflua, não raro, a *erste Tagsatzung*, e como preferível, sob determinadas condições, o emprego do procedimento escrito na preparação da audiência de discussão da causa²¹.

Sublinhe-se que a reforma só tornou facultativa a *erste Tagsatzung*; não a suprimiu. Fica à discrição do órgão judicial marcá-la ou não. A lei, porém, traça-lhe um critério: ele se baseará no que conste da petição inicial e dos documentos que a instruem. À vista desses elementos, há de fazer um juízo de probabilidade acerca da maneira como se comportará o réu. Entende-se que a *erste Tagsatzung* deve continuar a realizar-se sempre que seja de esperar a suscitação de questões tipicamente enquadráveis no respectivo programa; noutras palavras: sempre que, à luz dos dados fornecidos pelo próprio autor, haja ela de presumir-se útil.

2. Direito alemão

Algo de semelhante à primeira audiência do direito austríaco foi consagrado, em época recente, na Alemanha Federal. O procedimento regulado pela ZPO alemã previa, em princípio, o debate e o julgamento de toda a matéria litigiosa numa única audiência; na prática, entretanto, a atividade que a lei queria concentrada não raro se fragmentava numa série de audiências, com sucessivos adiamentos. Dentre as causas do fenômeno, considerou-se particularmente relevante a falta de uma preparação adequada da audiência, com o corolário de tornar impraticável, nesta, o alcançamento dos fins colimados²².

A reforma operada pela *Vereinfachungsnovelle*, de 1976, e parcialmente inspirada em experiências judiciais sem apoio textual expresso²³, procurou corrigir tal defeito sancionando um procedimento preparatório que, nos termos do § 272 ZPO, comporta duas modalidades, à escolha do órgão judicial: uma de forma escrita, outra consistente na realização de uma "pré-audiência" — ou, segundo a dicção legal, de uma "primeira

21. Vide, ao propósito, FASCHING, *Die Zivilverfahrensreform 1981*, in *Juristische Blätter*, v. 104, n.º 3-4, p. 126.

22. Vide, ao propósito, BAUR, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess*, Berlin, 1966, p. 10 e s.

23. Sobre o principal antecedente da reforma, popularizado sob a denominação de "modelo de Stuttgart", vide GRUNSKY, *Il cosiddetto "modello di Stoccarda" e l'accelerazione del processo civile tedesco*, in *Rev. di dir. proc.*, v. XXVI, 1971, p. 354 e s.; *L'acceleramento del processo civile tedesco*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, n.º 5, 1976, p. 204 e s.

audiência anterior" (*früher erster Termin*)²⁴, cujo principal traço distintivo, em confronto com a *erste Tagsatzung* austríaca, reside em que naquela não ficam o órgão judicial e as partes limitados, como (em regra) nesta, a questões estranhas à apreciação do pedido; ao contrário: estando a causa "madura" para a decisão de mérito — v.g., por haver controvérsia apenas sobre questões de direito —, o processo não deverá ultrapassar a primeira audiência. Outras possibilidades de encerramento do feito em semelhante ensejo decorrem da contumácia de qualquer das partes, da prática de ato unilateral ou bilateral de autocomposição (desistência, renúncia, reconhecimento do pedido, transação), da declaração de haver cessado o litígio (*Erladigung der Hauptsache*). Caso não se extinga o processo, deve o órgão judicial adotar todas as medidas preparatórias ainda necessárias para a audiência principal (*Haupttermin*), de sorte que nesta se possa chegar a resultado conclusivo²⁵.

3. Projetos latinos

Também no mundo jurídico latino vem achando eco a idéia de uma audiência a realizar-se na fase inicial do processo, para trancá-lo desde logo, sendo o caso, ou expungir-lo de defeitos suscetíveis de perturbar-lhe a mar-

24. Reza o § 275, que trata especificamente da matéria: "§ 275. (1) Zur Vorbereitung des frühen ersten Termins zur mündlichen Verhandlung kann der Vorsitzende oder ein von ihm bestimmtes Mitglied des Prozessgerichts dem Beklagten eine Frist zur schriftlichen Klageerwiderung setzen. Andernfalls ist der Beklagte aufzufordern, etwa vorzubringende Verteidigungsmittel unverzüglich durch den zu bestellenden Rechtsanwalt in einem Schriftsatz dem Gericht mitzuteilen. (2) Wird das Verfahren in dem frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung nicht abgeschlossen, so trifft das Gericht alle Anordnungen, die zur Vorbereitung des Haupttermins noch erforderlich sind. (3) Das Gericht setzt in dem Termin eine Frist zur schriftlichen Klageerwiderung wenn der Beklagte noch nicht oder nicht ausreichend auf die Klage erwidert hat und ihm noch keine Frist nach Absatz 1 Satz 1 gesetzt war. (4) Das Gericht kann dem Kläger in dem Termin oder nach Eingang der Klageerwiderung eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme auf die Klageerwiderung setzen". A significação integral da "pré-audiência", porém, só pode ser captada mediante a conjugação desse texto com vários outros, notadamente o § 137 (atinentes à exposição das pretensões das partes na audiência), o § 300, n.º 1 (referente à prolação de sentença final quando a causa está "madura" para tanto), os §§ 269, 306 e 307 (relativos à desistência, à renúncia e ao reconhecimento do pedido, respectivamente), os §§ 330 e 331 (concernentes à emissão da *Versäumnisurteil*, respectivamente contra o autor e contra o réu), e outros.

25. Especialmente claro o resumo do conteúdo da primeira audiência feito por JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 19.ª ed., Munique, 1981, p. 61.

cha. No Brasil, durante os trabalhos preparatórios do Código de 1973, proposta do autor do presente relatório, acolhida pela maioria da Comissão Revisora, instituiu no procedimento ordinário a "audiência preliminar", a ser convocada pelo juiz quando deferisse a petição inicial, com estas finalidades: tentativa de conciliação das partes, sendo disponível a relação jurídica litigiosa; suscitação, discussão e, se possível, decisão de preliminares (nulidade da citação, incompetência, impedimento ou suspeição, inépcia da inicial, litispendência, coisa julgada, conexão, incapacidade de parte, defeito de representação ou falta de autorização, compromisso arbitral, inexistência de interesse processual, ilegitimidade de parte, falta de caução ou de outra prestação exigida como preliminar, erro ou omissão na atribuição de valor à causa). Alternativamente, sugeriu-se a instituição de audiência preliminar mais singela, destinada apenas à tentativa de conciliação. O alvitre, contudo, não foi acolhido, sob qualquer das duas formas, na redação do projeto definitivo. Se o tivesse sido, mantendo-se o despacho saneador, em momento mais avançado do *iter* processual, adotaria o direito brasileiro, na matéria, uma técnica "mista" (em parte, oral, e, em parte, escrita), mas com características diversas das que reveste o ordenamento português.

Na Itália, a comissão incumbida de projetar a reforma do *Codice di procedura civile* incluiu igualmente, no trabalho apresentado em 1977, uma "*udienza preliminare*", a realizar-se depois da fase postulatória, com a função "de preparar a audiência principal de instrução e debate, limpando o terreno das eventuais questões preliminares ou de nulidade dos atos e admitindo os meios de prova propostos pelas partes ou determináveis de ofício", reservada ao juiz a possibilidade de, sendo desnecessária a produção de provas, convidar desde logo as partes à discussão da causa e proferir em seguida a sentença²⁶. Acrescente-se que o ato comportaria ainda, se o consentisse a natureza da lide, uma tentativa de conciliação (art. 173, última alínea).

A audiência preliminar figura também no projeto de Código-tipo elaborado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, como trâmite subsequente à contestação. Nela têm lugar as seguintes atividades: esclarecimento de pontos obscuros nos atos postulatórios; tentativa de concilia-

26. O passo entre aspas é a tradução de trecho do relatório da comissão, presidida por LIEBMAN. Vide o texto original in *Riv. di dir. proc.*, v. XXXII, 1977, p. 455 e s. O lanço traduzido está na p. 457; os dispositivos referentes à matéria (arts. 171 e s.), nas p. 464-6.

ção; determinação do objeto da prova e dos meios probatórios a serem utilizados; discussão e, se possível, julgamento imediato de "exceções prévias"; colheita da prova, quando viável, ou designação de audiência complementar para tal fim. Não havendo necessidade desta, seguir-se-á a decisão do órgão judicial, depois de ouvidas as partes²⁷.

Merece ainda referência o recente projeto de novo *Código de Procedimiento Civil* para o Uruguai, redigido em 1984 por uma comissão designada pelo Ministério da Justiça. Nele se prevê, igualmente, a realização de uma audiência após a fase postulatória, com a finalidade de tentar a conciliação total ou parcial dos litigantes, e com a eventualidade alternativa de julgar-se desde logo o mérito, ou, não sendo isso possível, dispor-se acerca da prova, ou até colhê-la na mesma ocasião²⁸.

27. Eis os textos: "Art. 296 (Audiencia preliminar) — 296.1. La audiencia preliminar abarcará las siguientes actividades: 1.º Aclarar los extremos de las pretensiones o defensas que resultaren oscuros a juicio del Tribunal o de alguna de las partes; 2.º Tentar la conciliación respecto a todos o alguno de los puntos controvertidos; 3.º Determinar el objeto de la prueba y los medios probatorios conducentes, dentro de los solicitados por las partes; 4.º Diligenciar la referida prueba, así como aquella que las partes hubieran propuesto en los casos previstos en los arts. 111-3, 114-2 y 121. — 296.2. Si se hubieren opuesto excepciones previas (dilatatorias o mixtas), se oír sobre ellas al actor y, seguidamente, si se trata de excepciones de litispendencia, defecto legal en el modo de preparar la demanda, falta de personería del representante u otras de puro derecho, el Tribunal, sin más prueba que la que surja de autos o de la que juzgue oportuno disponer para mejor proveer, dictará auto interlocutorio resolviéndolas. Si se trata de excepciones que requieran ser probadas y las pruebas solicitadas exigieran diligenciamiento, se seguirá el procedimiento incidental. Todas las cuestiones previas serán decididas en un sólo auto interlocutorio; pero si entre ellas se halla la de incompetencia y el Tribunal la declara fundada, las restantes se fallarán, por el Tribunal a quien corresponda conocer, luego de que quede ejecutoriado lo resuelto sobre la materia de la incompetencia. Si el auto ejecutoriado fuera apelado, el Superior se pronunciará sobre todas las cuestiones previas que se hubieren decidido. Si debiera pronunciarse sobre la incompetencia y la declarase fundada, se abstendrá de pronunciarse sobre las restantes y dispondrá la continuación del juicio por el Tribunal que declare competente. — 296.3. Resueltas, en definitiva, las cuestiones previas, o si éstas no se hubieren opuesto, se pasará a recibir la prueba o a disponer una audiencia complementaria, a esos efectos y si ello fuere necesario. — 296.4. Si todo el trámite se realizare en la audiencia, se oír a las partes brevemente en conclusión de la causa".

28. Por nímia gentileza do Prof. LUÍS TORELLO, que integra a comissão, tivemos conhecimento do texto do projeto, que conserva a sistemática do elaborado por COUTURE. Transcrevemos adiante os dispositivos mencionados, nas partes que interessam: "Art. 92.º — *Examen preliminar*. Recibido el escrito a que se refiere el art. 86, el juez examinará en forma preliminar las distintas cuestiones que en él se plantean y fijará la audiencia de los artículos 69 y 70. Si al término de ésta o del cumplimiento de las medidas que en ella se dictaren, subsisten cuestiones de hecho

4. A reforma argentina

Na Argentina, em 1981, a Lei n.º 22.434 modificou alguns dispositivos do *Código Procesal Civil y Comercial*. Uma dessas alterações consistiu na introdução do art. 125 bis, que trata das "audiencias de absolución de posiciones". A segunda alínea do novo artigo prevê o exercício, pelo juiz, nessa oportunidade, das atribuições que lhe conferem os arts. 34, 5.º, b, 36, 2.º, e 415, dos quais o primeiro se refere ao dever de assinalar defeitos ou omissões de petições, fixando prazo para que se sanem, e de ordenar *ex officio* diligências para evitar nulidades; os outros dois, à tentativa de conciliação (art. 36, 2.º, a) e a iniciativas em matéria de prova. Ademais, sempre de acordo com o art. 125 bis, poderá o órgão judicial convidar as

o de derecho, se procederá a su respecto como se sigue: 1. Si el demandado sólo opuso excepciones perentorias, y éstas son de puro derecho, el juez, sin más trámite, declarará conclusa la causa, citando para sentencia. 2. Si el juez se estima suficientemente instruído, podrá prescindir de la citación y dictar sentencia de inmediato en la propia audiencia, debiendo extender por escrito el fallo completo dentro de los diez días siguientes, so pena de nulidad absoluta y de la responsabilidad consiguiente. Dicho fallo será notificado a las partes en la forma legalmente prevista, contándose los plazos para deducir los recursos que correspondan, desde el día siguiente a esa notificación. 3. Si subsistiere controversia sobre los hechos, el juez, también sin más trámite, decretará la apertura de la causa a prueba y dispondrá el modo y oportunidad del diligenciamiento de las mismas, aplicando los principios de inmediación y concentración; cuando fuera posible, recibirá la prueba que exista, en dicha audiencia o en otra inmediata que disponga. 4. Si no se hubieran resuelto las excepciones previas, se procederá en la forma establecida en los artículos siguientes. Si una de las partes no concurre sin justificarlo debidamente, el juez podrá tener por ciertas las afirmaciones de hecho de la parte contraria. Si fuera el actor el que no concurriera, se le tendrá por desistido de la instancia si así lo pidiere el demandado. Esta norma es aplicable a toda ulterior convocatoria a conciliación. Art. 69.º — *Conciliación por el Juez de la causa*. El juez de la causa podrá, siempre que lo juzgue conveniente y cualquiera sea el estado de los procedimientos, llamar a las partes a su despacho para procurar fórmulas de conciliación. Estas pueden consistir, entre otras: 1. En rectificar errores materiales en que se hubiere incurrido. 2. En la posibilidad de aumentar el número de hechos admitidos y en fijar el objeto de la prueba. 3. En simplificar las cuestiones litigiosas. 4. En la limitación del número de testigos o peritos. 5. En cualquiera otra solución parcial que facilite la más pronta solución del juicio, a cuyos efectos podrá ordenar la presentación o producción de toda prueba que estime conveniente (...). Art. 70.º — *Audiencia de conciliación*. Si ambos interesados concurren a la audiencia señalada el juez procederá a escuchar las razones que expongan. De inmediato propondrá la fórmula o las fórmulas de conciliación que indique su prudente arbitrio; podrá disponer, si lo estima oportuno, la suspensión de la audiencia por un plazo no mayor de una semana. Si la fórmula de conciliación fuere aceptada, se dará por terminada la audiencia y se labrará acta. Si la proposición no fuere aceptada, el acta deberá consignar igualmente las fórmulas propuestas y cual de las partes no prestó su conformidad, respectivamente. (...)"

partes, se couber, a reajustar suas pretensões, e bem assim a desistir da prova que resultar desnecessária por inexistência de controvérsia sobre o ponto²⁹.

A inovação lembra, por certas características, o perfil de uma audiência de função saneadora e preparatória da discussão do mérito. Outros aspectos, no entanto, afastam-na dos modelos conhecidos: o ato já se insere na fase da produção da prova e, além disso, vinculado que está a uma espécie de prova (depoimento pessoal das partes), nem sequer tem lugar quando dela não se cogite; pior ainda, desfigura-o a possibilidade de que ele se realize sem a presença do juiz. Critica-se a reforma, em doutrina, como menos adequada do que tentativas anteriores de regular a matéria no direito argentino, v.g., a da Lei n.º 7.861, de 1972, que introduziu o procedimento oral no Código da Província de Buenos Aires, e ainda antes (embora frustrada na prática) a da Lei n.º 14.237, que reformou o ordenamento processual civil da Capital Federal³⁰.

5. A reforma espanhola

Em data mais recente, autêntica audiência preliminar, conquanto sem denominação especial, foi consagrada no direito espanhol, pela Lei n.º 34, de 6-8-1984, que, entre outras matérias, reformulou o "*juicio de menor cuantía*", convertido em procedimento prototípico, graças à elevação dos limites de valor entre os quais se torna cabível o respectivo emprego. Na verdade, o art. 691 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* já previa, após a fase postulatória, se não houvesse controvérsia sobre os fatos, o comparecimento

29. Reza o dispositivo: "Art. 125 bis — Audiencias de absolución de posiciones. Atribuciones del juez — Las audiencias de posiciones serán tomadas personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad. En dicho acto, además de ejercer los deberes y las facultades que le otorgan los artículos 34 inciso 5.º b), 36 inciso 2.º a) y 415, podrá invitar las partes a reajustar sus pretensiones, si correspondiere; si hubiere acuerdo sobre este punto o sobre determinados hechos les requerirá que desistan de la prueba que resultare innecesaria, sin perjuicio de la atribución conferida al juez por el art. 364. Cuando circunstancias derivadas del cúmulo de tareas lo hicieren necesario, a pedido del juez, la cámara respectiva podrá eximirlo de la exigencia prescripta en el primer párrafo de este artículo. En cada caso se dejará constancia, en el acta de audiencia, de la resolución del Tribunal de Alzada que lo autorice".

30. Vide, ao propósito, MORELLO-SOSA-BERIZONCE, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, 2.ª ed., t. I, La Plata, 1982, p. 590 e s., 599 e s., 613 e s.; PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, t. I, 2.ª ed., 2.ª reimpr., Buenos Aires, 1983, p. 290-1.

das partes, por ordem do juiz, que as ouviria, bem como a seus procuradores, antes de proferir a sentença. A nova redação do capítulo, entretanto, dá outra dimensão a esse ato.

Conforme se lê na "Exposição de Motivos", o primeiro objetivo a que se visa é o de promover o acordo dos litigantes; não sendo isso possível, busca-se corrigir eventuais defeitos nos escritos das partes ou nos pressupostos do processo, delimitar as questões de fato em que haja conformidade ou discrepância e definir com clareza, para fins de prova, as posições em conflito³¹. A leitura dos textos mostra que a audiência tem objeto amplo, em que se incluem: o exame de questões como a da possível inadequação do "*juicio de menor cuantía*" e as relativas à irregularidade de atos ou à falta de pressupostos ou requisitos do processo (com a eventualidade de extinguir-se este em virtude de defeito insanável); o convite às partes para que esclareçam e precisem os termos do contraditório; a solicitação dos litigantes no sentido de produzir-se prova e o pronunciamento do órgão judicial a esse respeito. A audiência pode conduzir à prolação de sentença de mérito nos cinco dias subseqüentes, se a controvérsia se reduzir à questão de direito ou nenhuma das partes requerer a produção de prova; pode também, por outro lado, acarretar de imediato a extinção do feito sem apreciação do mérito, caso nenhum dos litigantes compareça³².

31. BOE n.º 188, de 7-8-1981, p. 22.917.

32. Eis os dispositivos pertinentes: "Art. 691. Si estuviese algún demandado personado en el procedimiento, una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción, o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez, dentro del tercer día, convocará a una comparecencia que habrá de tener lugar antes de transcurrir seis días. A la comparecencia serán citados los propios litigantes que habrán de estar presentes por sí mismos o representados por su Procurador para que la comparecencia se tenga por celebrada. La incomparecencia de los Abogados no determinará la suspensión del acto. Si no concurriere a la comparecencia ninguna de las partes, se levantará acta haciéndolo constar, y el Juez, sin más trámite, dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo de los autos. Si no concurrieren todas las partes, se oír a la que asista y continuará la tramitación del juicio. Art. 692. Comparecidas todas las partes, el Juez declarará abierto el acto y, en primer término, exhortará las partes para que lleguen a un acuerdo. En caso afirmativo el acuerdo se hará constar en el acta, que firmará el Juez, los intervinientes y el Secretario. Lo acordado por las partes en el acto de la comparecencia, que habrá de ajustarse a las normas generales para la validez de los contratos, así como a las reguladoras de la renuncia y la transacción, si las hubiere, se llevará a efecto por los trámites para la ejecución de las sentencias. Art. 693. De no lograrse el acuerdo a que se refiere el artículo anterior, la comparecencia proseguirá con el objeto establecido en las siguientes reglas: 1.ª Oír a las partes sobre la clase de juicio si hubiere sido suscitada, en la contestación a la demanda, la inadecuación del juicio de menor cuantía. Si no fuera posible el acuerdo sobre este extremo y la diferencia con-

PARTE V

APRECIACÃO CRÍTICA

1. Tendência moderna ao predomínio do método "concentrado". 2. As funções do ato específico (ou da série de atos específicos). 3. Significação do ato específico (ou da série de atos específicos) à luz de alguns princípios processuais. 4. Confronto entre os dois modelos básicos (o oral e o escrito) do método "concentrado". 5. Condições do funcionamento eficaz do método "concentrado". 6. Como criar essas condições.

1. Tendência moderna ao predomínio do método "concentrado"

Os dados dos tópicos anteriores revelam claramente uma tendência, em nossos dias, ao predomínio do método "concentrado". A maioria das reformas legislativas dos últimos anos, bem como a dos projetos recentes, consagra, sob esta ou aquela forma, um (ou mais de um) ato específico, do gênero dos que se têm em vista no presente relatório. Por outro lado, nenhum dos ordenamentos em que ele já existe há mais tempo se mostra inclinado a abandoná-lo em favor do tratamento "difuso" da matéria: as modernas reformas desses ordenamentos têm preservado a sistemática, ou até procurado reforçá-la, como aconteceu no Brasil, onde o "julgamento conforme o estado do processo" do Código de 1973 se caracteriza por certa ampliação de perspectivas em cotejo com o "despacho saneador" do Código

sistiera en que por no existir los datos expresados en las reglas del artículo 489 cada parte estima de distinto modo el valor de la demanda, se elegirá en el acto al Perito o Peritos a que se refiere el artículo 493 y se suspenderá la comparecencia hasta que se sustancie la cuestión dentro de los dos días siguientes al de la declaración de los Peritos; si la diferencia fuera otra, el Juez resolverá en el acto. Contra el auto declarando la improcedencia del juicio de menor cuantía se dará el recurso de apelación en ambos efectos. Contra el auto declarando la pertinencia del juicio de menor cuantía, que ordenará además la reanudación de la comparecencia prevista en el artículo 691, sólo se dará el recurso de nulidad. Este recurso deberá interponerse a la vez que el de apelación de la sentencia que decida el pleito, si bien ha de hacerse

de 1939. A consagração de um ato específico (ou de uma série de atos específicos conjugados) naturalmente não significa que seja absoluta a concentração, nesse ato ou nessa série de atos, de todas as atividades aí exercitáveis.

Insere-se o ato ou a série de atos na parte inicial do procedimento-padrão, seja depois de praticados pelas partes os atos postulatórios básicos, em que elas expõem suas pretensões, seja até em momento não posterior àquele em que se abre ao réu o ensejo de defender-se. Há em geral a possibilidade de que o processo venha desde logo a extinguir-se, com abreviação mais ou menos sensível do itinerário previsto.

A realização do ato (ou da série de atos) não se subordina à iniciativa das partes, mas compete *ex officio* ao juiz. Ademais, também *ex officio* cumpre o órgão judicial a generalidade das funções que aí lhe tocam; e tendem a ser menos numerosas as matérias cujo exame depende da provocação dos litigantes.

Quanto à forma, é perceptível a preferência pela oral. Se o legislador brasileiro de 1973 resolveu manter a pura técnica escrita, o português, já

la oportuna protesta al reanudarse la comparecencia. 2.ª Oír al demandante y al demandado e invitarlos para que, sin alterar lo sustentado en sus escritos con carácter sustancial, concreten los hechos, fijen aquellos en que no exista disconformidad y puntualicen, aclaren y rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar los términos del debate. 3.ª Subsanan o corregir, si fuese posible, los defectos de que pudieran adolecer los correspondientes escritos expositivos, o salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez; y cuando la subsanación no pudiera llevarse a efecto en el propio acto, conceder un plazo no superior a diez días, suspendiéndose entretanto la comparecencia. 4.ª Si el defecto o la falta fuera insubsanable o no se hubiera corregido en el plazo concedido se dará por terminado el acto y en el mismo día o al siguiente se dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo del mismo con imposición de costas. Si el defecto o la falta afectare a la personación del demandado o a su contestación se declarará la rebeldía o se tendrá por no formulada aquella. Si interesa al derecho de las partes el recibimiento a prueba del pleito, habrán de solicitarlo en el acto de la comparecencia. De la comparecencia se extenderá acta en la que se hará constar sucintamente el contenido de lo actuado y la firmarán el Juez las partes y el Secretario. Cuando resulte de la comparecencia que las partes están conformes en los hechos y que la discrepancia queda reducida estrictamente a una cuestión de derecho, o si ninguna de ellas hubiera solicitado el recibimiento a prueba, el Juez dictará sentencia dentro de los cinco días a partir del siguiente al de la terminación de la comparecencia. Si las partes no estuvieren conformes en los hechos, y al menos una de ellas hubiere instado el recibimiento a prueba, así se acordará, previniéndoles para que en el plazo de ocho días proponga cada una toda la que les interese. Transcurrido dicho plazo no se podrá proponer prueba ni adicionar la propuesta, a excepción de lo previsto en el artículo 612 para la prueba pericial".

de 1939. A consagração de um ato específico (ou de uma série de atos específicos conjugados) naturalmente não significa que seja absoluta a concentração, nesse ato ou nessa série de atos, de todas as atividades aí exercitáveis.

Inserese o ato ou a série de atos na parte inicial do procedimento-padrão, seja depois de praticados pelas partes os atos postulatórios básicos, em que elas expõem suas pretensões, seja até em momento não posterior àquele em que se abre ao réu o ensejo de defender-se. Há em geral a possibilidade de que o processo venha desde logo a extinguir-se, com abreviação mais ou menos sensível do itinerário previsto.

A realização do ato (ou da série de atos) não se subordina à iniciativa das partes, mas compete *ex officio* ao juiz. Ademais, também *ex officio* cumpre o órgão judicial a generalidade das funções que aí lhe tocam; e tendem a ser menos numerosas as matérias cujo exame depende da provocação dos litigantes.

Quanto à forma, é perceptível a preferência pela oral. Se o legislador brasileiro de 1973 resolveu manter a pura técnica escrita, o português, já

la oportuna protesta al reanudarse la comparecencia. 2.ª Oír al demandante y al demandado e invitarlos para que, sin alterar lo sustentado en sus escritos con carácter sustancial, concreten los hechos, fijen aquellos en que no exista disconformidad y puntualicen, aclaren y rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar los términos del debate. 3.ª Subsanar o corregir, si fuese posible, los defectos de que pudieran adolecer los correspondientes escritos expositivos, o salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez; y cuando la subsanación no pudiera llevarse a efecto en el propio acto, conceder un plazo no superior a diez días, suspendiéndose entretanto la comparecencia. 4.ª Si el defecto o la falta fuera insubsanable o no se hubiera corregido en el plazo concedido se dará por terminado el acto y en el mismo día o al siguiente se dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo del mismo con imposición de costas. Si el defecto o la falta afectare a la personación del demandado o a su contestación se declarará la rebeldía o se tendrá por no formulada aquella. Si interesa al derecho de las partes el recibimiento a prueba del pleito, habrán de solicitarlo en el acto de la comparecencia. De la comparecencia se extenderá acta en la que se hará constar sucintamente el contenido de lo actuado y la firmarán el Juez las partes y el Secretario. Cuando resulte de la comparecencia que las partes están conformes en los hechos y que la discrepancia queda reducida estrictamente a una cuestión de derecho, o si ninguna de ellas hubiera solicitado el recibimiento a prueba, el Juez dictará sentencia dentro de los cinco días a partir del siguiente al de la terminación de la comparecencia. Si las partes no estuvieren conformes en los hechos, y al menos una de ellas hubiere instado el recibimiento a prueba, así se acordará, previniéndoles para que en el plazo de ocho días proponga cada una toda la que les interese. Transcurrido dicho plazo no se podrá proponer prueba ni adicionar la propuesta, a excepción de lo previsto en el artículo 612 para la prueba pericial".

b.2.1) pela autocomposição do litígio, mediante ato unilateral (renúncia, reconhecimento do pedido) ou bilateral (transação) das partes, praticado espontaneamente ou em consequência de tentativa de conciliação feita pelo juiz;

b.2.2) pela cessação do litígio, decorrente de outra causa (ex.: confusão, perecimento do objeto);

b.2.3) pela possibilidade de ser imediatamente julgado o mérito da causa, graças à presença de todos os elementos para a fundamentação da sentença: "causa madura" (controvérsia limitada a questões de direito, ou suficiência das provas já produzidas para a solução da controvérsia atinente a questões de fato); ou à ocorrência de hipótese legalmente equiparada a essa (v.g., revelia).

3. Significação do ato específico (ou da série de atos específicos) à luz de alguns princípios processuais

Avulta, à primeira vista, a importância do instituto sob exame do ponto de vista da *economia processual*, entendida a expressão no mais amplo sentido, como conjunto de técnicas ordenadas a permitir que o processo produza o melhor resultado com o menor esforço, ou, em outras palavras, atinja o máximo de rendimento com o mínimo de custo. A persecução de semelhante meta postula a "racionalização do trabalho", o que quer dizer, antes de mais nada, supressão de atividades inúteis ou desnecessárias e criação de condições para que as indispensáveis se realizem no mais alto nível de eficiência que se possa alcançar. Servem precipuamente a esse objetivo a abreviação do *iter* processual, nos vários casos acima indicados, e bem assim — quando o feito haja de prosseguir — o "expurgo" das matérias estranhas ao mérito, para que neste se concentre, de maneira desembaraçada, a atenção do órgão judicial; a precisa delimitação, em tempo hábil, dos termos do litígio, do objeto da prova e dos meios probatórios a serem empregados; a colheita, tão pronta quanto possível, da própria prova.

O predomínio do método "concentrado", em qualquer de suas modalidades, liga-se, na evolução do direito processual, à progressiva atenuação de certas tendências de política jurídica em geral agrupadas sob o rótulo bastante equívoco de "princípio dispositivo". É clara, quando menos, a correlação entre aquele método e a atribuição ao juiz de um papel mais "ativo". Isso ressalta de modo extremamente óbvio no que tange à "direção formal" do processo: o órgão judicial toma a iniciativa de praticar ou

mandar praticar um ato (ou uma série de atos) destinado(s), entre outros fins, à apreciação de determinadas questões, em vez de esperar que os litigantes as suscitem; mas o fenômeno pode interessar também a “direção material”, na medida em que se abra ao juiz, quando nada por meio de esclarecimentos, informações ou até sugestões dirigidas às partes, certa margem de interferência no concernente à determinação dos termos do litígio³³. Muito particularmente na modalidade oral, o método “concentrado” afigura-se propício à atuação prática da diretriz de “cooperação” entre juiz e litigantes, que com razão se costuma incluir entre os postulados básicos do “processo social”³⁴.

Não parece que surjam problemas insolúveis na perspectiva da harmonização entre o método “concentrado” — ainda sob o modelo escrito — e o princípio da oralidade, *no que tem de essencial* e que se relaciona, ao nosso ver, com as manifestas vantagens do contacto pessoal e direto entre o juiz e as pessoas de cujas declarações ele tem de medir a força persuasiva³⁵. O cerne irredutível da oralidade é a imediação na colheita das chamadas “provas orais”: esse aspecto, longe de representar mero corolário, constitui a verdadeira base do princípio³⁶. Deixa-o incólume, em tal medida, a possibilidade de decidir-se o mérito sem a realização de audiência — consoante se dá no “julgamento antecipado da lide” do atual Código brasileiro —, se inexistir necessidade das referidas provas; e quem quer que haja tido alguma experiência da sistemática anterior dificilmente lamentará a abolição do tributo hipócrita que se rendia, com os grotescos simulacros de “audiência”, característicos do procedimento ordinário sob a vigência do Código de 1939, a uma “oralidade” convertida em puro mito e incapaz de justificar os cuidados com que uma opinião autorizada, mas

33. *V.g.*: art. 125 bis do Código nacional argentino, *verbis*: “invitar las partes a reajustar sus pretensiones, siempre que correspondiere”; art. 693, 2.ª, da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, *verbis*: “invitarlos para que, sin alterar lo sustentado en sus escritos con carácter sustancial, concreten los hechos, fijen aquellos en que no exista disconformidad y puntualicen, aclaren y rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar los términos del debate”.

34. Cf. WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstadt, 1978, p. 97 e s., especialmente p. 109.

35. *Vide*, por todos, CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milão, 1962, v. I, p. 103 e s.

36. Com boas razões dizia SENTÍS MELENDO, *La prueba — Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1958, p. 476: “Soy inmediacionista antes o más que oralista”. Cf. BARBOSA MOREIRA, *Problemas de la intermediación en el proceso civil*, in *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, São Paulo, 1984, p. 58.

excessiva, se empenhava em salvaguardá-la³⁷. Adotada que seja a técnica oral — ou a mista, típica do direito português desde 1939 —, a realização da audiência permite que o princípio atue inclusive em ângulos que, sem lhe integrarem a essência, podem concorrer decerto para compor-lhe o perfil global; voltaremos ao ponto quando procedermos ao confronto entre os dois modelos fundamentais do método “concentrado”.

Alguma compressão é suscetível de sofrer o princípio do contraditório, naquilo em que envolve a imposição de assegurar a ambas as partes a oportunidade de buscar influir na formação do convencimento do juiz. Essa eventualidade poderá decorrer de uma atitude demasiado restritiva, por parte do órgão judicial, quando houver de resolver se ainda é ou não necessária a produção de provas, e portanto se o processo deve continuar ou encerrar-se desde logo; poderá também manifestar-se em relação ao revel, se o ordenamento inclui a revelia entre as hipóteses de extinção imediata do feito, com dispensa de ulterior atividade de instrução. A bem dizer, todavia, nenhuma das duas possibilidades é *conatural* ao método “concentrado”: a primeira resolve-se em má aplicação da lei processual, autêntico *error in procedendo*; a segunda depende da adoção de uma particular disciplina para a revelia, que não está em relação de necessária dependência lógica para com a instituição do ato específico (ou da série de atos específicos) de que cogitamos, mas só acidentalmente a acompanha, e cujos inconvenientes são neutralizáveis, em certa extensão, pelo abrandamento, na prática judiciária, do rigor literal da norma, consoante vem acontecendo, no Brasil, com o art. 319 do Código de 1973, que ordena ao juiz reputar verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, se o réu não oferecer contestação.

4. *Confronto entre os dois modelos básicos (o oral e o escrito) do método “concentrado”*

É natural que se pense em proceder à comparação entre o modelo oral e o modelo escrito, para averiguar se um deles, e qual, se mostra superior ao outro. Um confronto *em tese* possui valor obviamente limitado: atribuem-se a cada figura vantagens e inconvenientes inferidos de caracte-

37. Assim LIEBMAN, O despacho saneador e o julgamento do mérito, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, 2.ª ed., São Paulo, 1976, p. 97 e s., especialmente p. 108 e s.

rísticas abstratas, que podem não refletir fielmente o modo como se passam as coisas na realidade forense, ao passo que esta é capaz de fazer emergir outros traços, relevantes para um juízo de valor, mas inapreensíveis por quem se cinja a considerar os fenômenos em perspectiva puramente teórica. É concebível, e até sucede com relativa frequência, que um sistema visto *a priori* como melhor que outro funcione praticamente pior, por um sem-número de razões de vária natureza. A opção por um ou por outro tem de levar em conta as circunstâncias peculiares ao meio em que se vai aplicar o sistema. De qualquer maneira, cabem aqui algumas observações genéricas, com as ressalvas de praxe.

A técnica da audiência, bem manejada, pode revelar-se superior, por mais de um prisma, à do procedimento escrito. Antes de mais nada, ela permite que se estenda o objeto da atividade realizável a aspectos naturalmente excluídos do outro modelo. Deixando de lado, por demasiado óbvio, o exemplo da tentativa de conciliação, mencione-se o da colheita de provas que só oralmente se possam produzir. Fácil compreender que isso abre perspectivas mais amplas na direção do eventual julgamento "anticipado" do mérito, com manifesto proveito pelo ângulo da economia processual.

Por outro lado, conquanto não seja essencial, segundo já se assinalou, à salvaguarda do princípio da oralidade, afigura-se mais conveniente, de certo ponto de vista, que se suscitem e se discutam de viva voz, na presença do juiz, as próprias questões de direito ou relativas a documentos e, sobretudo, as preliminares. É certo que a técnica escrita favorece aqui a reflexão e, com ela, a precisão e o aprofundamento. Em compensação, alegações inconsistentes e argumentos frívolos utilizam-se com menores escrúpulos em peças escritas do que em exposição oral, sujeita à réplica imediata do adversário e ao controle direto do próprio órgão judicial — pressupostos neste, à evidência, os poderes necessários e a disposição para exercê-los. De muitas preliminares absolutamente infundadas, que se costumam suscitar por escrito nos autos, é lícito duvidar que chegassem a formular-se, caso o interessado tivesse de expor-se, para fazê-lo, a incômodos pedidos de esclarecimento ou ao risco de uma refutação arrasadora *in faciem*.

A audiência propicia igualmente ao juiz contacto mais intenso com a causa e com os respectivos protagonistas, cujas reações se lhe abre a possibilidade de observar desde esse instante, mais cedo que de ordinário, o que presumivelmente lhe ministrará úteis elementos de avaliação. Claro está que semelhante vantagem se reduz bastante quando à audiência comparecem unicamente advogados, não as próprias partes, e se extingue de

todo, se o juiz que a preside não se mantém na direção do processo até o julgamento.

Pode a técnica oral surtir melhores resultados que a escrita, em se tratando de esclarecer pontos obscuros nas postulações dos litigantes. O diálogo oral, ensejando manifestações sucessivas das pessoas envolvidas, até que se faça a necessária luz, permite que se atinja o alvo em muito menor tempo e com segurança muito maior. Respostas escritas — sem falar na desvantagem do alongamento do feito — serão com frequência insatisfatórias, máxime quando no fundo interesse ao litigante entrincheirar-se em declarações intencionalmente imprecisas. Aliás, de modo geral, e por intuitivas razões, tudo que implique cooperação entre juiz e partes encontrará na audiência, em princípio, terreno mais propício do que no procedimento escrito.

Mas a medalha tem seu reverso. Para que logre êxito o emprego da técnica oral, é preciso que a atividade processual se realize sob circunstâncias particularmente favoráveis. Ela exige mais do órgão judicial e dos litigantes (ou de seus advogados) que o procedimento escrito. Requer, por isso mesmo, uma situação de normalidade, ou quase normalidade, do movimento forense. A sobrecarga de trabalho, principalmente dos juízes, é funesta à técnica oral. Se a audiência só pode ser marcada para data longínqua, por escassez de dias e horas livres nas pautas, de tal maneira que o procedimento escrito passa à frente em rapidez, cessa boa parte dos motivos que justificariam a preferência pela primeira; e se o juiz, mesmo zeloso, não tem possibilidade prática, em razão do acúmulo de serviço, de preparar-se conforme cumpre para o ato, então aqueles motivos desaparecem por completo.

A utilização inadequada da técnica oral pode oferecer maiores perigos do que todo o conjunto de aspectos negativos da técnica escrita. Em última análise, a uma audiência mal realizada é preferível nenhuma. Aqui como alhures, *corruptio optimi pessima*. Adiante retomaremos o assunto, quando falarmos sobre alguns pressupostos do bom funcionamento do método "concentrado".

Acrescente-se que, ainda a fazer-se abstração de tais emergências, a adoção da técnica oral, por sua própria natureza, é capaz de provocar maior dispêndio de energias e recursos, pela mobilização, que implica, de várias pessoas, que se vêem forçadas a deslocar-se para concorrer num mesmo lugar e momento. Há sempre o risco suplementar de que uma ausência inevitável, talvez sem culpa de ninguém, frustre o ato e imponha nova convocação, duplicando o inconveniente. Este será, de resto, tanto mais

grave quanto maiores as distâncias que se houverem de cobrir, quanto mais precários os meios de comunicação e de transporte etc., o que torna bastante variáveis, não só de país para país, mas também de região para região, e até no interior de determinada circunscrição judiciária, as probabilidades de êxito do sistema.

Outros aspectos eventualmente negativos de que se poderia cogitar menos se prendem à técnica oral em si mesma do que a erros ou defeitos de execução. Assim, por exemplo, o perigo de pressões excessivas por parte do juiz, *v.g.*, para induzir os litigantes a um acordo; o de certa ligeireza ou açodamento na discussão e na solução de questões; o do sacrifício de garantias processuais pela ânsia de fazer terminar rapidamente o processo "a todo custo"; *last but not least*, o do florescimento de uma insidiosa "oratória forense" em que há ainda quem suponha consistir a quinta-essência da oralidade.

Seja como for, uma coisa é certa: a consciência de existirem prós e contras vem sugerindo, aqui e ali, a preferência por uma disciplina em *alternativa*, que permita, no particular, conforme as peculiaridades do caso concreto, a opção entre o procedimento oral e o escrito. Como oportunamente se recordou, para esse ponto de convergência marcharam, por diferentes itinerários evolutivos, o direito alemão e o austríaco³⁸.

5. Condições do funcionamento eficaz do método "concentrado"

A primeira condição do funcionamento eficaz do método "concentrado", em qualquer de suas modalidades, expressa-se num truísmo: é preciso que a técnica legal seja *realmente utilizada*, isto é, que, por ocasião do ato específico (ou da série de atos específicos), se cumpra, com aplicação e discernimento, tudo que esteja incluído no roteiro legal. A este propósito seria possível, em tese, cogitar de uma deturpação *por excesso*: a tendência a hipertrofiar o ato (ou a série de atos), ultrapassando nele os limites previstos, será capaz, em alguns casos, de acarretar inconvenientes sérios, embora não fique excluído que possa dar lugar, noutros, a uma evolução vista como positiva: em Portugal, segundo oportunamente se re-

38. Na Espanha, durante a preparação da reforma de 1984, sugeriu a adoção de sistemática análoga, com a atribuição de caráter *facultativo* à audiência preliminar, FAIRÉN GUILLÉN, Estudio de la "comparecencia" en el juicio de menor cuantía del "Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 31 de mayo de 1983", in *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, t. II, Madrid, 1984, p. 301 e s., especialmente p. 303, 314, 324, 341.

gistrou (*supra*, Parte III, n.º 1, nota 5), a ampliação do âmbito do despacho saneador representou um movimento da jurisprudência antes de ser consagrado nos textos.

Mais fácil de ocorrer, e sem dúvida mais pernicioso, é o perigo oposto: o de que se amesquinhem, na prática, as dimensões da atividade programada pelo ordenamento. No Brasil, desde a vigência do Código de 1939, sempre foi sensível a inclinação de muitos juízes a relegar para a sentença final o exame de questões que, de acordo com o sistema da lei, não devem sobreviver, pelo menos em princípio, ao despacho saneador. Semelhante retraimento, as mais das vezes injustificável, respondeu pela desnecessária e nociva dilatação de grande número de processos, fadados à frustração pela existência de óbice irremovível à apreciação do mérito. O fenômeno subsiste no regime atual, em desarmonia com o teor do art. 331, *princípio*, do Código de 1973, à luz do qual o juiz só declarará saneado o feito e o impelirá em direção à audiência de instrução e julgamento "se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes", isto é, se não ocorrer qualquer dos fatos conducentes à respectiva extinção nos termos do art. 329, nem concorrerem os pressupostos da emissão imediata da sentença de mérito, conforme o art. 330 — o que implica para o órgão judicial, logicamente, o dever de investigar previamente todas essas possibilidades, e portanto de examinar todas as questões relevantes. O vezo de protelar a decisão acerca de matérias que o ordenamento quer rapidamente liquidadas transmuda o ato em formalidade oca. Em tal perspectiva, a técnica oral pode oferecer uma vantagem a mais, na medida em que faculta aos interessados, na audiência, reclamar de imediato do órgão judicial que se manifeste sobre ponto até aí esquecido, conquanto se possa, por outro lado, alegar em favor do procedimento escrito que, concedendo maior vagar ao juiz para, no silêncio e na reflexão, estudar os autos, diminui o risco de omissões imputáveis à pressa e ao bulício a que nem sempre ficam imunes as audiências.

Se o ordenamento adota a técnica oral, é absolutamente imprescindível que a audiência seja presidida, ao longo de toda a sua realização, pelo juiz. Essa é uma verdade lapalissiana, mas em que parece ainda necessário insistir, a julgar por certas informações relativas à situação de países ibero-americanos e mesmo à vista de determinados textos legais³⁹. Realizar uma audiência do tipo da que estamos analisando (ou de qualquer outro tipo)

39. Vide, quanto à Argentina, PALACIO, *ob. e t. cit.*, p. 292-3, e o art. 125 *bis*, 3.ª alínea, do Código nacional, que, embora a título de exceção, prevê a dispensa,

sem a presença do juiz é, em nosso entendimento, pouco menos que encenar uma farsa. As leis e os órgãos incumbidos de fiscalizar-lhes a aplicação deveriam assumir, no particular, atitude de rigor inflexível e procurar outros meios de contornar as dificuldades práticas, sem abrir mão, em caso algum, dessa exigência.

Não basta, contudo, que o juiz esteja presente: cumpre que ele atue. O método "concentrado", muito especialmente na modalidade oral, é fenômeno correlato ao da "ativação" do órgão judicial. Basta lançar os olhos aos textos de leis e projetos que cuidam da matéria: não só se verão inseridos no objeto do ato específico (ou da série de atos específicos), com impressionante constância, tópicos naturalmente ligados à iniciativa oficial — como é o caso, v.g., da tentativa de conciliação, do esclarecimento de pontos obscuros nas postulações das partes, da determinação dos fatos que precisam ser provados e dos meios probatórios utilizáveis —, senão também se observará, no concernente a outras matérias (por exemplo: vícios capazes de produzir nulidade), o primado da cognição *ex officio* sobre a vinculação do órgão judicial à iniciativa das partes.

Como a esta altura deveria ser óbvio, juiz atuante não é sinônimo de juiz prepotente ou mesmo de juiz autoritário. Que ao órgão judicial caiba um papel ativo não quer dizer que lhe toque impor aos litigantes o modo de efetuar as operações que a lei defere a estes. Toca-lhe, sim, estimulá-los a optar, com toda a clareza necessária, deixando-os porém inteiramente livres quanto ao sentido da opção. Isso é especialmente importante na tentativa de conciliação, que não deve degenerar em constrangimento a acordo indesejado; mas também o é no que respeita à dissipação de obscuridades, para determinação precisa dos termos do litígio, e a outros temas. "Ativar" o juiz, repita-se ainda uma vez, é induzi-lo à maior colaboração possível em obra comum, e não substituir pelo seu o antigo monopólio das partes. "Juiz ativo" não significa necessariamente "litigantes passivos".

Todavia, para atuar bem, o órgão judicial precisa estar preparado; e uma preparação adequada, só pode ministrá-la a prévia e atenta leitura dos autos. É estranha à nossa mentalidade a idéia anglo-saxônica de que o contacto antecipado do juiz com os elementos da causa o fazem tender para um dos lados e lhe comprometem a imparcialidade. Nos ordenamentos da família romano-germânica, quanto mais cedo se familiarize o órgão judicial com os dados do processo, tanto melhor. Ocorre naturalmente pon-

para o juiz, de presidir pessoalmente as audiências, "cuando circunstancias derivadas del cúmulo de tareas lo hicieren necesario".

derar que a obtenção do máximo proveito, nessa perspectiva, se condicionaria à permanência do mesmo juiz na direção do pleito, do primeiro ao último instante; dificuldades de ordem prática podem opor-se à concretização desse ideal, mas não se deve perder de vista que, máxime onde se adote a técnica oral, substituições intercorrentes são suscetíveis de influenciar de modo muito desfavorável o funcionamento do mecanismo.

Igualmente importante é a atuação dos advogados e, no sistema oral, a das partes. A presença pessoal destas pode ter relevância capital para o êxito de lances como a tentativa de conciliação, e alguma utilidade por outros aspectos, posto que não seja desprezível a hipótese de que, sob determinadas circunstâncias, constitua antes fator de perturbação. Quanto aos advogados, muito certamente depende de sua competência, aplicação, habilidade e, sobretudo, disposição sincera de concorrer para que o ato específico (ou a série de atos específicos) tenha o melhor rendimento possível — nada omitindo do que se subordine à iniciativa particular e alertando o órgão judicial, se for o caso, para os pontos que, embora passíveis de conhecimento *ex officio*, corram o risco, por esta ou aquela razão, de passar despercebidos.

6. Como criar essas condições

Para criar as condições do funcionamento eficaz do método "concentrado", das quais arrolamos acima as que nos parecem mais importantes, há que conjugar fatores objetivos e subjetivos. Os primeiros abrangem aspectos de ordem normativa e aspectos de ordem administrativa.

Do ponto de vista normativo, é mister, antes de tudo, que a disciplina da matéria estimule fortemente os participantes do ato específico (ou da série de atos específicos) a não deixar de realizar, em toda a plenitude, as atividades próprias desse momento ou fase do procedimento. É de desejar que fique bem clara, nos textos legais, a índole obrigatória, e não apenas facultativa, de exercício dos poderes conferidos ao órgão judicial no particular. Algumas leis têm cuidado de salientar a existência de tal dever: assim, por exemplo, o Código português, em o n.º 2 do art. 510.º, relativamente às questões mencionadas em o n.º 1, letra *a* (exceções capazes de levar à "absolvição da instância" e nulidades), estatui que "só podem deixar de ser resolvidas no despacho (saneador) se o estado do processo impossibilitar o juiz de se pronunciar sobre elas, devendo neste caso justificar a sua abstenção". Como é natural, o descumprimento do dever há de acarretar, para o juiz infrator, alguma forma de responsabilidade: quando

menos, administrativa; eventualmente, civil, para com a parte prejudicada, v.g., pelo desnecessário prolongamento do feito, e a qual, na pior hipótese, seria justo reembolsar das custas processuais correspondentes aos atos superfluamente praticados. O controle de atuação do órgão de primeiro grau far-se-á pela via própria dos recursos cabíveis. A matéria suscita mais grave problemática no caso de prosseguimento do processo, pela alternativa, que gera, de admitir-se um recurso de efeito suspensivo, aceitando o inconveniente da paralisação do pleito, ou de efeito meramente devolutivo, com a onerosa possibilidade de ver-se afinal desperdiçada, no todo ou em parte, a atividade processual intercorrente; trata-se, porém, de dificuldades comuns às decisões interlocutórias em geral, embora talvez agravadas aqui pela importância do ato em foco.

Técnica de utilização freqüente para evitar protraimentos na suscitação e na solução de questões é, conforme se sabe, a da preclusão. Em princípio, crescerá a eficiência do método "concentrado" na medida em que o ato específico (ou a série de atos específicos) assinala a liquidação definitiva das questões compreendidas em seu objeto, com a óbvia ressalva das hipóteses de superveniência. Menor será, pelo contrário, a significação desse momento processual, se mesmo depois continuarem elas irrestritamente suscetíveis. Em tal perspectiva, pode cogitar-se de atribuir ao ato específico uma eficácia preclusiva ampla, de modo que, ainda na ausência de pronunciamento explícito do órgão judicial, se deva considerar preexcluída, daí em diante, a relevância de qualquer questão passível de exame naquela oportunidade, condicionando-se a possibilidade de reapreciação à interposição do recurso cabível, pelo interessado. A esse respeito fala-se às vezes, com discutível propriedade, de "julgamento implícito". Os ordenamentos em geral, mesmo quando se valem da técnica da preclusão, hesitam em levá-la às últimas conseqüências e dispõem, em termos expressos, que determinadas questões se podem suscitar ou conhecer de ofício a qualquer tempo. Costuma despertar resistências a idéia de que o juiz, a partir de certo instante, fique impedido de reexaminar problemas relacionados. v.g., com a validade do processo ou a admissibilidade da ação; assim, quando os textos não são cristalinos, a diversidade de tendências infalivelmente provoca dissensões na doutrina e na jurisprudência⁴⁰. É aconselhável que

40. Sirva de exemplo o Código de Processo Civil brasileiro: à cláusula inicial do art. 331, mencionada acima (nota 39), que sugere atribuição de eficácia preclusiva ao despacho saneador, parece contrapor-se (ou abrir exceção, quanto às hipóteses que arrola), o art. 267, § 3.º, concernente aos "pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo", à preempção, à litispendência, à

a lei regule o ponto, mas preferível que não use excesso de rigor e deixe ao órgão judicial tal ou qual margem de discricção, para levar em conta, no tratamento do problema, as peculiaridades do caso concreto.

Que o juiz possa desempenhar de maneira adequada as funções que lhe competem no ato específico, mormente se tem a forma de audiência, é coisa que depende em boa parte de não estar ele intoleravelmente sobrecarregado de trabalho. Em outras palavras, impende que existam juízes em número suficiente e que a organização judiciária assegure uma distribuição equitativa do serviço.

Do ponto de vista administrativo, há uma série de requisitos em cuja importância seria ocioso insistir, sobretudo no que diz respeito à modalidade oral do método "concentrado". Para o êxito da audiência importa muito que ela se realize em ambiente tranqüilo e agradável, que permita aos interessados sentir-se à vontade e os predisponha à colaboração. Não raro o fator ambiental é decisivo para o resultado de uma tentativa de conciliação. Relevante será também a existência de uma infra-estrutura bem equipada, com pessoal competente e material adequado. A moderna tecnologia oferece recursos de que não se deveria privar a administração da Justiça.

No mais, é claro que nada se consegue sem que juízes, advogados e eventualmente as próprias partes queiram e possam cooperar de modo eficiente. Quanto a juízes e a advogados, volta aqui à tona a problemática da preparação, sempre presente quando se cuida de avaliar as perspectivas de qualquer mecanismo processual, já que nenhum se destina a ser movido por abstrações, mas pelo esforço mental e físico de homens de carne e osso. Não há progresso possível, no mundo do processo ou fora dele, se não se dispõe de elemento humano de qualificação ao menos razoável. Mas não se trata só de formação técnica, senão também, quiçá principalmente, de uma questão de mentalidade — e esta exigência estende-se aos

coisa julgada e às "condições da ação". Com variáveis matizes, *vide*, para uma interpretação tendente a conciliar as regras sem sacrificar a preclusão, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, v. II, 6.ª ed., São Paulo, 1981, p. 176-7; CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 486 e s.; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *ob. cit.*, p. 292 e s.; em sentido oposto, AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 2.º v., 7.ª ed., São Paulo, 1982, p. 265 e s.; MONTIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, v. IV, t. I, Rio de Janeiro, s.d., p. 20-1; Supremo Tribunal Federal, 15-5-1984, Ação Cível Originária n.º 268, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 101, p. 901.

litigantes. O método "concentrado", para vingar, reclama um oxigênio espiritual. A falta de atmosfera favorável pode asfixiá-lo, por mais requintada que seja a respectiva disciplina nos textos legais.

Torna-se evidente quão arbitrário seria, nesta matéria, qualquer prognóstico, ou mesmo qualquer juízo de valor, emitido com pretensão de validade universal. O destino de um instituto processual depende necessariamente do contexto social, político, econômico e cultural em que ele é convocado a atuar. Não constitui o processo — perdoe-se-nos o truísmo — um universo hermético, subtraído ao influxo das vicissitudes históricas e sujeito a mecanismos de pura técnica. Nessa perspectiva, modificá-lo é operação cuja álea supera infinitamente a da mais arriscada experiência de laboratório. Tomar consciência disso não deve levar-nos a desistir das modificações que se afigurem necessárias: ao contrário; mas certamente nos prevenirá contra a ilusão de supor que, para assegurar-lhes o êxito, baste a simples consagração, no texto legal, de um ou outro dispositivo inovador, otimamente concebido e redigido que seja. Bem mais profundas são as camadas que se precisam revolver para transformar, modestamente embora, a realidade judiciária.

Março de 1985.

ALGUNS PROBLEMAS ATUAIS DA PROVA CIVIL *

1. O julgamento da maior parte dos litígios, ninguém o ignora, implica necessariamente a solução de questões de fato: as partes apresentam, em regra, versões não coincidentes dos acontecimentos que deram origem ao pleito, e o órgão judicial, para aplicar as normas de modo correto, precisa averiguar como foi que realmente se passaram as coisas. Se parece impróprio enxergar na descoberta da verdade o fim último do processo, é sobretudo porque, em relação ao ato de julgar, ela desempenha papel instrumental¹: a função cognitiva do juiz não se esgota com a exposição daquilo que, a seu ver, aconteceu, mas vai além, para determinar as respectivas consequências jurídicas — ou, de acordo com fórmula clássica, enunciar a "regra jurídica concreta" que deve disciplinar aquela determinada situação². Reconhecê-lo de modo algum importa relegar a plano secundário, na atividade jurisdicional, o momento da apuração da realidade fática³.

Leve-se em conta que, com poucas exceções, só por meio das provas tem o juiz acesso ao conhecimento dos fatos, e facilmente se concluirá que, ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa

* Texto de conferência pronunciada no Rio de Janeiro, em 27-5-1988, por ocasião das XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. Acrescentaram-se as notas. Publicado na *Revista de Crítica Judiciária*, v. 4.

1. Expressivamente, LAUMEN, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, Colônia-Berlim-Bonn-Munique, 1984, p. 80: "Die Wahrheitsfindung kann immer nur ein Mittel im Dienste anderer Prozesszwecke. Sie geschieht nicht um ihrer selbst willen, sondern dient allein dazu, eine richtige, d. h. am wahren Sachverhalt orientierte Entscheidung zu ermöglichen (A descoberta da verdade só pode ser um meio a serviço de outros fins do processo. Ela não se dá por amor de si mesma, senão que unicamente serve para possibilitar uma decisão justa, isto é, referida a um fato verdadeiro)".

2. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, v. I, 2.^a ed., Milão, 1957, p. 10.

3. Conforme fazem, ao contrário, as correntes de pensamento que vêem no processo, exclusiva ou predominantemente, um mecanismo de mera resolução de conflitos: vide a tal respeito, na doutrina mais recente, TARUFFO, Note per una riforma del diritto delle prove, in *Riv. di dir. proc.*, v. XLI (1986), p. 239 e s.

crece na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios. Quanto mais abundantes e mais seguros subsídios se puderem obter das provas, tanto menor a margem de erro a que ficará sujeito o órgão judicial, na hora de sentenciar. Tal idéia, em si, não é com certeza de hoje, nem de ontem; vários de seus desdobramentos, porém, vão ganhando relevo particular, por diferentes razões, no quadro atual da administração da Justiça.

Qualquer reflexão sobre as possibilidades de melhor aproveitamento das fontes de informação do juiz admite, naturalmente, mais de um enfoque. Três aspectos capitais, ao nosso ver, merecem aqui atenção: primeiro, o da determinação das provas utilizáveis; segundo, o da introdução dessas provas no processo; terceiro, o da respectiva avaliação pelo julgador. Cumprindo indagar, com referência a cada um desses tópicos, de que meios podemos dispor para extrair maior benefício da atividade de instrução.

2. No que concerne ao primeiro, espontaneamente acode ao espírito uma diretriz fundamental: em sistema que aspire à máxima eficiência, quaisquer possíveis fontes de prova podem e devem comportar utilização. A eventual exclusão de alguma delas é que, por abrir exceção, precisará ser cumpridamente justificada, caso a caso; e a justificação terá de apoiar-se na necessidade de resguardar valores jurídicos de grau superior, ou pelo menos igual, ao daquele a cuja proteção, *ipso facto*, se renuncia⁴.

2.1. Corolário imediato de tal princípio é o de que a lei não deve encerrar em enumeração taxativa o elenco das provas utilizáveis⁵. Adotou orientação louvável o legislador processual brasileiro de 1973, quando, no art. 332, inspirado no art. 87 do *Codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano*⁶, estabeleceu que "todos os meios legais, bem como

4. Com razão WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, p. 314: "Erforderlich ist (...) die Betonung, dass die Beschränkung in jedem Falle einer besonderen Legitimation bedarf (E necessário acentuar que a limitação precisa de uma justificação especial em cada caso)".

5. Cf. WALTER, *ob. cit.*, p. 304, 314: o *numerus clausus*, na matéria, é incompatível com o direito à prova, assegurado pelo princípio do Estado de direito.

6. Eis o teor do modelo: "Art. 87 — Tutti i mezzi atti ad accertare la verità dei fatti dimostrativi del fondamento dell'azione o dell'eccezione, e che siano legalmente e moralmente legittimi, possono essere disposti dall'autorità giudiziaria, al fine di assicurare una decisione della causa conforme a giustizia". MONTIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, v. IV, t. I, Rio de Janeiro, s.d., p. 77-8, extrai da ligeira diferença de redação ("bem como..." — "e che siano...") ilação de certo alcance em sede interpretativa.

os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". Ficou destarte reconhecida em termos expressos, no ordenamento pátrio, a admissibilidade das chamadas "provas atípicas" ou "inominadas", afastando-se controvérsias do tipo das que o ponto tem suscitado em sistemas, como o italiano, onde inexistente disposição semelhante⁷.

Já se objetou que a ampliação assim consagrada é mais aparente que real. Não se conceberia uma verdadeira superação dos lindes do repertório legal das provas, pois que naturalmente limitadas as fontes de informação a que pode recorrer o juiz: outras pessoas, coisas e fenômenos materiais⁸. Os próprios métodos e instrumentos de investigação fornecidos pelo progresso científico e tecnológico seriam passíveis de enquadramento nas categorias tradicionais, mediante simples flexibilização de conceitos: assim o de documento, em que se compreenderiam não só os escritos, mas todos os meios materiais com função representativa, inclusive, *v.g.*, as gravações em discos ou fitas magnéticas⁹. Aqueles métodos e instrumentos gerariam exclusivamente problemas particulares de natureza prática, suscetíveis de afetar, por exemplo, a verificação da autenticidade, segundo se concebe que ocorra ao longo de operações eletrônicas¹⁰ e noutras tecnicamente sofisticadas; tais peculiaridades, contudo, não prejudicariam o arranjo dogmático da matéria.

Seja como for, sempre será possível cogitar de uma utilização das fontes por forma diversa da comum, regulada na lei. Para ficarmos num único exemplo: se é certo que o modo "normal" de obter de pessoa alheia ao processo dados sobre os fatos litigiosos consiste em ouvi-la como teste-

7. Segundo alguns, a mera inexistência de norma que declare inadmissíveis as provas não expressamente reguladas constitui argumento a favor da respectiva admissibilidade: assim, *v.g.*, CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milão, 1962, v. I, p. 270-1; TARUFFO, Prove atípiche e convincimento del giudice, in *Riv. di dir. proc.*, v. XXVIII (1973), p. 395. Em sentido fortemente crítico, vide CAVALLONE, Critica della teoria delle prove atipiche, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milão, 1979, v. II, p. 1329 e s., especialmente 1338 e s.

8. CAVALLONE, *trab. cit.*, p. 1341. Cf. DENTI, Scientificità della prova e libera valutazione del giudice, in *Un progetto per la giustizia civile*, Bolonha, 1982, p. 66.

9. Assim, DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de la prueba judicial*, anotado por ADOLFO ALVARADO VELLOSO, Santa Fé, s.d., t. I, p. 277. O Código de Processo Civil brasileiro alude no art. 383, que integra a seção referente à prova documental, a "qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie"; adota, portanto, conceito lato de "documento".

10. Vide ao propósito BELLO e VIERA, Valor probatorio de la información por computadora, in *Rev. Uruguaya de Der. Proc.*, n.º 3/87, p. 244 e s.

munha, está longe de ser estranha à prática judiciária a prestação de informações por terceiros, notadamente órgãos públicos e pessoas jurídicas (bancos, outras empresas, sindicatos, estabelecimentos de ensino etc.), mediante escritos dirigidos ao órgão judicial, de regra em resposta a solicitação deste¹¹. Onde semelhante prática não se ampare em texto expresso, estaremos diante de prova "atípica", ao menos no sentido de que se distancia do modelo legal a maneira por que o juiz adquire o conhecimento¹².

2.2. Quanto às provas típicas, importa firmar a regra da plena admissibilidade de sua utilização, sem limitações do tipo de algumas que, ainda encontradas em leis, não têm base na lógica ou na experiência. Serve de paradigma o caso da prova testemunhal, a cujo respeito, no Brasil e alhures, preconceitos arraigados se obstinam em multiplicar disposições restritivas, várias das quais evidentemente arbitrárias. No direito brasileiro, *v.g.*, o menor pode ser testemunha em processo penal, ainda quando de idade inferior a 14 anos, com a única diferença de que não se lhe defere, nessa hipótese, o compromisso (Código de Processo Penal, art. 28); em processo civil, até os 16 anos ele é incapaz de testemunhar (Código de Processo Civil, art. 405, § 1.º, n.º III). Não se afigura razoável que o depoimento do mesmo menor seja eventualmente idôneo para fundamentar a condenação do acusado a uma pena e não sirva para ajudar o juiz a decidir se determinado contrato foi assinado sob coação, ou qual dos litigantes tem a posse do imóvel disputado¹³.

11. "Prueba de informes", na terminologia da língua espanhola: *vide*, por exemplo, os arts. 396 e s. do Código nacional argentino. Entre nós, além do disposto no art. 399 do Código de Processo Civil (cujo inc. I prevê a requisição às repartições públicas, pelo juiz, de "certidões necessárias à prova das alegações das partes"), há disposições esparsas em leis extravagantes, como a do art. 7.º, n.º II, b, da Lei n.º 4.717, de 29-6-1965, que regula a ação popular, e as dos arts. 5.º, § 7.º, 19, 20 e 22 da Lei n.º 5.478, de 25-7-1968, que disciplina a ação de alimentos. Mas a importância do fenômeno é praticamente bem maior do que deixam perceber esses textos.

12. Sobre as duas acepções da expressão "prova atípica", *vide* TARUFFO, *trab. cit.* em a nota 7, *supra*, p. 394.

13. Procedente a crítica de MONIZ DE ARAGÃO, *ob.*, *v. e t. cit.*, p. 54. Na Itália, a Corte Costituzionale declarou inconstitucional o art. 248 do *Codice di procedura civile*, por inexistência de motivo racional para justificar a diferença de tratamento da questão no processo civil (em que apenas sob circunstâncias particulares podiam depor menores de 14 anos) e no processo penal, onde inexistente qualquer limitação ao propósito: *vide* CARPI-COLESANTI-TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Pádua, 1984, p. 362.

Tampouco parece justificar-se a total equiparação da parte ao terceiro, conforme se faz no art. 363 do Código de Processo Civil, quanto aos motivos que uma e outro podem invocar para escusar-se de exhibir em juízo documento ou coisa¹⁴. Veja-se, por exemplo, o caso do inc. I: haverá razão bastante para que se conceda à parte proteção tão intensa como a que se outorga ao terceiro, em se tratando de documento ou coisa "concernente a negócios da própria vida de família"? Não deverão sujeitar-se autor e réu, em tais assuntos, a sacrifícios maiores na sua privacidade do que os exigíveis de outras pessoas, que nada têm que ver, ao menos diretamente, com a lide *sub iudice*? Semelhante reflexão encontraria, aliás, ponto de apoio no próprio texto legal, que a propósito de *depoimentos* bem distingue entre a situação da parte e a da testemunha. É o que ressalta do cotejo entre o inc. I do art. 406, onde se exclui para a testemunha o dever de depor sobre fatos "que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta ou na colateral em segundo grau", e o inc. I do art. 347, que só em termos bem mais restritos desobriga a parte de prestar depoimento, a saber, quanto a "fatos criminosos ou torpes, que lhe forem imputados". Não estará o Código, no art. 363, n.º I, renunciando em medida excessiva à possibilidade de exploração dos elementos em poder dos litigantes, e justamente em campo onde, com toda a probabilidade, nenhuma outra fonte é capaz de ministrar tão grande soma de informações?

3. Cabe examinar, em seguida, a problemática relativa à introdução das provas no processo. Ela é, na verdade, tão extensa e polimorfa, que nem mesmo em termos sucintos seria possível aqui percorrê-la por inteiro. Passaremos por alto sobre itens que já não apresentam grande sabor de novidade, como o atinente à iniciativa dos atos de instrução: embora ainda insuficientemente exercitada na prática, a atuação do juiz nesse campo já superou, na doutrina predominante e na maioria das legislações modernas, os preconceitos que lhe costumavam impugnar a legitimidade; e velhas contraposições entre "princípio dispositivo" e "princípio inquisitivo" — rótulos não raro empregados sem grande preocupação de rigor, à maneira de *slogans* mais aptos a dissimular idéias do que propriamente a expressá-las — parecem fadadas a diluir-se no reconhecimento de autêntico truismo: o de que a reconstrução dos fatos deve ser tarefa de colaboração¹⁵, e não

14. Já o sublinháramos no ensaio *Processo civil e direito à preservação da intimidade*, in *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*, São Paulo, 1980, p. 11.

15. Na moderna literatura alude-se a um "princípio de cooperação": *vide*, por

tem sentido fazer dela território de disputas e rivalidades entre um pretenso monopólio das partes e uma fantasiosa opressão destas pela atribuição exclusiva de poderes instrutórios ao órgão judicial.

3.1. Quanto à maneira de introduzir no processo os elementos de prova, o ideal, naturalmente, é que tenha contacto direto com as fontes o juiz a quem competirá valorá-los para julgar a causa. Na exigência da imediação consiste hoje, depurados certos excessos, o núcleo irredutível da postulação em prol da oralidade¹⁶.

Obstáculos de ordem prática impõem ao princípio atenuações mais ou menos sensíveis, algumas das quais é de esperar que venham a tornar-se desnecessárias com a difusão do emprego de meios tecnológicos no dia-a-dia forense: perfeitamente se concebe que, em futuro não muito remoto, juiz e testemunha, em localidades distantes uma da outra, dialoguem por intermédio da televisão, recolhidas as cartas precatórias e rogatórias a um museu de antiquilhas jurídicas. Tal modalidade de inquirição, aliás, já é praticável do ponto de vista técnico, embora a um custo que por enquanto a põe fora do acesso até de economias mais desenvolvidas.

3.2. O avanço das ciências naturais, como é intuitivo, vai continuamente fornecendo novos e poderosos focos de luz e abrindo perspectivas de informação mais segura em questões que antes desafiavam, como enigmas de esfinge, a argúcia do julgador. É no domínio da prova pericial, obviamente, que se fazem sentir com maior intensidade as repercussões dessa evolução. Provas que sempre atormentaram o juiz consciencioso, como a da paternidade biológica, vêem-se hoje notavelmente facilitadas: o método HLA permite atingir, nessa matéria, um grau de probabilidade que se aproxima da certeza, ultrapassando, sob determinadas condições, os 99%¹⁷. Resta-nos aqui, como em relação ao tópico anterior, formular votos de que não demorem muito a desaparecer, ou a abrandar-se, as dificul-

exemplo, HAHN, *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?*, Colônia-Berlim-Bonn-Munique, 1983, *passim*; e, anteriormente, WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstadt, 1978, p. 97 e s.; GILLES, *Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträgliche Parteidispositionen über das Rechtsmittel*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 177, 1977, p. 204, nota 39.

16. Vide BARBOSA MOREIRA, Problemas de la inmediateción en el proceso civil, in *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, São Paulo, 1984, p. 58.

17. Alguns dados expressivos em JOÃO LÉLIO PEAKE DE MATTOS FILHO, Investigação de paternidade — Considerações sobre a aplicação da metodologia "HLA", in *Revista dos Tribunais*, v. 607, p. 252 e s., com indicações de bibliografia estrangeira especializada.

dades práticas que vêm freando a generalização de semelhantes usos na rotina judicial.

3.3. Com relação à colheita das provas orais, são notórias as diferenças entre os dois modelos básicos que dividem entre si as preferências dos ordenamentos processuais. No mundo anglo-saxônico impera a técnica que se celebrizou sob a designação de *cross-examination* — conquanto na verdade ela só se aplique a uma das fases do *trial*¹⁸ — e que se caracteriza pelo fato de confiar-se aos advogados a tarefa de interrogar os depoentes, reservada ao juiz, em princípio, mera função de controle, com o fito de assegurar a observância das regras da *fairness*. Semelhante opção relaciona-se intimamente, de um lado, com as premissas ideológicas em que se inspira o sistema; de outro, com a influência exercida sobre o *modus procedendi* por multissecular tradição — modernamente, é certo, em declínio, sobretudo na Inglaterra¹⁹ — de sujeição dos litígios civis ao julgamento por um júri. Nos ordenamentos de linhagem romano-germânica, entre os quais se incluem os ibéricos e os latino-americanos, atribui-se ao magistrado, precipuamente, a função de inquirir, e em vários deles, como no brasileiro, jamais se permite às partes e a seus advogados formular diretamente qualquer pergunta a quem esteja depondo.

Ambos os procedimentos terão, como bem se compreende, seus prós e seus contras. Às vezes se preconiza entre nós a adoção da técnica da *cross-examination*, que alguns reputam mais eficaz para estimular as pessoas interrogadas à revelação plena do que sabem e para pôr a descoberto a eventual falsidade de suas declarações. Deve-se notar, todavia, que no próprio universo anglo-saxônico não é tranqüilo esse entendimento: vozes autorizadas denunciam os abusos e distorções a que abre margem aquela técnica, manejada em regra, com o máximo de combatividade, por advogados que, para pôr em xeque a credibilidade de depoimentos desfavoráveis, verdadeiros ou não, revelam poucos escrúpulos no emprego de expedientes e táticas de constrangimento e intimidação, sob as vistas quase sempre complacentes do juiz, assim desviado da boa rota e induzido, muitas vezes, a tomar a nuvem por Juno. Na expressão pitoresca de autor norte-

18. Vide em JACOB, *The Fabric of English Civil Justice*, Londres, 1987, p. 161 e s., a clara descrição dos *trial proceedings* no direito inglês, e particularmente do procedimento de inquirição das testemunhas, que se inicia com a *examination-in-chief*, para prosseguir com a *cross-examination* e, eventualmente, com a *re-examination*.

19. Cf. JACOB, *ob. cit.*, p. 156 e s.; JACKSON, *The Machinery of Justice in England*, 5.ª ed., Cambridge, 1970, p. 72-3; DEVLIN, *The Judge*, Oxford, 1981, p. 27, 96; INGMAN, *The English Legal Process*, 2.ª ed., Londres, 1987, p. 135-6.

americano, o comportamento observado na *cross-examination* equivale a "jogar pimenta nos olhos do cirurgião enquanto ele está operando"²⁰.

De qualquer modo, se se preferir manter fidelidade ao método tradicional da inquirição por meio do juiz, o que não se pode deixar de desejar é que este se muna de preparação adequada para desincumbir-se satisfatoriamente do encargo. Há uma técnica de interrogar, suscetível de aprendizado²¹. Dos nossos juízes, em geral, não se exigem sequer, no entanto, conhecimentos elementares de psicologia e de ciência da comunicação. Não surpreende que o produto da inquirição se mostre, em bom número de casos, tão decepcionante.

Para isso também concorrem, provavelmente, as condições ambientais desfavoráveis sob as quais, de ordinário, se colhem os depoimentos. Vale a pena uma tentativa de proporcionar aos depoentes atmosfera mais propícia à franca, espontânea e irrestrita exteriorização, prevenindo as inibições tantas vezes causadas pelo desconforto da situação em que eles se vêem, no sentido mais amplo e abrangente da expressão. Regras como a do art. 342 do Código brasileiro, que contemplam o chamado "interrogatório informal" das partes, poderiam ser exploradas em tal direção; mas é notória a parcimônia com que os órgãos judiciais delas se utilizam — em parte, talvez, porque convencidos da dificuldade ou até da impossibilidade prática, nas atuais circunstâncias, de converter atos desse tipo em genuínas oportunidades de comunicação frutuosa.

3.4. O resgate das provas orais envolve também, por força, a modificação substancial dos meios de registro e documentação dos depoimentos. Decididamente não podemos continuar a dar-nos por satisfeitos com as caricaturas às vezes grotescas, e na melhor hipótese insípidas, que nos fornecem os termos datilografados insertos nos autos. A ninguém passará despercebido quão infieis eles costumam ser na reprodução das declarações prestadas. Essa infidelidade, não há como deixar de reconhecê-lo, deve-se com frequência, pelo menos em certa medida, aos juízes mesmos, que, ao ditarem o que acabaram de ouvir, cedem à tentação de "aprimorar" os dizeres da parte ou da testemunha, substituindo-lhes o palavreado por outro tido como mais "próprio", suprimindo de modo arbitrário pormenores nem

20. FRANK, *Courts on Trial*, 3.^a ed., Princeton, 1973, p. 85. Igualmente severo o juízo de FRANKEL, *Partisan Justice*, New York, 1980, p. 16-7.

21. Vide, por exemplo, MUÑOZ SABATÉ, *Técnica procesal*, 2.^a ed., Barcelona, 1983, p. 312 e s.

sempre irrelevantes, eliminando ou atenuando contradições percebidas". Semelhante proceder confirma o vetusto adágio sobre o material de que está calçado o caminho para o inferno... Adotando-o, priva-se o juiz — e priva os órgãos a que competirá rever-lhe a decisão — de subsídios inestimáveis e insubstituíveis na valoração do depoimento assim desfigurado.

Ainda quando não se incorra em semelhantes erros — aos quais o datilógrafo raramente se furta a ajuntar sua contribuição pessoal... —, a transcrição pura e simples das declarações nada revela do tom em que se expressou o depoente, da ênfase que pôs (ou deixou de pôr) nesta ou naquela afirmação, do tempo que gastou para responder, das alterações de voz e de fisionomia que assinalaram as respostas. Ora, tudo isso é igualmente precioso para a aferição do valor da prova.

Eis por que não se pode enxergar solução plenamente satisfatória do problema no emprego da taquigrafia e da estenotipia, por maior avanço que represente em confronto com o uso até agora predominante. A própria gravação sonora do depoimento em fita magnética, se permitirá ao juiz reouvir o depoente — e aos julgadores de segundo grau, eventualmente, ouvi-lo — não ministrará, nem a um nem a outros, a respectiva imagem visual. Só o *video tape* parece, a esta altura, prometer resultado compensador, enquanto o ilimitável progresso da técnica não nos brinda com invenção mais perfeita. Sabemos todos que, ante a realidade econômica da hora presente, mesmo em países de maior desenvolvimento, é puro sonho pensar na gravação em *video tape* dos depoimentos, como prática rotineira. Cumpre, no entanto, ter sempre em mente que é nesse sentido que devemos caminhar, por mais distante que se nos afigure a meta.

4. Encerrada a instrução probatória, chega o instante, de particular delicadeza, no qual o juiz analisará as provas, a fim de formar convencimento acerca dos fatos relevantes para a decisão. Em condições normais, ninguém dispõe de melhores elementos que ele para atribuir a cada prova o justo valor. É manifesta, por exemplo, a superioridade de sua posição, a tal respeito, em confronto com a do legislador, que não teve contacto algum com *estas* provas concretas, individualizadas, existentes nos autos, mas pensou exclusivamente em modelos conceptuais, e por isso mesmo só po-

22. Excelentemente MUÑOZ SABATÉ, ob. cit., p. 315: "Protocolizar no significa constatar en forma sintética y a gusto del secretario una mínima parte de las palabras del deponente, dándoles incluso un lamentable estilo forense que les resta toda espontaneidad y posibilidad de estimación psicológica, sino transcribir literalmente todo el testimonio, incluso sin salvar errores ni contradicciones del declarante".

deria formular juízos valorativos genéricos e abstratos, inspirados, na hipótese mais favorável, em regras de experiência nem sempre capazes de pretender universal validade, e não poucas vezes em idéias preconcebidas sem qualquer justificação racional.

4.1. Não é por outro motivo que, nos tempos modernos, foi adquirindo prestígio cada vez maior o princípio segundo o qual as provas devem ser livremente valoradas pelo órgão judicial, sem as peias que lhe costumava impor uma vasta congêrie de regras apriorísticas, a determinar-lhe, por exemplo, que desse mais crédito a uma pessoa do que a outra, não em função de sinais concretos de veracidade, detectados em cada depoimento, mas em razão do estado, do sexo ou da posição social do depoente.

De excessos assim grotescos decerto se têm expurgado as legislações contemporâneas. Prematuro seria, porém, atestar o óbito do velho sistema da prova legal; ou, se morto está, forçoso é reconhecer que se mostra difícil remover-lhe o cadáver. ... Resquícios dele, com efeito, repontam a cada passo: sirva de exemplo, em nosso Código de Processo Civil, a ressalva contida na segunda parte do art. 405, § 4.º, a qual, depois de permitir que se ouçam testemunhas "impedidas ou suspeitas", se apressa em acrescentar que "os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso" e que "o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer". A cláusula final, à primeira vista enigmática — já que, literalmente, outro tanto caberia afirmar de todo e qualquer depoimento²³ —, na verdade se explica por um intuito depreciativo: o texto vale menos por aquilo que diz do que por aquilo que insinua; e o que ele insinua, nas entrelinhas, é que o juiz deve atribuir, em princípio, *menor* valor a esses do que a depoimentos de origem diversa.

Outro resíduo do gênero jaz no art. 374, *caput*, que só reconhece ao telegrama, ao radiograma e a "qualquer outro meio de transmissão" força probatória igual à do documento particular "se o original constante da estação expedidora foi assinado pelo remetente". Aí se despreza, além do mais, a possibilidade, hoje convertida em prática corriqueira, de expedir-se telegrama pelo telefone, e portanto sem "original" suscetível de ser firmado

23. Ao contrário do que sugere ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, t. I, Rio de Janeiro, 1980, p. 136, não parece que somente nos casos do art. 405, § 4.º, deva o juiz examinar o depoimento "com a máxima cautela". Não há como admitir que varie o grau de "cautela" com que ao órgão judicial incumbe analisar as diferentes provas: todas têm de merecer igual cuidado e atenção.

certa qualidade do fato, aqui designada como "verdade objetiva", ali — mais modestamente — como "probabilidade". Até a fórmulas matemáticas tem-se recorrido no afã de precisar conceitos e firmar critérios para a operação valorativa a ser efetuada pelo julgador. Bem se compreende a preocupação de rigor que subjaz a esse trabalho doutrinário; mas os resultados a que até agora se chegou parecem distantes de um ponto de repouso.

Determinada dose de subjetividade afigura-se impossível de eliminar por completo de um procedimento mental obviamente influenciado pelas peculiaridades do psiquismo de cada juiz. Os preceitos que se podem reputar pacíficos têm índole forçosamente genérica, transparente em recomendações como a de que o julgador respeite as leis da lógica e as da natureza, tais quais a ciência as revela, e as denominadas "máximas de experiência". Nesse plano inscreve-se a noção de "*sana crítica*", empregada com tanta freqüência no mundo de fala castelhana para designar o conjunto das regras de que se deve valer o juiz na apreciação da prova²⁷.

A aprofundar-se mais o estudo do tema, valeria a pena indagar, ainda, se há de ser uniforme ou, ao contrário, variar de caso para caso o padrão a ser utilizado na aferição do valor persuasivo dos elementos probatórios. Deve o juiz exigir sempre o mesmo grau de luminosidade, para admitir como verdadeiro um fato, ou convém que se satisfaça, em certas situações, com demonstração menos categórica do que reclamaria alhures? Segundo entendimento autorizado²⁸, nem todas as matérias comportam, no particular, tratamento idêntico: com relação a algumas será razoável, ou até imperioso, que se adote critério mais liberal para a aceitação da prova como bastante. Razões várias justificariam a atenuação do rigor: o fim protetivo da norma jurídica a ser aplicada; a especial dificuldade do interessado, por motivos objetivos e constantes, de conseguir elementos suficientes para lançar plena

27. Da "*sana crítica*" dava COUTURE, *Vocabulário Jurídico*, Buenos Aires, 1976, p. 532, a seguinte definição: "Calificación atribuida a las reglas que rigen los juicios de valor emitidos por el entendimiento humano en procura de su verdad, por apoyarse en proposiciones lógicas correctas y por fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad". Na literatura mais recente, ensina por exemplo PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, t. IV, Buenos Aires, s.d., p. 415: "Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y, por otro lado, de las 'máximas de experiencia', es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamentos de posibilidad y de realidad".

28. Vide, por exemplo, MAASSEN, *ob. cit.*, *passim*; HUBER, *ob. cit.*, p. 127 e s.; WALTER, *ob. cit.*, p. 148 e s., 205 e s.; PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, Munique, 1983, p. 58 e s.

pelo emitente, assim como se relega ao limbo um "meio de transmissão" qual o telex, tão usual e importante quanto refratário ao formalismo consagrado no texto²⁴.

Semelhantes concessões ao passado merecem completa eliminação, para que prevaleça, em sua plenitude, o princípio limpidamente insculpido na parte inicial do art. 131: "O juiz apreciará livremente a prova". Lamentabilíssimo seria que se desse marcha à ré, para reentronizar antigos ídolos, como ameaça fazer, em nosso país, o projeto de novo Código Civil, que em mais de um dispositivo pretende reabilitar até um conceito como o de "prova plena", já há muito felizmente banido da terminologia legal brasileira²⁵.

4.2. Livre valoração da prova não significa, é claro, arbítrio judicial na reconstituição dos fatos. A rigor, talvez nem seja próprio aplicar o adjetivo "livre", consoante não raro se faz, ao *convencimento* do juiz. O que se pode discutir, e na realidade se tem discutido, com referência a este, é o grau de força persuasiva que, uma vez valorada, deve a prova atingir para justificar a afirmação ou a negação do fato a que ela concerne.

Como se fixa esse grau é questão extremamente controvertida em doutrina. Os últimos anos têm assistido, máxime na Alemanha e na Suécia, a impressionante floração de teorias que se propõem guiar o julgador no difícil mister de determinar o ponto a alcançar para que se possa considerar que a prova teve êxito²⁶. Elas se distribuem, *grosso modo*, em duas vertentes, ditas subjetiva e objetiva, conforme ponham a tônica, respectivamente, na certeza pessoal do juiz sobre a veracidade da alegação ou em

24. Ainda aqui com razão, na crítica feita ao dispositivo, MONIZ DE ARAGÃO, *ob.*, v. e t. cit., p. 250-1.

25. Vide o Projeto de lei n.º 634-B, de 1975, in *Diário do Congresso Nacional* de 17-5-1984 (suplemento ao n.º 47), e, aí, os arts. 215, *caput* ("A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena"), e 225 ("As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão").

26. Abundante a literatura: vide entre tantos, além das exposições sistemáticas do ordenamento, MAASSEN, *Beweismassprobleme im Schadenersatzprozess*, Colômbia-Berlim-Bonn-Munique, 1975; GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, Colômbia-Berlim-Bonn-Munique, 1978; HUBER, *Das Beweismass im Zivilprozess*, Colômbia-Berlim-Bonn-Munique, 1983; BENDER, *Das Beweismass*, in *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen, 1981, p. 247 e s.; EKELÖF, *Beweiswert*, in *Festschrift für Fritz Baur*, p. 343 e s.

luz sobre os antecedentes do pleito; a verossimilhança consideravelmente maior, em princípio, de uma das versões contrapostas do episódio; e assim por diante. Tem-se entendido, por exemplo, que em ação de responsabilidade civil, proposta pelo consumidor em face do produtor, a quem se imputa negligência ou imperícia na fabricação do produto, ou pelo paciente em face do médico, a quem se atribui grosseiro erro profissional, não seria justo, sob pena de frustrar-se a aplicação do direito material, exigir prova absolutamente límpida e inequívoca da relação de causalidade entre o comportamento do réu e o dano de que se queixa o autor.

A diversidade de tratamento pode basear-se, de resto, na própria natureza da tutela jurisdicional postulada. É princípio tradicional, *v.g.*, o de que para o deferimento de medida cautelar não se requer a demonstração cabal da existência do direito invocado pelo demandante: basta o chamado *fumus boni iuris*²⁹. O Código de Processo Civil brasileiro conhece a figura da justificação incidente, diligência que se realiza na fase inicial de certos processos, como pressuposto da concessão de medida liminar, ou do prosseguimento mesmo do feito, e na qual não se pretende mais que produzir no espírito do julgador uma forte inclinação no sentido da plausibilidade do alegado³⁰: este, consoante reza o texto do art. 841, deve ser "provado quanto baste" — expressão cuja elasticidade semântica denota com toda a clareza o propósito de facilitação.

4.3. Avaliar bem a prova é tarefa de excepcional delicadeza, que em muitos casos demandaria no julgador a posse de conhecimentos de psicologia e de lógica — para não falar das ciências naturais —, habitualmente menos prestigiados na formação cultural de nossos juizes. Problemas talvez particularmente sérios suscitem as provas orais, cuja valoração já se vê prejudicada, de saída, pelos defeitos antes sumariados no modo, tão insa-

29. A noção, difundidíssima na doutrina brasileira, bem se reflete neste passo de GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. I, 2.ª ed., 1.ª tir., Rio de Janeiro, 1984, p. 164: "A aparência do direito, o *fumus boni iuris*, há de bastar. Essa aparência é que constitui pressuposto de mérito da ação cautelar. Tratando-se de cautela inominada, em que a responsabilidade de juiz se revela maior devido à amplitude da discricão, diríamos, até, que maior rigor deve ser posto na avaliação da verossimilhança do direito alegado. Mas prova *a priori* da existência absoluta, plena e cabal deste não é de exigir-se, sob pena de esvaziarmos o conteúdo da ação principal, destinada à pronúncia sobre o direito *controvertido*" (grifos do original).

30. Cf. LOPES DA COSTA, *A administração pública e a ordem jurídica privada*, Belo Horizonte, 1961, p. 333; ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. III, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1984, p. 262-3.

tisfatório, pelo qual se costumam colher e documentar. São inconvenientes que, nas atuais circunstâncias, se agravam de modo notável sempre que, com culpa do juiz ou sem ela, por má disposição para o trabalho ou em virtude de excessiva sobrecarga, já se vem a proferir a decisão depois do limite de tempo em que as imagens visuais e auditivas, ainda frescas na memória do julgador, se mostrariam capazes de ajudá-lo a superar as deficiências do registro escrito dos depoimentos. Escusado acrescentar que a probabilidade de erros de valoração se exaspera ao máximo nas hipóteses em que falta qualquer contacto direto entre o julgador e a fonte de prova — como acontece, por exemplo, quando o juiz se defronta com transcrições de depoimentos prestados alhures, mediante carta precatória ou rogatória, ou quando o órgão superior, no julgamento de recurso, se esforça em formar seu próprio convencimento à pura luz daquilo que se registrou no juízo *a quo*.

No particular, conforme assinalado, as esperanças de melhora têm de concentrar-se na generalização do emprego de meios tecnológicos modernos. Enquanto não for possível contar com eles no quotidiano forense, permanecerão modestas as perspectivas de autêntico progresso.

4.4. A operação valorativa efetuada pelo órgão judicial não pode deixar de submeter-se ao controle externo, seja dos litigantes, diretamente interessados no desfecho do processo, seja dos tribunais superiores, a que eventualmente caberá reexaminar a matéria decidida, seja da sociedade em geral, sempre afetada, desta ou daquela maneira, pelos decretos da justiça. Semelhante controle só é praticável, se se obriga o juiz a motivar seu pronunciamento, e se assegura a todos, ao menos em princípio, o acesso ao conhecimento das razões que fundamentaram a conclusão³¹. Assim se cria, além do mais, poderoso estímulo a que o julgador mobilize o melhor de sua atenção e de sua perspicácia nesse momento culminante da atividade cognitiva.

Têm variado no tempo e no espaço as idéias sobre o que há de conter uma sentença para que se possa reputar cumprido o dever de motivá-la. Aqui nos importam as razões de fato, que, em regra, noutra coisa não con-

31. Alguns dados históricos e de direito comparado, assim como sucinto exame do problema da justificação do dever de motivar, da significação do princípio no quadro do Estado de Direito, e da situação do ordenamento jurídico brasileiro em BARBOSA MOREIRA, *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*, in *Temas (Segunda Série)*, cit., p. 83 e s., com outras indicações bibliográficas.

sistem senão no resultado da valoração dos elementos probatórios, escassas que são, para o juiz, as possibilidades de utilizar conhecimentos fáticos adquiridos por meios diferentes. A tal respeito não nos podemos contentar, hoje, com simples referências genéricas e vagas às "provas dos autos": fórmulas desse teor cingem-se a homenagear ritualisticamente o dever de motivação, ao mesmo tempo que o eludem na substância. Necessidades de ordem prática, relacionadas acima de tudo com o volume de trabalho, forçam-nos a renunciar à exposição pormenorizada das impressões do julgador acerca de cada frase constante de um documento ou de um laudo pericial; as opções valorativas básicas, no entanto, essas têm de ser explicitadas e justificadas em termos cabais: não bastará, por exemplo, dizer que as declarações da testemunha X pareceram mais dignas de crédito que as da testemunha Y, mas será mister esclarecer o asserto pelo confronto das características pessoais dos depoentes, pelo exame da forma como se expressaram, da coerência interna dos depoimentos, e da respectiva concordância ou discordância com outras peças de informação.

Evitando embora o excesso de rigidez, que seria absurdo, cumpre estabelecer critérios para determinar o "conteúdo mínimo necessário" da motivação, sem o qual não se há de ter por observado o dever correlato³². A questão é de grande importância prática nos sistemas jurídicos em que, com cominação expressa ou sem ela, se consideram inválidas as sentenças não motivadas³³.

5. Aproveitamento tão completo quanto possível das fontes de prova; aumento da eficiência na colheita e no registro dos dados que elas sejam capazes de ministrar; aprimoramento dos mecanismos de valoração desses elementos — eis aí os três pontos capitais de um programa de política processual tendente a elevar o nível de rendimento da máquina judiciária, na matéria de que nos vimos ocupando. Cada um deles, à evidência, comportaria numerosos desdobramentos sobre os quais temos de passar em silêncio, para não exceder os limites próprios da ocasião.

Uma advertência final, contudo, afigura-se indispensável. A fiel reconstituição dos fatos relevantes é, normalmente, pressuposto essencial de uma

32. Para uma análise da questão, no direito italiano, vide TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Pádua, 1975, p. 466 e s.

33. Como é o caso do brasileiro, no entendimento unânime da doutrina e da jurisprudência: vide, por todos, PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. V, Rio de Janeiro, 1974, p. 90; Supremo Tribunal Federal, 15-10-1974, Recurso Extraordinário n.º 77.792, in *Revista Forense*, v. 254, p. 245.

decisão justa. A justiça, por sua vez, constitui o maior dos valores a que deve servir o processo — melhor dizendo: a que deve servir o direito. O maior, repita-se: não o único.

A insistência do juiz em esclarecer cabalmente ponto a cujo respeito lhe pareçam faltar informações completas nos autos, levada às últimas conseqüências, pode acarretar demora excessiva na solução do litígio. A garantia do contraditório estará posta em causa se ao órgão judicial parecer que a testemunha a ser interrogada se expressaria com maior liberdade, e portanto prestaria depoimento mais útil, fora da presença da parte, que a constrange e inibe. A observância rigorosa de uma regra de preclusão processual talvez prive o juiz da aquisição de elemento probatório particularmente valioso. Esses e outros tantos conflitos entre solicitações legítimas, a puxá-lo cada qual para um lado, assaltam a todo momento o espírito do julgador. Se ele o tem muito sensível, dificilmente se tranquilizará, em qualquer caso, com a lembrança da tábua de salvação que a lei lhe atira, quando lhe permite contornar as remanescentes manchas escuras da matéria fática pela simples aplicação das normas legais de distribuição do ônus da prova: é uma saída de que não há como prescindir, mas cuja utilização costuma deixar certo ressaibo amargo na mente do juiz consciencioso.

Para a sua inquietação, entretanto, é mister confessar que não existe remédio pronto e satisfatório em qualquer emergência. O que se lhe pode recomendar, à guisa de orientação, é que, entre dois males, quando não seja capaz de evitá-los ambos, opte por aquele que, nas circunstâncias, lhe pareça menor. Algum dos valores em choque precisará, em determinada extensão, ser sacrificado: que o seja na estrita medida necessária para preservar o outro da imolação total. Fala-se, ao propósito, de um "princípio de proporcionalidade", invocado, por exemplo, acerca do problema da admissibilidade das provas ilicitamente obtidas³⁴. Não se trata, contudo, de uma fórmula, mas de mera diretriz. Como aplicá-la bem, diante do caso concreto, é questão que só à consciência do juiz é dado resolver, naquele instante, dramático entre todos, em que lhe cumpre vencer quaisquer hesi-

34. "Verhältnismässigkeitsprinzip", na terminologia alemã. Cf. CAPPELLETTI, relatório geral do congresso de Florença (1971) sobre o tema *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Procedure*, no volume publicado sob esse título, Milão-Dobbs Ferry, 1973, p. 765-6; TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milão, 1974, p. 619 e s.

tações e fazer a final opção, sem auxílio exterior suscetível de atenuar-lhe a responsabilidade pessoal. Esse é o seu apanágio; e nada retrata com tão vívidas cores a miséria e a grandeza da função de julgar.

Abril de 1988.

LA COLLABORATION DES TIERS DANS L'ACTIVITÉ D'INSTRUCTION *

1. L'art. 339 du Code de procédure civile brésilien dispose que "nul n'est exempt du devoir de collaborer avec le Pouvoir Judiciaire pour la découverte de la vérité". Les articles subséquents spécifient le contenu de ce devoir: l'art. 340, pour les parties; l'art. 341, pour les tiers. Aux termes de cette dernière disposition, il incombe aux tiers, à l'égard de tout procès: informer le juge des faits et des circonstances dont ils sont au courant (n.º I) et produire les choses ou les documents qu'ils détiennent (n.º II).

La source probable de ces textes est le droit portugais. Le Code de procédure civile du Portugal (art. 524 dans la rédaction primitive, 520 suivant la réforme de 1961, 519 dans la rédaction maintenant en vigueur) attribue des devoirs de ce genre aux parties et aux tiers, et la similitude des formules employées — en dépit de quelques différences — laisse croire que le législateur brésilien s'y est inspiré. Mais nous n'aurions sûrement pas de difficultés à trouver ailleurs des règles semblables. Il serait même impardonnable, par exemple, de ne pas rappeler ici l'art. 10, alinéa premier, du Code civil français, tel que le rédigea la loi n.º 72.626, du 5 juillet 1972: "Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité". L'affinité entre ce texte et celui de l'art. 339 du Code de procédure civile brésilien saute aux yeux.

Toutes ces dispositions — et bien d'autres — reflètent l'essor d'un mouvement de pensée qui ne s'imposa pas, il faut le remarquer, sans avoir eu à vaincre de fortes résistances. On concevait mal, dans le passé, qu'un tiers pût être contraint à soumettre, disons, un document personnel aux débats publics d'un procès où il n'était pas engagé. Malgré l'existence, depuis longtemps, de textes imposant aux tiers, dans certains cas, un devoir de production de pièces, l'atmosphère culturelle ne fut pas toujours propice à l'idée de dégager un principe général de telles dispositions particulières.

* Trabalho destinado ao volume de estudos em homenagem a G. MITSOPoulos.

Au contraire: la doctrine et la jurisprudence de l'époque libérale étaient plutôt enclines à les regarder comme des exceptions auxquelles on ne pouvait donner qu'une interprétation stricte. A aller plus loin, on risquerait, semble-t-il, de mettre en échec des valeurs réputées fondamentales, comme la propriété et la liberté individuelle¹.

2. Ce tableau subit un changement progressif au fil des ans. Peu à peu, et non sans peine, une nouvelle conception de la procédure civile se fait jour. On se rend compte que le seul fait d'être porté devant le juge suffit à donner une dimension publique, "sociale", au différend entre deux particuliers, fût-ce à l'égard de rapports de droit purement privés². Il ne s'agit plus que des intérêts des plaideurs, chacun désireux de faire aboutir le procès à un résultat qui lui soit favorable: il y a aussi, et à un niveau supérieur, l'intérêt public à ce que le résultat du procès soit juste. Cela touche, on ne peut ne pas le reconnaître, la société tout entière.

Il paraît donc aujourd'hui parfaitement raisonnable que d'autres membres de la communauté se voient convoqués à prêter leur concours à la justice civile; c'est le prix à payer pour permettre d'atteindre un but utile au bien commun: le fonctionnement plus efficace de ce mécanisme. Dans cet ordre d'idées, on a pu faire allusion à un "service judiciaire", analogue au service militaire, auquel les citoyens — les tiers comme les parties — peuvent se voir assujettis³.

On a coutume de mettre en évidence le rapport entre l'évolution dont nous venons de parler — et qui n'est peut-être pas encore totalement achevée — et l'accroissement, dans presque toutes les législations contemporaines, des pouvoirs octroyés au juge en matière de preuve. Ce lien existe; il est même très étroit. Rien ne nous assure, en effet, que les tiers accompliront toujours spontanément leur devoir de coopérer à l'assemblage des éléments indispensables à la solution des *quaestiones facti*. Même à admettre que cela leur soit possible, on conçoit aisément bon nombre de motifs qui paralyseront ou du moins ralentiront maintes fois leur initiative. Il faudra probablement avoir recours à l'autorité du juge. Un juge "passif",

1. V. DAIGRE, *La production forcée de pièces dans le procès civil*, Paris, 1979, p. 142 et s.; LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960, p. 19.

2. HAHN, *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, p. 81; DAIGRE, *op. cit.*, p. 227.

3. CARNELUTTI, Carattere del nuovo processo italiano, in *Rivista di diritto processuale civile*, v. XVIII, 1941, p. 37.

tel que le voulait la mentalité du libéralisme individualiste, n'y pourra toutefois rien faire d'utile.

Dans une autre perspective — qui du reste n'est pas opposée, mais complémentaire —, la question se rattache à celle du droit à la preuve. Cette expression ne s'est répandue que récemment dans le langage du droit processuel. On parlait (et l'on parle encore) plus souvent d'une *charge* de la preuve, soit pour désigner le besoin, pour les parties, d'apporter des éléments de conviction en appui de leurs allégations, soit pour indiquer le risque d'avoir à supporter les conséquences défavorables du manque de tels éléments⁴. Mais, si l'on doit compter sur l'apport des plaideurs, il faut bien leur ouvrir la possibilité effective de se servir des moyens nécessaires pour démontrer la vérité des faits qu'ils affirment: voilà une première manifestation du droit à la preuve, qui en comporte d'autres⁵. Or, il se peut que les parties aient besoin du concours d'autrui, par exemple, si une pièce décisive se trouve entre les mains de quelqu'un qui n'est pas engagé au procès. Il devient alors indispensable, pour l'intéressé, d'obtenir la production de cette pièce — par l'entremise du juge, si le tiers ne se dispose pas à collaborer volontairement.

Interdire aux parties cette démarche signifierait, dans bien des cas, faire obstacle à l'exercice de leur droit à l'appréciation équitable de leurs prétentions. Ce serait au fond porter atteinte aux garanties fondamentales de l'action et de la défense.

3. Prenant cette expression dans son sens le plus large, on voit bien que la "collaboration" d'un tiers à l'instruction d'un procès peut se manifester de différentes manières. Le plus souvent, ce sont les connaissances personnelles du tiers qui intéressent: ce qu'il sait sur les faits touchant le litige. Pour cette hypothèse, les systèmes de droit disposent d'une voie typique, par laquelle on essaie de recueillir des informations utiles: le témoignage. La preuve testimoniale est admise partout, avec des restrictions

4. Cette dualité d'aspects se reflète dans la distinction bien connue entre la charge *subjective* et la charge *objective* de la preuve: v., pour tous, ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 13e. éd., München, p. 681-2.

5. V., sur le droit à la preuve, le rapport général de PERROT pour le XIIe. Congrès International de Droit Processuel (Würzburg, 1983), in *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, édité par HÄSSCHEID, Bielefeld, 1983, p. 91 et s. V. aussi, sous le même titre, le volume (Bielefeld, 1985) contenant un résumé des débats, fait, dans ce cas, par TARUFFO (p. 43 et s.); et encore, de ce même auteur, le rapport italien, publié, sous le titre "Il diritto alla prova nel processo civile", dans la *Rivista di diritto processuale*, v. XXXIX, 1984, p. 74 et s.

plus ou moins poussées; et, nonobstant les critiques que beaucoup lui ont adressées, elle joue, aujourd'hui comme dans le passé, un rôle très considérable dans la pratique judiciaire.

Mais, si la personne du tiers peut rendre service à l'instruction d'un procès en tant que source de déclarations, elle peut le rendre aussi en tant qu'objet d'observation. Dans un litige entre les parents d'un mineur sur la garde de celui-ci, par exemple, on comprend aisément qu'il profite au juge de vérifier l'état de santé et les conditions de vie de l'enfant. Plusieurs législations admettent *expressis verbis* une telle possibilité: v.g., le code italien (art. 118) et le portugais (art. 612). Elle est admise ailleurs par la doctrine et la jurisprudence, sous certaines réserves, même dans l'absence de texte: c'est le cas de l'Argentine⁶. C'était aussi celui du Brésil, sous l'ancien code de 1939; le code en vigueur autorise expressément le juge à une "inspection judiciaire" ayant pour objet des personnes (art. 440).

Il y a encore d'autres situations, où ce n'est plus la personne du tiers que l'on a en vue, mais un document ou une autre chose, que celui-là détient, et dont l'examen, on a des motifs pour le croire, fournira des éléments utiles à la découverte de la vérité. Il s'agit alors de permettre aux plaideurs et au juge le contact avec le document ou la chose. Une telle démarche pose bien des problèmes, dont nous indiquerons quelques-uns en temps opportun. Mais il convient tout d'abord de dire un mot sur une question commune à cette hypothèse et à celle que nous avons mentionnée en premier lieu.

4. Un texte comme celui de l'art. 341 du code brésilien donne à entendre que l'on compte en principe sur l'accomplissement spontané du devoir de collaboration attribué aux tiers. Il serait sans doute excessif de supposer que ceux-ci sont tenus de s'adresser au juge toutes les fois qu'ils croient avoir des renseignements ou des pièces concernant des faits allégués à l'occasion d'un procès⁷. On ne peut cependant écarter la possibilité qu'un tiers prenne *sponte sua* cette initiative. Le phénomène sera exceptionnel: en général les gens n'aiment guère se déranger pour des affaires qui ne les touchent pas directement, surtout si cela les entraîne devant la justice, dans

6. V. PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, t. IV, Buenos Aires, 1972, p. 477 et s.; MORELLO-PASSI LANZA-SOSA-BERIZONCE, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, t. V, La Plata, 1973, p. 615.

7. MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, v. IV-1, Rio de Janeiro, p. 136.

un milieu qui n'est pas le leur et qui parfois les effraie. Il n'en reste pas moins nécessaire d'établir le procédé à suivre, le cas échéant.

L'art. 341 du code brésilien ne contient pas de dispositions particulières à ce sujet. On doit observer le régime normal d'exécution des mesures d'instruction. Si le tiers se présente spontanément pour communiquer au juge ses connaissances, il sera entendu en témoin, tout comme si son audition avait été demandée par l'une des parties. Le juge ne saurait certes l'entendre en secret sans violer ouvertement la garantie du contradictoire. Il faut tenir une audience et y convoquer les parties, celles-ci pouvant exercer toutes les facultés que la loi leur accorde à l'égard de n'importe quel témoin.

Il se peut que le tiers s'adresse au juge par écrit. S'il se borne à informer qu'il connaît des faits concernant le litige, sans toutefois les révéler, on suivra le même procédé décrit ci-dessus. Par contre, si la communication écrite du tiers contient déjà des renseignements sur de tels faits, le juge peut tout simplement la faire annexer au dossier et la soumettre aux observations des parties. Chacune de celles-ci sera bien entendu libre de demander l'audition du signataire de la pièce en qualité de témoin. À vrai dire, le code brésilien, à la différence d'autres⁸, ne prévoit pas *expressis verbis*, en termes généraux, la possibilité d'informations écrites provenant d'un tiers; mais, d'autre part, les moyens de preuve n'y sont pas énumérés d'une façon complète: l'art. 332 en admet d'autres, pourvu qu'ils soient "moralement légitimes".

L'annexion au dossier, avec les mêmes conséquences indiquées ci-dessus, sera également la mesure à prendre, lorsque le tiers, de sa propre initiative, présente au juge un document qui lui semble utile à la manifestation de la vérité. Le procédé ne changera pas, s'il s'agit d'une autre chose susceptible d'être annexée. Sinon, le juge l'examinera, dans son cabinet ou ailleurs, en se transportant, si besoin est, sur le lieu. Les parties seront présentes, ou du moins elles auront été appelées; on leur permettra de faire les observations qu'elles estimeront opportunes.

5. Le plus souvent, toutefois, le tiers ne s'empressera pas de collaborer, à moins qu'on ne l'y convoque. Une question importante se pose alors au sujet de l'initiative d'une telle démarche. La tradition du libéralisme clas-

8. Le code français, par exemple, consacre aux "attestations" les arts. 200 à 203. V. aussi, à un niveau plus modeste, la "prueba de informes" réglée par les arts. 396 et s. du code national argentin.

sique, encore vivante en certains milieux, veut qu'on la réserve exclusivement aux plaideurs. On invoque tour à tour le principe dispositif, le principe du contradictoire, le danger pour le juge de manquer à son devoir d'impartialité, s'il descend de son "piédestal" pour s'engager activement dans la recherche d'éléments de preuve. Le pouvoir d'ordonner à un tiers la production d'une pièce, v.g., approcherait l'image du juge de celle d'un véritable inquisiteur⁹.

La faiblesse d'une telle position n'est plus à démontrer. Il convient de souligner, en tout cas, qu'aucun système juridique n'a jamais écarté d'une façon absolue la possibilité pour le juge de prendre des initiatives à l'égard des tiers, en vue de l'instruction du procès. Il faut reconnaître, par ailleurs, que les juges se montrent en général enclins à faire un usage plutôt modéré des pouvoirs octroyés par la loi. C'est un phénomène qui paraît se manifester un peu partout¹⁰ et qui se rattache à des motifs — objectifs et subjectifs — sans doute fort diversifiés; il n'y a pas lieu d'en faire ici l'énumération, même incomplète, et moins encore de les analyser.

Ajoutons que la tendance, commune à la plupart des législations modernes, à attribuer au juge un rôle plus actif dans ce domaine, ne veut se traduire par aucune sorte de compression de l'activité des parties. Celles-ci gardent bien entendu toute leur liberté d'initiative. On doit même, normalement, compter davantage sur l'impulsion privée, car les plaideurs savent mieux que personne qui pourra fournir des renseignements ou apporter des pièces utiles à la solution du litige. Leur rôle est donc irremplaçable, et elles ne sauraient se soustraire à leur responsabilité en se déchargeant sur le juge de leur tâche naturelle. Ici comme ailleurs, il ne s'agit point de substituer un monopole à l'autre, mais tout simplement de donner lieu à une conjugaison d'efforts¹¹.

En dépit de certaines ambiguïtés, c'est dans cette voie que s'est engagé, au Brésil, le Code de procédure civile de 1973. Essayons de décrire à grands traits la situation du droit brésilien en ce qui concerne notre thème.

9. V., sur tous ces points, DAIGRE, *op. cit.*, p. 31, 142 et s., 149 et *passim*.

10. V., en ce qui concerne l'Italie, les résultats d'une enquête dirigée par DENTI, in *Le prove nel processo civile*, Milano, 1973, p. 13 et s.; pour l'Autriche, FASCHING, *Zivilprozessrecht*, Wien, 1984, p. 315; quant au Portugal, ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil declaratório*, v. III, Coimbra, 1982, p. 163.

11. WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstadt, 1978, p. 86 et s., 97 et s.; DAIGRE, *op. cit.*, p. 123 et s.

6. Le premier cas est celui du tiers dont on a des raisons de supposer qu'il connaît des faits concernant le litige. Le procédé usuel consiste ici à le faire entendre comme témoin. Or la règle presque absolue, quant à la preuve testimoniale, est celle de l'initiative des parties. En principe, chacun des plaideurs indiquera au juge les personnes dont il désire la déposition et, au besoin, lui demandera qu'elles soient convoquées à se présenter au lieu, jour et heure fixés pour l'audience (art. 407 et 412, *caput*, al. 1).

Quant au pouvoir de déterminer *ex officio* un témoignage, l'art. 418, n.º I, le reconnaît expressément au juge à l'égard d'un tiers qui ait été mentionné dans la déposition d'une partie ou d'un autre témoin. Certains en infèrent, par un raisonnement *a contrario*, la négation d'une telle possibilité dans toute autre hypothèse¹². On rappellera pourtant la règle générale de l'art. 130, aux termes duquel il incombe au juge d'ordonner, d'office ou sur demande des parties, les mesures d'instruction nécessaires; ce texte n'établit aucune restriction en fonction du moyen de preuve¹³. Du reste, on aurait sans doute de la peine à trouver un fondement juridique ou logique assez solide pour soumettre la preuve testimoniale à un régime exceptionnel de ce point de vue¹⁴.

Il y a une autre voie pour la communication, par les tiers, de leurs connaissances sur les faits litigieux: les déclarations écrites. Elles sont admissibles, nous l'avons déjà remarqué, même en absence d'une prévision spécifique dans le Code de procédure civile, eu égard à la formule générique de l'art. 332, quoique la pratique judiciaire penche à les regarder avec quelque méfiance. La déclaration peut être présentée par l'une des parties, mais le juge peut, lui aussi, la demander d'office d'un tiers; parfois, il a même le devoir de le faire: lorsqu'il s'agit, v.g., d'une demande de pension alimentaire, et que le défendeur est employé d'une entreprise ou fonctionnaire public, le juge doit solliciter à l'employeur ou à l'Administration de le renseigner sur le salaire ou le traitement de celui-là (art. 5, § 7, de la loi n.º 5.478, du 25-7-1968). Dans tous les cas, bien entendu, la

12. V.g., ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, S. Paulo, 1986, p. 145. Contre: MONIZ DE ARAGÃO, *op. cit.*, v. IV-2, p. 76; PESTANA DE AGUIAR, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, 2e. éd., S. Paulo, 1977, p. 351-2.

13. C'est ce que souligne, avec raison, CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, 3e. éd., Rio de Janeiro, 1983, p. 531.

14. En République Fédérale d'Allemagne, où un tel régime existe, la doctrine le critique de *lege ferenda*: v. BAUR, *Zivilprozessrecht*, 5e. éd., Frankfurt am Main, 1985, p. 30; ZETTEL, *Der Beibringungsgrundsatz*, Berlin, 1977, p. 140.

déclaration écrite du tiers sera soumise au contradictoire des plaideurs. Il n'est pas rare que l'on enjoigne à son signataire de déposer en témoin.

Il convient d'ajouter que le code brésilien confère aussi expressément au juge le pouvoir de demander à l'Administration des certificats et des extraits nécessaires à prouver les allégations des parties (art. 399, I). Cela vaut même pour les procès à l'égard desquels l'Administration ne serait qu'un tiers.

Si le tiers n'intéresse pas à l'instruction en tant que source de déclarations, mais en tant qu'objet d'observation, le procédé convenable consiste à le soumettre à une "inspection judiciaire". Aux termes de l'art. 440 du code brésilien, le juge peut à tout moment, *ex officio* ou sur demande d'une partie, faire l'inspection de personnes ou de choses, à fin de s'éclaircir sur un fait important pour la solution du litige. Lorsque le Ministère Public participe au procès en qualité de *custos legis*, la loi lui ouvre également, ici comme ailleurs, la possibilité de demander au juge l'exécution de cette mesure (art. 83, II).

Une dernière possibilité c'est que l'on éprouve le besoin d'examiner un document ou une chose dont on présume que le tiers ait la détention. Il faudra alors lui enjoindre de produire le document ou la chose. La teneur de l'art. 360 du code brésilien donne à entendre qu'une telle démarche se subordonnerait à l'initiative de la partie, si bien que la plupart des commentateurs refusent au juge le pouvoir de s'y engager d'office¹⁵. Mais c'est trop extraire, à notre avis, de l'interprétation littérale d'un texte. Pour quoi ne prourrait-on invoquer ici la disposition générique de l'art. 130? Le devoir attribué aux tiers, par l'art. 341, II, de produire les choses et les documents qu'ils détiennent, ne convient-il pas de le comprendre comme un devoir envers la Justice plutôt que comme un devoir envers les plaideurs? C'est du reste ce que suggère le rapprochement entre les deux règles de l'art. 341, dès lors que l'on admet la possibilité, pour le juge, de demander aux tiers, *ex officio*, des informations sur les faits et les circonstances dont ils sont au courant. D'ailleurs, si le juge peut, de sa propre initiative, entendre un tiers en témoin, le soumettre à une inspection, déterminer une expertise, ordonner aux parties la production des pièces qu'elles détiennent, on ne voit aucune raison pour ne pas appliquer ici le même principe. Ce serait

15. AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, 3e. éd., Rio de Janeiro, 1982, p. 125, 135; MONIZ DE ARAGÃO, *op. cit.*, v. IV-1, p. 190, 203.

une exception nullement justifiée *de lege ferenda* et nettement opposée à la tendance prédominante dans les législations plus modernes¹⁶.

7. Le devoir de collaboration des tiers n'est évidemment pas illimité. Ils peuvent avoir un intérêt légitime à s'esquiver devant une démarche dont ils n'ont aucun profit personnel à attendre et laquelle, par surcroît, risque maintes fois de porter atteinte à des biens ou à des valeurs qu'ils aimeraient préserver. Ces biens et ces valeurs méritent d'ailleurs souvent, eux aussi, la protection du droit. Ils se revêtent même parfois d'une signification sociale que l'on songe, par exemple, au secret professionnel. La loi brésilienne, comme tant d'autres, s'efforce de les sauvegarder.

Aux termes de l'art. 406, I, du code de procédure civile, un tiers entendu comme témoin n'est pas tenu de déposer sur des faits dont la connaissance soit susceptible de causer un préjudice grave à lui-même, à son conjoint ou à des personnes ayant avec lui un lien de parenté ou d'affinité, en ligne directe ou au second degré de la ligne collatérale. L'art. 406 II, semble appliquer ce même régime aux cas où le témoin est lié par un secret propre de son état ou de sa profession. En réalité, il faut y voir une interdiction plutôt qu'une simple dispense de témoigner: la situation des tiers liés par le secret professionnel s'assimile à celle des personnes frappées d'une incapacité ou d'un empêchement au témoignage (art. 405, §§ 1 et 2). On citera l'avocat, qui a non seulement la faculté, mais le devoir de se refuser à témoigner dans un procès où il aurait exercé son activité professionnelle, ou sur un fait touchant l'un de ses clients (loi n.° 4.215, de 27-4-1963, art. 87, XVI).

Le code est plus libéral en ce qui concerne la production de documents ou de choses: l'art. 363 dresse une liste bien plus longue d'hypothèses où le tiers peut se dérober à la collaboration. On y retrouve celle du secret auquel le tiers est tenu en raison de son état ou de sa profession (n.° IV); et il vaut la peine d'observer, encore une fois, qu'il s'agit ici moins d'une permission que d'une imposition du refus. Celui-ci constitue, par contre, une faculté du tiers: lorsque le document ou la chose a rapport aux affaires de sa propre vie familiale (n.° I); lorsque la production viole un devoir d'honneur (n.° II); lorsque l'exhibition du document entraîne le déshonneur

16. Le pouvoir du juge d'enjoindre d'office à un tiers la production de pièces détenues par celui-ci est consacré, parmi d'autres, par le Code Judiciaire belge, de 1967 (art. 877), par le Code national de la République Argentine, de 1970 (art. 36.

du tiers ou de ses parents ou alliés jusqu'au troisième degré, ou les expose au risque d'un procès pénal (n.º III). L'énumération s'achève par une formule générique: le refus de produire peut se fonder sur "d'autres motifs graves", suffisants à le justifier selon l'appréciation discrétionnaire du juge (n.º V).

Quant à l'"inspection judiciaire", il faut distinguer selon qu'elle ait pour objet une chose détenue par le tiers ou la personne même de celui-ci. Dans le premier cas, l'art. 363 est applicable par analogie¹⁷. Dans le deuxième cas, le tiers n'est pas tenu, à notre avis, de se soumettre à l'inspection. Le code n'attribue un tel devoir qu'aux seules parties: l'art. 341 ne contient pas de disposition semblable à celle de l'art. 340, II. Le législateur brésilien s'est écarté ici de son modèle: l'art. 519, n.º 1, du code portugais, en effet, impose expressément à tous — qu'ils soient ou non parties au procès — le devoir de se soumettre "aux inspections nécessaires". Chez nous, le juge ne peut faire l'inspection d'un tiers que si celui-ci y consent. Lorsqu'il s'agit d'un incapable, le consentement sera donné par son représentant.

8. Il nous reste à dire quelques mots sur les conséquences de l'abstention ou du refus du tiers, dans les cas où il est tenu d'apporter sa collaboration. Dispose-t-on de moyens appropriés pour vaincre sa résistance? La question n'est pas très simple. On peut, par exemple, essayer d'induire un plaideur à prêter son concours à une mesure d'instruction, en le menaçant d'attribuer à son inertie une valeur probatoire: le juge l'interprètera comme une reconnaissance du manque de véridicité des allégations de la partie, ou du bien fondé de celles de son adversaire. Une telle technique serait pourtant inefficace à l'égard du tiers, qui n'a aucun intérêt personnel en cause et auquel, par conséquent, la solution du procès importe peu.

On recule parfois devant l'emploi de moyens de coercition directe, que beaucoup estiment incompatibles avec la justice civile. Aussi s'en tient-on, dans plusieurs systèmes processuels, à des mesures préventives ou réparatrices à caractère pécuniaire: astreintes, amendes, dommages — intérêts¹⁸. Quant à ceux-ci, il faut bien reconnaître que le préjudice matériel

17. MONIZ DE ARAGÃO, *op. cit.*, v. IV-2, p. 218; BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, 7e. éd., Rio de Janeiro, 1986, p. 105.

18. En Italie, l'art. 118, al. 3, du *codice di procedura civile* prévoit l'imposition d'une sanction pécuniaire au tiers qui ne consentirait pas à l'inspection judiciaire. Aucune sanction n'est prévue, toutefois, pour le cas du refus à la production d'une pièce. Peut-on y appliquer par analogie l'art. 118, al. 3? Les avis sont partagés: v.

ne sera pas toujours facile à apprécier: on ne peut en effet avoir une certitude absolue, v.g., sur le sort qu'aurait eu le procès si la pièce avait été produite¹⁹.

Le législateur brésilien ne se fit pas de scrupules en ce qui concerne les moyens de coercition directe. Il a conféré au juge le pouvoir de faire amener devant soi un témoin défaillant qui ne justifierait pas de son impossibilité de comparaître (art. 412, *caput*, al. 2). En matière de production d'un document ou d'une chose, si le tiers n'obéit pas à l'ordre d'exhibition, le juge peut faire appréhender le document ou la chose, au besoin à l'aide de la force publique (art. 362). Ce même procédé est utilisable, sauf impossibilité pratique, dans le cas où le tiers s'abstient de mettre à la disposition du juge la chose qu'il détient et qui doit faire l'objet d'une inspection judiciaire²⁰.

Il y a en outre les sanctions pénales. Celui qui désobéit à un ordre légal d'un fonctionnaire public encourt les peines prévues dans l'art. 330 du Code pénal. La notion de "fonctionnaire public" comprend ici le juge. Cette disposition est applicable, par exemple, au tiers qui s'obstinerait à ne pas fournir la déclaration écrite demandée par le juge, au sujet de faits touchant le litige. Elle ne s'applique pas, à notre avis, au tiers qui refuserait à se soumettre à une inspection judiciaire portant sur sa propre personne: il n'est pas tenu, nous l'avons dit, d'y consentir, et par conséquent un ordre de ce genre ne serait pas "légal".

Dezembro de 1986.

d'un côté, REDENTI, *Diritto processuale civile*, 3e. éd., mise à jour par CARNACINI et VELLANI, v. 2, Milano, 1985, p. 219; S. COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, 4e. éd., Torino, 1973, p. 298; de l'autre côté, D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, 4e. éd., Torino, 1957, p. 383; SKITA, *Diritto processuale civile*, 6e. éd., Padova, 1959, p. 263; LA CHINA, *op. cit.*, p. 264.

19. DAIGRE, *op. cit.*, p. 242.

20. MONIZ DE ARAGÃO, *op. cit.*, v. IV-2, p. 219.

CONTEUDO E EFEITOS DA SENTENÇA: VARIACÕES SOBRE O TEMA *

1. Todo ato jurídico tem um conteúdo, onde se podem discernir notas essenciais, pelas quais ele se distingue dos outros atos jurídicos, e por isso mesmo fornecem elementos para sua definição. Assim, por exemplo, o conteúdo do contrato de compra e venda consiste em dupla manifestação de vontade: do vendedor, no sentido de transferir o domínio de certa coisa, e do comprador, no de pagar-lhe certo preço em dinheiro. O conteúdo é algo que não pode faltar ao ato, sob pena de comprometer-lhe a existência. Se não houver as duas manifestações de vontade, a do vendedor e a do comprador, simplesmente não haverá compra e venda.

Por outro lado, todo ato jurídico é, em tese, suscetível de produzir efeitos no mundo do direito — característica pela qual, justamente, se distinguem os atos *jurídicos* dos que não o são. Os efeitos podem ser considerados em potência (como passíveis de produzir-se) ou em ato (como realmente produzidos). Quando o advogado orienta o cliente, que quer comprar ou vender algo, sobre o que acontecerá se ele assim proceder, está adotando a primeira perspectiva; na segunda, ao contrário, coloca-se o juiz quando, na sentença, se pronuncia sobre o que resultou da compra e venda celebrada pelas partes. Considerados em potência, os efeitos são essenciais à configuração do ato jurídico; noutras palavras, a aptidão para produzir os efeitos típicos não pode deixar de existir naquele, sem desnaturá-lo. Considerados em ato, podem os efeitos faltar, no todo ou em parte, definitiva ou temporariamente, sem tal consequência: uma compra e venda nula, por exemplo, não vincula comprador nem devedor, sem que por isso deixe de enquadrar-se com absoluta exatidão no conceito de compra e venda.

Eficácia, enfim, é palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos. Em

* Publicado na *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 46, na *Revista de Processo*, v. 40, e em *Ajuris*, v. 35.

correspondência com o duplo enfoque dos efeitos, acima exposto, pode-se falar de eficácia como simples aptidão para produzir efeitos (em potência) ou como conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato). Menos freqüente é o uso de "eficácia" como sinônimo de efeito, isto é, para designar cada um dos efeitos (em potência ou em ato) particularmente considerados, o que leva a conferir-se ao mesmo ato jurídico uma pluralidade de "eficácias".

2. É natural que se estabeleça relação íntima entre o conteúdo e os efeitos de um ato jurídico. O ordenamento atribui a cada ato jurídico, em princípio, efeitos correspondentes ao respectivo conteúdo, sem embargo da possibilidade de que, eventualmente, se atribuam efeitos iguais a atos de diferentes conteúdos, ou vice-versa. Para admitir a correspondência não é preciso ver entre o ato jurídico e os efeitos que ele produz, ou pode produzir, nexos de causalidade semelhante ao que existe entre um fato natural e suas conseqüências. Substitua-se o conceito de causalidade, neste âmbito, pelo de imputação¹, e continuará verdadeiro o princípio de que depende do conteúdo do ato o serem tais ou quais os efeitos deste.

De modo algum significa isso que o efeito produzido pelo ato se identifique ou se confunda com o respectivo conteúdo, ou faça parte desse conteúdo. O efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico². Padece de contradição a idéia de um efeito "incluso" no ato jurídico. O que nele está incluso são os elementos de seu conteúdo. Pode-se legitimamente indagar a que elemento do conteúdo de um ato corresponde o efeito X, que a esse ato se atribui; ou, inversamente, qual dos seus vários efeitos corresponde ao elemento Y, que lhe integra o conteúdo. Não se pode, todavia, fazer tábua rasa da distinção entre as duas realidades, para localizar *no conteúdo* do ato os efeitos, ou qualquer dos efeitos, a este atribuídos.

1. Como queria Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. esp., Buenos Aires, 1960, p. 16 e s.

2. Não se ignora que Aristóteles dava grande extensão ao conceito de causa, fazendo-o abranger não só o ser que exerce influência sobre outro distinto (causa extrínseca), mas também a realidade que entra na constituição de um ser composto (causa intrínseca); nesta última hipótese, ter-se-ia uma causa *interior* ao efeito (não o inverso, observe-se!). Ainda a abstrair-se, porém, da questão de saber se tais noções se aplicam ao vínculo entre o ato jurídico e seus efeitos — o que pressuporia resolvida em certo sentido a indagação sobre a natureza "causal" desse vínculo —, deve notar-se que, na linguagem corrente em nossos dias, se reserva a denominação

Os juristas tecnicamente mais escrupulosos sublinham a diferença. Alude-se à "exigência de distinguir nitidamente entre o conteúdo do negócio e o tratamento jurídico — os chamados *efeitos* jurídicos — dele"³; e a advertência vale, a bem dizer, dentro e fora do estrito campo negocial. Conteúdo e efeito são verdadeiramente entidades inconfundíveis. Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra.

3. O que se disse dos atos jurídicos em geral diz-se igualmente, em particular, da sentença. Também quanto a esta se distinguem um conteúdo, algo que está nela, que a integra, e vários efeitos que, nascendo dela, se manifestam fora, se projetam *ad extra*. Esses efeitos variam segundo o conteúdo, são determinados por ele⁴, mas nem por isso com ele se confundem.

Nalguns casos é tão óbvia a distinção, que se torna quase ridículo dar ênfase ao ponto. Há consenso por assim dizer universal, *v.g.*, em atribuir à sentença condenatória o essencial efeito de ensejar a execução. Ninguém situa esse efeito, contudo, no *interior* da própria sentença. Supõe-se, isso sim, que ele corresponda a algo do conteúdo da sentença condenatória, a algo que existe nela e não existe nas outras sentenças, desprovidas daquele efeito. Muito se tem discutido sobre tal *quid* específico, e não é este o lugar próprio para recapitular nem para retomar o debate; mas parece evidente que, seja como for, o elemento característico da sentença condenatória (*rectius*: do seu conteúdo) não se identifica com o efeito executivo que ela irradia.

Nem sempre se manifesta o fenômeno, porém, com tanta nitidez. Para enevoá-lo concorre certa equivocidade da própria linguagem doutrinária.

de "causa" para as causas extrínsecas: cf. DE RAEMYAEKER, *Filosofia del ser*, trad. esp., Madri, 1956, p. 367, nota 1. Não nos enganemos, por outro lado, com a afirmação, feita pelos filósofos, de que "o efeito preexiste na causa": preexiste *virtualmente*, e por isso o mesmo escritor, sem incorrer em contradição, pode afirmar tal preexistência e dizer que "*a causa deve ser realmente distinta do efeito*" (assim, *v.g.*, JOLIVET, *Curso de Filosofia*, trad. Eduardo Prado de Mendonça, 4.^a ed., Rio de Janeiro, 1959, p. 295 e 299 — grifado no original).

3. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Turim, 1952, p. 84 (grifo correspondente ao do original). Cf. p. 85: "*Ma il contenuto deve sempre tenersi nettamente distinto dal trattamento giuridico, cioè dagli effetti*".

4. Veja-se como se expressava HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, v. I, Aalen, 1968 (reimpr. da edição de Leipzig, 1921), p. 38, ao tratar da classificação das sentenças: "*Der Inhalt und die nach ihm sich bestimmende Wirkung dieser Urteilsarten...* (O conteúdo e a eficácia, determinada de acordo com ele, dessas espécies de sentenças...)"

Em se tratando, por exemplo, da declaração, se é transparente o sentido de expressões como “conteúdo declaratório” ou “elemento declaratório” da sentença, pode ao contrário suscitar perplexidade a referência ao “efeito declaratório” desta. Quando não se tem o cuidado de explicar em que consiste o efeito aludido, corre-se o risco de pôr em falsa pista o leitor. Deveria ser cristalino que o efeito não se confunde com a declaração mesma⁵. Não é despropositado rezear, todavia, que a confusão se insinue em espíritos menos prevenidos.

4. A questão reveste maior sutileza no que tange à sentença constitutiva, e afigura-se oportuno reservar um tópico especial para examiná-la por esse ângulo. É pacífica a noção de que o traço característico das sentenças da classe reside na modificação jurídica que por meio delas se opera. Sucede que a palavra “modificação” é, em certa medida, equívoca: pode indicar o ato pelo qual se modifica alguma coisa, ou o estado conseqüente a esse ato⁶. Cumpre ter em vista, no estudo da sentença constitutiva, a dualidade de significações.

Ao nosso ver, a modificação *enquanto ato* situa-se no conteúdo da sentença. Semelhante conteúdo é duplo: desdobra-se no reconhecimento do direito à modificação (direito potestativo, na terminologia corrente em

5. Escreve HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Processo de conhecimento*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1984, p. 565: “Para os partidários da doutrina de LIEBMAN, à que se filiou nosso Código, os efeitos principais da sentença são a *condenação*, a *declaração* ou a *constituição*” (grifados no original). Entretanto, o mestre italiano distingue: a propósito, v.g., da sentença meramente declaratória, após dizer que “*l'effetto della sentenza di accertamento è dichiarativo*”, cuida de esclarecer que este “*consiste in ciò che la situazione giuridica che fu oggetto della sentenza varrà per le parti così come fu accertata, e diviene irrilevante qualsiasi contestazione*” (*Manuale di diritto processuale civile*, v. II, 4.^a ed., Milão, 1981, p. 234). Tal como descrito, o efeito, à evidência, resulta da declaração, que forma o conteúdo da sentença (cf. o v. I da mesma obra, 4.^a ed., Milão, 1980, p. 160: “*Tutte le sentenze che decidono il merito di una causa contengono anche un accertamento intorno al rapporto giuridico dedotto in giudizio*”). Os autores de língua alemã, por sua vez, falam de *Feststellungswirkung* (ao pé da letra, efeito da declaração) para designar a coisa julgada material: vide, por todos, ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 13.^a ed., Munique, 1981, p. 919. Já HELLMIG, ob. e v. cit., p. 776, aludia à “*bindende Kraft der im Urteile enthaltenen Feststellung* (força vinculativa da declaração contida na sentença)”, modo de dizer em que é nítida a distinção entre o conteúdo (declaração) e o respectivo efeito (vínculo).

6. Veja-se a primeira definição de AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, in *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*: “Ato ou efeito de modificar (-se)”.

nossa doutrina) e na atuação desse mesmo direito⁷. O segundo elemento é o que ressalta no teor da decisão, em que o órgão judicial diz: “anulo o contrato”, “decreto o divórcio”, “homologo a sentença estrangeira”, “exonero o autor do dever de alimentar a ré” e assim por diante. As formas verbais “anulo”, “decreto”, “homologo”, “exonero” etc. expressam a modificação *enquanto ato*.

Já a modificação *enquanto efeito* é evidentemente exterior à sentença. Consiste ela na situação nova, conseqüente ao ato modificativo. As partes achavam-se ligadas por vínculos resultantes do contrato; anulado este, cessam os direitos e obrigações contratuais. Autora e réu eram casados; decretado o divórcio, passam a viver sob estado civil diverso. A sentença estrangeira não produzia qualquer efeito no Brasil; uma vez homologada, a sua eficácia manifesta-se no território nacional. Tinha o autor de pagar à ré pensão alimentícia; exonerado, daí em diante não se lhe pode exigir qualquer pagamento a esse título. A nova situação, nascida do ato modificativo, caracteriza-se, respectivamente, pela superveniente inexistência de direitos e obrigações contratuais entre as partes, pelo estado civil de divorciado em que cada qual passa a viver, pela produção, no Brasil, dos efeitos da sentença estrangeira, pelo desaparecimento do dever alimentar. Em todos os casos, a situação que se forma é diferente da que preexistia à sentença, pouco importando, por tal prisma, que esta se compreenda entre as chamadas “constitutivas positivas” (como a de homologação de julgamento estrangeiro) ou entre as denominadas “constitutivas negativas” (qual a de anulação de contrato).

Parece escusado insistir em que o efeito (situação nova) não pode estar incluído no conteúdo da sentença. Trata-se de algo que a ela se segue, que dela resulta, e que portanto, necessariamente, fora dela se situa. O que a sentença contém é o ato de modificar a situação anterior⁸.

5. A presença de mais de um elemento no conteúdo sentencial não é, como se sabe, traço peculiar à sentença constitutiva. Também a sentença

7. Segundo HELLMIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Aalen 1967 (reimpr. da ed. de Leipzig, 1901), p. 2-4, a modificação seria “o conteúdo imediato (*der unmittelbare Inhalt*)” da sentença constitutiva, na qual, porém, haveria igualmente a afirmação implícita da existência do direito à modificação.

8. Perfeitamente correta a frase de OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *A ação de imissão de posse*, São Paulo, 1981, p. 71: “A sentença constitutiva tem, *incluso* em si mesma, o ato modificativo do mundo jurídico” (grifos do original). Já no princípio do século escrevera KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, Aalen, 1969 (reimpr. da ed. de Leipzig, 1903), p. 46, que, na sentença constitutiva, o pronunciamento

condenatória, no entendimento pacífico dos estudiosos, encerra, a par da condenação, a declaração da existência do direito à prestação imposta.⁹ Generalizando, costuma a doutrina afirmar que em toda sentença se contém um elemento declaratório¹⁰.

Menos corriqueira é a idéia de que em *qualquer* sentença se podem descobrir os elementos característicos de *todas* as espécies do gênero. Foi ela sustentada no Brasil, com grande vigor e autoridade, a partir de uma classificação quádrupla das sentenças, que, junto das três classes habitualmente admitidas — a das sentenças meramente declaratórias, a das constitutivas e a das condenatórias —, enfileira ainda a das sentenças mandamentais e a das sentenças executivas¹¹. A determinação da classe obedecerá ao critério da preponderância: classifica-se como declaratória a sentença *preponderantemente* declaratória, como constitutiva a *preponderantemente* constitutiva, e assim por diante, permanecendo firme a premissa de que de nenhuma estarão ausentes por completo as notas características das outras classes. De modo compreensível, atribui-se a toda sentença

do juiz "contém (*enthält*) uma modificação". Menor precisão em LIEBMAN, ob. cit., v. II, p. 403, onde se atribui à sentença constitutiva o "efeito" característico "*di operare il mutamentò*"; este na verdade integra o conteúdo da sentença, consoante aliás ensina o autor na mesma página: "*Le decisioni sul merito possono avere diverso contenuto e cioè: c')...; c'')...; c''')*" mutamento jurídico, quando a sentença constitui, modifica ou extingue um rapporto giuridico" (destaque do original). O efeito, reitera-se, é a situação conseqüente ao "mutamento"; para usar a expressão de OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, é o "mundo jurídico" tal como se apresenta depois de modificado pela sentença. Equívoco, por causa da ambigüidade da palavra "mudança". TOMÁS PARÁ FILHO, *Estudo sobre a sentença constitutiva*. São Paulo, 1973, p. 140: "... o efeito constitutivo da sentença, isto é, a mudança do estado, ou situação jurídica, alcança, diretamente, as partes".

9. Supérfluas as citações; em todo caso, vide, na literatura pátria, por todos, AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 5.ª ed., São Paulo, 1981, p. 31-2.

10. Assim, v.g., com perfeita clareza, NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., Tübingen, 1952, p. 385: "*Jedes Urteil enthält sonach eine Feststellung* (Toda sentença contém portanto uma declaração)".

11. O grande propugnador de tal sistematização, como é notório, foi PONTES DE MIRANDA, cujo pensamento, em substância, está condensado nos capítulos sobre classificação das ações e sobre classificação das sentenças do t. I do *Tratado das ações*, São Paulo, 1970, p. 117 e s. e 197 e s., respectivamente. Cf., em data mais recente, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. V, Rio de Janeiro, 1974, p. 49 e s. Idêntica orientação em OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Eficácias da sentença e coisa julgada*, no volume *Sentença e coisa julgada*, Porto Alegre, 1979, p. 93 e s. (vide também, no mesmo volume, p. 35 e s., o ensaio "Sentença mandamental"). Semelhante a posição de JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Direito Processual Civil*, São Paulo, 1976, 2.º v., p. 201 e s.

uma pluralidade de efeitos (ou de "eficácias"), com "pesos" variáveis, de cinco a um, correspondendo o peso maior ao efeito preponderante (denominado "força"), e os outros, sucessivamente, aos demais, na ordem decrescente de importância, sempre com soma igual a quinze.

6. A construção não está isenta de certo artificialismo. Dizer que toda sentença contém, pelo menos, condenação do vencido ao pagamento das custas e, por isso, tem eficácia condenatória, seja qual for a classe a que pertença¹², é enunciar proposição que suscita reservas de vários teor. Em primeiro lugar, ela despreza a distinção entre o capítulo principal e o capítulo acessório, relativo às custas: é claro que, em sentença formalmente una, podem coexistir capítulos de naturezas diferentes e, por conseguinte, de efeitos diversos, cada um dos quais, porém, remonta a uma fonte substancialmente distinta. As coisas se passam como se houvesse duas (ou mais) sentenças distintas: *quot capita, tot sententiae*. Trivial, não autoriza o fenômeno ilações sistemáticas do portê da que se pretende extrair. Se o juiz, por erro, omitir a condenação acessória nas custas (e, acrescente-se, na verba honorária), sendo o capítulo principal meramente declaratório, e não se vier a suprir a omissão, qual será o efeito condenatório da sentença?

De resto, a obrigatoriedade da condenação acessória é contingente; ainda quando a acolha como regra, pode o ordenamento abrir exceções. Para mencionar texto recente, objeto de grande interesse, e não só dos especialistas, aí está o art. 53, 1.ª parte, da Lei n.º 7.244, de 7-11-1984, que dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas: "A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé". Outro exemplo é o da compensação decorrente de sucumbência recíproca, nos termos do art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil.

Boa dose de artificialismo igualmente se percebe, sem muito esforço, em afirmações como a de que "em toda sentença há, pelo menos, a constitutividade que resulta de ter sido proferida", ou na de que "todas as sentenças declarativas constituem, porque, com a sentença, se têm a eficácia de coisa julgada material e algo novo"¹³. Neste último lance ressalta, aliás, óbvias imprecisões. Será exato, para começar, que, "com a sentença", se tenha *desde logo* "a eficácia de coisa julgada material"? Justifica-se, por outro lado, identificar, como aparentemente se faz, cons

12. PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, cit., t. I, p. 142, 144.

13. PONTES DE MIRANDA, *ibid.*, p. 142 e 143, respectivamente. Os grifos são do original.

titutividade com idoneidade para produzir coisa julgada material?¹⁴ Finalmente: o “algo novo” que a sentença declaratória faz surgir — e que não pode consistir senão na *certeza oficial* sobre a existência ou a inexistência da relação jurídica, ou sobre a autenticidade ou falsidade do documento —, porventura se equipara à inovação operada pela sentença constitutiva? É manifesto que, em certo sentido, toda sentença traz consigo “algo novo”: quando menos, o fato de sua própria existência; mas não parece que se contribua para o esclarecimento do problema em pauta, nem de maneira geral para o progresso da ciência, quando se consideram indiscriminadamente quaisquer “novidades” concebíveis, como se se tratasse de fenômenos homogêneos.

7. A ânsia de “sistematizar” a todo custo pode às vezes induzir os juristas, sem exclusão dos maiores, a utilizar, na representação da realidade, técnicas que confinam perigosamente com a fotomontagem. Corre-se o risco de manipular os dados, por amor da harmonia plástica da composição. O resultado será talvez fascinante do ponto de vista estético; deixará, porém, certo ressaibo de insatisfação na mente de quem espere algo mais de uma construção doutrinária. É o caso, ao nosso ver, da teoria da “constante quinze”.

Subsiste, incólume, a verdade básica: uma sentença pode conter elementos diversos e produzir, por via de consequência, efeitos também diversos. O elemento declaratório, em particular, está presente em qualquer sentença. A cada elemento corresponderá um efeito próprio, sem que isso nos autorize a identificar este com aquele, nem a embutir *no conteúdo* da sentença aquilo que ela projeta no mundo *exterior*. Eis aí tudo, ou quase tudo, que cabe dizer em termos genéricos, sem forçar os contornos do real.

Em nível específico, ter-se-ia de precisar, depois, em que consiste o efeito peculiar a cada um dos possíveis elementos. Nem se esgotaria, com isso, a problemática: seria ainda necessário investigar se, além desses efeitos por assim dizer *típicos*, se mostra a sentença capaz de surtir outros; e, na hipótese afirmativa, em que se distinguem estes daqueles, e como se explica a respectiva produção. É matéria, à evidência, para tratamento

14. A resposta afirmativa entraria em conflito com a doutrina adotada pelo próprio PONTES DE MIRANDA, que relaciona a coisa julgada material com a *declaração*: *vide*, entre muitos outros passos, o mesmo *Tratado das ações*, cit., t. I, p. 163, 182-4.

mais respeitoso do que o que lhe seria possível dar numa despreziosa *coda*; e iniciar, a esta altura, ainda outra variação sobre o tema constituiria inominável abuso contra a paciência do leitor — se é que ela bastou para fazê-lo chegar até este ponto, por ora, final.

Dezembro de 1984.

EFICÁCIA DA SENTENÇA DE INTERDIÇÃO POR ALIENAÇÃO MENTAL *

1. Nos termos do art. 1.184, 1.^a parte, do Código de Processo Civil, "a sentença de interdição produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação". A regra é tradicional no direito brasileiro: já estava no art. 452 do Código Civil ("A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso"). O estatuto processual de 1939, no art. 609, introduzira pequena modificação, subordinando a produção dos efeitos da sentença ao registro ou, onde não o houvesse "especial", à publicação três vezes por edital, com intervalo de dez dias¹. Mantivera todavia, o essencial, a saber, a eficácia imediata da sentença, não obstante sujeita a apelação — ou, em outras palavras, a excepcional exclusão do efeito suspensivo desse recurso. Também hoje assim é: apesar da omissão que se nota no art. 520, 2.^a parte, do Código em vigor, é pouco menos que pacífico o entendimento segundo o qual se recebe unicamente no efeito devolutivo a apelação contra a sentença de que se trata².

Outra questão, contudo, é a referente a eventuais efeitos *retroativos* do pronunciamento judicial. Tem-se visto afirmar que, ao decretar a interdição com fundamento em alienação mental, deve o juiz dizer desde quando se hão de produzir os efeitos da providência, fixando o *dies a quo*

* Trabalho publicado no v. 43 da *Revista de Processo* (em homenagem a ALCIDES DE MENDONÇA LIMA), na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 20, e também na *Revista de Crítica Judiciária*, v. 2.

1. Como observava ODILON DE ANDRADE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII, Rio de Janeiro, 1941, p. 260, a cláusula final do dispositivo ("onde não houver registro especial") contrariava a regra da obrigatoriedade do registro, em qualquer comarca (Dec. n.º 18.542, de 24-12-1928, art. 103; Dec. n.º 4.857, de 9-11-1939, arts. 103 e 104).

2. Na doutrina, por exemplo: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), Rio de Janeiro, t. VII, 1975, p. 249, e t. XVI, 1977, p. 394; BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. V, 5.^a ed., Rio de Janeiro, 1985, p. 455; SÉRGIO SAHIONE FADEL, *Código de Processo Civil*

no momento em que, à luz da prova colhida, houver começado a incapacidade decorrente da anomalia psíquica. Os requerentes costumam pedi-lo, e os órgãos judiciais às vezes se consideram obrigados a atender a semelhante pedido, ou até a incluir *ex officio*, na sentença, cláusula do teor indicado. Semelhante idéia, a nosso ver, repousa num equívoco, segundo se passa a demonstrar.

2. Está fora de dúvida que a causa da incapacidade é a alienação mental, não a sentença de interdição. Consoante o art. 5.º, n.º II, do Código Civil, são absolutamente incapazes “os loucos de todo gênero”. Deixando de lado a impropriedade da fórmula, objeto de críticas notórias, fica certo que, para haver-se alguém como incapaz, basta a presença da anomalia psíquica; não é necessário que já se haja decretado a interdição. Corretissimamente se dirá, portanto, que a incapacidade não é gerada, mas apenas reconhecida pela sentença; ou seja, que aquela preexiste a esta³. Daí não se infere, todavia, que a decretação da interdição seja ato meramente declaratório. Interditar uma pessoa não se reduz, em absoluto, a proclamar-lhe, pura e simplesmente, a incapacidade. Consiste, sim, em submetê-la a peculiar regime jurídico, caracterizado pela sujeição à curatela. “Decretada a interdição, fica o interdito sujeito à curatela”, reza a parte inicial do art. 453 do Código Civil. “Decretando a interdição”, ecoa o art. 1.183, parágrafo único, do Código de Processo Civil, “o juiz nomeará curador ao interdito”. Nisso — e não no mero reconhecimento da incapacidade — é que reside o *quid* específico da sentença.

Vistas as coisas por tal prisma, não se pode deixar de perceber no ato feição constitutiva⁴. Se ele não cria a incapacidade, cria decerto, para

comentado, v. III, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 403; EDSON PRATA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII, Rio de Janeiro, 1978, p. 316; AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. III, 5.ª ed., São Paulo, 1981, p. 111; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1985, v. I, p. 15-6; MENDONÇA LIMA, *Introdução aos recursos cíveis*, São Paulo, 1976, p. 296. Só JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. X, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 225, alude ao recebimento da apelação “em ambos os efeitos”, conquanto reconheça que “desde logo” se publica a sentença e ao curador nela nomeado cabe “tomar medidas de conservação dos interesses do provisoriamente julgado incapaz”; para uma breve crítica dessa posição, vide BARBOSA MOREIRA, ob. e v. cit., p. 455, nota 678.

3. Cf., por todos, PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, t. IX, 1955, p. 347. Insustentável a opinião em contrário de CARVALHO SANTOS, *Código Civil brasileiro interpretado*, Rio de Janeiro, v. VI, 1934, p. 401.

4. Nesse sentido, v.g., PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, t. IV, São Paulo, 1973, p. 4; *Comentários*, cit., t. XVI, p. 368; MENDONÇA LIMA, *Comentários*

o incapaz, *situação jurídica nova*, diferente daquela em que, até então, se encontrava. Considerar a sentença como “declaratória do estado anterior”⁵ é fruto de um desvio de perspectiva: olha-se para a incapacidade como se fosse o objeto do pronunciamento judicial, quando ela é apenas o fundamento da decisão⁶. O que na realidade importa comparar com o “estado anterior” é a sujeição do interdito à curatela — e, aí, a inovação claramente ressalta.

Quando se julga procedente o pedido de anulação de casamento com base no art. 183, inc. IX, 2.ª parte, do Código Civil, também se decide em razão de um “estado anterior” de incapacidade; ninguém incluirá a sentença, só por isso, entre as meramente declaratórias! No entanto, a analogia é flagrante: num caso, anula-se o casamento porque o agente era incapaz; noutro, *pelo mesmo motivo*, decreta-se-lhe a interdição. Ambas as sentenças modificam a situação jurídica do incapaz; ambas, sem dúvida possível, são constitutivas.

3. Objetar-se-á, porém, que o dito acima não basta para excluir a idéia da retroatividade. As sentenças constitutivas, se bem que em regra produzam efeitos somente *ex nunc*, podem, nalguns casos, produzi-los *ex tunc*. Com certeza: recordem-se, a título exemplificativo, a sentença de exclusão do herdeiro ou legatário, por indignidade⁷, e a que anula ato jurídico, nas hipóteses do art. 147 do Código Civil⁸.

Acontece, todavia, que o efeito *próprio* da sentença de interdição é absolutamente insuscetível de projetar-se para o passado. Em que con-

ao Código de Processo Civil, v. XII, São Paulo, 1982, p. 465; AMARAL SANTOS, ob. e v. cit., p. 34; SÉRGIO SAHIONE FADEL, ob. e v. cit., p. 403; TOMÁS PARÁ FILHO, *Estudo sobre a sentença constitutiva*, São Paulo, 1973, p. 117.

5. Assim, JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, ob. e v. cit., p. 224.

6. Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., t. IX, p. 314: “a declaração não é, em qualquer sentença de interdição, mais do que declaração de que os pressupostos da interdição foram examinados e encontrados”.

7. “Com a eficácia sentencial” — dizia PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., t. LV, 1968, p. 128 — “o indigno deixa de ser herdeiro, *ex tunc*: foi, porém não é mais” (cf. p. 130: “O que era deixa de ser, *ex tunc*”). Por equívoco, às vezes se quer tirar da eficácia retrooperante a conclusão de ser meramente declaratória a sentença: o próprio art. 1.596 do Código Civil, com técnica defeituosa, emprega o termo “declarada”. Corretamente, LIEBMAN, nota 1 à p. 195 do v. I da tradução das *Instituições de Direito Processual Civil* de CHIOVENDA, 2.ª ed., São Paulo, 1965.

8. Vide o art. 158, *princípio*: “Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam”. Cf. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ob. e v. cit., p. 562.

siste ele? Já o salientamos: na sujeição do incapaz à curatela. Ora, se se concebe que o ordenamento dê repercussão no pretérito à privação de alguém da condição jurídica de herdeiro ou legatário, ou à desconstituição de um ato jurídico, eliminando — ao menos em certa medida — os efeitos que aquela ou este hajam porventura surtido, inconcebível seria, ao contrário, que ele pretendesse estender a curatela ao tempo anterior à sentença. A natureza das coisas repugna semelhante conjectura.

Nem vale replicar que a retroeficácia de que se cogita precisamente consistiria na invalidação de atos praticados, antes da interdição, pelo incapaz. O argumento é tecnicamente falso, porque confunde o efeito da interdição com o efeito da *alienação mental*. Repita-se, uma vez mais, que os atos do mentalmente alienado não são nulos em virtude da interdição, mas em virtude da incapacidade do agente, que àquela preexiste. Logo, para reconhecer a nulidade em atos anteriores, não é preciso recorrer ao expediente (inadequado) de atribuir eficácia retrooperante à sentença⁹.

4. É decerto a condição jurídica desses atos, praticados antes da interdição, que impressiona muitos espíritos e os leva a inferências precipitadas. Se já existia a alienação mental, os atos devem reputar-se nulos: não apenas anuláveis, conforme aqui e ali se tem dito¹⁰. A diferença entre esses e os praticados, por si mesmo, pelo interdito, não está nem na condição jurídica, que é igual (nulidade), nem no respectivo fundamento, que é sempre o mesmo (incapacidade), mas exclusivamente na circunstância de que, quanto aos atos anteriores, e só quanto a eles, se faz necessária a

9. Surpreende que lha atribuisse PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., t. IX, p. 346-7, 349, em passagens dificilmente harmonizáveis com outras do ilustre autor (por exemplo: *Comentários*, cit., t. XVI, p. 393).

10. Pela anulabilidade, v.g., CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil comentado*, 11.ª ed., Rio de Janeiro, 1956, v. II, p. 352 (a partir do pressuposto de que os atos em foco "somente estarão inquinados de vícios da vontade", incidindo o art. 147, n.º II — modo de pensar incompatível, ao nosso ver, com o texto desse dispositivo e com o art. 145, n.º I, c/c o art. 5.º, n.º II); CARVALHO SANTOS, ob. cit., p. 402; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, v. V, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1979, p. 310; MENDONÇA LIMA, *Comentários*, cit., v. XII, p. 470; EDSON PRATA, ob. e v. cit., p. 316; Tribunal de Justiça de São Paulo, 16-6-1966, Apelação Cível n.º 152.923, in *Revista dos Tribunais*, v. 388, p. 209. Certos, PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., t. IX, p. 347; *Comentários*, cit., t. XVI, p. 393-4; EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO, *A interdição no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, 1981, p. 90; Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 25-5-1942, Embargos n.º 922, in *Revista Forense*, v. 92, p. 732.

prova de que já existia a anomalia psíquica — causa da incapacidade — no momento em que se praticaram¹¹.

Esclareça-se bem: necessária é a *prova*, não a propositura de ação especificamente destinada à invalidação, conforme ocorreria se se cuidasse de anulabilidade (Código Civil, art. 152, 1.ª parte). A nulidade do ato do incapaz é declarável *incidenter tantum*, e por conseguinte argüível em defesa¹², sem que importe em nada sobrevir ao ato a interdição, ou mesmo não haver sido jamais decretada. Não se exclui, obviamente, a possibilidade de algum legitimado propor ação para ver declarar a inexistência de relação jurídica que nasceria do ato, baseando o pedido na nulidade deste e arcando com o ônus da prova da incapacidade.

5. Retomando o fio principal destas considerações, frisemos que, em matéria de interdição, não existe regra alguma que se assemelhe à do art. 14, n.º III, do Decreto-lei n.º 7.661, de 22-6-1945, por força da qual, sempre que possível, deve o juiz, ao decretar a falência, fixar-lhe o tempo legal, "designando a data em que se tenha caracterizado esse estado". É estranha ao ordenamento a idéia de um "período suspeito" quanto à incapacidade por alienação mental. Ato praticado na própria véspera da interdição nem por isso se presume inválido¹³: poderá o órgão judicial, no processo em que se lhe discuta a validade, apreciá-la livremente, à luz dos elementos de convicção que constem dos autos.

Tal liberdade, ao nosso ver, o juiz a terá *inclusive* quando a sentença de interdição, *ex abundantia*, haja de fato indicado a época do início da

11. Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., t. IX, p. 347; Tribunal de Justiça de São Paulo, 15-6-1951, Apelação Cível n.º 53.689, in *Revista dos Tribunais*, v. 193, p. 799 (Acórdão confirmatório de sentença da lavra de JOSÉ FREDERICO MARQUES); 15-5-1975, Apelação Cível n.º 241.356, *Revista dos Tribunais*, v. 489, p. 75 (embora com a inexacta afirmação de que a sentença "retroage"); Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 27-11-1984, Apelação Cível n.º 33.629 (Acórdão não publicado em repertório).

12. Assim, PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., t. IV, 1954, p. 140, onde entretanto não fica muito claro o trecho concernente a ato praticado por escritura pública — para nós, sujeito, como qualquer outro, ao regime descrito no texto.

13. Particularmente infeliz o Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 5-12-1955, Apelação Cível n.º 31.227, in *Arquivo Judiciário*, v. 121, p. 170, que admitiu uma "presunção de incapacidade" do interdito, para todo o tempo anterior à interdição (!), atribuindo ao interessado no reconhecimento da validade do ato anterior o ônus da prova da capacidade na data da respectiva realização.

enfermidade mental. Não há cogitar, é óbvio, de vínculo resultante da coisa julgada: primeiro, tem-se de atender à circunstância de que o legislador de 1973 incluiu a interdição entre os procedimentos de jurisdição voluntária, nos quais, segundo a opinião dominante¹⁴, não se forma a *res iudicata* no sentido material; além disso, de maneira alguma estariam sujeitos a ela terceiros estranhos ao processo de interdição, em face dos quais se viesse a discutir a validade de atos praticados anteriormente pelo interdito. Por outro lado, se se disser que é impossível negar à sentença, ao menos, eficácia *probatória*, facilmente se responderá que ela, por si só, não tem necessariamente valor persuasivo, salvo na medida em que reproduza argumentos convincentes contidos noutras peças, em particular no laudo pericial que haja apontado a origem da alienação. Em última análise, o laudo é que será, em tal hipótese, a prova¹⁵.

Diferente a situação — escusado sublinhá-lo — no que concerne aos atos praticados, já nessa condição, pelo próprio interdito. Para esses, a alegação de nulidade prescinde de outra prova que não a de estar ele, ao praticá-los, sob interdição. A causa da nulidade continua a ser, indubitavelmente, a incapacidade; e a causa desta, por sua vez, continua a ser a alienação mental. Mas a vigência da interdição torna supérflua (e incabível) qualquer tentativa de remontar à discussão da anomalia psíquica. É que, uma vez decretada aquela, o alienado mental só pode praticar atos jurídicos por intermédio de seu representante, o curador (Código Civil, art. 453 c/c o art. 426, n.º I), e não lhe será lícito voltar a praticá-los pessoalmente senão depois que, por nova sentença, lhe for levantada a interdição¹⁶. Não sem propósito se tem falado, a esse respeito, de uma presunção *iuris et de iure* de incapacidade¹⁷; entende-se: afastável me-

14. Vide, por todos, MENDONÇA LIMA, *Comentários*, cit., v. XII, p. 79-81.

15. Vide o Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 30-8-1977, Recurso Extraordinário n.º 81.198, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 83, p. 425. Não examinaremos aqui o aspecto da questão relativo ao caráter — que o laudo, à evidência, terá — de "prova emprestada".

16. Apenas com o trânsito em julgado se torna eficaz a sentença de levantamento (Código de Processo Civil, art. 1.186, § 2.º); a apelação contra ela interposta produz, como de regra, efeito suspensivo (art. 520, *caput*). Ressalve-se, porém, que é válida a procuração outorgada pessoalmente pelo interdito a advogado, a fim de promover o levantamento da interdição.

17. Vide o emprego da fórmula no Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 15-6-1951, Apelação Cível n.º 53.689, in *Revista dos Tribunais*, v. 193, p. 799.

diante o processo de levantamento, e só por esse meio. Inexiste, portanto, simetria: praticados antes da interdição, os atos do interdito *podem* declarar-se nulos se provada a incapacidade; praticados, contudo, na sua vigência, *não* se podem declarar válidos: a ninguém aproveitará tentar provar que o interdito, ao realizá-los, já estava curado e, por isso, era capaz.

Fevereiro de 1986.

PUBLICITÉ ET SECRET DU DÉLIBÉRÉ DANS LA JUSTICE BRÉSILIENNE *

1. Des juridictions collégiales ont existé de tout temps et existent de nos jours à vrai dire partout. Certains pays, comme le Brésil, préfèrent — à part quelques exceptions — le système du juge unique au niveau inférieur de la hiérarchie judiciaire; mais les juridictions d'un rang plus élevé comportent toujours plusieurs juges.

Quoi qu'il en soit, la collégialité fait naître bon nombre de problèmes touchant le fonctionnement de la juridiction. Quelques — uns d'entre eux concernent la manière de parvenir à une décision. Si l'affaire doit être jugée par le collège, il faut que l'on accorde à chacun des membres de celui-ci l'opportunité d'exprimer ses vues. Parfois elles seront unanimes; sinon, c'est la majorité qui déterminera le résultat. Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit toujours de la décision *du collège*. Il y a lieu alors de s'interroger sur plusieurs aspects du procédé à suivre.

Nous nous bornerons ici à deux questions intéressantes: a) les juges ont-ils à se prononcer publiquement ou en secret? b) faut-il au moins, une fois la décision prise, faire connaître aux personnes n'appartenant pas au collège le sens des votes qui y furent énoncés? Il est évident que la réponse à la deuxième question dépend dans une certaine mesure de celle que l'on donnera à la première. En effet, si les juges délibèrent *coram populo*, tout le monde sera à même d'apprendre sur-le-champ la teneur de leurs manifestations; par contre, si le délibéré se déroule à huis clos, il ne s'ensuit pas que les votes doivent rester définitivement secrets: on peut bien concevoir qu'ils soient divulgués après coup, ou du moins que la juridiction révèle, à l'occasion d'énoncer le jugement, s'il a été rendu à l'unanimité ou à la majorité des voix.

* Trabalho destinado ao volume comemorativo do 150.º aniversário do Arcópagio (Atenas, Grécia).

Deux grands principes s'opposent dans cette matière: celui du secret et celui de la publicité. Ils admettent du reste, à côté des modèles pour ainsi dire "purs", différentes combinaisons. Par exemple, la procédure de délibération peut comporter un dédoublement: dans une première étape, les juges discutent les questions entre eux, à l'écart du public; ensuite, une votation publique a lieu.

2. Dans l'Europe continentale, on le sait bien, le principe du secret du délibéré règne d'une façon presque absolue. Le droit français a ici une valeur de paradigme. En France, devant toutes les juridictions, les juges non seulement n'expriment leur opinion qu'en dehors de toute présence extérieure au collège, mais ils sont tenus de ne rien divulguer de ce qui a été dit au cours du délibéré. On est allé jusqu'à insérer dans la formule du serment prêté par les magistrats de l'ordre judiciaire le devoir de "garder religieusement le secret des délibérations" (ord. n.º 58 — 1270 du 22.12.1958, art. 6). En outre, la décision se présente toujours comme impersonnelle: si elle indique les noms des juges qui y ont participé, elle ne peut laisser transparaître dans quel sens chacun d'eux a voté. La jurisprudence attache un tel poids au respect de cette règle qu'elle n'hésite pas à frapper de nullité tout jugement faisant mention du simple fait qu'il a été rendu à l'unanimité ou à la majorité¹.

Inutile d'ajouter qu'une pareille conception ne laisse point de place à l'expression d'opinions séparées. Après la délibération, les manifestations individuelles perdent toute importance; un juge a beau maintenir, en son for intérieur, une conviction contraire à ce qui a été décidé, il n'est pas autorisé pour autant à sauvegarder sa position en exprimant ses réserves, et moins encore à les justifier par l'exposé des raisons qui l'ont amené à cette divergence. Il peut ainsi arriver que le juge rapporteur signe un arrêt adoptant une solution opposée à celle qu'il avait préconisée devant ses collègues².

Personne n'ignore à quel point le procédé suivi dans les pays anglosaxons s'éloigne de ce système. On y honore aussi, sans doute, le secret du délibéré, dans la mesure où les affaires sont discutées par les membres du collège sans l'assistance du public. Chaque juge est libre cependant d'exprimer publiquement ses vues, sous la forme d'une opinion motivée, soit qu'elles s'accordent avec la solution adoptée, soit qu'elles s'en écartent:

1. V. PERROT, *Institutions judiciaires*, 2e éd., Paris, 1986, p. 565-6.

2. BELLET, La Cour de Cassation, in *La cour judiciaire suprême, Revue internationale de droit comparé*, n.º 1/1978, p. 210.

on parle à ce propos de *concurring opinions* et de *dissenting opinions*, respectivement³.

Le continent européen lui-même n'est pas resté totalement réfractaire à cette pratique. Dans la Cour Suprême de Norvège, si le délibéré a lieu à huis clos, les votes, eux, sont émis en public; et ce pays passe pour avoir été le premier en Europe continentale à permettre aux juges, par une loi de 1863, l'expression d'opinions séparées et motivées⁴. En Suède aussi, quoique le délibéré conserve toujours son caractère secret, les opinions divergentes sont consignées au procès-verbal et les parties en prennent connaissance⁵. Les juges de la Cour Constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*) de la République Fédérale d'Allemagne sont libres de faire publier leurs *dissenting opinions*⁶. L'art. 90, n.º 2, de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* espagnol admet des "*votos particulares*" soit quant à la décision proprement dite, soit quant à sa motivation.

Le droit suisse va encore plus loin. Aux termes de l'art. 17 de la loi fédérale d'organisation judiciaire, les délibérations et les votations du Tribunal Fédéral ont lieu, généralement, en séance publique. On y prévoit des exceptions pour les sections pénales, pour la chambre des poursuites et des faillites, pour les cours de droit public, lorsqu'il s'agit d'affaires disciplinaires, et pour les cas où le Tribunal, "dans l'intérêt de la sûreté de l'État, de l'ordre public ou des bonnes mœurs, ou lorsque l'intérêt d'une partie ou d'une personne en cause l'exige", ordonne le huis clos total ou partiel. Plusieurs cantons adoptent pareillement le système de la publicité pour les délibérations et les votations, soit devant les juridictions supérieures, soit même devant celles du premier degré⁷.

3. V., pour le droit anglais, LORD WILBERFORCE, La Chambre des Lords, in *Rev. citée*, p. 94; pour le droit nord-américain, NADELMANN, The Judicial Dissent, Publication v. Secrecy, in *American Journal of Comparative Law*, v. 8, n.º 4, 1959, p. 418-20. Il vaut peut-être la peine de remarquer que la possibilité des *concurring opinions* et des *dissenting opinions* existe même dans l'État de Louisiane, où une perdurable influence française pourrait faire présumer autre chose: v. BARHAM, La Cour Suprême de Louisiane, in *Rev. citée*, p. 135.

4. RYSSDAL, La Cour Suprême de Norvège, in *Rev. citée*, p. 188; TUNC, Rapport de synthèse, *ibid.*, p. 63; NADELMANN, *op. cit.*, p. 418.

5. DAFWA, La Cour Suprême de Suède, in *Rev. citée*, p. 179, 181.

6. BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Paris, 1982, p. 53-5.

7. V. GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3e éd., Zürich, 1979, p. 186; HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, 2e éd., Genève, 1981, p. 372-3.

3. On discute souvent les avantages et les inconvénients du secret et de la publicité. Une opinion radicale prétend que le secret est "inhérent à la notion de collégialité", étant donné que la décision est "l'oeuvre du collège" et non pas d'une "pluralité de juges uniques"⁸. Bien entendu, une décision collégiale ne se laisse pas réduire à une simple juxtaposition de voix concordantes ou discordantes: elle aura toujours une entité distincte de la somme des votes qui ont concouru à sa formation, et autonome en face de ceux-ci. La conclusion que l'on en veut extraire semble toutefois excessive.

Il serait peu réaliste, pour des raisons intuitives, de s'attendre à ce que les avis des différents juges parviennent toujours à s'harmoniser sur tous les points. Si l'on n'admettait que l'unanimité, le fonctionnement de la justice deviendrait, de toute évidence, impraticable. Il faut donc se contenter de décisions prises à la majorité. Les parties et le public en général en sont avertis: nul ne doute que, pour déterminer le sort d'une affaire, un certain nombre de votes suffit. La seule circonstance qu'un juge (ou plus d'un) ait pu diverger ne disqualifie pas le jugement ou l'arrêt comme acte émané de la juridiction collégiale. Que l'existence du désaccord soit révélée ou reste secrète n'y change rien au point de vue juridique.

Beaucoup sont enclins à craindre que la divulgation des divergences ne nuise à l'autorité morale d'une décision judiciaire. Il convient de reconnaître que, sous le système de la publicité, les cours supérieures, dans certains cas d'une délicatesse particulière, s'efforcent parfois d'atteindre l'unanimité. Il est vrai aussi que, lorsqu'on invoque un précédent (même dans les pays de *civil law* ils ont leur importance!), on a coutume de souligner, le cas échéant, qu'il s'agit d'une décision unanime. Nous devons cependant nous garder d'exagérer la portée de ces phénomènes. La rédaction d'un arrêt peut quelquefois bénéficier du fait que s'y ajouteront des *dissenting opinions*: on mettra plus de soin à exposer et à soutenir les motifs accueillis par la majorité, à mieux articuler le raisonnement, à justifier les options exégétiques, à démontrer l'inconsistance des objections formulées au cours du délibéré. La force persuasive de la décision ne peut qu'y gagner.

Certains estiment que le secret est indispensable pour soustraire le juge aux pressions extérieures qui pourraient l'influencer au moment de décider: sans cette protection, on serait moins sûr qu'il ne cèdera pas à la crainte d'une vengeance, ou bien au désir de ne pas déplaire à un ami,

8. PERROT, *op. cit.*, p. 567.

à une autorité, à un parti politique...". La médaille a pourtant son revers. Sous l'anonymat il est peut-être plus aisé de prendre une position commode mais peu sincère, ou du moins peu réfléchie, que l'on aurait de la peine à soutenir si l'on était contraint à la justifier devant le public. Si le juge sait que sa manifestation sera divulguée, il s'appliquera avec plus d'énergie à la fonder sur de bonnes raisons; la publicité stimule donc dans son esprit la conscience de sa responsabilité personnelle¹⁰.

Il n'est pas rare que les *dissenting opinions* apportent une contribution remarquable au développement de la science juridique. Quelquefois, du reste, grâce à la solidité de leur argumentation, elles finissent par s'imposer à d'autres juges et par donner lieu, tôt ou tard, à un revirement de la jurisprudence.

Au point de vue idéologique, il semble y avoir un rapport entre le principe du secret et une conception du droit historiquement liée au libéralisme individualiste, laquelle a trouvé son expression plus achevée dans le positivisme juridique prédominant au XIXe. et au début du XXe. siècle, avec son illusion d'un système de droit positif complet et exempt de toute contradiction, où par conséquent les règles juridiques suffisent toujours à fournir au juge, au moyen d'une opération syllogistique, la solution de n'importe quel litige¹¹. Dans une telle perspective, il ne peut jamais exister qu'une seule conclusion juste, tout au moins en ce qui concerne les *quaestiones iuris*. L'opinion discordante se voit donc reléguée au plan des phénomènes pathologiques, car elle met en échec la certitude du droit. Si l'on se résigne à la tolérer, c'est à condition qu'elle ne soit connue qu'à l'intérieur de l'appareil judiciaire: on minimise ainsi ses effets nuisibles. Une manifestation pratique de cette idée est le procédé selon lequel on introduit le *votum separatum* dans une enveloppe scellée, qui n'est plus accessible à personne après la délibération¹².

L'image change dès que l'on reconnaît la possibilité d'une certaine indétermination du droit positif et partant la variabilité des options du juge, à la lumière de ses prémisses axiologiques. S'il est vrai qu'un même texte peut comporter plus d'une interprétation, alors nous devons regarder

9. Dans ce sens, v.g., PERROT, *op. cit.*, p. 566-7.

10. NADELMANN, *op. cit.*, p. 430.

11. V. à ce sujet l'intéressante étude de WROBLEWSKY, *Votum separatum* dans la théorie et l'idéologie de l'application judiciaire du droit, in *L'ordinamento giudiziario — III: Materiali per una riforma* (a cura di PICARDI e GIULIANI), Rimini, 1985, p. 348 et s.

12. Comme a statué en Pologne la Cour Suprême: WROBLEWSKY, *op. cit.*, p. 371.

comme normal que deux juges parviennent, en l'appliquant, à des conclusions différentes, voire opposées. Et il n'est pas tellement dangereux, tout compte fait, que le public en prenne connaissance...

4. Dans un système où l'on interdit la divulgation de ce qui s'est passé au cours du délibéré, la question de savoir si celui-ci doit se dérouler à huis clos ou *coram populo* ne se pose même pas. Mais il est concevable par ailleurs que l'on autorise cette divulgation tout en préservant le caractère secret du délibéré: nous en avons du reste mentionné quelques exemples concrets (v. ci-dessus, n.° 2).

Si l'on croit que la seule révélation des divergences porte atteinte au prestige de la justice, on se scandalisera bien sûr davantage à la pensée d'une discussion publique entre les juges. Même s'ils sont invités à exprimer leurs vues chacun à son tour, la possibilité d'objections et de répliques ne reste pour autant nullement exclue, et il peut se faire qu'on ait lieu de craindre que le débat ne s'aigrisse. Un autre danger est la tentation de l'"étalage": sachant qu'il sera vu et entendu par un nombre plus considérable de personnes, le juge pourra se laisser séduire par l'idée de "briller", ce qui l'entraînera probablement à s'étendre beaucoup plus qu'il ne le fallait dans l'exposé de son avis et, de ce fait, à ralentir la délibération. Ce sont pourtant des éventualités auxquelles il serait hasardeux d'attacher un poids décisif.

On soutiendra d'autre part que, pour les plaideurs et pour le public en général, le fait de pouvoir assister à la discussion renforce les motifs de croire au sérieux du jugement. Ils prennent connaissance directe des votes, au fur et à mesure que ceux-ci sont émis, et ils sont en état de contrôler par eux-mêmes l'exactitude du résultat qu'on leur annonce. Ils n'ont pas de quoi nourrir le soupçon d'un "accomodement" peu loyal.

Bien plus important est de vérifier si (et dans quelle mesure) la présence du public est capable d'influencer la teneur même des manifestations. Tel juge, à huis clos, accueillira volontiers l'objection soulevée par un collègue aux raisons qu'il a invoquées. Sa réaction sera-t-elle parfaitement égale si on le contredit publiquement? N'aura-t-il pas plutôt tendance à se "raidir", de crainte que le recul ne nuise à sa réputation de "fermeté"? En revanche, ne résistera-t-il plus bravement en public à des tentatives de le démouvoir d'une attitude juste?

La nature humaine étant ce qu'elle est, personne ne peut répondre, catégoriquement et par avance, à ces questions ou à d'autres semblables. Nous pourrions faire des conjectures moins aléatoires si la science nous fournissait des données empiriques suffisantes sur le mécanisme des inte-

ractions dans l'activité judiciaire. Il est en principe normal et légitime que, dans une juridiction collégiale, les différents juges essaient de s'influencer les uns les autres. La façon dont ils agissent et réagissent offre un champ très riche aux recherches des spécialistes, au moins dans les pays qui n'observent pas le principe strict du secret. On regrettera que ce chapitre de la psychologie sociale ait été négligé jusqu'à présent¹³.

Quoi qu'il en soit, il ne faut pas oublier que l'adoption d'un système ou de l'autre ne se laisse expliquer ni par de pures raisons logiques, ni par l'analyse scientifique de l'expérience, qui du reste ne fut jamais menée à bout. D'autres composantes, parmi lesquelles la tradition, y jouent un rôle plus considérable. Notre but, de toute façon, n'est point de démontrer la supériorité de telle ou telle solution, mais — plus modestement — de décrire à grands traits la situation du droit brésilien à l'égard du problème.

5. Il convient de dire tout de suite que le Brésil adhère depuis longtemps au système de la publicité du délibéré. On a prétendu y voir un signe de l'influence du régime constitutionnel nord-américain et spécialement du modèle de la *Supreme Court*¹⁴. C'est une supposition qui manque de base historique. L'adoption du principe de la publicité remonte chez nous aux premiers temps de l'Empire, à une époque où l'organisation politique brésilienne ne cherchait pas encore aux États Unis sa première source d'inspiration. L'empreinte de ce principe a été d'ailleurs plus forte au Brésil, où l'on ne se borne pas à révéler les votes après la décision: la discussion entre les juges se déroule elle-même, en général, à la vue du public.

Ce système remplaça celui de l'ancien droit portugais, en vigueur à l'occasion de l'indépendance (1822) et régi par le principe du secret. Une loi du 18.9.1828 organisa la plus haute cour du pays, le *Supremo Tribunal de Justiça*, et établit sa compétence et la forme de ses délibérations. Les affaires étaient discutées et décidées, en règle, publiquement ("*a portas abertas*", comme disait l'art. 13); en matière criminelle, les juges délibéraient à huis clos, mais émettaient leurs votes en public (art. 29). Ces dispositions furent par la suite appliquées aussi, en principe, aux cours des provinces, dites *Relações* (loi du 3.1.1833, art. 89).

Nulle différence essentielle ne subsiste aujourd'hui à cet égard entre les affaires civiles et pénales, soit devant la Cour Suprême (*Supremo Tri-*

13. Au sujet de la Chambre des Lords sont dignes d'attention les pages de PATERSON, *The Law Lords*, London, 1984, p. 84 et s.

14. NADELMANN, *op. cit.*, p. 421.

bunal Federal), soit devant les autres cours de l'Union Fédérale ou des États-membres. Les juges discutent entre eux et émettent leurs votes *coram populo*. Dans le *Supremo Tribunal Federal*, chaque juge (*ministro*) peut avoir la parole deux fois sur la matière en discussion et, le cas échéant, une troisième pour expliquer un éventuel changement d'opinion (règlement du STF, art. 133, 1e. partie). Aucun ne peut interrompre la manifestation d'un autre, sauf par des apartés dûment autorisés (art. 133, 2e. partie). Une fois le débat clos, le président recueille les votes et annonce le résultat (art. 135, *caput* et § 2e). Dans les autres cours on observe à peu près la même procédure.

Les assistants sont tenus évidemment de garder le silence. Néanmoins, la loi n.º 4.215, du 27.4.1963 (Statut de l'Ordre des Avocats), accorde aux avocats des parties le droit de demander la parole, pendant la délibération, pour donner des éclaircissements sommaires, sur des faits, des documents ou des affirmations susceptibles d'influencer le jugement. Il ne s'agit pas de répliquer ou de critiquer l'opinion exprimée par le juge: on essaya en effet de consacrer cette possibilité, par la loi n.º 2.970, du 24.11.1956, qui modifiait l'art. 875 du code de procédure civile de 1939 pour ouvrir à chaque avocat une seconde occasion de plaider sa cause, après le vote du magistrat rapporteur; celui-ci, ensuite, prendrait à nouveau la parole, à fin de confirmer *expressis verbis* sa manifestation ou de la rectifier. Toutefois, cette disposition fut déclarée inconstitutionnelle par le *Supremo Tribunal Federal* et ne fut jamais appliquée.

6. La règle de la publicité n'est pas absolue: elle subit quelques tempéraments. D'abord, il y a certains litiges dont la nature même exige qu'ils soient traités avec discrétion.

L'art. 155 du code de procédure civile mentionne les cas où l'instance se déroule "sous secret de justice": ceux où l'intérêt public l'imposerait (n.º I) et d'autres concernant des rapports de famille (mariage, filiation, séparation des époux, conversion de la séparation en divorce, aliments, garde des mineurs: n.º II). Cette énumération comporte à notre avis une extension à des hypothèses analogues: par exemple, bien que le texte passe sous silence le "divorce direct" — c'est-à-dire celui qui ne présuppose pas la séparation des époux —, on ne saurait douter qu'il se soumet au même régime. Dans tous ces cas, seules les parties et leurs avocats peuvent assister au délibéré et à la votation.

L'art. 792, § 1.º, du code de procédure pénale, de son côté, autorise le juge ou la cour à ordonner, d'office ou sur demande de l'accusé ou du Ministère Public, que la séance soit tenue à huis clos, et à limiter le nom-

bre des assistants, lorsque la publicité pourrait donner lieu au scandale ou à un inconvénient grave, ou mettre l'ordre en danger. Une disposition plus étroite se trouve dans l'art. 387 du code de procédure pénale militaire, qui fait allusion à l'intérêt "de l'ordre et de la discipline militaires" et à la "sûreté nationale".

Même en dehors de ces hypothèses, il peut se faire que le collège, à un certain moment, estime convenable de poursuivre la discussion sans l'assistance du public ("en conseil"). Tout membre du collège peut prendre l'initiative de cette démarche, que prévoient l'art. 151 du règlement du *Supremo Tribunal Federal* et des textes semblables des règlements des autres cours. Pendant la discussion "en conseil" personne n'est admis dans la salle: pas même les parties et leurs avocats. Mais l'interdiction ne sera que temporaire: tôt ou tard la séance reprendra son cours normal et le votes seront toujours énoncés publiquement.

Dans les situations que nous avons passées en revue jusqu'ici, inutile de l'ajouter, rien n'empêche que la décision prise soit divulguée et — sous réserve du "secret de justice" — que l'on apprenne si elle a été unanime ou, le cas échéant, qui a divergé, et dans quelle mesure. L'existence d'un désaccord peut d'ailleurs avoir une conséquence très importante au point de vue processuel: dans certains cas, elle rend le jugement susceptible d'être attaqué par une voie de recours appelée "*embargos infringentes*", qui constitue une singularité du droit brésilien (code de procédure civile, art. 530; code de procédure pénale, art. 609, § unique).

7. A côté de ces tempéraments, qui l'atténuent mais ne l'écartent pas, la règle de la publicité comporte aussi de vraies exceptions. Rappelons d'abord, au premier degré, le cas du jury, compétent, aux termes de l'art. 153, § 18, de la Constitution de la République, pour juger les crimes intentionnels contre la vie. Les jurés se manifestent par écrit, en consignnant leurs votes sur de petits papiers, qui sont tous mis dans un seul récipient et puis comptés sans qu'il soit possible d'identifier l'origine de chacun. On peut savoir si la votation a été unanime ou à majorité, mais, dans le deuxième cas, on ignorera qui a voté dans un sens et qui dans l'autre.

Toujours en matière pénale, nous avons à mentionner les hypothèses dans lesquelles les cours supérieures statuent comme juges de premier et dernier ressort. Après la clôture des débats, la séance devient secrète, bien que le résultat de la votation soit annoncé publiquement (code de procédure pénale, art. 561, n.º VI; règlement du *Supremo Tribunal Federal*, art. 245, n.º VII). Quelques dispositions du code de procédure pé-

nale militaire font aussi des concessions au principe du secret (arts. 434, 457, § 11, 496, g, 535, § 6).

Il y a encore le cas des poursuites disciplinaires contre les magistrats. Lorsqu'il s'agit de fautes pouvant entraîner l'application de sanctions plus graves, la séance a lieu à huis clos et seul le dispositif de la décision est publié (Loi Organique de la Magistrature Nationale, arts. 27, §§ 6 et 7, et art. 46). Il faut ajouter que les cours peuvent aussi délibérer sans l'assistance du public sur des questions administratives ou relatives à leur économie interne.

8. Revenons cependant au champ juridictionnel, pour signaler une hypothèse intéressante de délibéré secret au sein du *Supremo Tribunal Federal*, touchant le "recurso extraordinário" prévu dans l'art. 119, n.º III, de la Constitution de la République. Celle-ci en énumère génériquement les causes d'ouverture, mais elle autorise le règlement du *Supremo Tribunal Federal*, dans une certaine mesure, à indiquer d'une façon plus précise les cas où cette voie de recours — qui ne peut porter que sur des questions de droit — est recevable. Cette possibilité remonte à une révision de la Constitution effectuée en 1969; elle fut inspirée par la préoccupation de porter remède au problème de la surcharge de travail qui accablait notre Cour Suprême. À partir de 1975 on a exigé, comme condition de recevabilité du "recurso extraordinário", dans plusieurs hypothèses, que le plaideur soulève une question fédérale estimée "importante" par la Cour même. Cela permet au *Supremo Tribunal Federal* de faire une sélection des affaires dont il veut se saisir; c'est du reste un procédé qui se répand de nos jours chez les juridictions suprêmes¹⁵. La Cour délibère à huis clos, et les motifs de sa décision ne sont pas divulgués.

Ce système fut mal accueilli par la doctrine¹⁶. Des réserves ont été exprimées sur le manque de motivation, qui contrarie la tradition du droit brésilien: dans les autres cas de délibéré secret, cités auparavant, les décisions, sauf celles à caractère administratif, sont toujours obligatoirement motivées; cela est vrai même pour le jury, car, si les jurés ne révèlent pas leurs motifs, le président, lui, doit motiver le jugement, compte

15. V. TUNC, Rapport de synthèse, in *Rev.* citée, p. 17 et s.

16. V. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 5e. éd., Rio de Janeiro, 1985, p. 577-8; *id.*, A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, in *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*, S. Paulo, 1980, p. 83 et s.; SERGIO BERMUDEZ, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII, 2e. éd., S. Paulo, 1977, p. 312; CALMON DE PASSOS, Da arguição de relevância no recurso extraordinário, in *Revista Forense*, v. 259, p. 11 et s.

tenu du verdict. On a observé d'autre part que le but de l'innovation serait plus facilement atteint si les plaideurs et les avocats pouvaient au moins se faire une idée générale des critères adoptés par le *Supremo Tribunal Federal*.

Une réforme récente de son règlement laisse à entendre que la Cour ne fut pas totalement insensible à ces critiques. Elle essaya de caractériser ce qu'est une question fédérale "importante", en se référant à la répercussion de celle-ci dans l'ordre juridique et aux "aspects moraux, économiques, politiques ou sociaux de l'affaire" (art. 327, § 1.º). C'est bien entendu une formule assez fluide; mais serait-il raisonnable de s'attendre à une définition tranchante? De surcroît, bien que la motivation reste absente, le procès-verbal de la séance, qui est publié dans le journal officiel, ne se borne plus à énumérer les cas d'accueil et de rejet; à la différence de ce qui se passait avant la réforme, il doit mentionner aussi les questions que le *Supremo Tribunal Federal* a reconnues comme "importantes".

9. La règle, donc, au Brésil, pour les juridictions collégiales, est de délibérer publiquement; et les exceptions sont peu nombreuses. Il convient d'ajouter qu'à vrai dire une discussion proprement dite n'a presque jamais lieu, chaque juge se bornant à émettre son vote, à commencer par le rapporteur. Les membres du collège ne sont pas tous tenus de justifier oralement leurs manifestations, à moins qu'une disposition spéciale ne leur impose: par exemple, l'art. 478 du code de procédure civile, concernant l'incident d'uniformisation de la jurisprudence. Dans la plupart des délibérations, ceux qui partagent l'opinion du rapporteur exprimeront tout simplement leur accord; ceux qui s'en écartent tâcheront le plus souvent de donner leurs raisons. Les règlements de plusieurs cours, à la différence de celui du *Supremo Tribunal Federal*, ne prévoient qu'une seule occasion pour le juge d'exprimer ses vues, bien que chacun d'eux soit libre de rectifier son vote jusqu'au moment où le président annonce le résultat de la votation. Les apartés ne sont pas, en général, très fréquents, et il est encore plus rare que les membres du collège s'engagent dans un débat chaleureux.

Si l'opinion du rapporteur est suivie par les autres juges, ou du moins par la majorité, il lui incombera de rédiger l'arrêt. Ceux qui ont divergé y ajouteront leurs *dissenting opinions* (en portugais: "votos vencidos") ou souscriront la *dissenting opinion* présentée par un collègue. Il y a aussi la possibilité de *concurring opinions* (en portugais: "declarações de voto"). On peut normalement lire l'ensemble de ces pièces dans les recueils de jurisprudence, officiels ou privés.

Précisons enfin que les arrêts du *Supremo Tribunal Federal* se composent de la simple juxtaposition des votes émis oralement par les différents *ministros* et enregistrés tachygraphiquement. On observe de plus en plus dans les cours de quelques États-membres une tendance à imiter ce procédé. Il est sans doute commode, quoiqu'il puisse prêter le flanc à la critique dans la mesure où le texte de la décision reste morcelé en plusieurs pièces autonomes sans coordination: l'on songera peut-être à la crainte, exprimée par la doctrine¹⁷, de voir la juridiction collégiale réduite à une "pluralité de juges uniques". Il faut remarquer en tout cas que les membres du collège ne font jamais publier leurs votes séparément: on publie toujours l'ensemble, en une seule fois.

Agosto de 1986.

17. V. l'avis de PERROT, rapporté ci-dessus, n. 8.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CAUSA DE PEDIR NA AÇÃO RESCISÓRIA *

1. Os nove incisos do art. 485 do Código de Processo Civil indicam, em enumeração taxativa¹, os fundamentos pelos quais se pode pleitear a rescisão de sentença de mérito, trãnsita em julgado. Para que a ação rescisória seja admissível, cumpre que o autor invoque um (ou mais de um) desses fundamentos; para que o pedido de rescisão seja procedente, é necessário que pelo menos um deles realmente exista, mostrando-se de todo irrelevante, para tal fim, a eventual existência de fundamento contemplado na lei, mas não invocado pelo autor². Observe-se que o número de fundamentos típicos é maior que o de incisos: alguns destes, na verdade, prevêem conjuntamente dois ou mais fundamentos: é o caso, por exemplo, do inc. I, que menciona três (prevaricação, concussão e corrupção do juiz que proferiu a sentença rescindenda), e do inc. III, que aponta dois (dolo da parte vencedora e colusão entre as partes *in fraudem legis*).

A cada fundamento típico (não a cada inciso) corresponde uma possível causa de pedir. O ponto é importante por vários ângulos: da correta identificação da *causa petendi* (ou das *causae petendi*), com efeito, depende a solução de questões de grande interesse prático. Quando alguém pede a rescisão de sentença com invocação de dois ou mais fundamentos, na realidade está propondo duas ou mais ações rescisórias cumuladas — o que pode vir a ser decisivo, entre outras coisas, para aferir-se o cabi-

* Trabalho publicado no v. 145 da *Revista do Tribunal Federal de Recursos*, comemorativo do 40.º aniversário do Tribunal, e na *Revista de Crítica Judiciária*, v. 3.

1. A taxatividade é *communis opinio* na doutrina: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. VI, Rio de Janeiro, 1974, p. 331; BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 5.ª ed., Rio de Janeiro, 1985, p. 154-5; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1986, v. I, p. 682; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Curso de Direito Processual*, São Paulo, 1976, p. 180; VICENTE GRECO FILHO, *Direito Processual Civil brasileiro*, 2.º v., São Paulo, 1984, p. 368.

2. Correto o Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 3-5-1984, Ação Rescisória n.º 1.037, in *Diário da Justiça* de 22-8-1986, p. 14.519.

invocação pelo autor; não lhe é dado, entretanto, levar em conta o fato supostamente gerador do efeito pretendido, senão quando o autor o haja invocado. Antes de ser utilizado pelo órgão judicial como fundamento da decisão, o fato é utilizado pelo autor como fundamento do pedido. A esse fato, visto precisamente enquanto fundamento do pedido, é que, em nosso entender, se deve aplicar a denominação de causa de pedir⁵. Ela designa, pois, o fato *in statu assertionis*, tal qual narrado — e, nessa perspectiva, sempre existente: a ninguém é lícito pleitear providência jurisdicional sem indicar o fato em razão do qual lhe parece que ela haja de ser concedida.

3. Do que ficou dito infere-se que as questões concernentes à *causa petendi* são consideradas, em qualquer caso, questões de fato, jamais questões de direito. A diferenciação entre as duas classes, como todos sabem, é praticamente relevante de vários pontos de vista: as *quaestiones iuris* podem ser livremente apreciadas de ofício pelo juiz, as *quaestiones facti* nem sempre; aquelas não se subordinam ao mesmo regime de preclusões aplicável a estas (por exemplo: art. 517 do Código de Processo Civil); certos recursos, como o extraordinário, e incidentes, como o da uniformização da jurisprudência, só podem versar sobre questões de direito — e assim por diante. Pois bem: no tocante à causa de pedir, quaisquer questões concebíveis submetem-se à disciplina própria das questões de fato.

Semelhante proposição é suscetível de despertar perplexidades com referência a mais de um fundamento previsto nos incisos do art. 485 do estatuto processual. É que, em vários deles, a lei se vale de conceitos jurídicos: prevaricação, concussão, corrupção, impedimento, incompetência absoluta, coisa julgada etc. Apurar, *v.g.*, se o juiz da sentença rescindenda cometeu crime de prevaricação, ou se era absolutamente incompetente, pode exigir que se enfrentem e resolvam problemas relacionados com a interpretação de textos legais, com a respectiva vigência ou legitimidade constitucional, e outros do gênero. Gritante entre todas é a hipótese do inc. V do art. 485, onde se diz rescindível a sentença de mérito que “violou literal disposição de lei”: deixando de lado, no momento, dúvidas atinentes à propriedade técnica da fórmula⁶, pode soar na verdade estra-

5. “La causa dell'azione (*causa petendi*) è il fatto giuridico che l'attore pone a fondamento della sua domanda”, ensinava LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, v. I, 4.ª ed., Milão, 1980, p. 173. Cf., ainda no início do século, ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milão, 1916, p. 336: “La causa petendi (...) è quel fatto o complesso di fatti che è necessario e sufficiente a dare la ragione della mia pretesa”.

6. Vide ao propósito PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., t. VI, p. 288 e s.; BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, cit., v. V, p. 132.

nho — forçoso reconhecê-lo — que se haja de enxergar questão de fato na pergunta: violou a sentença rescindenda “literal disposição de lei”? E tanto mais quanto se insiste, com acerto, em que apenas interessa, aí, o *ius in thesi*, a norma jurídica em si, não o resultado de sua aplicação *in concreto*⁷.

4. Socorre-nos, neste passo, a distinção entre dois possíveis modos de encarar a contraposição entre *quaestiones iuris* e *quaestiones facti*. Numa primeira aproximação, baseia-se o critério discretivo, pura e simplesmente, no objeto da questão — ou, se se preferir, na matéria sobre a qual ela versa. Assim, por exemplo, será classificada como de direito a questão de saber se torna nula ou anulável a venda feita por ascendente a descendente a falta do consentimento expresso dos outros descendentes (Código Civil, art. 1.132), ao passo que se considerará de fato a questão de saber se os outros descendentes, *in casu*, expressaram ou não seu consentimento.

Acontece, no entanto, que, ao descrever a situação ou o episódio de cuja configuração *in concreto* surgirá tal ou qual efeito jurídico, a norma utilize na descrição um (ou mais de um) elemento que, longe de inscrever-se no plano da pura facticidade, já expressa o resultado de anterior fenômeno jurídico, por sua vez redutível à conjugação de outra norma com situação ou episódio que nela se previa como capaz de produzir este ou aquele efeito jurídico. Semelhante módulo pode (e costuma) reproduzir-se em cadeia, nada impedindo, em tese, que a reprodução se estenda *ad infinitum*.

Ora, se em determinado momento se cuida de saber se deve ser aplicada a norma N, têm-se de tratar de maneira homogênea todos os pressupostos da respectiva incidência, quer se reduzam a dados puramente fáticos, quer não. Do ponto de vista funcional, quaisquer questões relacionadas com tais pressupostos serão consideradas como *quaestiones facti* e sujeitar-se-ão ao regime legalmente estabelecido para essa classe de questões.

5. A precedente observação nada tem de original. Mais de uma vez já se pôs em evidência a possibilidade de funcionar como *quaestio facti* uma questão que, olhada exclusivamente em seu objeto, mereceria inclusão entre as *quaestiones iuris*.

7. PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., t. VI, p. 309.

Vamos limitar-nos a recordar um exemplo⁸. Discutiu-se na Itália, em certa época, se a prorrogação legal da locação, na pendência do processo, modificando o valor da causa, justificava ou não o deslocamento da competência. A jurisprudência da *Corte di Cassazione* fixou-se no sentido afirmativo. De acordo com a regra do art. 5.º do *Codice di procedura civile*, são irrelevantes, no tocante à competência, as modificações do estado de fato supervenientes à propositura da ação; entendia a *Corte* que a prorrogação legal da locação, alterando a posição das partes a respeito do objeto da controvérsia, constituía modificação do estado de direito, e por isso, *a contrario sensu*, repercutia na competência.

A solução foi criticada pela melhor doutrina. Explicou-se que, para o fim em vista, só representaria modificação do estado de direito a produzida por uma lei que mudasse os limites *ratione valoris* da competência ou os critérios estabelecidos para fixar o valor da causa. Diversamente, qualquer modificação da relação litigiosa, fosse qual fosse a respectiva origem, devia reputar-se atinente ao estado de fato, compreendido como o conjunto das circunstâncias que, segundo a lei, são relevantes para a determinação da competência. Nada importa — sublinhou-se — que essas circunstâncias, consideradas em si mesmas, sejam modalidades ou características de uma relação jurídica e, por isso, elementos da situação de direito existente entre as partes: na aplicação das regras de competência, elas representam o *dado* de que se há de partir para escolher o juiz competente. Tampouco importa que a modificação de tais circunstâncias seja produzida pela lei ou por qualquer outro evento: será sempre modificação do *dado*, isto é, do estado de fato a que se devem aplicar as aludidas regras. Ora, a lei que prorroga a locação limita-se a alterar a duração do contrato e, por conseguinte, as circunstâncias de fato à luz das quais se fixa o valor da causa⁹. Em semelhante perspectiva, toda questão suscetível acerca da prorrogação legal da locação, ainda que a respectiva solução dependesse do exame da lei, funcionaria como *quaestio facti* e teria de submeter-se ao regime próprio dessa classe de questões.

6. É exatamente o que sucede, *mutatis mutandis*, com a violação de disposição legal, enquanto fundamento do pedido de rescisão, conforme o

8. Colhido em LIEBMAN, "Proroga legale della locazione in corso di causa e competenza per valore", nota a acórdão da *Corte di Cassazione*, in *Rivista di diritto processuale*, v. VIII (1953), parte II, p. 167-9, e in *Problemi del processo civile*, Nápoles, s.d., p. 467-8.

9. A passagem antecedente de nosso texto cinge-se a traduzir, com ligeiríssimas alterações, a parte principal do trabalho de LIEBMAN, citado em a nota 8, *supra*.

art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil. Claro está que, para averiguar se o fundamento existe, e portanto se a sentença deve ser rescindida, o órgão julgador tem de partir da análise da lei que o autor aponta como violada, e apreciar questões que, em si mesmas, à luz do respectivo objeto, seriam classificáveis como *quaestiones iuris*. Ele o fará, porém, com a exclusiva finalidade de saber se há de aplicar ou não o próprio art. 485, n.º V, rescindindo ou não a sentença. No caso afirmativo, a violação da lei, dada como existente, será o *fato* em que se fundará a rescisão. No processo da rescisória, portanto, funcionam como *quaestiones facti*, e assim se devem tratar, quaisquer questões que se necessite apreciar para apurar se foi ou não violada a lei a que se refere o autor.

Raciocínio análogo caberá com relação a todos os outros incisos do art. 485 que apresentem estrutura semelhante. Não sofre dúvida, *v.g.*, que para saber se terá ocorrido ofensa à coisa julgada (inc. VI), o órgão julgador da rescisória poderá ver-se forçado a examinar questões atinentes à interpretação, digamos, do art. 469 do estatuto processual. Tais questões, no processo da rescisória, não de ser encaradas como questões de fato. O órgão julgador não vai aplicar o art. 469, mas o art. 485, n.º IV; só as questões relativas a este último é que constituirão, aí, *quaestiones iuris*.

7. As noções expostas são essenciais para o correto equacionamento de problemas que às vezes se suscitam e nem sempre se resolvem bem, a propósito da ação rescisória. Tem-se ouvido dizer, por exemplo, que, se vige nesta matéria, como alhures, o princípio *iura novit curia*, não seria imprescindível que o autor, invocando o inc. V do art. 485, indicasse a norma a seu ver violada pela sentença rescindenda; ou que o órgão julgador ficaria, em todo caso, livre de acolher o pedido de rescisão, reconhecendo como violada norma diversa da que o autor indicara.

É manifesto o equívoco. A ação rescisória não escapa ao domínio do princípio *iura novit curia*; o que este significa, todavia, é que o juiz não fica adstrito à iniciativa da parte na identificação da norma jurídica que lhe caiba aplicar. Mas, na rescisória por violação de lei, a norma jurídica que ao órgão julgador cabe aplicar é a do próprio art. 485, n.º V; não a outra, de cuja violação se cogita. Logo, a indicação que se dispensa é a do art. 485, n.º V; pouco importa que o autor, na inicial, deixe de mencioná-lo, ou que, por engano, mencione texto diverso.

Precisa ele, ao contrário, indicar a norma (ou as normas) que, a seu ver, a sentença rescindenda violou, como elemento(s) que é (ou são) da

sua causa de pedir¹⁰. Se a inicial omite semelhante indicação, deve o relator da rescisória, ao despachá-la, determinar que ela seja completada no prazo de dez dias (art. 284); e, não cumprida a determinação, indeferir a inicial (art. 490, n.º I, c/c os arts. 284, parágrafo único, e 295, n.º VI, *fine*). Não basta que o autor impute à decisão rescindenda haver violado "a Constituição da República", ou "o Código Civil": a indicação tem de ser específica, até para abrir ao réu a possibilidade de contraditar eficazmente a alegação. Em compensação, o silêncio ou o erro quanto ao número do dispositivo não prejudica a postulação, desde que se consiga identificar com segurança a norma: assim, *v.g.*, se o autor afirma que a sentença rescindenda violou a regra constitucional de isonomia, embora sem citar o art. 153, § 1.º, da Carta da República, ou citando, equivocadamente, o art. 154, ou o art. 153, § 2.º.

O órgão julgador, por seu turno, não pode em caso algum apreciar o pedido de rescisão à luz de outra norma, que o autor se haja absterido de dizer violada. Por mais nítida que seja a violação dessa outra norma, se o órgão julgador rescindir a sentença com base nela, infringirá o art. 128 do Código de Processo Civil: o fundamento da decisão estará fora dos limites da lide, tal qual submetida à cognição judicial.

8. Das premissas assentadas extraem-se outros corolários, que vamos enunciar, ainda aqui, tendo em vista, especialmente, o caso do inc. V, mas que o leitor, com facilidade, generalizará. Aplicável que é à ação rescisória o disposto no art. 264 do Código de Processo Civil, será necessário o consentimento do réu, após a citação, para que se modifique a causa de pedir. Se o autor, pois, houver alegado na inicial a violação da norma N, não poderá passar, sem aquela anuência, à alegação de ter sido violada a norma N'. Não se confunde com essa hipótese, é óbvio, a de haver-se enganado o autor, pura e simplesmente, na indicação numérica do dispositivo cuja violação alega. Diz-se na inicial, por exemplo, que a sentença rescindenda violou a regra *dies interpellat pro homine*, mas alude-se, erroneamente, ao art. 961, e não ao art. 960, 1.ª parte, do Código Civil. O equívoco é corrigível a qualquer tempo, sem necessidade de ouvir-se o réu; e, ainda que não se corrija, pode e deve desprezá-lo o órgão julgador. O que interessa, em qualquer caso, é a substância da norma, jamais a sua designação numérica. Vale o exposto, *mutatis mutandis*, para a eventualidade de referir-se o autor, por lapso, ao art. 960, 1.ª parte, do Código Comercial.

10. Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado da ação rescisória*, 5.ª ed., Rio de Janeiro, 1976, p. 292.

mento de recurso contra o acórdão que julgar o pedido, à luz de cada fundamento³.

O conceito de causa de pedir tem sido expressado, na doutrina processual, por meio de fórmulas nem sempre coincidentes. Definições doutrinárias, quando não balizadas diretamente pela lei, repousam, como é notório, ao menos em certa medida, sobre uma componente convencional, a cujo respeito é ocioso discutir em termos de contraposição entre *verdade* e *erro*. Mais frutífero parece fundar a escolha da convenção básica no critério da utilidade: será preferível o conceito que permita explicar com maior clareza o fenômeno jurídico de que se cogita. Vejamos como se põe o problema na matéria de que nos estamos ocupando.

2. Quem propõe ação quer que o órgão judicial reconheça ou produza, mediante a sentença, determinado efeito jurídico. Ora, todo efeito jurídico nasce da incidência de uma norma de direito sobre um fato⁴. Ao juiz compete aplicar a norma ao fato e enunciar sua conclusão sobre o efeito pretendido pelo autor. O mecanismo, bem se sabe, é a rigor mais complexo do que sugere essa esquemática descrição: a aplicação da norma não tem o caráter automático que em tempos idos se lhe atribuía, envolvendo, como envolve, operações valorativas e opções políticas (no sentido mais amplo da palavra) por parte do aplicador. Feita a ressalva, todavia, o exposto acima reproduz em substância, com razoável fidelidade, o que acontece na prática.

Norma e fato são, destarte, os dois elementos essenciais com que lida o julgador. Depende de uma e de outro que se reconheça ou produza o efeito desejado: se este deve ser reconhecido ou produzido, é porque *a*) existe norma que o atribui ao fato dotado de tais ou quais características; e *b*) aconteceu fato cujas características coincidem com as do modelo normativo.

Em sistemas jurídicos do tipo do nosso, incumbe ao juiz identificar a norma adequada, interpretá-la e aplicá-la, independentemente da respectiva

3. *Vide*, ao propósito, BARBOSA MOREIRA, Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir, in *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 1, p. 17-8, e in *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, São Paulo, 1984, p. 134.

4. Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. I, Rio de Janeiro, 1954, p. 17: "A eficácia jurídica provém da juridicização dos fatos (= incidência da regra jurídica sobre os fatos, tornando-os fatos jurídicos)". E ainda: "Toda eficácia jurídica é eficácia de fato jurídico; portanto da lei e do fato, e não da lei ou do fato". Desnecessário precisar que a alusão do nosso texto a "um fato" deve ser entendida como alusão a "um fato ou a um conjunto de fatos".

A existência de ação rescisória em curso, com fundamento na violação da norma N, não cria empecilho a que se proponha outra rescisória, entre as mesmas partes, fundada na violação da norma N'. Não procederia a objeção de litispendência, porque diferentes as causas de pedir (cf. art. 301, §§ 1.º e 3.º). As duas ações são, à evidência, conexas (art. 103), e em princípio devem reunir-se para julgamento simultâneo (art. 105). A semelhança do que sucederia se alegadas em conjunto, desde o início, duas violações — isto é, na hipótese de cumulação *originária* das rescisórias —, têm de computar-se separadamente, em relação a cada uma das violações alegadas, os votos dos membros do colégio julgador ¹¹.

Procedente ou improcedente que seja o pedido de rescisão, formulado com apoio na violação da norma N, a coisa julgada que se forme só cobrirá essa causa de pedir. O autor vencido permanecerá livre de pleitear de novo a rescisão da mesma sentença, alegando a violação da norma N', sem que se lhe possa opor eficazmente a objeção do art. 301, n.º VI.

9. Acrescentemos um tópico derradeiro às presentes considerações. Ficou dito que quaisquer questões relativas às *causae petendi* se consideram e se tratam como questões de fato. Não abrem exceção, ressaltou-se, as atinentes à(s) norma(s) cuja violação se alega, na ação rescisória *ex art. 485, n.º V*. Uma das conseqüências é que não se pode pôr tal violação como fundamento de recurso extraordinário contra o julgamento da rescisória ¹².

Suponhamos, por exemplo, que a sentença rescindenda houvesse realmente violado certa norma constitucional, e na inicial se invoque essa violação como causa de pedir, mas o órgão julgador não a reconheça e julgue improcedente o pedido de rescisão. A parte vencida em vão recorrerá extraordinariamente, com base no art. 119, n.º III, letra *a*, da Carta da República, combinado com o art. 325, n.º I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A questão atinente à violação da norma constitucional não pode tornar-se objeto de reexame pela Corte Suprema, no julgamento do recurso extraordinário, justamente por não ser aí questão de direito, senão de fato. Se a norma constitucional foi ou não foi violada, decide-o soberanamente o órgão julgador da rescisória, em apreciação insuscetível de controle pelo Supremo Tribunal Federal.

Poderia, sim, abrir-se a via do recurso extraordinário, caso o órgão julgador da rescisória, negando a violação afirmada pelo autor, apesar

11. Remetemos o leitor, no particular, ao nosso trabalho citado em a nota n.º 3, *supra*.

12. *Vide* sobre a matéria, extensamente, PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., t. VI, p. 442 e s., e *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 549 e s.

disso julgasse procedente o pedido de rescisão. Em tal hipótese, estaria configurado o erro na solução da *quaestio iuris*; o órgão julgador teria violado a norma que lhe competia aplicar, ou seja, o *próprio art. 485, n.º V*.

Acertada é, na matéria, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ¹³, conquanto nem sempre se expresse em fórmula de absoluto rigor técnico. A razão essencial da impossibilidade de remontar-se, no julgamento do recurso extraordinário, ao exame da violação alegada como fundamento do pedido de rescisão consiste em que essa questão, no processo da rescisória, funciona (e se trata) como *quaestio facti* e, enquanto tal, escapa ao âmbito próprio do recurso, em que apenas se discutem e se resolvem *quaestiones iuris*.

Fevereiro de 1987.

13. Exemplo recente, entre muitos que se poderiam citar, é o Acórdão de 7-5-1985, Recurso Extraordinário n.º 96.594, in *Diário da Justiça* de 25-10-1985, p. 19.148. Lê-se na ementa: "Referentemente à alegada violação de literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC), trata-se, aí, de fundamento da ação rescisória, mas não, porém, do recurso extraordinário, pois, caso contrário, estar-se-iam examinando, no âmbito deste, os pressupostos da decisão rescindenda, e não os fundamentos do acórdão recorrido".

TENDÊNCIAS NA EXECUÇÃO DE SENTENÇAS E ORDENS JUDICIAIS *

PRIMEIRA PARTE

OS PRINCÍPIOS TEÓRICOS

1. O postulado da "maior coincidência possível"

A instauração de processo judicial constitui, no comum dos casos, uma alternativa a que se recorre quando parece impossível, ou difícil, a atuação espontânea do direito. Logicamente, o objetivo do processo deveria consistir na obtenção de resultado prático que coincidissem de modo *exato* com o que se atingiria por aquele caminho natural. Não sendo isso possível, valorar-se-á o funcionamento do mecanismo processual, em todo caso, à luz da sua aptidão para produzir resultado *próximo* do ideal de coincidência. Dir-se-á, então, que o processo funciona tanto melhor quanto mais se aproximar o seu resultado prático daquele a que levaria a atuação espontânea do direito.

Uma valoração desse tipo não deve, como nenhuma outra na matéria, ser arvorada em critério absoluto. É intuitivo que a atividade da máquina judiciária tem de submeter-se a exigências de índole vária e por vezes contrastantes entre si. A conveniência de fazer chegar ao termo o processo com rapidez e sem gastos muito elevados, por exemplo, pode eventualmente pôr um freio ao impulso de exaurir todas as possibilidades de apuração completa dos fatos relevantes. Mas, com as ressalvas que se queiram fazer, a idéia da "maior coincidência possível" conserva fundamental significação e repercute forçosamente em grande número de aspec-

* Relatório regional latino-americano para o colóquio da Associação Internacional de Direito Processual, realizado em Lund (Suécia), em junho de 1985. Publicado na *Revista de Processo*, v. 41.

Nota preliminar: Para a elaboração do presente relatório, consultaram-se leis da maioria dos países latino-americanos, obras doutrinárias (que se optou por não citar,

tos da problemática do direito processual. No presente trabalho vamos ocupar-nos de seus reflexos no quadro da execução das sentenças.

2. Reflexos do postulado em matéria de execução de sentenças: delimitação do campo de estudo

Falando de "execução", estamos desde logo limitando o nosso campo de estudo a determinada classe de sentenças. É noção elementar a de que muitas delas esgotam por si mesmas todas as virtualidades de proteção jurisdicional, de tal maneira que, após a formação da coisa julgada, nada mais poderá pretender o litigante vitorioso, com referência àquilo que constituía o objeto do litígio. Assim ocorre, *v.g.*, quando se declara autêntico um documento, ou inexistente a dívida que uma das partes atribuía à outra; quando se decide que o marido não é pai da criança dada à luz pela mulher; quando se decreta o divórcio de um casal; quando se anula um testamento. Numa palavra: sempre que se trate da mera *certificação* oficial de situação preexistente, ou da modificação desta *em plano exclusivamente jurídico*.

dada a natureza do trabalho) e os relatórios redigidos por juristas latino-americanos, sobre o tema *Current Developments in the Law of Execution of Judgments*, para o VII Congresso Internacional de Direito Processual (Würzburg, 1983), cujas cópias foram gentilmente fornecidas pelo então relator geral, Prof. Carlos de Miguel y Alonso. Contou-se também com a colaboração dos Professores Aristides Rengel Romberg (Caracas, Venezuela), Gabriel Peláez Gantier (Sucre, Bolívia), Hernando Morales Molina (Bogotá, Colômbia), Hugo Allen (Asunción, Paraguai), Hugo Pereira Anabalón (Santiago, Chile), Juan Carlos Hitters (La Plata, Argentina) e Luis Torello Giordano (Montevideo, Uruguai), os quais, com a maior prestimosidade, ministraram ao relator valiosas informações sobre os ordenamentos de seus respectivos países — o que, infelizmente, não puderam fazer colegas de outras nacionalidades, igualmente consultados.

Ascendendo a cerca de duas dezenas o número dos países latino-americanos, a extensão da área coberta pelo relatório afastava, à evidência, qualquer pretensão de exaustividade. A despeito, porém, de não se haver podido levar em conta a totalidade dos sistemas jurídicos dessa área, acredita o relator que as omissões, pouco numerosas, não desfiguram o relatório, nem o tornam menos representativo, sobretudo a ter-se em mente que os restantes ordenamentos, por bem conhecidas circunstâncias, decerto não se distanciam muito, em seus traços fundamentais, dos que se examinaram. Intencional foi a omissão de Cuba, cujo direito hoje integra a "família" socialista, razão pela qual se entendeu que o respectivo exame caberia ao relator incumbido desse grupo de ordenamentos.

Não obstante os esforços do relator, não se pode excluir por completo a hipótese de estar desatualizada alguma referência legislativa. Unicamente sua é a responsabilidade por eventuais inexactidões ou lacunas involuntárias.

A esses dois grupos de casos correspondem respectivamente, segundo classificação tradicional nos sistemas jurídicos de linhagem romana, as sentenças declaratórias e as sentenças constitutivas. O que existe de comum a ambas as classes é a circunstância de que não lhes sobrevive qualquer necessidade de determinado comportamento, por parte do vencido, para a satisfação do vencedor. Não surge aí, portanto, a questão de saber o que se há de fazer quando o vencido porventura não se mostra disposto a comportar-se daquela particular maneira. Ora, esse é precisamente o problema básico a que de ordinário se busca dar solução por meio da execução forçada.

Aqui nos interessa outro grupo de hipóteses, em que a decisão judicial, para atuar praticamente no mundo dos fatos, implica, em regra, repercussão *não apenas jurídica, mas física*. É o caso das sentenças a que, nos países de origem romana, se costuma dar a denominação de *condenatórias*. Suponhamos, por exemplo, que o juiz condene o réu a pagar certa soma de dinheiro, a entregar imóvel ou veículo, a construir uma casa, a abster-se de desviar curso d'água. Por si só, é evidente, a sentença não basta para proporcionar ao autor vitorioso resultado prático satisfatório, que apenas se concretizará se na verdade for paga a importância devida, ou se for entregue o imóvel ou o veículo, ou se a casa for construída, ou se o curso d'água permanecer inalterado.

Pois bem: é possível que o vencido resolva colaborar e cumpra voluntariamente a condenação. Nessa feliz eventualidade, ter-se-á logrado a "maior coincidência possível" entre a situação conseqüente ao processo e a que decorreria da atuação espontânea do direito. Como facilmente se compreende, subsistirá, em razão do tempo pelo qual o titular do direito ficou privado do respectivo gozo, um resíduo de discrepância; mas o direito conhece técnicas de compensação (juros, perdas e danos, correção monetária), que, bem aplicadas, podem reduzi-lo a um mínimo praticamente desprezível.

Complicam-se as coisas quando o vencido se mostra recalcitrante. Então se torna indispensável uma atividade suplementar do poder público,

Utilizaram-se as seguintes abreviaturas: Argentina: CPCCN (*Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación*); Bolívia: CPC (*Código de Procedimiento Civil*); Brasil: CPC (*Código de Processo Civil*); Chile: CPC (*Código de Procedimiento Civil*); Colômbia: CPC (*Código de Procedimiento Civil*); Costa Rica: CPC (*Código de Procedimientos Civiles*); Equador: CPC (*Código de Procedimiento Civil*); Guatemala: CPCM (*Código Procesal Civil y Mercantil*); México: CPC (*Código de Procedimientos Civiles*); Paraguai: CPMCC (*Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial*); Peru: CPC (*Código de Procedimientos Civiles*); Uruguai: CPC (*Código de Procedimiento Civil*); Venezuela: CPC (*Código de Procedimiento Civil*).

destinada, em princípio, a produzir aquele mesmo resultado, independentemente da colaboração do vencido, ou até contra a sua vontade. Assim se abre margem à chamada execução forçada¹.

3. Os vários tipos de execução

A atividade suplementar, que constitui a execução, assume obviamente características variáveis, conforme o teor da condenação em que se funda. Vale a pena acentuar desde já essa diversidade, porque, quando se atenta nos obstáculos que costumam erguer-se à eficácia prática da execução, facilmente se verifica que, ao lado de problemas comuns, há outros específicos, relacionados com as diferentes finalidades que se podem ter em vista.

O esquema básico poderia apoiar-se na natureza da prestação devida ao litigante vencedor. Concebe-se, com efeito, que algo a) lhe tenha de ser dado; b) haja de ser feito; c) deva impedir-se que aconteça. Na verdade, o exame das legislações revela tendência generalizada a uma parcial modificação desse esquema.

Assim, em relação à hipótese (a), varia o tratamento legal da matéria, segundo o credor tenha direito a um pagamento *em dinheiro* ou ao recebimento de *outra coisa*. Tal diversificação afigura-se plenamente justificada quando se pensa que, neste último caso, existe *ab initio* a determinação (ao menos relativa) do objeto material a transferir-se do poder de uma para o de outra pessoa, de modo que, sendo ele encontrado, a atividade executiva normalmente se consuma sem maiores dificuldades; enquanto isso, no primeiro caso, embora não seja inconcebível, é todavia

1. Sabe-se que nem toda execução pressupõe uma sentença: certos créditos formalmente documentados podem autorizar o credor a requerer medidas executivas, independentemente de prévia condenação do devedor. A essa possibilidade corresponde o tipo de processo a que, nos países hispano-americanos, em geral se denomina "*juicio (ou proceso) ejecutivo*": Argentina: CPCCN, arts. 520 e s.; Bolívia: CPC, arts. 486 e s.; Colômbia: CPC, arts. 488 e s.; Costa Rica: CPC, arts. 425 e s.; Guatemala: CPCM, arts. 327 e s.; México: CPC para o Distrito Federal, arts. 443 e s.; Paraguai: CPMCC, arts. 398 e s.; Uruguai: CPC, arts. 873 e s.; Venezuela: CPC, arts. 523 e s. A disciplina legal apresenta certas diferenças, mais ou menos importantes, em relação à da execução de sentença. No Brasil, dicotomia análoga existia sob o regime anterior: o CPC de 1939 previa uma "ação executiva" (arts. 298 e s.), diversa da execução de sentença; o CPC vigente, de 1973, disciplina toda a matéria em conjunto, embora algumas dessemelhanças ainda se possam discernir. Este relatório visa de modo precípua a execução de sentença; muito do que nele se dirá, porém, é aplicável a qualquer execução.

improvável que se encontre nas mãos do devedor a própria soma devida, mas por outro lado, se ele tem bens diversos, de valor pecuniário, pode-se tentar utilizá-los para arranjar o dinheiro — o que implica o emprego de técnicas jurídicas peculiares, desnecessárias alhures.

Quanto à hipótese (c), embora em regra constitua objeto de disposições legais formalmente distintas, a análise dos textos mostra que afinal se recai em substância na disciplina da hipótese (b). A explicação é que a lei dirige os olhos, da preferência, senão com exclusividade, ao caso de já se ter descumprido a sentença, fazendo-se o que se deveria deixar de fazer; e cuida das providências destinadas a conseguir que se *desfaça* o que foi feito². Ora, de ordinário, entre as duas atividades, o fazer e o desfazer (v.g., erguer um muro e demoli-lo), não há diferença de natureza que impeça equiparação no tratamento legal.

4. Possibilidade de conversão

Convém assinalar que os vários tipos acima esquematizados não constituem universos hermeticamente fechados e incomunicáveis. Ao contrário: como se terá oportunidade de indicar em mais de um ponto, pode acontecer que se converta em pecuniária uma execução de natureza originariamente diversa.

Algumas hipóteses são bem conhecidas e ocorrem com relativa frequência. Condenara-se a parte vencida a entregar um veículo, mas verifica-se que ele foi destruído: a solução consiste em substituir a prestação *in natura*, tornada impossível, pelo respectivo valor em dinheiro. Impusera-se a alguém a realização de obra ou serviço; ante a recusa ou a omissão do condenado, faz-se realizar a obra ou o serviço por terceiro e cobra-se do devedor o montante das despesas.

A execução pecuniária assume, destarte, o papel de "reserva": a ela se recorre, como expediente subsidiário, quando, promovida execução de outro tipo, se esbarra em obstáculo capaz de tornar inútil ou inconveniente a insistência em perseguir o fim específico a que primitivamente se visava. E não é só. Mesmo que se continue a perseguir esse fim específico, pode subsistir a necessidade de empregar a técnica da execução pecuniária:

2. Assim o art. 642 do CPC brasileiro: "Se o devedor praticou o ato, a cuja abstenção estava obrigado pela lei ou pelo contrato, o credor requererá ao juiz que lhe assinie prazo para desfazê-lo". Muito semelhante: Guatemala, CPCM, art. 339, 1.ª parte.

assim, por exemplo, quando se procura influir na vontade do condenado, para induzi-lo a cumprir a condenação, nos próprios termos em que proferida, mediante a utilização de medidas coercitivas patrimoniais (*vide, infra*, Terceira Parte, n.º 26), a exigência do pagamento da multa, se não atendida de maneira espontânea, forçosamente desembocará na instauração de uma execução pecuniária em face do devedor.

A luz de tais considerações, não se afigura aconselhável fazer abstração dos problemas da execução pecuniária em relatório como o presente, ainda que o interesse se concentre, de preferência, em aspectos peculiares às execuções de outros tipos. O empenho em imprimir a essas execuções maior "efetividade" não deve, ao nosso ver, desprezar a eventualidade de que se recaia, mais cedo ou mais tarde, na "reserva" comum, que por isso mantém uma relevância quando menos *potencial*. Daí termos optado por incluir no relatório o exame, perfunctório embora, das principais questões relacionadas com a execução pecuniária.

SEGUNDA PARTE

LIMITES À ATUAÇÃO DO POSTULADO DA "MAIOR COINCIDÊNCIA POSSÍVEL"

1. *Espécies de limites*

O postulado da "maior coincidência possível" deve atuar no sentido de imprimir à execução da sentença a aptidão para produzir resultado tendente a igualar aquele que se obteria mediante a realização espontânea do direito. A isso se contrapõem óbices de várias espécies, que fixam à atividade executiva limites de maior ou menor alcance. Alguns desses limites, longe de constituírem sintomas de uma disfunção, harmonizam-se com o ordenamento jurídico, são — por assim dizer — *queridos* por ele; decorrem da necessidade, já assinalada, de preservar valores de outra índole, também prestigiados pelo direito. Muitos limites surgem, contudo, que *não* são queridos pelo ordenamento, mas antes o contrariam. Vamos examinar adiante (n.º III) como reage em face deles o direito, que atitudes toma no propósito de compensá-los ou de superá-los.

Preliminarmente, porém, cabe uma observação. Encontram-se por vezes, em leis processuais, disposições tendentes a evitar que, na atividade de execução, se cause ao devedor detrimento excessivo, ordenando, por exemplo, que entre dois ou mais possíveis meios se escolha o menos gravoso³. Esse *favor debitoris*, que assim se consagra, *não* se choca, em si mesmo, com o postulado da "maior coincidência possível", e portanto *não* representa limite necessário da atividade executiva, no sentido acima indicado. A aplicação das disposições em foco não deve, em princípio, diminuir a eficácia prática da execução; a opção pelo meio menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazes.

3. CPC brasileiro, art. 620. Igual inspiração no art. 535, 1.ª parte, do CPCCN argentino, e no art. 498, n.º I, do CPC boliviano, segundo os quais o credor não pode exigir que se apreendam determinados bens, com grave prejuízo para o devedor, se houver outros disponíveis.

2. Limites queridos pelo ordenamento

Os limites queridos pelo ordenamento podem visar a resguardar interesses de ordem patrimonial. Hoje em dia, a atividade executiva incide primariamente sobre bens, seja porque já os tenha em vista de início, seja porque se valha deles como sucedâneo da prestação originariamente perseguida. A lei, entretanto, nem sempre permite que ela atinja indiscriminadamente quaisquer bens: costuma excluir algumas classes, tornando-as imunes à execução, com a óbvia consequência de impedir a plena satisfação do credor, quando impraticável só à custa de outros bens. Razões várias explicam semelhantes exclusões: pode haver obstáculo legal a que os bens sejam alienados (assim, v.g., os que integram o domínio público); ou se quer evitar que o devedor se veja privado do necessário para que subsista com sua família⁴, ou de coisas que só para ele, por motivos personalíssimos, tenham valor apreciável⁵; ou se quer prevenir o embaraço total ou a perturbação excessiva de atividades vistas como socialmente relevantes ou merecedoras de especial reverência⁶.

Outra fonte clássica de limitações é a salvaguarda da liberdade pessoal do devedor, que, de acordo com princípio firmemente arraigado em nossa tradição jurídica, não deve ser constrangido pela força a realizar a prestação. Esse ponto assume relevo particular nos casos em que o devedor está obrigado a praticar determinado ato. O princípio veda o emprego de meios físicos de coerção sobre ele: *nemo praecise ad factum cogi potest*. Nem todo uso da força, entretanto, se considera proibido: é possível em regra, v.g., utilizá-la para retirar de um imóvel pessoa que, condenada a entregá-lo, dele se recusa a sair.

4. As leis costumam aludir a salários, roupas, provisões de alimento e combustível necessários para certo tempo, utensílios domésticos, instrumentos de atividade profissional e similares: Brasil: CPC, art. 649, ns. II, IV e VI; Chile: CPC, art. 445, ns. 1.º, 2.º, 9.º a 13.º; Colômbia: CPC, art. 684, ns. 5, 10, 11, 12; Guatemala: CPCM, art. 306, ns. 3.º, 5.º, 6.º; Paraguai: CPMCC, art. 414; Peru: CPC, art. 618, ns. 3.º e s.; Uruguai: CPC, art. 885, ns. 2.º a 7.º.

5. Exemplo: "o anel nupcial e os retratos de família" (Brasil: CPC, art. 649, n.º III).

6. Exemplos: "os materiais necessários para obras em andamento" (Brasil, CPC, art. 649, n.º VIII); "os bens destinados a um serviço que não se possa paralisar sem prejuízo do trânsito ou da higiene pública" (Chile, CPC, art. 445, n.º 17.º; Peru, CPC, art. 618, n.º 12.º); "os bens destinados a culto religioso" (Colômbia, CPC, art. 684, n.º 9).

3. Limites não queridos pelo ordenamento

Voltemos agora a nossa atenção para os limites não queridos pelo direito, mas que *de facto* se podem deparar, e na verdade se deparam, à execução. Seria evidentemente impossível enumerá-los de maneira exaustiva; temos de cingir-nos aos tipos mais freqüentes e importantes. Algumas dificuldades resultam do comportamento do devedor, que não raro se empenha em obstar à atividade executiva ou em frustrar-lhe o êxito. Outras têm causas distintas: o próprio curso do tempo já é capaz, por si só, de exercer poderosa influência negativa nesta matéria.

3.1. *Na execução de condenação a pagar uma soma de dinheiro.* A modalidade mais comum de execução é sem dúvida a que se destina à satisfação de crédito pecuniário. Compreensivelmente, sua estrutura apresenta certa complexidade. É rara a hipótese de encontrar-se no patrimônio do litigante vencido, em espécie, a importância mesma a que o credor faz jus. Tem-se de praticar, por isso, uma série de atos destinados a obter o numerário indispensável, em regra mediante a alienação de outros bens do devedor. Ao longo desse processo, em numerosas oportunidades costumam surgir problemas. Assim, por exemplo:

- a) nem sempre se dispõe de meios cômodos para pesquisar e descobrir os bens necessários;
- b) podem estes na verdade não existir, ou ser insuficientes, ou sujeitos a rápido perecimento ou depreciação;
- c) o devedor pode ocultá-los ou resistir à respectiva apreensão;
- d) pode ainda o devedor transferi-los a terceiro, para subtraí-los à execução;
- e) é possível que a alienação forçada não conduza a resultado compensador, por ineficiência dos mecanismos incumbidos de efetuar-la, ou em virtude de manobras tendentes a satisfazer interesses escusos;
- f) nos países de economia inflacionária, como tantos da América Latina, em que o poder aquisitivo da moeda decresce de maneira contínua, o produto da execução, obtido ao fim de certo tempo, ainda quando nominalmente iguale o crédito, já não representa valor idêntico.

3.2. *Na execução da condenação a entregar uma coisa.* Tem estrutura mais simples, em princípio, a execução de sentença que condena o devedor a entregar uma coisa. Ela normalmente se realiza pela apreensão da coisa e subsequente entrega ao credor, ou mediante a imissão deste na

respectiva posse, consoante se trate, respectivamente, de móvel ou de imóvel. Os principais obstáculos consistirão:

- a') em não se encontrar a coisa, ou encontrar-se deteriorada;
- b') na resistência do devedor ao desapossamento;
- c') em haver sido a coisa alienada a terceiro.

3.3. *Na execução da condenação a praticar ato ou a abster-se dele.* Quando a execução visa à prática de ato, o problema capital intuitivamente se origina (a'') da relutância do devedor em realizá-lo, embora também se conceba (b'') que a realização se torne impossível por fato superveniente, independente da vontade do devedor. Nas condenações à abstenção, analogamente, há o risco (c'') de que o vencido faça (ou continue a fazer) aquilo de que deve abster-se; se a execução passa a tender ao desfazimento, recai-se na hipótese (a'').

3.4. *Hipóteses de conversão.* Sob certas circunstâncias, as espécies de execução indicadas em 3.2 e 3.3 podem converter-se em execução pecuniária. Caso isso aconteça, ficarão elas também, naturalmente, sujeitas a percalços como os arrolados em 3.1.

TERCEIRA PARTE

A REAÇÃO DO ORDENAMENTO DIANTE DOS LIMITES NÃO QUERIDOS

1. *Espécies de reação*

De modo geral, esforçam-se as leis por encontrar remédios para os limites *de facto*, não queridos pelo ordenamento jurídico. A reação legal contra eles pode assumir duas formas capitais.

Consiste a primeira em tentar superá-los: aqui tomam lugar as providências, de teor muito variável, ordenadas a conseguir que a execução, apesar dos óbices, atinja o fim específico a que de início tendia. Visa a segunda, tão-somente, a compensá-los: o direito renuncia a proporcionar ao credor a utilidade mesma a que ele fazia jus, oferecendo-lhe *outra* em contrapartida.

Ocioso frisar que só a primeira forma de reação pode mostrar-se capaz, em certa medida, de atender ao princípio da "maior coincidência possível". Na segunda, busca-se substituir a prestação originária por um "equivalente pecuniário": assim, *v.g.*, nas hipóteses de impossibilidade de entrega da coisa devida⁷, por perecimento ou por outro motivo, ou — com as importantes ressalvas que abaixo se farão — nas de recusa à prática do ato a que o devedor se obrigara⁸. Ela encerra, na verdade, a confissão da impotência da lei para assegurar a consecução do objetivo primário a que se visara. Sem dúvida, o "equivalente pecuniário" é melhor que nada; entretanto, fora do âmbito puramente patrimonial, e em determinados casos até dentro dele, a solução revela-se muito insatisfatória.

7. Argentina: CPCCN, art. 515, 2.ª parte; Brasil: CPC, art. 627; Chile: CPC, art. 235, 2.ª alínea; Costa Rica: CPC, art. 997, 2.ª parte; Paraguai: CPMCC, art. 490; Uruguai: CPC, art. 509, *fine*; Venezuela: CPC, art. 449, 3.ª parte.

8. Argentina: CPCCN, art. 513; Brasil: CPC, art. 633; Guatemala: CPCM, art. 337; Uruguai: CPC, art. 509, *fine*.

2. As reações tendentes à superação dos limites

Passamos agora a examinar algumas possibilidades de superação dos limites não queridos pelo ordenamento, com referência aos diversos problemas arrolados em 3.1, 3.2 e 3.3.

2.1. Na execução da condenação a pagar uma soma de dinheiro.

a) A pesquisa de bens do devedor vale-se, basicamente, dos registros públicos, dos quais em princípio devem constar os imóveis e certos móveis (navios, aeronaves, veículos automotores em geral), mas que quase sempre padecem de graves imperfeições. Em geral, é possível solicitar informações, por meio do juiz, a repartições públicas (fiscais, por exemplo) e a outras instituições, como bancos⁹. A lei pode atribuir ao devedor a obrigação de indicar ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução, cominando sanção para o caso de descumprimento¹⁰. Pode ainda submetê-lo a uma proibição genérica de vender ou onerar seus bens, providência que ficará sem efeito se o devedor indicar bens ou prestar caução bastante¹¹.

b) A inexistência de bens é, naturalmente, óbice insuperável à execução; a insuficiência é suscetível de acarretar a sujeição do devedor a este ou àquele tipo de execução coletiva (falência, insolvência civil, concurso de credores). A proibição geral de vender ou onerar é também aplicável na hipótese de serem presumivelmente insuficientes os bens apreendidos na execução¹². Para conjurar o risco do rápido perecimento ou depreciação, pode-se autorizar a alienação antecipada, logo depois de apreendido o bem, com dispensa, ao menos parcial, das formalidades habituais¹³.

c) A ocultação dos bens é possível obstar pela utilização oportuna de medidas cautelares de apreensão, decretáveis, sob certas condições,

9. O sigilo bancário pode constituir entrave sério. No Uruguai, por exemplo, a Lei n.º 15.322, de 17-9-1982, dificultou notavelmente o descobrimento de depósitos bancários, limitando a viabilidade de tais informações à matéria penal e à de alimentos.

10. Segundo o art. 600, n.º IV, do CPC brasileiro, a recusa do devedor constitui ato "atentatório à dignidade da justiça"; e, se nele perseverar, a despeito de advertido pelo juiz, o devedor será proibido de praticar qualquer ato no processo, enquanto não lhe for relevada a penalidade, mediante o compromisso de não reincidir e a prestação de fiança (art. 601).

11. e 12. Exemplo: Argentina: CPCCN, arts. 228 e 534.

13. Exemplos: Brasil: CPC, art. 670, n.º I; Chile: CPC, art. 483; Venezuela: CPC, art. 483.

sem audiência prévia do devedor, e antes mesmo de instaurado o processo em que se pleiteia a respectiva condenação (*a fortiori*, antes de iniciada a execução)¹⁴. Existem disposições legais expressas que declaram sujeitos à execução os bens do devedor em poder de terceiro¹⁵. Contra a eventual resistência do devedor à apreensão de bem que esteja em seu próprio poder, é utilizável a força policial, e os agentes da execução podem ser autorizados, às vezes com base em textos igualmente expressos¹⁶, a arrombar as portas da casa, assim como móveis e gavetas onde presumivelmente se encontrem os bens. Não fica excluída a eventualidade de sanção criminal para o devedor recalcitrante.

d) Para atalhar a manobra do devedor consistente em alienar o bem a terceiro, afim de subtraí-lo à execução, mais de um remédio pode ser empregado. Em regra, as medidas cautelares de apreensão, a que já se aludiu, acarretam restrição à validade ou à eficácia de eventuais atos de disposição dos bens apreendidos, e são consignadas em registros públicos, para conhecimento geral. Mas a lei pode ir além, *v.g.*, tornando ineficazes perante o credor, sob certos pressupostos, e independentemente de qualquer apreensão antecedente, as alienações feitas pelo devedor, de tal sorte que, embora os bens alienados se transfiram para o patrimônio do adquirente, continuam sujeitos à execução, como se continuassem a pertencer ao devedor, sem necessidade, para o credor, de intentar previamente ação para anular os atos de disposição¹⁷. Sanções criminais também costumam ser cabíveis neste contexto.

e) Extremamente embaraçosas são certas dificuldades relacionadas com o mau funcionamento do mecanismo da alienação forçada dos bens apreendidos na execução, cujo produto é, quase sempre, muito menos satisfatório do que faria presumir o valor dos bens. As leis esforçam-se por assegurar a divulgação ampla da hasta pública e costumam estabelecer limite mínimo para as ofertas, a fim de evitar que a aquisição se faça por

14. "Embargo preventivo", na terminologia hispano-americana (Argentina: CPCCN, arts. 209 e s.; Costa Rica: CPC, arts. 172 e s.; Paraguai: CPMCC, arts. 378 e s.; Uruguai: CPC, arts. 828 e s.; Venezuela: CPC, art. 376); "arresto" (ou, com menor frequência, "embargo"), na brasileira (Brasil: CPC, arts. 637 e s., 813 e s.).

15. Exemplo: Brasil: CPC, art. 592, n.º III.

16. Exemplo: Brasil: CPC, arts. 660 e 661.

17. Assim ocorre, no direito brasileiro, com as alienações praticadas "em fraude de execução"; por exemplo: se, no curso do processo em que o credor pleiteia a condenação do devedor ao pagamento da dívida, este se desfaz de bens de sua propriedade em medida suficiente para reduzir-se à insolvência (CPC, art. 593, n.º II).

preço vil; mas esse limite é fixado à luz da avaliação do bem, e pode diminuir se não se consegue aliená-lo na primeira tentativa¹⁸. A própria avaliação, observe-se, freqüentemente não corresponde à realidade, o que explica a existência de disposições que autorizam o juiz, se a considerar demasiado baixa, a fixar outro limite¹⁹. Mais difíceis de resolver são os problemas ligados às manipulações a que se presta, na prática judiciária, a sistemática da alienação forçada, sob a pressão de interesses ilegítimos: os poderes de fiscalização do juiz, na matéria, quando suficientes *de iure*, são muitas vezes insuficientemente exercidos *de facto*.

f) Para eliminar ou atenuar o fator de perturbação constituído pela contínua depreciação da moeda, vem-se recorrendo em alguns países²⁰ a técnicas de atualização ou correção do valor nominal dos créditos, inclusive no curso da execução, de acordo com índices que — ao menos teoricamente — devem assegurar ao credor adequada compensação.

Certas variantes do procedimento habitual podem contribuir para afastar ou mitigar uma parte dos percalços acima referidos. Assim, por exemplo, quando, permitindo-o a lei, o credor concorda em ser pago com o próprio bem apreendido, ou com os rendimentos que venham a produzir, até o montante do crédito²¹; torna-se naturalmente supérflua, num caso e noutro, a série de operações destinadas à transformação do bem em dinheiro.

Também pode simplificar-se a execução pecuniária quando, em vez de incidir sobre bem corpóreo, recaia em crédito do devedor contra terceiro. Normalmente, este ficará obrigado a pagar em juízo a quem esteja promovendo a execução. Modalidade que se utiliza com grande freqüência, sobretudo nas execuções de dívidas alimentares, é a consistente em habilitar o credor a receber as prestações a que faz jus diretamente do terceiro de quem o devedor recebe pagamentos periódicos (órgão público de que seja empregado, locatário de imóvel de sua propriedade etc.)²².

18. Na Venezuela, v.g., inicialmente o limite mínimo é a metade do valor estimado do imóvel ("*justiprecio*"), reduzindo-se a dois quintos na segunda hasta pública (CPC, art. 489).

19. Exemplo: Argentina: CPCCN, art. 578, 5.ª alínea.

20. V.g., Uruguai (Lei n.º 14.500, de 8-3-1976); Brasil (Lei n.º 6.899, de 8-4-1981).

21. As duas possibilidades existem, por exemplo, no direito brasileiro, sob as denominações de "adjudicação" e "usufruto de imóvel ou de empresa" (CPC, arts. 714-715 e 716 e s., respectivamente).

22. Exemplos: Brasil: CPC, art. 734, e Lei n.º 5.478, de 25-7-1968, art. 17; Equador: CPC, art. 784; Uruguai, *Código del Niño*, arts. 214-215 (literalmente rela-

2.2. Na execução da condenação a entregar uma coisa.

a') Para evitar a ocultação, pode o credor utilizar-se, aqui também, de medidas cautelares de apreensão, com características análogas às aludidas em 2.1. (c)²³. Não sendo encontrada a coisa, a única solução possível é a conversão da execução em pecuniária, pelo valor do bem, acrescido de eventuais perdas e danos²⁴. Igual disciplina pode ser aplicável à hipótese de encontrar-se deteriorada a coisa, e por isso já não interessar ao credor.

b') A resistência do devedor é suscetível de acarretar as mesmas consequências indicadas acima, em 2.1.(c).

c') A alienação do bem a terceiro, pelo devedor, é neutralizável por meio de disposições legais que declaram ineficaz o ato perante o credor, a quem permanece aberta a possibilidade de reclamar a coisa, mesmo transferida ao patrimônio do terceiro. Semelhante ineficácia pode resultar de medida cautelar de apreensão ou de providência de outro tipo, como a anotação do processo relativo ao bem no registro próprio, se houver²⁵. Pode também decorrer da pura circunstância de ter-se alienado a coisa já no curso de ação fundada em propriedade ou em outro direito real, independentemente de qualquer medida prévia e de sentença anulatória do ato²⁶.

2.3. Na execução da condenação a praticar um ato. Em se tratando de condenação a fazer algo, a recalcitrância do devedor constitui óbice à primeira vista intransponível, desde que se observe, como de modo geral

tivos só aos alimentos devidos a menores, mas aplicados pela jurisprudência a outros casos).

23. *Secuestro* (em espanhol), *seqüestro* (em português): Argentina: CPCCN, art. 221; Bolívia: CPC, art. 162; Brasil: CPC, arts. 822 e s.; México: CPC para o Distrito Federal, arts. 235, n.º II, e 243 e s.; Uruguai: CPC, arts. 828 e s.; Venezuela: CPC, art. 375, 1.º.

24. Argentina: CPCCN, art. 515; Brasil: CPC, art. 627; Chile: CPC, art. 235, 2.ª; Costa Rica: CPC, art. 997, 2.ª parte; Equador: CPC, art. 476, 1.ª parte, *fine*; Guatemala: CPCM, art. 336, 2.ª parte; México: CPC para o Distrito Federal, art. 525, 3.ª parte; Paraguai: CPMCC, art. 490; Uruguai: CPC, art. 509; Venezuela: CPC, art. 449, 3.ª parte.

25. Exemplo: Guatemala: CPCM, art. 526.

26. Assim no direito brasileiro, que considera tal ato praticado em "fraude de execução" (CPC, art. 593, n.º I), à semelhança do caso aludido em a nota 17 *supra*. Abre a lei ao credor, porém, a alternativa de requerer a conversão da execução em pecuniária, para haver o valor da coisa com perdas e danos, em vez de reclamá-la do terceiro adquirente (CPC, art. 627).

sucedo, o tradicional princípio que veda o constrangimento do devedor à prática do ato, mediante o emprego de violência pessoal²⁷. Ter-se-ia então de recorrer, sempre, à alternativa da conversão da execução específica em execução pecuniária por perdas e danos.

Em muitos casos, contudo, o que na verdade interessa ao credor é o resultado prático de uma atividade que pode satisfazê-lo, indiferentemente, quer seja realizada pelo próprio devedor, quer por terceiro (conserto de um veículo, transporte de uma mercadoria, construção de um muro, desobstrução de uma vala etc.). Em tais hipóteses, abre-se o caminho para a realização da "maior coincidência possível", mandando-se fazer por terceiro, à custa do devedor, a obra ou o serviço. As leis, em regra, deixam ao credor a escolha entre as duas vias: execução específica às expensas do devedor ou resolução em perdas e danos²⁸.

2.4. *No caso especial da condenação a emitir declaração de vontade.* Merecedor de atenção especial é o caso de haver-se alguém obrigado a emitir declaração de vontade, ou particularmente a celebrar contrato. Na hipótese de recusa ao cumprimento, a solução clássica era a de reconhecer ao credor mero direito ao ressarcimento dos danos; não se admitia a execução específica, vista como incompatível com a preservação da liberdade pessoal do devedor.

Longa e às vezes acidentada evolução vem conduzindo a outra atitude bom número de ordenamentos jurídicos. Com largueza crescente, abre-se ao credor, sob determinadas condições, a possibilidade de obter, por meio do juiz, resultado idêntico ao que adviria do cumprimento espontâneo da obrigação. Tal possibilidade, hoje consagrada em vários textos legais expressos, é reconhecida por decisões judiciais em países que não os têm²⁹.

Varia a maneira pela qual se atinge o fim alvejado. Na maioria dos países hispano-americanos que aceitam a exequibilidade específica nesta matéria, se o órgão judicial conclui que o réu está na verdade obrigado à celebração do contrato, condena-o a outorgar a escritura dentro de certo prazo, findo o qual, na omissão do condenado, o próprio juiz a outorga

27. Em alguns países, há regras expressas nesse sentido: v.g., Bolívia (*Código Civil*, art. 1.466).

28. Argentina: CPCCN, art. 513; Brasil: CPC, art. 633; Guatemala: CPCM, art. 337; México: CPC para o Distrito Federal, arts. 517, n.º II, e 518; Paraguai: CPC, art. 488; Uruguai: CPC, art. 507.

29. V.g., Venezuela. Noutros, a lei veio a cancelar anteriores práticas jurisprudenciais: foi o que se deu na Argentina.

em seu lugar³⁰. O direito brasileiro prefere atribuir à sentença que dê ganho de causa ao credor, pura e simplesmente, efeito igual ao da escritura, que assim se torna supérflua; quando se haja de proceder a algum registro — como nos casos de alienação de imóveis —, a própria sentença constitui o título registrável³¹.

2.5. *Nos casos em que a obrigação só pode ser cumprida pelo próprio devedor (meios de coerção).* Nas hipóteses consideradas em 2.3 e 2.4, trata-se de superar os limites à efetividade da execução prescindindo da colaboração do devedor: busca-se atingir por outra via, que o dispense da atividade recusada, o resultado que se tem em vista. Tal expediente mostra-se impraticável, porém, quando a obrigação só pode ser cumprida pelo próprio devedor, seja em razão de qualidades inerentes à sua pessoa (exemplos: pintor famoso a quem se encomendou um quadro; músico célebre que se contratou para dar um concerto), seja por força de circunstâncias particulares que façam impossível, jurídica ou até materialmente, a prestação por outrem que não o obrigado; pense-se, v.g., em ato que apenas ao devedor a lei permite praticar, em serviço público de que é exclusiva concessionária certa empresa, em informação que ninguém senão o devedor está em condições de dar etc. Participam dessa natureza todas as obrigações negativas, em que necessariamente se pretende *do obrigado mesmo*, e não de qualquer outra pessoa, que guarde a abstenção devida.

Não sendo possível aí substituir pela alheia a atividade do devedor, pode-se entretanto, sem dúvida, substituir por outra a prestação devida: ainda uma vez, a solução clássica é a de converter a execução específica em execução pecuniária pelo valor das perdas e danos. Mas também se pode exercer pressão sobre a vontade do devedor, a fim de compeli-lo a colaborar. Semelhante método implica o emprego de medidas coercitivas, que não têm nem a natureza de penalidade, nem — ainda quando consistam em imposição de pagamento — a de prestações tendentes à reparação do dano sofrido pelo credor.

30. Exemplos: Argentina: CPCCN, art. 512; Chile: CPC, art. 532; Colômbia: CPC, art. 501, 1.ª alínea; Costa Rica: CPC, art. 991; Guatemala: CPCM, art. 338; México: CPC para o Distrito Federal, art. 517, n.º III; Uruguai: Lei n.º 8.733, de 17-6-1931 (quanto às promessas de venda de imóveis), e Lei n.º 14.433, de 30-9-1975 (com relação às promessas de alienação de estabelecimentos comerciais).

31. Decreto-lei n.º 58, de 10-12-1937, art. 16, § 2.º (para os compromissos de compra e venda de lotes de terra); CPC, arts. 439 a 441; Lei n.º 6.766, de 19-12-1979, art. 27, § 3.º (sobre loteamentos urbanos). Assim também se procede na Venezuela, por construção jurisprudencial, no silêncio da lei.

O uso dos meios de coerção, importa ressaltar, nem sempre se vê limitado pelas leis aos casos de obrigação do tipo de que estamos cuidando. Ele se estende, por vezes, até a hipóteses de execução *originariamente* pecuniária: serve de exemplo a possibilidade de decretar-se a prisão do devedor de alimentos, em atraso no pagamento das prestações³². *A fortiori*, pode a lei admiti-lo em caráter geral para a execução de obrigações de fazer, sem distinguir entre as de "prestação fungível" e as de "prestação infungível". É claro, no entanto, que o âmbito destas últimas constituirá sempre o campo de eleição de semelhantes providências, nas quais repousa aí a única esperança de promover-se a "maior coincidência possível" entre o resultado da execução e o que produziria a espontânea realização do direito.

2.6. *Espécies de medidas coercitivas*. Concebe-se em tese que as medidas coercitivas incidam sobre a própria *pessoa* do devedor ou sobre o seu *patrimônio*. Na realidade, em razão de uma difundida repulsa ao emprego de medidas privativas da liberdade por causa de dívidas — a qual tem inspirado até proibições em nível constitucional³³ —, é geralmente restrito o espaço que se abre à coerção pessoal nesta matéria. Não se trata, contudo, de fenômeno inexistente: aqui e ali, disposições legais autorizam o órgão judicial a mandar prender o devedor por certo prazo, com a finalidade de constrangê-lo ao cumprimento da obrigação³⁴.

São mais importantes as medidas coercitivas de índole *patrimonial*, do gênero das *astreintes* francesas, consistentes em multas que o juiz pode cominar ao devedor, para forçá-lo a praticar um ato, ou a abster-se dele, conforme o caso. Elas vêm ganhando terreno, nestes últimos tempos, no direito latino-americano, em parte por obra da jurisprudência, que as têm consagrado, às vezes, mesmo na ausência de texto expresso, e cuja experiência o legislador depois recolhe³⁵. A disciplina da matéria é variável

32. No direito brasileiro: Lei n.º 5.478, de 25-7-1968, art. 19; CPC, art. 733, §§ 1.º a 3.º.

33. No Brasil, v.g., a Constituição da República, art. 153, § 17, preceitua: "Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei".

34. V.g., no Chile: CPC, arts. 238 e 543; Lei n.º 14.908, de 5-10-1962, art. 15 (relativo às dívidas de alimentos; cf., para esta hipótese, os textos legais brasileiros citados em a nota 32).

35. Quer na Argentina, quer no Uruguai, inspiraram-se em precedentes jurisprudenciais as disposições que agora prevêm as aludidas providências: CPCCN argentino, arts. 37 e 513, 2.ª alínea; Lei uruguaia n.º 14.978, de 14-12-1979. Além desses dois países, o Brasil igualmente acolheu as medidas em foco no seu novo CPC,

neste ou naquele ponto: v.g., a imposição da multa pode depender ou não de pedido do credor³⁶. Há, contudo, aspectos necessariamente constantes; por exemplo: se bem que possam diferir os critérios estabelecidos para a determinação do respectivo *quantum*³⁷, é fora de dúvida que a multa, por sua função coercitiva e não reparatória, não tem de guardar equivalência com o dano porventura causado ao credor. Outro ponto capital é a fluência progressiva e, em princípio, ilimitada da multa, enquanto subsista o descumprimento da obrigação, sem prejuízo da possibilidade de determinar-se o reajuste, ou mesmo a cessação, sob determinadas circunstâncias³⁸.

arts. 644-645. O CPC chileno, arts. 238 e 543, também alude a multas de caráter coercitivo.

36. No primeiro sentido, o CPC brasileiro, art. 644 ("... o credor *poderá pedir* que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento..."); diversamente, no Uruguai, a Lei n.º 14.978, cujo art. 1.º é expresso em dispor que a multa é impositiva "de ofício ou a requerimento da parte".

37. O art. 37 do CPCCN argentino refere-se à situação econômica de quem haja de pagar a multa; a Lei uruguaia n.º 14.978 ordena que se levem em conta, além de tal elemento, a finalidade de "estímulo ao cumprimento" e a "demora deste". O CPC brasileiro silencia acerca da questão, deixando a graduação do montante à discricção do juiz.

38. Tal possibilidade é prevista em termos expressos no art. 37 do CPCCN argentino e no art. 1.º, n.º 3, da Lei uruguaia n.º 14.978.

QUARTA PARTE

APRECIACÃO CRÍTICA E DISCUSSÃO DE ALGUNS PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1. Situação geral do direito latino-americano

A disciplina legal da execução forçada singular na América Latina não tem experimentado, nos últimos anos, grande número de modificações que lhe renovem a substância. As mais significativas não dizem respeito, em todo caso, à execução *de sentenças*, mas à de outros títulos³⁹.

Em regra, o procedimento executivo é complicado e moroso, sobretudo na execução para cobrança de crédito pecuniário, quando há necessidade — e é o que ordinariamente acontece — de apreender bens corpóreos do devedor a fim de obter, com a respectiva alienação, numerário suficiente para o pagamento do credor. Encontram aí terreno particularmente favorável as manobras da chicana.

Ponto merecedor de realce é a inexistência de uma diversificação mais acentuada de modelos legais para o procedimento executivo. Os ordenamentos dispõem de alguns padrões mais ou menos rígidos, aos quais, em princípio, se tem de recorrer, fazendo abstração de peculiaridades do caso, que poderiam tornar aconselhável a adoção de variantes. Basta pensar, por exemplo, na grande variedade de que é capaz de revestir-se o objeto das condenações não pecuniárias, em campos como o do direito de família, o da proteção do meio ambiente, o dos direitos do consumidor e outros cuja importância vai aumentando com a própria evolução das condições sócio-econômicas e com o crescente “impacto de massa” de certos fenômenos.

Não costumam as leis preocupar-se em estabelecer regulamentação específica para o modo de fazer cumprir decisões e ordens judiciais refe-

39. É o caso do Uruguai, com a Lei n.º 13.355, de 17-8-1965, que deu nova estrutura ao *juicio ejecutivo*, e do Brasil, com o Código de Processo Civil de 1973, que justamente equiparou à execução de sentença, com certas ressalvas, a de títulos extrajudiciais.

rentes a situações que se distanciam dos modelos “clássicos”. A constante criação de novas formas de tutela jurisdicional, para atender a necessidades de nosso tempo, praticamente não repercute no âmbito da execução, em que permanece reduzido o número de “procedimentos especiais”, e até o de disposições que simplesmente contemplem em termos expressos a possibilidade de amoldar os esquemas legais às variáveis características dos litígios concretos. De certa maneira, parece mais difícil na execução do que alhures apagar nos instrumentos processuais as marcas de uma concepção tradicional, que reduzia toda a complexidade dos conflitos de interesses à rígida contraposição “credor X devedor”.

2. Alguns pontos específicos

Visto que o presente relatório se ocupa de questões referentes à *execução*, e não às modalidades de proteção previstas no *direito substantivo*, descabia passar em revista os possíveis conteúdos de decisões e ordens que aos órgãos judiciais é lícito proferir, e cuja extrema diversidade certamente exclui enumeração exaustiva. Afigura-se oportuno, porém, apontar alguns tópicos de particular delicadeza.

Assim, por exemplo, no direito de família, se disposições específicas cuidam de assegurar a efetividade das decisões concessivas de pensões alimentícias (cf. Terceira Parte, n.º 2.1. *f, fine*), o mesmo não acontece quanto a pronunciamentos judiciais atinentes a relações pessoais — *v.g.*, o que decreta a “separação de corpos” entre os cônjuges, ou ordena que se confie a outrem menor sob a guarda dos pais, ou de um deles. Decisões desse tipo, quando não voluntariamente cumpridas, geram problema difícil de resolver. Por um lado, é óbvio que não há cogitar de “sucedâneos”: inexistente aí, por exemplo, uma alternativa de ordem pecuniária. Por outro lado, bem se compreendem os efeitos traumatizantes que é capaz de provocar a execução específica, com o eventual emprego de força policial para vencer possíveis resistências. Corre-se às vezes o risco de causar males mais graves do que aqueles que a sentença visava a prevenir ou remediar. No atual estágio do direito, não parece haver aí solução inteiramente satisfatória.

Análoga em parte é a problemática que se depara noutros campos, como o da proteção do meio ambiente, dos interesses dos consumidores e dos direitos da personalidade (honra, imagem, nome, segredo, preservação da intimidade). Nessa e noutras matérias, com efeito, também se faz sentir de maneira aguda a inadequação de expedientes “substitutivos”. Nenhuma compensação pecuniária contrabalança de modo adequado a destruição da paisagem, a poluição de curso d’água, a omissão em adotar

medidas de segurança contra produtos perigosos para a saúde, a divulgação indevida de escritos íntimos ou fotografias indiscretas. Mas o aparelho judicial encontrará em regra consideráveis dificuldades em fazer cumprir especificamente os seus pronunciamentos, sobretudo no caso de deveres de abstenção, o qual constitui exemplo clássico de precariedade de meios executivos.

Gênero diverso de questões, igualmente suscetível de configurar-se com certa frequência, liga-se à possibilidade de que a execução forçada da sentença, viável embora, entre em choque com algum interesse público ou coletivo de grande relevância. Condenou-se uma empresa, v.g., a cessar determinada atividade, de que se originavam efeitos poluidores; a cessação, por sua vez, é todavia capaz de gerar conseqüências nocivas, do ponto de vista econômico e social, para vasto círculo da população. No Brasil, o anteprojeto em que se baseou o novo Código de Processo Civil continha ao propósito disposição expressa (art. 645), onde se autorizava o juiz, em casos tais, a suspender temporariamente a execução, enquanto o exigisse o interesse público; semelhante regra, porém, foi suprimida na elaboração do projeto definitivo e não figura no Código, se bem que não seja inconcebível aplicar, em emergências desse tipo, norma que genericamente preveja a suspensão do processo por motivo de força maior.

Algumas das precedentes observações põem em relevo um paradoxo. Se em geral o grande problema consiste em tentar vencer as dificuldades que se opõem à execução, certas vezes é a própria execução que suscita dificuldades... Não foi à toa que se sublinhou, ainda no início deste relatório (Primeira Parte, n.º 1), a relatividade do próprio postulado da "maior coincidência possível".

3. Tendência a ampliar o âmbito da execução específica

Sem prejuízo do que se acaba de observar, o sentido predominante em que se tem procurado caminhar é o do aumento da "efetividade" da execução. Um dos aspectos mais importantes dessa evolução reside sem dúvida na tendência a ampliar o âmbito de admissibilidade da execução específica, ordenada a proporcionar ao credor aquilo mesmo a que se reconheceu ter ele direito, e não mero "sucudâneo".

Oportunamente (Terceira Parte, n.º 2.4) se assinalou o progresso de semelhante orientação, nos últimos decênios, por obra da lei ou da jurisprudência, em matéria de obrigação a emitir declaração de vontade, e muito especialmente no campo das promessas de contrato (ou contratos preliminares). Essa espécie de obrigação inclui-se por natureza entre as de

prestação infungível, pois em princípio só o devedor, e não um terceiro, pode declarar a sua própria vontade. Há, todavia, um ponto comum com as obrigações de prestação fungível: o interesse do credor não se dirige à atividade do devedor, considerada em si mesma, senão ao *resultado* dela, isto é, à produção do *efeito* que de tal atividade resultaria; unicamente ocorre que o efeito, aqui, é *jurídico*, em vez de *material*. Para dizer de modo diverso: o que o credor quer conseguir — e isso o satisfará por completo — é a formação de situação jurídica igual à que surgiria se o devedor cumprisse espontaneamente a obrigação. Daí a possibilidade de proporcionar-se ao credor o benefício especificamente visado, e não apenas uma vantagem substitutiva, representada pelo equivalente em dinheiro da prestação devida.

Das técnicas utilizáveis para alcançar esse fim, afigura-se preferível a de atribuir à sentença mesma a virtude de produzir efeitos idênticos aos da declaração de vontade não emitida. Atinge-se o alvo com maior simplicidade do que fixando ao devedor prazo para emitir a declaração, sob pena de fazê-lo o juiz em seu lugar. Dispensa-se, mesmo, a lavratura de instrumento (v.g., escritura pública de compra e venda). Desde que a sentença transite em julgado, a situação das partes equipara-se à que existiria se a declaração fosse emitida, com satisfação de todos os seus requisitos de validade. Conforme se explicou, havendo necessidade de registro — por exemplo, se se trata de compra e venda de imóvel —, a própria sentença servirá de título. Note-se que, a rigor, não se realiza nesse caso atividade de execução, propriamente dita: a sentença é, por assim dizer, "auto-executável".

4. Medidas coercitivas

As medidas coercitivas de ordem pessoal ficam — e provavelmente continuarão a ficar — reservadas para casos excepcionais, como o das dívidas de alimentos. Em compensação, tendem a ver-se consagradas com largueza crescente as de ordem patrimonial, do tipo das *astreintes* (cf. Terceira Parte, n.º 2.6). Seu campo de aplicação por excelência é o das obrigações com prestação infungível: ainda quando não vedado o respectivo emprego fora dele, é intuitivo que, se se mostra possível proporcionar ao credor, sem a colaboração do devedor, o resultado prático que lhe interessa, não há tanta necessidade de exercer pressão sobre a vontade do segundo, para que cumpra ele mesmo a obrigação.

Assim, v.g., inexistirá razão para que se recorra a esta técnica, quando o credor pode obter por meio indireto a satisfação específica do seu direito, conforme acontece nas hipóteses de que se cuidou no item

anterior (n.º 3). Resta, porém, grande variedade de condenações a fazer, em que não se configura igual possibilidade, sem falar nas condenações a não fazer, para as quais é relevantíssimo o auxílio das medidas em foco.

A profícua utilização das multas coercitivas reclama certa flexibilidade no respectivo manejo. Alguma discricão deve reconhecer-se ao juiz, a quem caberá buscar o justo ponto de equilíbrio entre o interesse na "efetividade" da execução e a necessidade de não onerar o devedor além da medida razoável. Parece mais conveniente, de um lado, permitir a imposição *ex officio* do que subordiná-la ao pedido do credor; de outro, deixar para o próprio momento da execução, em que se poderá avaliar com segurança a situação atual, a decisão sobre se a multa se justifica, e no caso afirmativo a quanto há de montar.

Na fixação cumpre atender, entre outros fatores, à capacidade econômica do devedor. A questão é delicada, porque a eficiência da medida como estímulo ao cumprimento da obrigação depende, em boa parte, da justa dosagem. Com toda a probabilidade, será mais fácil lograr resultado prático em relação a devedor de recursos médios, nem tão abundantes que tornem desprezível a ameaça, nem tão escassos que a tornem inútil. Uma vez que os dados são variáveis com o tempo, ou pelo menos suscetíveis de melhor apuração, que revele a inexistência dos inicialmente colhidos, é conveniente que se assegure a possibilidade de modificar, a qualquer tempo, a fixação.

A multa aplicada destina-se, em princípio, a incidir enquanto permanença descumprida a obrigação. Como já se disse (Terceira Parte, n.º 2.6), não há cogitar de limite relacionado com o valor da obrigação: a função da medida não é reparatória, mas puramente coercitiva. Ela é cumulável, inclusive, com eventual cobrança de perdas e danos. Urge, entretanto, admitir que em certas circunstâncias deve cessar a fluência: assim, por exemplo, se o cumprimento da obrigação se tornou inviável, o prolongamento da incidência da multa implicaria fazê-la perpétua, com injusto detrimento para o devedor, cuja vontade deixou de ser relevante, e sem qualquer possibilidade de conseguir-se para o credor o proveito específico que se tinha em vista.

5. Conseqüências do descumprimento de ordens judiciais

Não se descobre, no direito latino-americano, fenômeno correspondente ao do *contempt of court*, na amplitude notável que ele assumiu nos ordenamentos de *common law*. O descumprimento de ordens judiciais pode

sem dúvida acarretar conseqüências várias, se bem que sejam raras as tentativas de disciplinar sistematicamente a matéria⁴⁰.

Em termos esquemáticos, cabe distinguir:

a) providências puramente *processuais*, que importam restrição ao exercício dos direitos e faculdades normalmente atribuídos aos litigantes⁴¹;

b) providências *disciplinares*, de natureza patrimonial — multas — ou pessoal — advertências, medidas de coerção física, entre as quais, por vezes, a prisão do infrator⁴²;

c) sanções *penais*, cuja aplicação obviamente pressupõe a existência de norma que defina como crime a desobediência⁴³ e se promove por meio do processo judicial próprio, realizado perante o órgão competente, ao contrário das medidas indicadas em (a) e (b), decretáveis pelo mesmo juiz de que emanou a ordem descumprida, com o auxílio, se necessário, de força policial.

É claro que algumas das providências mencionadas comportam utilização, conforme o caso, em caráter coercitivo ou em caráter repressivo: assim as multas e a própria prisão do litigante.

40. Mencione-se a empreendida na *Ley del Organismo Judicial* da Guatemala (Dec. n.º 1.762, de 11-6-1968), Título II, capítulo X, especialmente arts. 180 e s., onde se dispõe, sucessivamente, sobre os poderes do juiz de impor medidas coercitivas para o cumprimento de suas ordens, sobre as modalidades que elas podem assumir, sobre os limites a que estão sujeitas, sobre as conseqüências dos eventuais abusos na imposição, sobre os respectivos destinatários etc. Outras leis contêm disposições mais singelas, em que se autoriza o órgão judicial a tomar providências para assegurar o cumprimento de suas ordens: v.g., Argentina: CPCCN, art. 37, 1.ª e 2.ª alíneas; Paraguai: *Ley Orgánica de los Tribunales* (n.º 325, de 23-11-1918), art. 306.

41. Exemplo: a proibição de falar nos autos (isto é, de praticar quaisquer atos no processo), impositiva pelo juiz ao devedor que, na execução, apesar de advertido, reincide em "ato atentatório à dignidade da justiça", conceito no qual se inclui a resistência injustificada às ordens judiciais (CPC brasileiro, art. 600-601).

42. O CPC uruguaio, art. 904, comina "arresto" para o devedor que desatenda à ordem de exibir em três dias os títulos de propriedade dos imóveis apreendidos na execução. No México, o CPC para o Distrito Federal, art. 73, n.º IV, autoriza genericamente o juiz, "para fazer cumprir suas determinações", a decretar o "arresto" por até quinze dias. Prevêem igualmente providências desse teor, entre outros textos: o art. 306 da *Ley Orgánica de los Tribunales* paraguaia e o art. 182 da *Ley del Organismo Judicial* guatemalteca. O CPCCN argentino, art. 37, contempla unicamente "sanções pecuniárias" para as partes que descumprem ordens judiciais.

43. Assim o Código Penal brasileiro, art. 330.

6. Perspectivas

Certas imperfeições do regime da execução de sentença parecem suscetíveis de correção. Pode-se crer na progressiva eliminação, ou pelo menos na atenuação, de vários dos motivos pelos quais, até agora, se afigura modesta a efetividade desse processo. Não é seguro, todavia, que se justifique uma expectativa favorável em termos genéricos.

Têm alcance restrito as inovações mais significativas dos tempos modernos. Cuida-se hoje de proporcionar ao credor, tanto quanto possível — e com ressalva da preservação de outros valores, que eventualmente se contraponham — o pleno gozo do bem específico a que ele faz jus de acordo com a sentença. Em diversas e importantes hipóteses, têm-se realizado progressos nesse sentido. Há, porém, algumas que resistem aos expedientes inventados pelos legisladores e pelos juizes. Noutras, ainda, a própria consumação do projeto gera novas dificuldades, que não se podem ignorar.

Ressalta sobretudo a ineficiência do ordenamento em se tratando da condenação de alguém a abster-se de determinado ato. Os deveres de abstenção assumem relevância capital em matérias como a da proteção do meio ambiente, dos direitos da personalidade e outras a que hoje se dedica especial atenção. No entanto, a execução das condenações a não fazer não passa, em regra, de mero *flatus vocis*: conforme se registrou no momento próprio (Primeira Parte, n.º 3), as leis são tão cépticas a respeito da sua própria idoneidade na matéria, que se limitam a dispor sobre as conseqüências do descumprimento da sentença, dando de barato, por assim dizer, que nenhuma disciplina legal tem a virtude de obstar à prática, pelo condenado, da atividade proibida. Se atentarmos em que bom número de infrações, aí, produz efeitos irreversíveis e de difícil (ou impossível) compensação por meio de prestações pecuniárias, perceberemos quão melancólica é semelhante confissão de impotência.

Talvez o esquema “sentença condenatória + execução forçada” não seja na verdade apto, em determinadas hipóteses, a ensejar sequer uma razoável aproximação do ideal da “maior coincidência possível”. Não se tratará de defeitos estruturais ou funcionais do processo executivo, para os quais se possa cogitar de remédio. Antes nos defrontaremos com uma sorte de inidoneidade natural e definitiva da execução para conduzir sempre a resultado compensador.

Tal verificação sugere a busca de alternativas. Sem prejuízo de esforços tendentes a aumentar a efetividade da execução, parece conveniente, ao menos em certos casos, procurar modos de dispensá-la. O alvitre óbvio

é o da utilização mais intensa do processo com a finalidade de evitar (e não simplesmente de remediar) lesões de direito. Valeria a pena cogitar de maior largueza no emprego de meios preventivos, de que o direito latino-americano soube inventar espécimes preciosos para o controle dos atos das autoridades públicas⁴⁴, mas que escasseiam no campo dos litígios entre particulares. Deveria em princípio ser lícito a quem quer que justificasse o receio de ver-se lesado num direito, em razão de comportamento alheio iminente, prenunciado por sinais inequívocos, obter do juiz providência tendente a impedir a consumação da ofensa, ou a respectiva continuação ou repetição — não a título meramente provisório, como no campo das medidas cautelares, mas em caráter definitivo. É tarefa que desafia os legisladores a criação, com semelhante finalidade, de novos modelos processuais, simples e expeditos, adequados às necessidades em jogo, para cujo eficiente funcionamento concorreria o uso bem dosado de providências de urgência do tipo das *injunctio*s — tão importantes nos sistemas jurídicos de *common law* —, com a assistência de medidas coercitivas suficientemente enérgicas para assegurar, tanto quanto se possa, o cumprimento, e com ele a “maior coincidência possível” entre o resultado do processo e o querido pelo direito.

Novembro de 1984.

44. Exemplos: o mandado de segurança do direito brasileiro (Constituição da República, art. 153, § 21; Lei n.º 1.533, de 31-12-1951, com algumas modificações); o *juicio de amparo* de alguns países hispano-americanos (México, Argentina).

PROBLEMAS E SOLUÇÕES EM MATÉRIA DE RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS E LAUDOS ARBITRAIS ESTRANGEIROS *

NOTA PRELIMINAR

Este relatório geral baseia-se essencialmente nas informações e opiniões contidas em relatórios nacionais oriundos de vinte e quatro países **, para não falar do direito brasileiro, que o relator geral também levou em consideração. Ele não inclui os ordenamentos dos Estados-membros das Comunidades Européias, objeto de outro relatório geral, a cargo do Prof. KONSTANTINOS KERAMEUS, de Atenas.

Foi inestimável a contribuição dos relatores nacionais, a quem o relator geral expressa o mais profundo reconhecimento, ao mesmo tempo que lamenta não lhe haver sido possível, por motivos óbvios, incorporar

* Relatório geral para o VIII Congresso Internacional de Direito Processual, realizado em Utrecht (Holanda), em agosto de 1987.

** Em ordem alfabética, com os respectivos relatores nacionais: Argentina (GUALBERTO LUCAS SOSA), Áustria (FRANZ MATSCHER), Bolívia (GABRIEL PELÁEZ GANTIER), Bulgária (THEODOR TSCHIBEV), Cabo Verde (ANTONIO MANUEL MASCARENHAS GOMES MONTEIRO), Colômbia (HERNANDO MORALES MOLINA), Costa Rica (OLMÁN ARGUEDAS SALAZAR), El Salvador (FRANCISCO ARRIETA GALLEGOS), Estados Unidos (FRIEDRICH K. JUENGER, que também forneceu gentilmente cópia de seu relatório geral sobre o tema *The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters*, elaborado para o XII Congresso da *International Academy of Comparative Law*, Austrália, 1986), Guatemala (MARIO AGUIRRE GODOY), Hungria (JÓZSEF FARKAS e LÁSZLÓ KECSKÉS), Israel (CELIA WASSERSTEIN FASSBERG), Iugoslávia (MILAN PAK), Japão (AKIO TAKAKUWA e KAORU MATSUURA), México (JORGE ANTONIO ZEPEDA), Paraguai (HUGO ALLEN), Peru (CARLOS PARODI REMÓN), Polónia (JERZY JODŁOWSKI), República Democrática Alemã (RAINER KOSEWÄHR), Romênia (SAVELLY ZILBERSTEIN e ION BACANU), Suíça (HANS ULRICH WALDER), Turquia (ERGUN ÖZSUNAY), Uruguai (ENRIQUE VESCOVI, BERNADETTE MINVIELLE e EDUARDO TELLECHEA BERGMAN), Venezuela (ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG). As citações em notas de rodapé, sem indicação específica, referem-se a esses relatórios nacionais.

no relatório geral toda a riqueza de dados e de considerações críticas por eles oferecida. Ocasionalmente, valeu-se o relator geral de elementos colhidos em obras doutrinárias e em textos de leis e de tratados e convenções internacionais. Por possíveis inexatidões de fato e pela compreensão eventualmente incorreta de algum relatório nacional ou de outro texto, o relator geral assume inteira responsabilidade e apresenta suas escusas.

O tema proposto foi "*Improving the procedures for the enforcement and recognition of foreign judgments and arbitral awards*". Semelhante formulação não sugeria ao relator geral uma análise detida das inúmeras questões de interesse predominantemente teórico que se costumam suscitar acerca da extensão extraterritorial da eficácia de sentenças e laudos arbitrais; a elas, por isso mesmo, só incidentalmente se faz alusão. Preocupou-se o relator geral, de preferência, em examinar as mais importantes dificuldades com que se defronta aquela extensão extraterritorial e os possíveis meios de atenuá-las ou de eliminá-las. Daí compor-se o núcleo central do relatório de duas partes intituladas *Os "mecanismos restritivos" da extensão internacional dos efeitos das sentenças* (II) e *Possibilidades de abolição ou atenuação dos "mecanismos restritivos"* (III). Precede-as, à guisa de introdução, uma *Visão panorâmica da situação atual* (I). Optou-se por tratar separadamente da problemática relativa aos laudos arbitrais estrangeiros (IV). Também se dedicou capítulo especial ao papel desempenhado na matéria pelos tratados e convenções internacionais (V). Completou-se o trabalho com a enunciação de algumas conclusões de ordem geral (VI).

Sendo obviamente vã qualquer pretensão de exaustividade, quer na listagem dos tópicos, quer no tratamento das questões atinentes a cada um deles, procedeu o relator geral a uma seleção, em virtude da qual, compreensivelmente, pode haver deixado na sombra, ou até negligenciado por completo, aspectos que, na opinião de outros, mereceriam realce. Tem o relator geral, ademais, consciência clara de não haver podido dar atenção mais que superficial a questões muito relevantes na sua própria perspectiva. Consola-o o pensamento de que a função precípua de trabalhos deste gênero consiste menos em oferecer uma elaboração "acabada" do tema do que em sugerir pontos para uma discussão franca e aberta — objetivo supremo de um congresso jurídico.

I

VISÃO PANORÂMICA DA SITUAÇÃO ATUAL

1. *Tendência à facilitação da extensão internacional dos efeitos das sentenças*

Apesar de certas resistências, parece generalizada a consciência de que convém facilitar a extensão dos efeitos das sentenças para além das fronteiras territoriais dos Estados onde são proferidas. Vários e óbvios fatores vêm concorrendo, nos tempos modernos, para fortalecer essa tendência: a intensificação das relações entre empresas industriais, comerciais e de serviços sediadas em Estados diversos; o vulto dos deslocamentos de pessoas, de um país para outro, em caráter permanente (migrações) ou transitório (viagens internacionais de turismo, negócios, fins culturais etc.); o fato, cada vez mais freqüente, de ter uma pessoa (física ou jurídica) bens e interesses em territórios de diferentes Estados; e assim por diante. Pense-se, por exemplo, no problema que surge, se alguém não consegue fazer reconhecer, no país onde fixou novo domicílio, a anulação ou a dissolução do seu casamento, decretada no país de origem; ou se um credor, tendo logrado a condenação do devedor ao pagamento, vê frustrada a justa expectativa de receber o que lhe é devido porque sua satisfação exigiria que se lançasse mão de bens situados noutro Estado, e a Justiça deste se recusa a colaborar.

Saltam aos olhos os inconvenientes de uma atitude de "impermeabilidade" às sentenças estrangeiras. Eles não são apenas de ordem individual. Para ficarmos num dos exemplos acima figurados, a impossibilidade de contrair novo matrimônio tem efeitos socialmente nocivos, na medida em que pode, de um lado, gerar ou agravar estados de insatisfação afetiva, capazes de provocar comportamentos anômalos, ou, de outro lado, estimular uniões formadas à margem da lei, com seqüelas talvez indesejáveis do ponto de vista da coletividade. Se o credor insatisfeito, por sua vez, se vê forçado a propor de novo, perante a Justiça de um Estado, a ação que antes exercera vitoriosamente noutro, contribuirá, além do mais, para aumentar o volume de serviço do aparelho judicial, que dessa sobrecarga estaria livre se pudesse valer-se dos resultados do trabalho já realizado

alhures. O fechamento sistemático de um país às sentenças oriundas de outros compromete a segurança jurídica e, em determinados casos, enseja a quebra, logicamente absurda, da necessária uniformidade na regulação da mesma situação jurídica. Constitui, em última análise, fonte de graves injustiças.

2. *Dificuldades e perspectivas*

A inclinação dominante, no sentido propício à expansão internacional da eficácia das sentenças, não deixa, porém, de enfrentar contracorrentes. Historicamente, a oposição a ela tem buscado inspiração, com freqüência, numa sorte de exacerbação do conceito de soberania; a importância desse fator, atualmente, parece contudo abrandada — é certo que em medida variável de região para região. Outra causa, aliás correlata, pode consistir no intuito particularmente enérgico de proteção dos nacionais, que explicaria a repulsa a julgamentos estrangeiros desfavoráveis a um deles; aqui, o mecanismo de reação serve-se às vezes de expedientes indiretos, como acontece quando se consagra em termos exclusivos a competência da Justiça nacional para quaisquer processos em que seja réu um cidadão do país, ao mesmo tempo que se exclui a possibilidade de reconhecer eficácia à sentença de Justiça estrangeira incompetente para decidir o litígio.

Idéias desse gênero, é claro, florescem com maior vigor quando se trata de Estados cujos sistemas jurídicos se distanciam consideravelmente um do outro. Elas costumam refletir também sentimentos de desconfiança nutridos pela percepção, exata ou ilusória, de grandes diferenças qualitativas no funcionamento das diversas Justičas nacionais. Compreende-se, assim, que as resistências cedam com muito maior facilidade nas relações entre países de desenvolvimento, cultura, tradições e costumes razoavelmente homogêneos, quando menos no plano jurídico. Também se compreende que as soluções mais avançadas se venham antes atingindo, às vezes, por meio de tratados bilaterais ou multilaterais do que através de reformas do ordenamento jurídico interno. Cabe acrescentar que, em alguns casos, a disciplina constante de tratados vai absorvendo a maior parte das funções normativas e relegando a papel secundário, quando não francamente marginal, a legislação nacional dos Estados signatários: é o que acontece, como ninguém ignora, no âmbito das Comunidades Européias. O fenômeno, todavia, está longe, por enquanto, de alcançar dimensão universal: boa parte do mundo permanece alheia, ou quase, a semelhante evolução.

Seja como for, dificilmente se deixará de admitir que, sob formas diferentes, e apesar de percalços ocasionais, os sistemas jurídicos em geral se movem no sentido de maior receptividade às sentenças estrangeiras. Recentes reformas legislativas apontam nessa direção¹.

1. V.g., Bulgária, 1983; TSCHEPEV, p. 1; Turquia, 1982; ÖZSUNAY, p. 2.

II

OS "MECANISMOS RESTRITIVOS" DA EXTENSÃO INTERNACIONAL DOS EFEITOS DAS SENTENÇAS

1. Existência de "mecanismos restritivos"

Com o que ficou dito não se pretende negar a existência bastante difundida e, em certas hipóteses, a imensa relevância prática de uma série de "mecanismos restritivos" da extensão internacional dos efeitos das sentenças. Cabe notar que nenhum sistema jurídico prescinde, em maior ou menor medida, de semelhantes mecanismos: a considerar-se como meta, a "livre circulação" de sentenças, total e absoluta, no plano internacional, parece inatingível, pelo menos a curto ou a médio prazo.

Há vários tipos de "mecanismos restritivos". Sem a pretensão de proceder a uma classificação rigorosa e exaustiva, é possível destacar algumas classes mais importantes. Desnecessário acentuar que as diversas espécies podem conjugar-se, e de fato se conjugam, com frequência, dentro de um mesmo sistema jurídico.

2. Preexclusão da possibilidade de levar em conta a sentença estrangeira

Vem à mente, em primeiro lugar, a existência de pré-requisitos básicos, cuja falta afasta radicalmente, para a Justiça nacional, a possibilidade mesma de levar em conta a sentença estrangeira. Por exemplo: (a) exigência de tratado ou convenção em vigor, de que sejam signatários o Estado de origem e aquele em que se quer tornar eficaz a decisão. Ela pode ser atenuada, para aplicar-se unicamente à execução da sentença (não a outros eventuais efeitos): assim, v.g., na União Soviética, de acordo com o art. 63 dos princípios do Processo Civil².

Outro pré-requisito, que em parte se articula com o anterior, é (b) o da reciprocidade: só se permitirá que produzam efeito no território do

2. Cf. LUNZ, *Internationaler Zivilprozess*, trad. Maskow, Berlin, 1968, p. 98.

Estado as sentenças oriundas de Estados estrangeiros que, em relação àquêle, adotem posição idêntica³. A reciprocidade pode ser *legislativa*, quando prevista na lei; *diplomática*, quando resultante de tratado; e *de fato*, quando fundada apenas na prática constante.

As vezes se exclui (c) *a priori* a produção de efeitos, quanto a sentenças proferidas em certas espécies de causas; ou, ao contrário, limita-se a determinadas classes a possibilidade de tal produção. Universalmente se encontra, ademais (d), uma cláusula que permite ao Estado recusar eficácia em seu território a sentenças que, revestidas embora das características exigíveis, contrariem princípios fundamentais do ordenamento: alude-se, em geral, à "ordem pública", com ou sem acréscimo de outras expressões ("bons costumes", "soberania nacional")⁴.

3. Por exemplo: Austria (*Exekutionsordnung*, § 79; cf. MATSCHER, p. 1); Bolívia (*Código de Procedimiento Civil*, arts. 553 e 554); Colômbia (*Código de Procedimiento Civil*, art. 693); Guatemala (*Código Procesal Civil y Mercantil*, art. 344; cf. AGUIRRE GODOY, p. 2); Japão (*Código de Processo Civil*, art. 200, 4, e *Lei da Execução Civil*, art. 24, 3; cf. TAKAKUWA e MATSUURA, p. 17); México (*Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, art. 604); Peru (*Código Civil*, arts. 2102, 2103 e 2104, n.º 8; cf. PARODI REMÓN, p. 2); Polônia (*Código de Processo Civil*, art. 1146, § 1; o § 3 ressalva os casos de competência exclusiva do Estado de origem, de acordo com a lei polonesa; cf. JODLOWSKI, p. 11, 13); República Democrática Alemã (*Zivilprozessordnung*, § 193, 1; cf. KOSEWÄHR, p. 10-11); Romênia (ZILBERSTEIN e BACANU, p. 5, 15-6); Turquia (*Lei de Direito Internacional Privado e Processual*, art. 38, a; cf. ÖZSUNAY, p. 5, 7, 10); Uruguai (*Código de Procedimiento Civil*, arts. 512 e 513); Venezuela (*Código de Procedimiento Civil*, art. 850; cf. RENGEL ROMBERG, p. 4). Na Argentina, a exigência subsiste em alguns códigos provinciais; não, porém, no nacional (SOSA, p. 11-12). Também subsiste em poucos Estados norte-americanos, mas rejeita-a o *Uniform Foreign Money — Judgments Recognition Act* (JUENGER, p. 4, 6, 18).

4. V.g.: Argentina, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, art. 517, 4.º (cf. SOSA, p. 4, 15-17); Brasil, *Lei de Introdução ao Código Civil* (Dec. Lei n.º 4.657, de 4-9-1942), art. 17; Bulgária (TSCHIPEV, p. 6); Colômbia, *Código de Procedimiento Civil*, art. 694, n.º 2 (cf. MORALES MOLINA, p. 2); Costa Rica, *Código de Procedimientos Civiles*, art. 1022, 4.º (cf. ARGUEDAS SALAZAR, p. 3); Estados Unidos (JUENGER, p. 7; cf. *Uniform Foreign Money — Judgments Recognition Act, Section 4* (b) (3)); Hungria, *Código de Direito Internacional Privado*, § 73, a (cf. FARKAS-KECKÉS, p. 4, 12); Israel, Lei n.º 5.718, de 1958, seções 3(3) e 7 (cf. FASSBERG, p. 8 e notas 53 e 54); Japão, *Código de Direito Internacional Privado*, art. 30 (cf. TAKAKUWA e MATSUURA, p. 15-17); Peru, *Código Civil*, art. 2013, n.º 7; República Democrática Alemã, ZPO, § 193 (2), 5 (cf. KOSEWÄHR, p. 11-12); Turquia, *Lei de Dir. Int. Priv. e Proc.*, art. 38, d (cf. ÖZSUNAY, p. 6, 7); Venezuela, *Código de Procedimiento Civil*, art. 851, 6.º (cf. RENGEL ROMBERG, p. 5). Também no Paraguai, por aplicação analógica do art. 14 do Código Civil, nega-se eficácia à sentença estrangeira, quando se opõe "al derecho público del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres" (ALLEN, p. 1). No México, igualmente, invocam-

Certa afinidade com este último tópico descobre-se no tipo de "mecanismo restritivo" inspirado naquilo que se poderia designar por princípio da "preferência pela jurisdição nacional". Não se tem aqui em vista apenas a consideração, bastante óbvia, de que nenhuma sentença será admitida a produzir efeitos no território de outro Estado, se neste houver decisão judicial transitada em julgado acerca do mesmo litígio. Em casos tais, funciona basicamente a regra da proibição do *bis in idem*, que impediria os próprios juizes do Estado de origem de proceder a novo julgamento — embora já se possa observar uma peculiaridade, consistente em fazer-se prevalecer a *res iudicata* do Estado de "importação" independentemente de sua prioridade cronológica, de modo que a extensão dos efeitos se vê barrada mesmo quando a sentença estrangeira seja anterior à nacional. Ocasionalmente, porém, vai-se mais longe: reputa-se suficiente para excluir a possibilidade da extensão dos efeitos a mera circunstância de estar *pendente*, no território nacional, processo que tenha por objeto o litígio julgado pela sentença estrangeira⁵.

3. Estabelecimento de requisitos a serem satisfeitos pelo processo realizado no país estrangeiro e pela sentença nele proferida

Outro gênero de "mecanismos restritivos" concerne a requisitos que o processo realizado em país estrangeiro e a própria sentença ali proferida devem satisfazer. O que se pretende aqui, acima de tudo, é negar a colaboração da Justiça nacional para o cumprimento de decisões que não ofereçam as garantias mínimas consideradas necessárias, segundo a concepção vigente no Estado, da observância de regras essenciais à seriedade do julgamento. Além disso, pode-se exigir que a sentença estrangeira já seja apta para produzir efeitos no país de origem e haja atingido certo grau de estabilidade, isto é, não esteja (ou esteja menos) sujeita a ver-se reformada ou anulada. É possível, enfim, que se trate apenas de obter certeza sobre a autenticidade do ato e sobre o respectivo teor: reclamar-se-ão, por exemplo, uma autenticação consular e uma tradução oficial da sentença.

se os arts. 8.º e 1830 do Código Civil para o Distrito Federal em matéria comum e para toda a República em matéria federal (ZEPEDA, p. 20).

5. Por exemplo: Bulgária (TSCHEPEV, p. 4); Colômbia (*Código de Procedimento Civil*, art. 694, n.º 5); Hungria (*Cód. de Dir. Int. Priv.*, § 73, e; cf. FAREAS-KÉCSKÉS, p. 5); Israel (Lei n.º 5.718, de 1958, seção 6(5)); a restrição não se aplica aos casos disciplinados pelo *common law*: vide FASSBERG, p. 7); Peru (*Código Civil*, art. 2104, n.º 5). Nestes dois últimos países é necessário, para a exclusão, que o processo nacional se haja iniciado antes do estrangeiro.

Esta última classe de exigências, relativamente simples, não costuma criar maiores dificuldades, se bem que eventualmente concorra para retardar e encarecer a consecução do fim visado. No mais, é fácil descobrir certa semelhança entre as disposições legais pertinentes dos vários países. Os pontos básicos, comuns a quase todas as legislações, dizem respeito: a) à competência do órgão judicial que proferiu a sentença; b) à participação do litigante vencido no processo estrangeiro; c) à situação atingida pela sentença no país de origem. Tais pontos merecem ligeiros esclarecimentos.

a) O requisito da competência admite variedade de disciplina, em mais de um sentido. Em primeiro lugar, podem adotar-se critérios diferentes para a verificação da competência da Justiça estrangeira que se pronunciou: na falta de um critério supranacional, a cuja luz estivessem delimitadas as áreas de competência de cada Estado, é concebível que se resolva a questão aplicando o direito do país de origem⁶, ou o daquele a cujo território se cogita de estender a eficácia da sentença⁷. Tanto esta como aquela orientação pode resolver-se num "mecanismo restritivo". Em que caso isso ocorrerá é algo que depende do modo por que a matéria seja disciplinada no primeiro e no segundo ordenamento: se o do Estado de origem for mais rigoroso, sua aplicação excluirá a extensão da eficácia em hipóteses nas quais ela seria possível se observado o do Estado de "importação", e vice-versa. Por outro lado, aplicável que seja o direito do Estado de origem, cabe indagar se se deve reputar satisfeito o requisito desde que competente a sua Justiça no plano internacional (competência *geral*), ou se é necessário, além disso, que a sentença haja emanado do órgão competente dessa Justiça (competência *especial*).

Restaria ainda ver até que ponto, na aferição da competência, se levam em conta os efeitos da vontade das partes. Podem ter elas escolhido, de comum acordo, determinada Justiça para julgar as causas oriundas de um contrato; ou pode o litigante vencido, mesmo na ausência de estipulação desse tipo, pura e simplesmente haver-se submetido à Justiça do país de origem, reconhecendo-lhe a competência. Os sistemas jurídicos oscilam na apreciação de tais fatos, ora admitindo, ora não, que o comportamento das partes torne competente a Justiça estrangeira que, sem ele, não o

6. Tal o entendimento dominante, em princípio, no Brasil, ante o silêncio dos textos em vigor: vide por todos, HAROLDO VALLADÃO, *Direito Internacional Privado*, v. III, Rio de Janeiro, 1978, p. 199; Supremo Tribunal Federal, Sentença Estrangeira n.º 2.227, de 23-4-1975.

7. Por exemplo: Argentina (*Código nacional*, art. 517, 1.º; cf. SOSA, p. 2, 5); Japão (TAKAKUWA e MATSUURA, p. 12-13).

seria. Negar, em menor ou maior medida, semelhante efeito é atitude que funciona como "mecanismo restritivo" nas hipóteses em que não há outra base senão a vontade (expressa ou tácita) das partes para fundar a competência da Justiça estrangeira. Na maior parte dos casos, o que se teme e se quer evitar, nesse contexto, é a ocorrência de fraude à lei nacional; e a recusa de eficácia, em geral, busca expressão formal na afirmação da incompatibilidade da sentença estrangeira com a ordem pública do Estado onde se pretende que ela produza efeitos.

b) A generalidade dos ordenamentos processuais contemporâneos contém regras destinadas a assegurar aos litigantes a possibilidade de fazer valer suas razões em juízo; pode entretanto variar, de país para país, o nível de garantias que se há de considerar satisfatório. Isso explica o cuidado de exigir certos requisitos no processo estrangeiro de que resultou a sentença. A preocupação básica, em regra, é a de ter a certeza de que se dera à parte vencida ciência inequívoca da propositura da ação e oportunidade razoável (ainda que eventualmente não aproveitada) de defender-se. Torna-se a questão particularmente delicada, como é natural, quando o litigante haja sido condenado à revelia⁸. Conquanto se entenda, em princípio, que a forma da cientificação do réu se rege pela lei do Estado onde se realizou o processo, às vezes se consideram inaceitáveis certas formas, desconhecidas do direito nacional, sobretudo quando tidas por menos aptas a assegurar de maneira efetiva a possibilidade da defesa. Tal posição firma-se ocasionalmente na jurisprudência, mesmo sem apoio em texto legal expresso⁹. Pode acontecer, por outro lado, que a lei estabeleça distinção, mostrando-se mais rigorosa na hipótese de ter a sentença estrangeira condenado um nacional¹⁰ ou uma pessoa domiciliada no Estado de "importação".

c) No que tange à situação atingida pela sentença no Estado de origem, cabe mencionar dois aspectos distintos, embora geralmente inter-relacionados. Certo número de ordenamentos reclama que a sentença es-

8. Uma atitude radical consiste aí em preexcluir a possibilidade da extensão de eficácia de qualquer sentença proferida em processo no qual o réu haja permanecido revel: assim o art. 452, 2.ª, do *Código de Procedimientos Civiles* de El Salvador, e o art. 345, 2.º, 1.ª parte, do *Código Procesal Civil y Mercantil* da Guatemala.

9. Assim, v.g., no Uruguai (VESCOVI-MINVIELLE-TELLECHEA, p. 8).

10. Na Bulgária, por exemplo, não se reputa suficiente a citação por edital, se búlgaro o réu; a diferença de tratamento suscita um problema, cuja solução talvez se possa encontrar, segundo o relator nacional, na invocação da cláusula da "ordem pública" em favor do litigante estrangeiro (TSCHIBEV, p. 3-4). Situação semelhante existe no Japão (TAKAKUWA e MATSUURA, p. 14).

trangeira haja passado em julgado; outros se referem à circunstância de ser ela exeqüível¹¹. Os requisitos nem sempre coincidem na prática: é notório que, em vários casos, as sentenças podem ser executadas antes mesmo do trânsito em julgado, ao passo que existem hipóteses nas quais, embora já formada a coisa julgada, a execução ainda não pode começar, por estar subordinada a termo ou condição.

Complica-se o problema à vista da equivocidade do conceito de trânsito em julgado, que nalguns sistemas processuais pressupõe o esgotamento de todos os recursos, enquanto noutros só o de determinado número deles. Por conseguinte, em certos casos, o requisito assumirá significação variável, conforme se aplique o critério do Estado de origem (de acordo com a tendência predominante) ou o do ordenamento nacional. É claro que, se o Estado de "importação" se contenta com um grau relativo de estabilidade, abre margem a que se produzam, em seu território, os efeitos de uma sentença eventualmente sujeita a ser reformada ou anulada. Isso não deixa de oferecer inconvenientes práticos; por outro lado, uma posição absolutamente rígida ao propósito é capaz de impedir o atendimento pronto de situações que, por sua própria natureza, não se compadecem com a espera do tempo, em geral dilatado, necessário para que se alcance a estabilidade absoluta.

Fonte ulterior de complicações é a distinção, consagrada em muitos sistemas jurídicos, entre a coisa julgada *material* e a coisa julgada *formal*: como é notório, esta diz respeito unicamente à estabilidade da sentença dentro do processo em que proferida, mercê da exaustão dos recursos, ao passo que aquela se traduz na impossibilidade de voltar a discutir-se, em processo subsequente, a matéria que constituiu objeto do julgamento. Uma larga tradição jurídica reconhece a existência de sentenças que só produzem coisa julgada formal, não material: assim, por exemplo, as que concedem medidas cautelares. A compreender-se como referente à coisa julgada *material*, o pressuposto de que estamos tratando excluiria por completo, nos Estados que o adotam, a possibilidade de admitir a produção, no território nacional, de sentenças que, por exemplo, decretam a apreensão de bens do devedor para assegurar a eficácia prática de futura execução patrimonial contra ele, ou regulem a título provisório a questão da guarda de menor, disputada por ambos os pais. Em parte análogo a esse é o problema das sentenças que uma parte da doutrina — com expressão de discutível propriedade técnica — entende subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*: v.g., a que condena à prestação de alimentos.

11. Assim, v.g., o direito austríaco: *Exekutionsordnung*, § 80, 3 (cf. MATSCHER, p. 6).

4. Disciplina do modo pelo qual o interessado pode invocar a sentença estrangeira

Importa examinar em seguida os "mecanismos restritivos" atinentes ao modo pelo qual se permite ao interessado invocar a sentença estrangeira no país em que seja necessário fazê-la valer. São concebíveis, em princípio, duas possibilidades básicas: *a*) o interessado, pura e simplesmente, exhibe a sentença estrangeira ao órgão judicial, e este — verificada a concorrência dos requisitos — lhe atribui o efeito desejado; *b*) o interessado precisa obter do Estado a que se dirige um ato formal, e tem de requerê-lo ao órgão competente, o que dá lugar à formação de processo, singelo que seja, ao fim do qual a pretensão é acolhida ou rejeitada.

A solução (*b*) comporta desdobramentos. Do ponto de vista teórico, pode-se conceber o processo como destinado exclusivamente ao exame da sentença estrangeira e, se presentes todos os requisitos, à outorga do "exequatur" (ou "homologação"), que a torna eficaz no território nacional; ou então ver na sentença estrangeira a fonte de uma obrigação para o vencido, com fundamento na qual o vencedor o aciona para fazer condená-lo ao cumprimento, por um órgão nacional¹². Por outro lado, ainda no primeiro caso, observa-se grande variação na amplitude dos poderes cognitivos que se conferem ao órgão nacional: ou este se investe de competência para reapreciar o litígio julgado no país de origem, e só concederá o exequatur (ou a homologação) se reputar correta a solução adotada¹³; ou, ao contrário, tem de limitar-se à apuração da presença de determinados requisitos e, chegando a uma conclusão afirmativa, não pode recusar o exequatur (ou a homologação), ainda que a decisão estrangeira, no mérito,

12. Conforme se sabe, a segunda concepção é característica dos países de *common law*, embora, a partir de certa época, a sistemática descrita haja perdido terreno, principalmente na Inglaterra, em favor de um mecanismo baseado no mero registro da sentença estrangeira. Comparando o sistema tradicional, ainda hoje dominante nos Estados Unidos, com o do exequatur, utilizado nos países de *civil law*, sustenta HOMBURGER, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, in *American Journal of Comparative Law*, v. 18, n.º 2, 1970, p. 378, que, não obstante a diferença de teoria, "the two devices are obviously functionally and operationally quite similar", sublinhando, entre outros pontos, que "both afford the judgment debtor a limited opportunity to voice objections, directed mainly to the regularity of the foreign proceedings and the foreign court's jurisdiction". No direito israelense coexistem um e outro sistema; vide FASSBERG, p. 1-2.

13. É o sistema da "révision au fond", que vigorava na França até 1964 (quando a *Cour de Cassation*, no célebre *Arrêt Munzer*, modificou sua jurisprudência, para adotar o do mero "contrôle" da sentença estrangeira).

lhe pareça injusta¹⁴. É evidente que a atuação do órgão nacional desempenhará a função de "mecanismo restritivo" tanto mais energicamente quanto maior for a latitude que se lhe conceda no exercício de sua cognição.

Os princípios (*a*) e (*b*) podem e costumam apresentar-se combinados. Vários países, com efeito, adotam sistema misto, no qual se exige o ato formal (e o processo destinado a prepará-lo) apenas quando o interessado quer fazer executar (em sentido próprio) a sentença estrangeira no território nacional. Se, em vez disso, se trata simplesmente de utilizá-la para outro fim (v.g., invocar-lhe a autoridade de coisa julgada contra a pretensão da parte contrária), o próprio órgão nacional que estiver processando a causa apurará, incidentalmente, a existência dos requisitos e reconhecerá (ou não) eficácia à sentença estrangeira¹⁵.

Sendo necessário o ato formal — só para a execução ou também para o reconhecimento —, pode-se atribuir a um único órgão a competência para praticá-lo¹⁶, ou, ao contrário, outorgá-la a uma pluralidade de órgãos¹⁷. Pode-se também fixar, para a iniciativa do interessado, prazo ao

14. Tal a orientação largamente predominante, seja nos países da família romano-germânica, seja nos da área socialista, ou nas outras partes do mundo. Algumas ressalvas, porém, terão de ser feitas em tempo oportuno (*infra*, III, 13).

15. Consagram essa distinção nítida entre a disciplina da execução e a do mero reconhecimento da sentença estrangeira, entre outras, as legislações da Argentina (*Código Nacional*, arts. 518 e 519; cf. SOSA, p. 7), da Áustria (MATSCHER, p. 8-9), de El Salvador (ARRIETA GALLEGOS, p. 3), da Hungria (FARKAS-KECSKÉS, p. 10-11), do Japão (TAKAKUWA e MATSUURA, p. 2), do Peru (*Código Civil*, arts. 2106 a 2108 e 2110), da República Democrática Alemã (ZPO, §§ 193, 195, 196; cf. KOSEWÄHR, p. 6), da Turquia (*Lei de Dir. Int. Priv. e Proc.*, art. 42,1; cf. ÖZSUNAY, p. 4), do Uruguai (VESCOVI-MINVILLE-TELLECHEA, p. 14).

16. Por exemplo: Bolívia (PELÁEZ GANTIER, p. 1); Bulgária (a partir da reforma de 1983: TSCHIPEV, p. 4-5); Cabo Verde (GOMES MONTEIRO, p. 3); Colômbia (MORALES MOLINA, p. 1); Costa Rica (ARGUEDAS SALAZAR, p. 2); Uruguai (para as sentenças condenatórias, de separação e de divórcio: VESCOVI-MINVILLE-TELLECHEA, p. 15); Venezuela (exceto para as decisões de natureza não contenciosa: RENGEL ROMBERG, p. 1). Ao mesmo sistema pode dizer-se filiado o Brasil, onde a competência toca ao Supremo Tribunal Federal ou, não havendo impugnação, ao seu Presidente (Regimento Interno, arts. 215, 222, 223).

17. V.g.: Argentina (SOSA, p. 8); Áustria (*Exekutionsordnung*, § 82; cf. MATSCHER, p. 9); Israel (desde 1977, quando revogada a seção 9 da Lei n.º 5.718, de 1958, que atribuía competência exclusiva ao tribunal de segundo grau de Jerusalém: vide FASSBERG, p. 9-10); Iugoslávia (PAK, p. 2); Japão (TAKAKUWA e MATSUURA, p. 24); México (*Código de Procedimientos Civiles para el D. F.*, art. 606; cf. ZEPEDA, p. 11); Paraguai (*Código de Procedimiento en Materia Civil y Comercial*, art. 494);

fim do qual cessa a possibilidade de obter para a sentença estrangeira eficácia no território nacional¹⁸.

Peru (*Código de Procedimientos Civiles*, art. 1161; cf. PARODI REMÓN, p. 2); Polónia (JODLOWSKI, p. 1); República Democrática Alemã (KOSWÄHR, p. 9); Romênia (ZILBERSTEIN e BACANU, p. 10); Suíça (WALDER, p. 2); Turquia (ÖZSUNAY, p. 8).

18. Assim, na União Soviética, o prazo de três anos estabelecido no art. 63, 2.ª parte, dos *Princípios do processo civil*; em Israel, o de cinco anos previsto na seção 5 da Lei n.º 5.718, de 1958, aliás suscetível de modificação por acordo com o Estado de origem, ou quando o tribunal entenda haver razões especiais que a justifiquem (cf. FASSBERG, p. 7, onde se assinala que as hipóteses regidas pelo *common law*, e não pelo direito escrito, se submetem ao prazo comum de prescrição).

III

POSSIBILIDADES DE ABOLIÇÃO OU ATENUAÇÃO DOS "MECANISMOS RESTRITIVOS"

1. *Importância dos fatores políticos*

É oportuno, agora, que nos interroguemos sobre as possibilidades de abolição, ou pelo menos de atenuação, dos "mecanismos restritivos". Faça-se desde logo uma ressalva, aliás bastante óbvia: a atitude dos Estados, na matéria, sofre influência muito forte de considerações de ordem política. Esse é fenômeno que se observa em vários níveis, desde o da divisão do mundo em "blocos" ideologicamente diferenciados até o das constelações regionais de interesses. O grau de permeabilidade às sentenças estrangeiras pode não representar mais que um aspecto particular da posição global assumida pelo país em face da comunidade universal, de um setor dela ou de outro país singularmente considerado; e, como bem se compreende, tenderá a aumentar ou a diminuir na mesma medida em que tal posição evolva no sentido da "abertura" ou do "fechamento" político. Decerto, a relação entre as duas variáveis nem sempre se reduzirá a um mecanismo rigidamente determinístico; mas nem por isso é menos necessário contar com ela, em qualquer avaliação de expectativas que aspire a um mínimo de realismo.

Assim, o fator supremo de facilitação será sempre político, no sentido próprio do termo. Embora possa constituir exagero, neste terreno, a alusão a "leis", a lógica sugere e a experiência histórica confirma que os passos mais consideráveis naquela direção têm sido dados sob a pressão de necessidades ou conveniências intimamente ligadas à conjuntura, máxime à internacional. O que ao jurista compete fazer é indicar os caminhos adequados, no pressuposto de que exista a vontade política de percorrê-los.

2. *A exigência de tratado ou convenção*

A exatidão de quanto se acaba de dizer fica perfeitamente manifesta quando se considera o "mecanismo restritivo" que assinalamos em primeiro lugar (*supra*, II, 2, a). Se o ordenamento de determinado país su-

bordina a possibilidade de "recepção" de sentenças estrangeiras à existência de tratado com o país de origem, ou de convenção de que ambos sejam signatários, só pode haver dois modos de facilitar a consecução do resultado: ou o país renuncia, total ou parcialmente, à exigência, ou intensifica a celebração de tratados e convenções acerca da matéria.

Exemplo de evolução do primeiro tipo ministra-nos o direito polonês. Sob o Código de 1932, só nos termos de convenção internacional era possível executar na Polónia uma sentença estrangeira; e a jurisprudência da Corte Suprema, a despeito de críticas doutrinárias, estendia o requisito aos casos do simples reconhecimento. Os graves inconvenientes práticos de semelhante regulamentação induziram o legislador, primeiro, a permitir expressamente o reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria civil e de família, mesmo na ausência de convenção; depois, no Código de 1964, a ampliar a franquia para todos os casos de reconhecimento. Mantém-se, entretanto, a exigência de convenção para que a sentença estrangeira seja executada, excetuando-se as decisões concessivas de alimentos, sob a condição de reciprocidade (art. 1.150, §§ 1 e 3)¹⁹.

Constituem exceções, hoje, os ordenamentos que fazem depender da existência de tratado ou convenção, em termos absolutos, a possibilidade de se produzirem no território nacional os efeitos de sentenças estrangeiras. Não quer isso dizer que a celebração de tais atos perca relevância como meio de neutralizar "mecanismos restritivos"; bem ao contrário. Sucede apenas que eles são convocados a atuar noutra nível: não mais para simplesmente tornar possível a produção de efeitos, senão para torná-la mais fácil. O papel que vão assumindo, desse ponto de vista, merece realce especial. A alguns aspectos principais do tópico dedicaremos capítulo separado do presente relatório (*infra*, V).

3. O requisito da reciprocidade

Consideremos em seguida a exigência de reciprocidade. Teoricamente, ela poderia ser encarada, de certo ponto de vista, como um modo de estimular a "abertura": cada Estado teria interesse em "receber" sentenças estrangeiras, para evitar a "rejeição" de suas sentenças pelos outros Estados. Na prática, todavia, a relutância em dar o primeiro passo leva o mecanismo a funcionar às avessas, antes como empecilho do que como incentivo.

19. JODŁOWSKI, p. 1, 5-6.

Uma posição rígida na matéria pode prejudicar, em última análise, a circulação das sentenças do próprio Estado que a adote²⁰.

Merece registro especial, neste contexto, o caso austríaco. O § 79 da *Exekutionsordnung* subordina a exequibilidade de sentenças estrangeiras à reciprocidade estipulada em tratado ou afirmada em declaração do governo, com publicação no órgão oficial. As declarações de reciprocidade, todavia, cessaram, quase de todo, após a Primeira Guerra Mundial. Em consequência, tornou-se praticamente impossível, na Áustria, executar sentenças estrangeiras com fundamento na *EO*, pelo menos em matéria patrimonial²¹: o direito convencional é que ministra a base da maior parte de semelhantes execuções. Não fora essa válvula de escape, assumiria talvez cores dramáticas o risco de total "paralisia".

O "mecanismo restritivo" de que estamos tratando comporta atenuações de vária índole e alcance. Pode-se, por exemplo:

a) em vez de subordinar, em termos absolutos, a eficácia da sentença estrangeira à cláusula da reciprocidade, simplesmente *permitir* que se negue tal eficácia quando não satisfeito o requisito, deixando assim à discricção do órgão competente a decisão *in casu*²²;

b) ter como suficiente a reciprocidade *de fato*, dispensada a previsão expressa em algum texto²³;

c) excluir a exigência quanto a determinadas matérias²⁴;

20. Cf. GRUNSKY, Internationales Prozessrecht (relatório geral para o Congresso Internacional de Direito Processual Civil de Gent, 1977, in *Towards a Justice with a Human Face*, editado por STORME e CASMAN, Antuérpia-Deventer, 1978, p. 89); JUENGER, relatório geral sobre o tema "The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters" para o 12.º Congresso da *International Academy of Comparative Law* (Austrália, 1986), p. 7.

21. MATSCHER, p. 1-2.

22. V.g.: ZPO do cantão de Solothurn, de 11-9-1966, § 323, 5; *Code de procédure civile* do cantão de Vaud, de 14-12-1966, art. 507, 3.ª parte; ZPO do cantão de Zürich, de 13-6-1976, § 302 (cf. HABSCHREID, *Droit judiciaire privé suisse*, 2.ª ed., Genève, 1981, p. 336).

23. Assim, a Bulgária, a partir da reforma de 1983 (TSCHIPEV, p. 1), a Jugoslávia (PAK, p. 3), a Polónia (JODŁOWSKI, p. 13), a Romênia (ZILBERSTEIN e BACANU, p. 16), a Turquia (ÖZSUNAY, p. 5-6, 11).

24. Como ocorre na Áustria, segundo informa HOLZHAMMER, *Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht*, Viena-New York, 1974, p. 77, para as decisões concernentes ao estado civil de estrangeiros; na Jugoslávia, quando a sentença versa sobre casamento ou sobre reconhecimento de paternidade ou de maternidade, se o requerente é cidadão iugoslavo (PAK, p. 3); na Polónia, com referência às causas não

- d) excluí-la sob certas circunstâncias²⁵;
- e) excluí-la para certos fins²⁶;
- f) presumir, até prova em contrário, a satisfação do requisito²⁷.

Na verdade, porém, o requisito da reciprocidade merece completo e imediato abandono. Pelo ângulo dos litigantes, não deixará de parecer absurdo que a mesma sentença, proferida no Estado A, possa tornar-se eficaz no Estado B e não no Estado C, em razão de circunstância inteiramente estranha à natureza do litígio e às características do processo e da própria decisão. O vencedor sentirá fatalmente como uma punição arbitrária a eventual impossibilidade de colher os frutos da vitória, por uma razão que não lhe é imputável e que ele nada pode fazer para afastar. Por outro lado, as dificuldades práticas que com frequência se encontram em averiguar a posição exata de ordenamentos estrangeiros põem em xeque a segurança jurídica. Tampouco se encontrará justificativa séria para a exigência, do ponto de vista do Estado em cujo território se pretende que a sentença produza efeitos: a experiência mostra que, com impedi-los por falta de reciprocidade, não se tem logrado assegurar, no exterior, maior "receptividade" às sentenças nacionais.

Remédios parciais afiguram-se aqui francamente inadequados. Com razão se tem criticado, por exemplo, a solução discriminatória de restringir a aplicação do princípio da reciprocidade aos casos em que é estrangeiro o interessado em fazer valer no território nacional a sentença proferida noutro Estado. Cumpre reconhecer sem reservas que a exigência da reciprocidade bloqueia indevidamente o progresso do intercâmbio jurídico; é uma atitude que merece como poucas a qualificação de reacionária. Tem crescido, aliás, nos últimos tempos, a consciência dos respectivos males.

patrimoniais da competência exclusiva da Justiça de origem, de acordo com o direito polonês (*Código de Processo Civil*, art. 1164, § 3; JODLOWSKI, p. 13).

25. V.g., em Israel, quando o requerer o Procurador-Geral (Lei n.º 5.718, de 1958, n.º 4, b; cf. FASSBERG, nota 44, p. 26, onde se observa que não consta a existência de casos concretos).

26. O direito húngaro, por exemplo, limita a exigência às hipóteses em que se queira executar, no sentido próprio, a sentença estrangeira, pondo-a de lado quando se cogite do seu mero reconhecimento (*Código de Direito Internacional Privado*, § 74, I; cf. FARKAS-KECSKÉS, p. 9,11).

27. Assim na Áustria, de acordo com NEUMANN-LICHTBLAU, *Kommentar zur Exekutionsordnung*, 4.ª ed., v. I, Viena, 1969, p. 769-70.

Não parece temerário identificar uma tendência nítida ao abandono do requisito²⁸.

4. Distinções atinentes às espécies de sentenças

Ordenamentos jurídicos refratários, em princípio, à "importação" de sentenças estrangeiras podem abrir exceção para as proferidas em determinadas espécies de causas: estamos aí diante de atenuações à sistemática restritiva. Essa hipótese de abrandamento assume, eventualmente, relevância especial. Há Estados que, consagrando o requisito da reciprocidade, todavia não exigem que ela seja assegurada para todas as sentenças de sua Justiça, mas só levam em conta a atitude do Estado estrangeiro em face de sentenças nacionais da mesma natureza. Ora, pode acontecer que o país A — a título excepcional — admita a produzir efeitos em seu território as sentenças estrangeiras de estado²⁹, inclusive as do país B, onde vigora o princípio da reciprocidade. Com isso, A estará, de maneira indireta, contribuindo para maior "abertura" de B às sentenças estrangeiras, na medida em que B, contentando-se com essa reciprocidade "parcial", admitir em compensação que se tornem eficazes no seu território as sentenças de estado proferidas em A.

Observa-se também, por outro lado, que certas legislações excluem a priori a possibilidade da "importação" de determinadas classes de sentenças estrangeiras, ou — o que é o mesmo — circunscrevem a determinadas classes semelhante possibilidade. Há casos bastante óbvios, como o da exclusão, geralmente admitida mesmo na ausência de disposição expressa, das sentenças de conteúdo puramente processual: esses nenhum problema importante suscitam. Outras hipóteses de limitação dizem respeito à natureza e ao objeto da pretensão: pode-se, v.g., exigir que a sentença estrangeira tenha julgado uma "ação pessoal" ou uma "ação real

28. Ele vem-se tornando obsoleto, v.g., nos Estados Unidos: vários ordenamentos estaduais têm tratado de suprimi-lo, e não o contempla o *Uniform Foreign Money — Judgments Recognition Act*, adotado por certo número de Estados importantes (JUENGER, relatório geral, cit., p. 35). No México, as dificuldades encontradas conduziram a prática judicial a deixar de lado a exigência da reciprocidade, a despeito do que consta do art. 605 do *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* (ZEPEDA, p. 17-8).

29. Como parece ser, já há algum tempo, o caso da Suécia: vide GINSBURG e BRUZELIUS, *Civil Procedure in Sweden*, Haia, 1965, p. 387-8.

sobre móvel" (excluídas, por conseguinte, as sentenças em ações reais sobre imóveis)³⁰.

Este tipo de restrição não raro se resolve em pura e simples exclusão das sentenças estrangeiras proferidas em causas para as quais teria competência exclusiva a Justiça nacional³¹; a questão, no fundo, entrosa-se com outro "mecanismo restritivo", de que nos ocupamos alhures (*vide, supra*, II, 3, a, e, *infra*, III, 8). Noutros casos, o que parece estar em jogo é a "ordem pública", no conceito do Estado "importador"; remete-se o leitor, por isso, ao tópico pertinente (*infra*, III, 6).

5. Equiparação de decisões de órgãos não judiciais a sentenças

Convém, neste passo, ampliar um pouco o campo da investigação. Em regra, quando se fala de "sentença estrangeira", a noção que de imediato acode à mente é a de decisão emanada de órgão *judicial*. Entretanto, o ordenamento jurídico pode conferir a autoridades estranhas ao âmbito da Justiça competência para a prática de atos que noutros países se reservam, com exclusividade, a juízes. Daí a alternativa: ou se adota critério estritamente *conceptual*, limitando-se a possibilidade de produção de efeitos no território nacional a atos cujas características correspondam às das sentenças do Estado "importador", ou se tratam como sentenças, para os fins de que se cogita aqui, atos não praticados por juízes, mas funcionalmente equivalentes.

No silêncio dos textos, naturalmente podem variar as soluções. A jurisprudência brasileira, por exemplo, está firmada no sentido da equiparação: o Supremo Tribunal Federal já homologou divórcio (a) decretado pelo Rei da Dinamarca, ou (b) por autoridades administrativas norueguesa e dinamarquesa, ou ainda (c) registrado perante o prefeito de cidade japonesa³². Já na Polónia, tem oscilado a posição da Corte Suprema, que algu-

30. Assim na Argentina: *Código nacional*, art. 517, 1.º (cf. Sosa, p. 3). Mais restritivo, no México, o art. 605, II, do *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, que só admite a produzir efeitos as sentenças estrangeiras proferidas sobre uma "*acción personal*" (cf. ZEPEDA, p. 4-5).

31. O Código de Processo Civil brasileiro, v.g., estabelece, no art. 89, n.º I, que só à Justiça nacional, "com exclusão de qualquer outra", compete julgar ações "relativas a imóveis situados no Brasil". Em consequência, nenhuma sentença estrangeira sobre tal matéria será suscetível de homologação, porque faltará o requisito da competência. Chega-se ao mesmo resultado por outro caminho.

32. Respectivamente: a) Sentença Estrangeira n.º 912, de 30-1-1933, e Sentença Estrangeira n.º 1.943, de 16-8-1967; b) Sentença Estrangeira n.º 1.282, de 30-5-1952; Sentença Estrangeira n.º 2.703, de 14-12-1979; c) Sentença Estrangeira

mas vezes — mas nem sempre — interpretou liberalmente o art. 1145, § 1.º, do Código de Processo Civil (onde se alude a "tribunais estrangeiros"), para reconhecer decisões de divórcio proferidas por órgãos administrativos³³.

Não se afigura razoável uma atitude restritiva ao propósito. Aqui também, do ponto de vista dos particulares interessados, não pode deixar de soar estranho que se lhes negue o reconhecimento, por não haver emanado a decisão de um órgão diverso do único ao qual lhes era lícito, no país de origem, requerê-la. Não faz sentido, por outro lado, que o Estado "importador" queira exigir do Estado de origem, por assim dizer, uma organização política e uma distribuição de competências entre os órgãos públicos idêntica à sua própria.

Obviamente, é possível que o processo perante o órgão administrativo se afigure menos digno de confiança que o judicial, do ponto de vista das garantias que se conferem aos interessados. Se o nível delas for inferior àquele que se reputa necessário para merecer a colaboração da Justiça nacional, então haverá motivo legítimo para a recusa. Esse, porém, será ponto a verificar em cada hipótese; o que não se justifica é a absoluta rejeição *a priori*.

6. A cláusula da "ordem pública" (ou análoga)

O mecanismo restritivo decorrente da cláusula da "ordem pública", e/ou de outra análoga, suscita problemática multiforme. Bem se compreende que assim seja, ante a larga margem de indeterminação dos conceitos jurídicos que se expressam por meio de tais fórmulas. É impossível estabelecer nesse campo definições exatas, e a própria fixação de critérios menos imprecisos torna-se extremamente difícil. Os tribunais, em regra, evitam comprometer-se com a adoção de posições rígidas, provavelmente, entre outras razões, no intuito de preservar para si mesmos uma liberdade de

n.º 1.312, de 22-5-1953; Sentença Estrangeira n.º 2.251, de 15-10-1975, e Sentença Estrangeira n.º 2.636, de 27-2-1981. Igual orientação segue o direito iugoslavo (PAX, p. 1). Tampouco na Áustria se leva em conta a denominação do ato ou a autoridade de que ele emana (MATSCHER, p. 2).

33. JODLowski, p. 8-10, historia a evolução dessa jurisprudência e conclui por afirmar que a questão permanece aberta. Assim parece ela também permanecer em Israel: FASSBERG, nota 25, p. 22, embora não cite precedentes, considera improvável que os tribunais israelenses adotem, no particular, uma interpretação estrita da seção 1 da Lei n.º 5.718, de 1958.

movimentos que lhes permita sucessivos reajustes à luz das peculiaridades, bastante variáveis, dos casos concretos submetidos à sua apreciação. A favor de semelhante atitude pode-se argumentar com a facilidade que ela assegura a eventuais mudanças de orientação, impostas por contingências de ordem política, no sentido mais amplo da expressão. Naturalmente, por essa flexibilidade há um preço a ser pago, em termos de segurança jurídica; por mais alto que ele às vezes possa parecer, não há sinal de que o vigente estado de coisas venha a alterar-se de maneira sensível.

A cláusula limitativa é invocada com frequência a respeito de situações bem conhecidas, em que a sentença estrangeira, ao apreciar o mérito de uma causa, aplicou norma incompatível com algum princípio considerado básico no ordenamento nacional. Há exemplos clássicos no direito de família, como ocorre em matéria de divórcio ou de poligamia, em relação aos Estados que não adotam semelhantes institutos. Nesse plano, ao ver de alguns, a invocação da cláusula pode significar, na prática, a abertura de uma fresta por onde se enseja ao órgão judicial certo controle da decisão estrangeira em seu conteúdo, atenuando-se a proscrição da chamada *révision au fond* nos países que, em regra, desta se abstem³⁴.

Mas também se costuma invocar a cláusula a propósito de questões estranhas ao mérito. Assim, v.g., tem-se entendido que a exigência legal de fundamentação das decisões judiciais acarreta a impossibilidade, sem ofensa à ordem pública, de admitir que produza efeitos no território nacional uma sentença estrangeira desprovida da indicação expressa das razões em que se apoiou a conclusão³⁵. De outras vezes, a cláusula vê-se convocada, por assim dizer, a reforçar algum motivo de repulsa à decisão estrangeira, relacionado com outro requisito legal, como pode ser, exemplificativamente, o da regular cientificação da demanda ao réu no processo estrangeiro³⁶.

34. Refere-se ao ponto mais de um relator nacional: MATSCHER, p. 10; JODLOWSKI, p. 1; WALDER, p. 3; em tom dubitativo, ARGUEDAS SALAZAR, p. 2. Bem ponderadas as coisas, quando se recusa à sentença estrangeira aptidão para surtir efeitos no território nacional, porque contrária à "ordem pública", não se está necessariamente negando que o juiz estrangeiro, à luz das premissas de que partiu, haja proferido uma decisão "justa".

35. No direito romeno, tal diretriz só prevalece em todo o seu rigor quando a exigência está prevista no ordenamento do Estado de origem (ZILBERSTEIN e BACANU, p. 17). Mas alhures se tem ido mais longe: no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma decisão (v.g., SE n.º 3.262, de 3-9-1986), esposou a tese de que a falta de motivação constitui obstáculo suficiente, à luz do ordenamento brasileiro, independentemente da disciplina da matéria no país de origem.

36. Vide a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, de 2-2-1983, na Sentença Estrangeira n.º 2.912, onde se invocou a cláusula da ordem pública para

A heterogeneidade mesma dos aspectos em que se desdobra a problemática da "ordem pública" dificulta enormemente a formulação de um juízo sucinto acerca das possibilidades de atenuação do mecanismo restritivo. Em certos casos, a própria evolução dos sistemas jurídicos, no sentido de maior uniformidade, vai pouco a pouco erodindo ou até eliminando situações tradicionalmente propícias à invocação da cláusula. Sirva de exemplo a capitulação progressiva das resistências à instituição do divórcio: à medida que as legislações a assimilam, em evolução que se afigura irreversível, desaparece, ou pelo menos perde grande parte de sua importância, uma das hipóteses clássicas de rejeição de sentenças estrangeiras com fundamento na preservação da "ordem pública".

Quanto ao mais, parece extremamente improvável que qualquer Estado renuncie em termos absolutos a essa válvula de escape. E pode-se prognosticar com segurança que ela continuará a ser utilizada, à maneira de *ultima ratio*, nos mais variados terrenos, em casos para os quais o sentimento de repulsa à sentença estrangeira, sejam quais forem as razões que o expliquem, não encontre desaguadouro adequado em nenhum dos mecanismos restritivos especificamente previstos.

Em todo caso, do ponto de vista prático, não convém exagerar o alcance do obstáculo. Vale a pena observar que nenhum dos relatores nacionais lamentou dificuldades maiores relacionadas com a invocação da cláusula em foco; e vários deles, ao contrário, sublinharam em termos expressos a moderação com que os tribunais costumam aplicá-la³⁷.

7. A questão da "preferência pela jurisdição nacional"

Voltemos agora os olhos para o fenômeno a que chamamos "preferência pela jurisdição nacional". A rigor, a denominação não quadra bem ao caso de não se admitir que produza efeitos no território de um Estado sentença proferida noutro sobre litígio já definitivamente julgado no primeiro. O fenômeno nada tem de especificamente ligado à circulação inter-

negar homologação a uma sentença proferida na Bélgica, em processo para o qual não fora citado o réu, de residência conhecida no Brasil, mediante carta rogatória, de acordo com o disposto na lei brasileira.

37. Assim, para a Áustria, MATSCHER, p. 9-10; para a Bulgária, TSCHIFEV, p. 6; para os Estados Unidos, JUENGER, p. 19; para a Polónia, JODLOWSKI, p. 20; para a Suíça, WALDER, p. 2. Na República Democrática Alemã e em Israel, não consta a existência de casos em que se haja negado reconhecimento ou execução a sentenças estrangeiras por ofensa à ordem pública (KOSEWÄHR, p. 12; FASSBERG, p. 27, nota 53). Menos otimista, no Brasil, a avaliação de JACOB DOLINGER, *Brazilian Confirmation of Foreign Judgments*, in *The International Lawyer*, v. 19, n.º 3, p. 876.

nacional das decisões judiciais. É princípio universalmente consagrado o de que para a mesma lide não deve haver mais de um julgamento. Assim, na hipótese, não é a qualidade de *estrangeira* que determina a sorte da segunda sentença: tampouco seria admissível que algum órgão *nacional* tornasse a julgar o litígio.

Tais considerações não prevalecem, contudo, quando o que existe é apenas um processo em curso, sobre a mesma lide, perante a Justiça nacional. Não se há de reputar bastante essa circunstância para preexcluir a possibilidade de "importar" a sentença estrangeira³⁸. De modo nenhum se justifica entender que se põe em jogo aí a soberania nacional, ou que a "importação" atenta contra o prestígio ou a dignidade da Justiça do Estado "importador". Assume a questão particular gravidade, se o impedimento subsiste mesmo quando o processo nacional seja posterior ao estrangeiro. O litigante vencido no Estado A sentir-se-á tentado a instaurar, no Estado B, segundo processo acerca do litígio, com o único propósito de evitar que se produzam em B, como seria necessário à satisfação do vencedor, os efeitos da sentença de A. Nenhum sistema jurídico deve favorecer semelhante espécie de manobra.

8. O problema da competência da Justiça estrangeira

Abre margem a questões variadas o requisito da competência da Justiça estrangeira para proferir a sentença cuja eficácia se pretende estender ao território nacional.

8.1. Como já se consignou, a indagação básica diz respeito à escolha do ordenamento a cuja luz se verificará se o órgão judicial que sentenciou era ou não competente para fazê-lo. Seria fácil responder à essa pergunta, se existisse uma disciplina supranacional de divisão das competências, ou pelo menos se os diversos Estados adotassem regras uniformes na matéria. Não é o que acontece. Tratados podem, sem dúvida, estabelecer regulamentação vinculativa para os países signatários, em suas relações recíprocas; fora daí, a questão subordina-se à variedade, por vezes bastante sensível, das legislações nacionais.

38. No Brasil, onde a questão é doutrinariamente controvertida (*vide* BARBOSA MORAES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 5.ª ed., Rio de Janeiro, 1985, p. 99 e nota 134), o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido do nosso texto (SE n.º 2.727, de 9-4-1981).

Do ponto de vista estritamente lógico, é possível sustentar com boas razões a preferência pelo critério consagrado no ordenamento do Estado de que provém a sentença. Com efeito: esse terá sido, obviamente, o critério utilizado pelo órgão julgador; e parece estranho, ao menos numa primeira aproximação, que se lhe submeta a decisão a um controle inspirado em regras não necessariamente coincidentes com as que ele aplicou. É como se, de certo modo, se exigisse da Justiça do Estado de origem que, ao examinar sua competência, desde logo o fizesse não apenas de acordo com as normas de seu próprio direito, mas também à vista do ordenamento do país estrangeiro onde poderá vir a ser mister que a sentença produza efeitos.

No entanto, duas considerações costumam sobrepor-se aqui às sugestões da pura lógica. A primeira decorre do fato de que, não raro, a lei nacional reserva à Justiça de um Estado, em caráter de exclusividade, competência para julgar determinados litígios (*v.g.*, relativos a imóveis situados no território nacional), com a conseqüência de que aquela fica impedida de reconhecer qualquer outra como competente, e por isso obrigada a recusar eficácia à sentença proferida, sobre a matéria, por Justiça estrangeira³⁹, independentemente do que disponha ao propósito a lei do outro país. A segunda consideração é a de que, mesmo fora de tais casos, pode repugnar à Justiça do Estado de "importação" o reconhecimento da competência da Justiça do Estado de origem, afirmada, à luz do respectivo ordenamento, com base em critério incompatível com os princípios fundamentais do direito nacional: por exemplo, a mera permanência temporária dos cônjuges em país do qual não são cidadãos, e onde não têm domicílio, não será vista como bastante para justificar o reconhecimento da competência da respectiva Justiça (ainda que o ordenamento local a consagre) para decretar o divórcio do casal. Em semelhante hipótese, é comum invocar-se a cláusula da "ordem pública", ou outra análoga, para lastrear a negação da eficácia.

Por outro lado, está longe de evitar dificuldades a solução consistente em adotar o critério do ordenamento em vigor no Estado "importador". Consoante já se observou⁴⁰, o princípio é, ao mesmo tempo, demasiado estreito e demasiado largo: o direito do Estado de "importação" pode ser restritivo em excesso — caso em que imporá limitações indevidas ao reconhecimento de sentenças proferidas com base em competência de razoável

39. Não se trata de regra absoluta: o direito húngaro, por exemplo, admite exceções (FARKAS-KECSKÉS, p. 3-4).

40. JUENGER, relatório geral, cit., p. 15-6.

fundamento legal —, ou, ao contrário, excessivamente liberal — hipótese em que de imediato surge o risco da “importação” de alguma sentença emanada de Justiça cuja atuação talvez não se justificasse à luz da relação entre o Estado estrangeiro e a matéria litigiosa ou as partes. É certo que o Estado “importador”, em última análise, não terá de quem se queixar, em semelhante emergência, a não ser de si mesmo. Tal não obsta a que, na prática, ele hesite em dar livre curso aos corolários de sua própria opção básica.

A verdade é que, em geral, os Estados não se mostram propensos, nesta matéria, a manter uma atitude inteiramente coerente com a pureza de princípios rígidos. Seja qual for a concepção a que se filiem, tomam o cuidado de temperá-la com ressalvas e exceções, de alcance mais ou menos extenso. Assim é que, muitas vezes, as soluções acabam por aproximar-se, em boa medida, a despeito da diversidade das premissas. Irrealístico seria esperar que se abrisse mão por completo de alguma espécie de controle da competência da Justiça estrangeira. O problema ficará extremamente simplificado na medida em que ganharem maior espaço as soluções convencionais. Inexistindo tratado, e divergentes as disciplinas do Estado de origem e do Estado em que se pleiteia a produção de efeitos, o alvitre mais favorável à circulação internacional das sentenças consistiria, como é intuitivo, na opção pelo regime que, na hipótese, permitisse justificar a competência.

Nem tudo, é certo, se resolveria com isso. Facilmente se prevê a subsistência de dificuldades relacionadas com os casos em que o Estado de origem se tivesse por competente para julgar litígios incluídos por outro no âmbito da competência exclusiva de sua própria Justiça. Para esses, restaria a invocação da cláusula restritiva genérica (“ordem pública”, “soberania nacional” ou outra análoga). O mesmo expediente permitiria excluir as sentenças oriundas de Estados cuja competência se afigurasse fundada em elemento por demais tênue, clamorosamente insuficiente aos olhos da Justiça do Estado de “importação”. A esse respeito, contudo, impõe-se uma ressalva: ainda que o Estado de “importação” repila, como incompatível com a “ordem pública”, o fundamento adotado pelo Estado de origem para reconhecer como competente a sua Justiça, não deveria rejeitar só por isso a sentença ali proferida se, de acordo com o seu próprio sistema, aquela competência admitisse justificação a outro título⁴¹.

8.2. Seja como for, parece fora de dúvida a conveniência de limitar o controle do Estado de “importação” à competência geral da Justiça

41. Com razão JUENGER, relatório geral, cit., p. 17-8.

estrangeira, sem permitir que ele desça a verificar se era ou não competente, na espécie, aquele determinado órgão julgador. Ao Estado de “importação” não interessa, em princípio, que se hajam ou não observado as normas de distribuição interna da competência no Estado de origem⁴²; nem se há de presumir que a sua Justiça esteja mais capacitada que a do Estado de origem para interpretar corretamente aquelas normas. Ademais, se exclusiva a competência da Justiça estrangeira, e visto que esta, obviamente, não pode ser constrangida a julgar por meio do órgão que o Estado de “importação” reputaria competente, o episódio afinal se traduziria, para a parte interessada, em autêntica denegação de justiça.

Concebe-se, entretanto, que, em alguma hipótese excepcional, a circunstância de haver sido o litígio julgado por órgão manifestamente incompetente justifique negar-se ao processo estrangeiro o mínimo de garantias para as partes (ou para uma delas), considerado indispensável à colaboração da Justiça nacional. Nesse caso extremo, ficará sempre salva a invocação da cláusula da “ordem pública” para recusar a “importação” da sentença.

8.3. Há, enfim, o problema da atribuição de competência à Justiça de determinado Estado por obra das próprias partes. Pode acontecer, com efeito, que estas hajam firmado pacto expresso a tal respeito; pode também ocorrer que, mesmo sem tal avença, o réu se submeta voluntariamente à jurisdição do Estado onde se propôs a ação, em termos expressos, ou simplesmente pela não utilização da via própria, no respectivo ordenamento, para suscitar a questão.

Em hipóteses semelhantes, o Estado a que se pretende estender a eficácia da sentença só pode ter interesse em questioná-la se a atitude das partes houver subtraído à sua Justiça litígio que, segundo o ordenamento nacional, se situava na área de sua competência exclusiva; ou então se a atribuição da competência ao Estado estrangeiro repugnar em medida intolerável à concepção nacional, por inexistir qualquer elemento relevante que relacione a causa julgada com aquele Estado, de modo que a escolha de sua Justiça apareça como manifestação de fraude à lei ou como manobra destinada a submeter o réu a condições menos favoráveis de defesa. Casos tais comportam a solução clássica da recusa de eficácia à sentença estrangeira por ofender a “ordem pública” ou a “soberania nacional”. Fora deles, como regra, a opção das partes não deve constituir, por si só, motivo para não se reconhecer eficácia à sentença estrangeira no território nacional.

42. Cf. JODLOWSKI, p. 16-7.

Vale a pena registrar que o princípio do respeito à vontade dos litigantes, aplicado com rigor, poderia eventualmente atuar em sentido contrário à circulação internacional das sentenças. Por exemplo: se as partes haviam escolhido validamente a Justiça do Estado A, mas a ação foi proposta e julgada no Estado B, a convenção obstaría a que se "importasse" a sentença de B, por falta do requisito de competência. A eleição do foro, aí, é que funcionaria como "mecanismo restritivo"... Ter-se-ia de verificar, em todo o caso, se o réu, demandado em Estado diverso do que se indicara no pacto, não teria aquiescido, expressa ou tacitamente, em submeter-se à respectiva Justiça, e que efeitos produziria essa aquiescência. Não é oportuno, no presente contexto, aprofundar mais o exame da questão.

9. O exame da regularidade da citação e da possibilidade de defesa

Afigura-se basicamente justificada a preocupação em apurar se, no processo estrangeiro, se assegurou às partes a possibilidade efetiva de submeter suas razões e provas ao órgão judicial. A rigor, aliás, não se está aqui diante de problema peculiar ao tratamento das sentenças proferidas em outros Estados: mais de uma legislação processual conhece algum meio de controle das próprias decisões nacionais por esse ângulo, admitindo, v.g., que se lhes impugne a execução com fundamento no fato de não se haver podido defender o litigante vencido, ou porque não se lhe dera ciência da propositura da ação, ou porque o ato de cientificação (citação) fora praticado com defeito de gravidade suficiente para torná-lo nulo⁴³.

É óbvio que a questão da regular cientificação do réu se põe em perspectiva instrumental com relação à garantia da defesa eficiente. Não se deve, portanto, arvorar em óbice à produção dos efeitos da sentença, dentro ou fora do território do Estado em que foi proferida, a eventual falta ou nulidade do ato, se, apesar dela, o réu compareceu a juízo e teve todas as oportunidades normais de defender-se. Por outro lado, o simples fato de haver-se procedido a alguma sorte de comunicação não exclui necessariamente, por si só, a suspeita de postergação da garantia da defesa: pode existir motivo para pôr-se em dúvida se a citação, tal como realizada, se mostrava idônea a proporcionar ao réu a possibilidade concreta de impugnar eficazmente a pretensão do autor⁴⁴. Por exemplo: não se transmitiram ao réu informações completas acerca do teor desta e dos respec-

43. Assim o direito brasileiro: Código de Processo Civil, art. 741, n.º I.

44. Sublinham-no, entre outros, JUENGER, p. 12, e ZEPEDA, p. 9.

tivos fundamentos, ou o prazo que se lhe concedeu era manifestamente insuficiente para uma razoável preparação da defesa, e assim por diante.

À vista de tudo isso, bem se compreende que o Estado de "importação" exerça certo controle em tal matéria e recuse eficácia em seu território à sentença estrangeira, se não lhe parecem satisfeitos os requisitos considerados indispensáveis. O que comporta discussão é a medida em que o controle se justifica. Aqui, é natural que as atitudes variem de maneira considerável, de acordo com as diretrizes, mais ou menos restritivas, que se adotem no plano da política jurídica.

Há, sem dúvida, algumas constantes. Dificilmente se encontrará hoje Estado disposto a admitir que produza efeitos, dentro de suas fronteiras, sentença que, noutro Estado, tenha condenado o réu sem que este houvesse recebido notícia alguma da instauração do processo, ou sem que se lhe tivesse aberto qualquer oportunidade de defesa. Noutros pontos, todavia, as divergências são sensíveis: assim, v.g., no que concerne à forma do ato de cientificação.

O princípio geral, a esse respeito, é o de que se admite como regular a comunicação da demanda ao réu, desde que observadas as formalidades prescritas no ordenamento do país onde ela se realizou (*locus regit actum*). À luz de tal princípio, descabe a objeção de que o réu foi cientificado, no Estado de origem, por forma diversa da que se adotaria no Estado de importação. Tampouco se harmoniza com ele, *a fortiori*, a exigência de que a comunicação seja sempre feita pessoalmente ao réu⁴⁵.

Torna-se mais delicada a questão, quando, embora julgada a causa no exterior, a citação se realizou no território do Estado onde, depois, se pretende fazer surtir efeitos a sentença. A aplicação estrita do princípio *locus regit actum* implicaria aqui a necessidade de observar-se o procedimento previsto na lei do Estado de "importação" — digamos, citação requerida por meio de carta rogatória e efetuada pela Justiça local. Nessa perspectiva, ficará excluída a possibilidade de admitir a eficácia, no território nacional, de sentença estrangeira proferida em processo no qual, v.g., o réu haja sido cientificado da demanda por via diplomática, se estranha tal modalidade ao direito do Estado de importação⁴⁶. Não parece, con-

45. Conforme ocorre, por exemplo, no direito argentino: *Código nacional*, art. 517, 2.º (cf. SOSA, p. 3). Parece razoável, entretanto, que se repudie a citação por edital de réu cuja residência era conhecida (*vide*, para o direito brasileiro, HAROLD VALLADÃO, ob. cit., p. 200).

46. Em caso do gênero, o Presidente do Supremo Tribunal Federal brasileiro negou homologação a uma sentença alemã, fundando-se em que a prática de ato típica-

tudo, que se deva adotar posição demasiado rígida no particular. Inexiste razão bastante para que se afaste *a priori* a possibilidade de todo e qualquer meio não coincidente com o consagrado no ordenamento nacional. O critério decisivo há de ser, em última análise, o da idoneidade da via escolhida para fazer chegar ao réu a notícia da demanda, sob as condições e com os elementos necessários à eficaz preparação da defesa.

O exame da regularidade da citação feita em país estrangeiro envolve riscos evidentes. A Justiça do Estado de importação nem sempre será fácil formar juízo seguro acerca do cumprimento de formalidades peculiares ao ordenamento do outro país. Um modo prático de obviar tal inconveniente, com efeitos favoráveis à circulação internacional das sentenças, consiste em *presumir* a regularidade do ato, desde que comprovados os outros pressupostos do reconhecimento e/ou da execução, facultando ao interessado, eventualmente, a prova do contrário⁴⁷.

Nada justifica a diferença de tratamento baseada na nacionalidade ou no domicílio da parte vencida. O princípio segundo o qual ninguém pode ser julgado sem ter adequada notícia do processo e oportunidade de defender-se não constitui privilégio das pessoas nascidas ou domiciliadas no território de um ou de outro Estado. Distinções desse teor atentam contra a igualdade e merecem completa eliminação.

Uma última observação, de alcance genérico: a maior parte dos problemas que se deparam a propósito desse tópico muito provavelmente encontrará solução satisfatória no emprego inteligente da cláusula da "ordem pública" (ou outra análoga). Parece ocioso multiplicar regras específicas, às quais se acaba em geral por juntar uma lista de ressalvas, ou mesmo por abrir uma série de exceções, complicando sem necessidade o quadro. Melhor aceitar, em princípio, o procedimento adotado, desde que se possa presumir idôneo para atingir os fins básicos; e resolver os casos duvidosos segundo o critério da respectiva compatibilidade ou incompatibilidade com a ordem pública do Estado onde se invoca a sentença estrangeira.

10. A situação jurídica da sentença estrangeira

É compreensível que o Estado de "importação" relute em prestar a colaboração de sua Justiça para a produção de efeitos, no território nacional,

mente jurisdicional, no território brasileiro, por autoridade consular estrangeira, ofendia a soberania nacional (SE n.º 2.730, de 26-1-1981).

47. Assim no direito colombiano: *vide* MORALES MOLINA, p. 2.

de sentença estrangeira que ainda não haja alcançado certo grau de estabilidade. Ademais, não seria razoável que se admitisse a surtir tais efeitos noutro país uma sentença ainda insuscetível de produzi-los naquele mesmo em que foi proferida. Bem se entende, portanto, que as legislações se preocupem, de um lado, com a eventualidade de recursos capazes de levar, no Estado de origem, à reforma ou à anulação da decisão; de outro, se se trata de execução, com a idoneidade da sentença para ser executada no país de que provém.

Esta última exigência parece digna de manutenção em qualquer caso. No concernente à outra, alguma atenuação é concebível. Se o ordenamento do Estado de origem não exige, para que ele se configure, o esgotamento de todos os recursos, a Justiça do Estado de "importação" deve conformar-se a esse conceito. O direito israelense, no sistema da Lei n.º 5.718, de 1958, vai além: sem aludir ao trânsito em julgado, satisfaz-se com o fato de já não ser a sentença estrangeira impugnável por meio de apelação: outros possíveis recursos são irrelevantes⁴⁸:

O pressuposto ora sob exame há de ser entendido como relativo à coisa julgada formal (irrecorribilidade da decisão). Não existe razão ponderável para que se reclame a existência de coisa julgada material: o de que se cuida é de admitir, no território do Estado de "importação", a produção de efeitos *daquela determinada* sentença; pouco importa que a matéria nela decidida possa ou não voltar a ser discutida noutro processo.

Tampouco se justificaria a recusa absoluta de "importar" sentenças concessivas de medidas cautelares. Por vezes, a execução de semelhantes providências constitui a única possibilidade de assegurar a efetividade da proteção jurisdicional. Contrastada com o interesse na consecução desse objetivo, pode perder relevo a objeção que se queira extrair da eventualidade de revogação ou modificação da medida. A alternativa de requerer a providência cautelar diretamente no país onde ela haja de produzir efeitos⁴⁹ não parece capaz de dar solução satisfatória a todos os casos. Cabe, naturalmente, cogitar de restrições tendentes à proteção do litigante a quem a medida cause prejuízo.

Quanto às sentenças que condenam à prestação de alimentos, seria bem pouco razoável negar-lhes idoneidade para produzir efeitos fora do Estado de origem, com base na mera consideração de que o regime por

48. Lei n.º 5.718, seção 3 (2); cf. FASSBERG, p. 5-6.

49. A qual se refere MATSCHER, p. 12.

elas estabelecido se sujeita a alteração em razão da ulterior mudança das circunstâncias. Ao contrário, é sensível a tendência a facilitar a "circulação" de semelhantes decisões: o art. II, n.º 2, da Convenção de New York, de 20-6-1956, por exemplo, prevê a colaboração dos Estados signatários, mediante a designação de uma "instituição intermediária", à qual competirá, nos termos do art. IV, n.º 1, tomar "quaisquer medidas apropriadas para assegurar a prestação dos alimentos", inclusive "fazer executar qualquer sentença, decisão ou outro ato judiciário". A possibilidade da "importação" deve abranger as sentenças que concedem alimentos provisionais⁵⁰.

Mantido o requisito da irrecorribilidade, não se deve excluir a eventualidade de abrandar o rigor no que tange à prova do trânsito em julgado. Ela pode mostrar-se desnecessária, quando a decisão é irrecorrível pela simples circunstância de haver emanado de autoridade (judiciária ou não) situada no vértice da pirâmide hierárquica, salvo se ainda é lícito ao mesmo órgão réver seu próprio pronunciamento. Outra hipótese configurável é a de que se possa presumir o trânsito em julgado à vista da prática de um ato que o tem como antecedente obrigatório por lei. Admitir-se-á, destarte, a prova indiciária⁵¹.

11. O modo de fazer valer a sentença estrangeira

É tempo de examinar os principais aspectos do *modus faciendi* utilizável quando se quer extrair efeitos da sentença fora do Estado de origem. Conforme oportunamente se assinalou (*supra*, II, 4), as soluções têm variado em mais de um ponto.

A máxima simplicidade seria atingida, é óbvio, dispensando-se em qualquer caso um ato formal (e o processo destinado a obtê-lo) e admitindo-se que os pressupostos da "importação" de eficácia fossem verificados pelo órgão perante o qual se pretende que surta efeitos a sentença estrangeira. As legislações, contudo, não têm chegado até aí: as que vão mais longe dispensam o ato formal apenas quando se trata de reconhecer a eficácia da sentença estrangeira para fim relativo a alguma causa pendente — se, por exemplo, se invocou aí a coisa julgada resultante daquela. Não assim, quando o que se tem em vista é promover, no Estado de

50. Já o reconheceu, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal: Embargos na Sentença Estrangeira n.º 1.763, de 9-3-1964.

51. PAULO CEZAR ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, São Paulo, 1975, p. 224, com indicação de precedentes jurisprudenciais em a nota 244.

"importação", a execução do julgamento estrangeiro: em tal hipótese, exige-se pronunciamento da Justiça Nacional.

Afigura-se improvável uma evolução geral dos diversos ordenamentos no sentido da dispensa irrestrita de ato formal para atribuir eficácia automática à sentença estrangeira no Estado de "importação"⁵². A possibilidade prática de semelhante passo, até hoje, parece limitar-se ao contexto de tratados bilaterais ou multilaterais. Menos irrealística é a perspectiva de ampliar-se a outros sistemas jurídicos a adoção do método de verificação "incidental" dos pressupostos nos casos de mero reconhecimento daquela eficácia para fins diferentes da execução. A necessidade do ato formal (e do procedimento a ele conducente) ficaria reduzida às hipóteses em que se fizesse preciso executar (no sentido próprio) a sentença estrangeira.

Cabe uma breve observação sobre a alternativa "processo de *exequatur*" (ou "homologação") — "ação fundada na sentença estrangeira" (*vide, supra*, II, 4). Ao menos em teoria, a primeira solução parece apresentar nítida vantagem do ponto de vista da simplicidade; e é oportuno registrar que nenhum dos relatórios oriundos de países que a adotam critica o procedimento por desnecessária complexidade: ao contrário, quase unanimemente se lhe ressalta a singeleza⁵³. Todavia, a comparação nem sempre resulta desfavorável à sistemática da "*action on the judgment*": num Estado onde convivem ambos os modelos, como Israel, ela pode, em muitos casos, oferecer itinerário mais rápido e mais simples⁵⁴. Afigura-se ocioso, em certa medida, propugnar a substituição de qualquer dos dois esquemas pelo outro: ainda que se conseguisse demonstrar com argumentos irretorquíveis a superioridade deste ou daquele, é extremamente duvidoso, para dizer o menos, que semelhante demonstração fosse capaz, por si só, de

52. Conforme augura SOSA, p. 18, com a ressalva da possibilidade, para quem nisso tenha interesse, de opor-se à execução.

53. TSCHIEPEV, p. 7; GOMES MONTEIRO, p. 3; ARGUEDAS SALAZAR, p. 2; AGUIRRE GODOY, p. 2; ALLEN, p. 1; PARODI REMÓN, p. 2; ZILBERSTEIN e BACANU, p. 11; WALTER, p. 2; VESCOVI-MINVILLE-TELLECHEA, p. 16; RENGEL ROMBERG, p. 3. Na Colômbia, MORALES MOLINA, p. 1, critica a fixação habitual, pela Corte Suprema, de prazo longo demais para a instrução probatória. Em El Salvador, segundo ARRIETA GALLEGOS, p. 4, o procedimento pode ser complexo, se o requerido se opõe ao reconhecimento da sentença estrangeira.

54. FASSBERG, p. 13. Na opinião de HOMBURGER, *ob. cit.*, p. 378, o procedimento seguido em inúmeros Estados norte-americanos para a ação fundada na sentença estrangeira "*compares favorably with the exequatur of the civil law*". Por outro lado, JUENGER, p. 5, critica-o como "*inefficient, costly and time-consuming*".

determinar a sorte do processo evolutivo, notoriamente sujeito à influência de outros fatores e balizado pela tradição nacional.

Não se justifica o estabelecimento de limitação temporal à iniciativa do interessado em fazer valer a sentença estrangeira. Nenhum interesse legitimamente fundado do Estado de "importação" reclama a fixação de prazo para tal iniciativa. Do ponto de vista do litigante vitorioso, facilmente se concebe que a necessidade de tomá-la não surja senão em época bastante posterior ao julgamento. O interesse da parte contrária ficará suficientemente protegido pela oportunidade que se lhe abra de opor-se ao reconhecimento e/ou à execução da sentença estrangeira com base em algum efeito extintivo que o ordenamento aplicável porventura atribua à passagem dos dias. Em regra, aliás, semelhante eventualidade só se configurará com referência à execução — se, por exemplo, for admissível a alegação de prescrição superveniente à sentença estrangeira: os outros efeitos que esta possa produzir, assim como a sua autoridade de coisa julgada, normalmente não sofrem do mesmo modo a ação do tempo.

12. A questão da competência para examinar a sentença estrangeira

Esta questão obviamente se equaciona em termos diversos, conforme se adote o método da verificação "incidental" ou o do pronunciamento específico, mediante procedimento individualizado. Na medida em que se aplique o primeiro, ela deixa de ter relevância própria: será competente, em cada caso concreto, para admitir ou recusar eficácia à sentença, no Estado de "importação", o órgão judicial que o for para processar a causa em que se pretenda fazer valer os efeitos a ela atribuídos. A alternativa consistiria em submeter ao (único) órgão por hipótese competente a indagação sobre a eficácia da sentença estrangeira, toda vez que esta fosse invocada em qualquer processo, à semelhança do que ocorre em alguns ordenamentos com a questão da inconstitucionalidade de lei. São manifestos, porém, os inconvenientes práticos que semelhante regulação acarretaria; e não parece que as eventuais vantagens, fossem quais fossem, bastem para compensá-los, conforme atesta o fato de que não consta o emprego de tal mecanismo em sistema jurídico algum.

Se, ao contrário, se opta pela necessidade de ato formal, então, na medida em que ele se imponha, torna-se preciso determinar a que órgão competirá praticá-lo. No que respeita aos países abrangidos pelo presente relatório, pode-se observar certa preferência pelo regime da competência *difusa*, isto é, distribuída, segundo critérios variáveis, por uma pluralidade de órgãos judiciais: o número de Estados que o adotam é ligeiramente

superior ao dos que preferem concentrar a competência num *único* órgão (invariavelmente, o mais alto da hierarquia judiciária).

Não parece fácil identificar relações constantes entre a escolha deste ou daquele sistema e as características da ideologia, da geografia ou da estrutura político-administrativa dos vários Estados. Há países socialistas (exemplo: Polônia) e países não socialistas (exemplo: Argentina) entre os que adotam a regra da competência difusa, assim como há países socialistas (exemplo: Bulgária) e não socialistas (exemplo: Colômbia) entre os que preferem a da competência concentrada. Esta é observada em Estados federais (como a Venezuela) e em Estados unitários (como o Uruguai); aquela também (o México é uma federação, o Peru não o é). Ao contrário do que *a priori* se poderia imaginar, países de grande extensão territorial adotam o método concentrado (exemplo: Brasil), outros bem menos extensos o difuso (exemplo: Israel).

É relativo, à vista de tudo isso, o alcance de qualquer discussão sobre as vantagens e as desvantagens de cada um dos sistemas. A preferência por um ou por outro afigura-se condicionada por peculiaridades locais ou por variáveis circunstâncias históricas, que não se deixam aprisionar nos esquemas clássicos.

Em todo caso, com todas as ressalvas cabíveis, parecem justificar-se algumas observações de índole genérica. O sistema de competência difusa, em muitos casos, é sem dúvida capaz de facilitar, para o interessado, a consecução do fim a que visa: se se lhe permite fazer valer os efeitos da sentença estrangeira mediante a simples apresentação desta ao órgão competente para julgar a causa sobre a qual ela supostamente influi, é claro que com isso se lhe poupam o tempo e as despesas que precisaria empregar para obter o pronunciamento de outro órgão, não raro sediado em lugar distante. Em compensação, há o risco de decisões divergentes, com grave detrimento para a segurança jurídica, na hipótese de ter de invocar-se a mesma sentença estrangeira em mais de um processo, perante órgãos distintos — embora tal inconveniente possa encontrar correção, ou pelo menos atenuação, na existência de recurso que permita submeter as diferentes decisões à revisão de um único órgão superior. Considerações análogas seriam cabíveis a propósito da necessidade de assegurar certa uniformidade no modo de entender e aplicar cláusulas como a da "ordem pública" e semelhantes.

13. Limitação dos poderes da Justiça do Estado de "importação"

Ponto da maior importância é o relativo à extensão dos poderes que se conferem à Justiça do Estado de "importação" ao apreciar o pedido do

interessado na produção de efeitos da sentença estrangeira. A imensa maioria dos ordenamentos, hoje em dia, professa formal repúdio à possibilidade de reexame do litígio, em sua substância, para verificar se foi justa ou injusta a solução a ele dada no Estado de origem. São excepcionais os casos em que se reconhece tal possibilidade⁵⁵.

Vistas as coisas mais de perto, no entanto, essa parece ser apenas meia verdade. Várias legislações dão margem a uma investigação, ainda que limitada, sobre a lide julgada no país estrangeiro, ao consagrarem cláusulas do tipo, v.g., da que inclui entre os pressupostos da produção de efeitos da sentença a licitude (ou validade), segundo o direito do Estado de "importação", da obrigação a cujo respeito se discutiu⁵⁶. Aludiu-se também, oportunamente (*supra*, II, 6), à opinião de alguns, segundo a qual a apuração da compatibilidade do julgamento estrangeiro com a ordem pública nacional abriria ensejo, sob certos aspectos, a um abrandamento da proibição da "*révision au fond*".

Não se afigura possível eliminar por completo a eventualidade de concessões, mais ou menos significativas (e mais ou menos dissimuladas) ao princípio do reexame. Os tribunais sempre descobrirão um meio ou outro de justificar teoricamente a rejeição da sentença estrangeira, quando alguma circunstância grave lhes pareça suficiente para gerar a convicção de que se deve impedir a todo custo a produção dos respectivos efeitos no território nacional. Já se sublinhou quão ilusório seria esperar que os Estados renunciem à invocação da cláusula da "ordem pública" (ou outra análoga), inclusive — acrescenta-se — para vetar a "importação" de sentença em que se enxergue teratologia insuportável do ponto de vista da justiça.

O que se pode desejar, aqui, é que o emprego da técnica não ultrapasse os limites do estritamente necessário para preservar valores jurídicos e éticos reputados fundamentais no Estado onde se pretende tornar eficaz a sentença. No particular, todavia, não parece muito grande o risco de excessos intoleráveis⁵⁷.

55. Em Israel, FASSBERG, p. 8-9, aponta dois: o de alegar-se fraude no processo estrangeiro e o de basear-se o requerente "*on the original cause of action*", conforme lhe permite o *common law*; na segunda hipótese, contudo, a rigor não é realmente de fazer valer a sentença estrangeira que se trata.

56. Exemplos: Guatemala, *Código Procesal Civil y Mercantil*, art. 345, 3.º; Paraguai, *Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial*, art. 573, d.

57. Cf., *supra*, nota 37 ao n.º III, 6.

IV

LAUDOS ARBITRAIS ESTRANGEIROS

1. Considerações gerais

Determinados setores buscam solução para litígios, de preferência, no juízo arbitral, considerado superior, do ponto de vista da simplicidade e da rapidez, quando não de outros, à jurisdição estatal. Essa tendência é nítida, sobretudo, no mundo do comércio internacional, e torna em certa medida mais agudo em matéria de laudos arbitrais que em relação às sentenças o problema da extensão extraterritorial de eficácia.

Forçoso é convir, por outro lado, que o estado de coisas, no tocante à arbitragem, se apresenta, por vários ângulos, menos satisfatório, especialmente se examinado à luz das legislações nacionais. A insegurança é tal que, em muitos casos, para induzir a parte vencida ao cumprimento do laudo se tem de contar mais com a pressão dos interesses do próprio litigante do que com o aparelho de coerção organizada do Estado em que a decisão deve surtir efeitos: a empresa que se submete ao juízo arbitral teme normalmente as conseqüências econômicas de uma eventual recalctância em cumprir espontaneamente o pronunciamento do árbitro (ou dos árbitros) e sabe que tal atitude lhe poderá acarretar o descrédito e o isolamento na comunidade mercantil internacional⁵⁸.

Fatores diversos concorrem para o insuficiente desenvolvimento até agora alcançado pela disciplina da matéria. Em numerosos meios, é mister sublinhá-lo, um sentimento difuso de desconfiança alimenta resistência, que não parece fácil de vencer, à "importação" de laudos. Se nem sempre se confia na idoneidade do processo judicial estrangeiro, ainda menor tranqüilidade se sente, muitas vezes, com relação à capacidade do juízo arbitral realizado alhures para oferecer as garantias de isenção e de lisura que justificariam a "abertura" do território às respectivas decisões. É intuitivo que semelhante atitude propende a exacerbar-se diante de laudos

58. Cf. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, v. II, Paris, 1965, p. 464-5; DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982, p. 545.

desfavoráveis a cidadãos ou a empresas nacionais; isto é, justamente nos casos em que mais necessário se faz, em regra, admitir a produção de efeitos dentro das fronteiras do país.

A admitir-se a existência de algum fundamento para esse gênero de receios, e tendo em vista a escassa probabilidade de uma radical mudança de rumo na evolução dos acontecimentos, quando tudo indica que o fenômeno arbitral tende a ganhar cada vez maior espaço, a solução correta não pode consistir em deixar o assunto imerso nas sombras da incerteza jurídica, sujeito aos azares de intermináveis controvérsias. A maioria dos legisladores nacionais, no entanto, ainda não despertou para a necessidade de clarear o ambiente: as fontes do direito permanecem extremamente lacônicas, quando não silentes, em grande número de países. Isso vem contribuindo, provavelmente, para certo incremento de iniciativas no sentido da regulação da matéria por meio de tratados e convenções: busca-se com estes, entre outras coisas, preencher o vácuo normativo dos ordenamentos jurídicos nacionais.

2. A questão prévia de qualificação

Como é notório, inexistente entre os estudiosos uma conceituação uniforme do fenômeno arbitral. Ora se encara o laudo como ato assimilável ou equiparável à sentença do juiz estatal, ora como pronunciamento que extrai toda a sua força de um vínculo contratual entre as partes. Essa contraposição é capaz de gerar problemas práticos, notadamente quando não coincidentes as noções que vigoram no Estado onde se realizou a arbitragem e naquele em cujo território se precisa fazer valer o laudo.

Os textos legais costumam ser menos exigentes com referência ao cumprimento de contratos celebrados alhures do que relativamente ao reconhecimento e/ou à execução de sentenças estrangeiras. No Brasil, por exemplo, o art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil submete expressamente a produção dos efeitos destas a uma série de requisitos, ao passo que outros atos praticados no exterior se submetem, apenas, à cláusula da conformidade com "a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes" (art. 17). Na generalidade dos ordenamentos, não é necessário um ato formal da Justiça nacional, para autorizar o credor a exigir judicialmente do devedor o cumprimento de obrigação constante de contrato celebrado alhures, ainda quando se imponha tal formalidade no caso de querer-se executar sentença de outra Justiça.

Se o laudo oriundo do Estado A tem de ser cumprido no Estado B, e divergem as concepções vigentes num e noutro, surge desde logo a

questão atinente à qualificação; ou seja: é imprescindível resolver, antes de mais nada, se o Estado B aceitará o laudo como ato da natureza da que lhe atribui o Estado A, ou se, ao contrário, lhe atribuirá a natureza por ele próprio atribuída aos laudos nacionais. A disciplina variará, intuitivamente, conforme se adote esta ou aquela posição, caso difira do reservado às sentenças o tratamento dado aos contratos. O quadro das possibilidades desdobra-se em vários itens: tal qual se observou a propósito do problema da competência, em matéria de sentenças (*supra*, II, 3, a), pode resultar mais favorável a aplicação do ordenamento estrangeiro ou a do ordenamento nacional.

Atingir-se-ia o máximo de simplificação, naturalmente, se se estabelecesse que, em qualquer hipótese de disparidade, se aplicaria o regime menos rigoroso, correspondesse ele à concepção do Estado de origem ou à do Estado de "importação". Não nos consta que se haja, por enquanto, chegado até aí. É possível mesmo afirmar que, ao menos em geral, os Estados onde se equipara o laudo à sentença não hesitam em manter a equiparação quanto aos laudos estrangeiros, ainda que provenientes de Estados em que vigore a concepção contratual da arbitragem. Por conseguinte, todo laudo oriundo do exterior, para tornar-se eficaz no território nacional, terá de satisfazer os mesmos requisitos e submeter-se às mesmas formalidades exigíveis com relação a uma sentença de outra Justiça.

3. Equiparação do laudo arbitral estrangeiro à sentença estrangeira. Conseqüências

Na maioria dos países, para fins de reconhecimento e/ou execução, os laudos arbitrais proferidos alhures vêm-se total ou parcialmente equiparados a sentenças estrangeiras⁵⁹. Várias legislações processuais consagram em termos expressos tal equiparação, determinando que se aplique àqueles o regime estabelecido para estas⁶⁰. Mas a concepção predomina mesmo na ausência de regulação legal da matéria⁶¹.

59. Vide DAVID, *ob. cit.*, p. 537.

60. V.g., na República Democrática Alemã (ZPO, § 198, 1), na Bolívia (Código de Procedimiento Civil, art. 556), no Chile (Código de Procedimiento Civil, art. 246), na Colômbia (Código de Procedimiento Civil, arts. 693 a 695).

61. É o que acontece, por exemplo, na Romênia, onde se consideram analogicamente aplicáveis aos laudos arbitrais estrangeiros, com as adaptações devidas, as disposições do art. 375 do Código de Processo Civil (ZILBERSTEIN e BACANU, p. 6).

Por via de consequência, em boa extensão, o inventário dos "mecanismos restritivos" e a problemática dos meios utilizáveis para eliminá-los ou atenuá-los comportam remissão, *mutatis mutandis*, ao que ficou dito acerca das sentenças estrangeiras. Valem pois aqui, em grande parte, as considerações expendidas sobre as exigências de tratado ou convenção (*supra*, III, 2), do requisito da reciprocidade (III, 3), da cláusula da "ordem pública" e outras semelhantes (III, 6) etc. Se, em determinadas hipóteses, a natureza da causa julgada no exterior influi no tratamento dispensável à sentença no Estado de "importação" (*supra*, III, 4), cabe observação análoga com relação ao laudo: pode ver-se limitada a respectiva idoneidade para produzir efeitos, *v.g.*, aos casos em que a matéria por ele decidida também admitisse, de acordo com o ordenamento nacional, decisão por arbitragem⁶². Segundo se compreende com facilidade, algumas questões assumem, no presente contexto, colorido peculiar: assim, exemplificativamente, a da competência dos árbitros, que pode fundar-se antes na vontade das partes que em alguma regra do ordenamento jurídico de qualquer Estado.

A equiparação do laudo à sentença é capaz de conduzir a uma atitude radicalmente negativa a Justiça do Estado de "importação", quando não exista, no de origem, ato praticado por órgão judicial. Recusar-se-á ingresso na vida jurídica nacional a laudo que não haja recebido, no outro país, *exequatur* (ou "homologação") de juiz estatal⁶³. Aí se depara "mecanismo restritivo" de grande relevância em certos casos: é bem possível, com efeito, que o laudo, no Estado de origem, não precise dessa chancela oficial para adquirir eficácia, ou que, por emanar de entidade internacional, nem mesmo comporte qualquer controle do gênero; isso gera o risco de mostrar-se inatendível a exigência, com o que se excluirá de maneira absoluta a eventualidade da produção de efeitos do laudo no país que a formula. Uma distinção simples permite reduzir a dimensões menos graves a atuação do "mecanismo restritivo": levar-se-á em conta o regime em vigor no Estado de origem, para abrir-se mão do requisito sempre que tal regime não submeta o laudo à obrigatoriedade do *exequatur* (ou da "homologação").

62. A questão da inadmissibilidade *ratione materiae* da arbitragem é, não raro, examinada pelo prisma da "ordem pública": *vide* FOUCHARD, *ob. cit.*, p. 114; ZILBERS-TEIN e BACANU, p. 7.

63. Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: Sentença Estrangeira n.º 1.982, de 3-6-1970; Sentença Estrangeira n.º 2.006, de 18-11-1971; Sentença Estrangeira n.º 2.178, de 30-6-1979.

A disciplina da extensão dos poderes conferidos à Justiça do Estado de "importação", no exame do laudo estrangeiro, abre ensejo a uma série de alternativas. Evidentemente, quanto menor a amplitude do controle, tanto mais facilitada a produção dos efeitos do laudo. A admitir-se, por exemplo, que o controle desça até a verificação dos requisitos que deviam ser observados na celebração do pacto arbitral, ampliar-se-ão as possibilidades de negar-se eficácia ao laudo: o acordo pode, com efeito, sofrer de vício como o da falta de capacidade de uma ou de ambas as partes para comprometer-se, ou o da preterição de formalidade essencial, e assim por diante. Semelhante eventualidade fica preexcluída, quando se limita o controle a aspectos formais do próprio laudo ou do procedimento realizado perante os árbitros.

O PAPEL DOS TRATADOS E CONVENÇÕES

Assinalou-se oportunamente a relevância que pode assumir, em tema de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, o papel dos tratados e convenções internacionais. Isso vale de maneira muito especial para os Estados-membros das Comunidades Européias; mas o fenômeno obviamente não se restringe a esse âmbito.

Se o observarmos na América Latina, por exemplo, verificaremos que desde o século passado se manifestou a tendência a consagrar em textos convencionais entendimentos, cuja necessidade bem cedo se sentiu, entre Estados da região. Assim é que surgiu, em 1889, um tratado firmado em Montevideu por vários países sul-americanos, sobre eficácia extraterritorial de sentenças e laudos estrangeiros. Os requisitos nele estipulados incluem-se no rol dos tradicionalmente previstos na matéria. Também na capital uruguaia, em 1940, veio a celebrar-se outro tratado, que vigora entre menor número de países, e no qual se eliminou a necessidade do *exequatur* para as sentenças proferidas pelos órgãos judiciais dos Estados signatários⁶⁴.

Mais importante, pelo número de países que a ratificaram (se bem que vários com ressalvas), é a Convenção da Havana, de 1928, que consagrou o Código de Direito Internacional Privado, conhecido sob a denominação de Código Bustamante. Não se pode dizer, contudo, que nele se deparem inovações de grande alcance. Quanto à eficácia extraterritorial das sentenças, o art. 423 arrola, em termos tradicionais, os pressupostos da execução, aludindo à competência do órgão julgador, à citação das partes (pessoal ou feita por meio do respectivo representante legal), à compatibilidade com a ordem pública e o direito público do Estado onde se há de realizar a execução, à idoneidade da sentença para dar lugar a esta no país de origem e a exigências de ordem formal (tradução, quando necessária; requisitos de autenticidade do documento). O art. 431 refere-se às sentenças cujas disposições não sejam exequíveis, estabelecendo que

64. VESCOVI-MINVILLE-TELLECHEA, p. 4.

elas produzirão "os efeitos de coisa julgada", caso reúnam as condições para isso previstas no Código, salvo as relativas à execução. Por sua vez, o art. 432 manda aplicar a mesma disciplina das sentenças aos laudos arbitrais, desde que a matéria decidida pudesse ser objeto de compromisso, segundo a lei do Estado de "importação".

Em tempos mais recentes, são dignas de menção: a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Montevideu, 1979) e a Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras (La Paz, 1984), firmadas respectivamente na segunda e na terceira Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado, promovidas pela Organização dos Estados Americanos. Na Convenção de Montevideu consagraram-se algumas inovações, v.g.: qualquer dos países signatários, mediante declaração ao ratificar o ato, pode estender sua aplicação às decisões de órgãos não judiciais, mas que exerçam função jurisdicional, bem como a sentenças proferidas por juízes penais que condenem o réu ao ressarcimento de danos causados pelo crime (art. 2.º); prevê-se em termos expressos a possibilidade de admitir-se a eficácia *parcial* da decisão estrangeira, se não for possível admiti-la na totalidade (art. 4.º); assegura-se a subsistência, no Estado de "importação", do benefício da assistência judiciária concedido no de origem (art. 5.º).

A Convenção de 1979 tomou posição acerca do problema da competência internacional da Justiça estrangeira, dispondo que esse requisito será examinado à luz da legislação do Estado em que se proferiu a decisão (art. 2.º, *d*) — solução que, como já se mostrou (*supra*, II, 3, *a*), pode ser mais favorável ou menos favorável à extensão de eficácia, conforme o caso. O assunto, contudo, veio a receber nova regulamentação na Convenção de La Paz, cujo art. 1.º enumera uma série de situações reputadas suficientes para firmar a competência internacional da Justiça do Estado de origem, distinguindo as hipóteses de ações pessoais patrimoniais (*a*), ações reais sobre bens móveis (*b*), ações reais sobre bens imóveis (*c*) e ações oriundas de contratos comerciais (*d*). Disposição particularmente interessante é a do art. 2.º da Convenção de La Paz, de acordo com a qual "se considerará também satisfeito o requisito da competência na esfera internacional se, a critério do órgão jurisdicional do Estado Parte onde deva surtir efeitos, o órgão jurisdicional que proferiu a sentença se declarou competente para evitar denegação de justiça, por não existir órgão jurisdicional competente". Mantém-se, por outro lado, a possibilidade, para o Estado de "importação", de recusar a extensão extraterritorial de eficácia à sentença que haja sido proferida com invasão da competência do Estado perante o qual se invoca (art. 4.º). Observe-se, em todo caso,

que numerosas matérias de grande relevância ficaram expressamente excluídas do âmbito de aplicação da Convenção de 1984: estado civil e capacidade das pessoas físicas, divórcio, nulidade de casamento, regime de bens no casamento, pensões alimentícias, sucessão *causa mortis*, falências e concordatas, liquidação de sociedades, litígios trabalhistas e de seguridade social, arbitragem, responsabilidade extracontratual, questões marítimas e aéreas (art. 6.º).

Voltando à Convenção de 1979, cabe uma observação a respeito da cláusula atinente à comunicação da demanda ao réu. Estatui o art. 2.º, e, que este deve ter sido citado na devida forma legal, "de modo substancialmente equivalente", à aceita pela lei do Estado de "importação". Não se exclui, por conseguinte, a eventualidade de utilizar-se modalidade específica de citação, diversa da que teria de ser empregada naquele Estado. A "equivalência substancial" será aferida pelo grau de idoneidade do ato para transmitir ao réu a notícia completa da demanda, com todos os elementos indispensáveis à preparação da defesa. Esse grau não pode ser inferior ao da modalidade que se utilizaria no Estado de "importação". É uma solução inteligente, que concilia de maneira satisfatória a conveniência de evitar os excessos de formalismo com a necessidade de preservar uma das garantias básicas do processo.

No que concerne, especificamente, aos laudos arbitrais estrangeiros, cabe notar que bom número de países cujos ordenamentos se examinam neste relatório geral são signatários da Convenção de New York, de 1958. Em data mais recente, há que mencionar a Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional, celebrada no Panamá, em 1975. As disposições de uma e de outra guardam, em grande parte, notável semelhança. Ambas procuraram afastar problemas de ordem técnico-jurídica relacionados com a distinção, que muitas legislações consagram, entre "cláusula compromissória" e "compromisso", negando-lhe relevância para efeitos práticos (art. II, n.º 2, da Convenção de New York; art. 1.º da Convenção do Panamá). Estão previstos em termos muito parecidos os casos em que se pode recusar a extensão extraterritorial de eficácia (art. V da Convenção de New York; art. 5.º da Convenção do Panamá). Disposição também comum a ambas, com a qual se busca favorecer a extensão de eficácia, atribui à parte que se oponha ao reconhecimento ou à execução do laudo o ônus da prova da falta dos pressupostos da extensão de eficácia (art. V, n.º 1, da Convenção de New York; art. 5.º, n.º 1, da Convenção do Panamá); fazem exceção as hipóteses de impossibilidade da sujeição da matéria à arbitragem, conforme a lei do Estado de "importação", e de incompatibilidade com a ordem pública deste (art. V, n.º 2, da Convenção de New York; art. 5.º, n.º 2, da Convenção do Pa-

namá). O art. 4.º da Convenção do Panamá dispõe em termos expressos que os laudos arbitrais não impugnáveis de acordo com a lei ou as regras processuais aplicáveis terão força de sentença judicial e que se poderá exigir sua execução ou reconhecimento pela mesma forma que a das sentenças proferidas por tribunais estatais.

No campo dos países socialistas, deve-se mencionar a Convenção de Moscou, de 1972, relativa à solução arbitral de litígios resultantes das relações de colaboração econômica e técnico-científica. Segundo acentuam os relatores romenos⁶⁵, essa convenção realizou sensível avanço no sentido da simplificação, na medida em que equiparou aos laudos nacionais os oriundos dos outros Estados signatários e eliminou a necessidade do *exequatur*. Tal eliminação, aliás, já fora consagrada, noutro âmbito, pela Convenção de Washington, de 1965, unicamente aplicável, porém, a relações concernentes a investimentos.

Há ainda, naturalmente, considerável número de tratados bilaterais, dos quais é impossível dar aqui notícia, mesmo sumária. Limitar-nos-emos a registrar que alguns deles têm chegado a facilitar extremamente a extensão extraterritorial da eficácia de sentenças, admitindo, ao menos em certas matérias e sob determinadas condições, que as decisões judiciais de cada um dos países signatários produzam, sem qualquer formalidade, efeitos no território do outro⁶⁶.

65. ZILBERSTEIN e BACANU, p. 29-30.

66. Vide, também, a esse respeito, ZILBERSTEIN e BACANU, p. 22-3, que ministram vários exemplos de tratados entre a Romênia e outros Estados, socialistas e não socialistas.

VI

CONCLUSÕES GERAIS

Relatórios do gênero deste não são conjuntos de teses dogmáticas, geometricamente demonstradas. Não se afigura oportuno, assim, organizar uma lista de conclusões acerca de cada um dos variados tópicos da problemática de que nos ocupamos. Certo número delas já foi, aliás, enunciado ao longo do trabalho, nos itens especificamente destinados ao exame de cada questão. Resta-nos, agora, resumir a impressão final que ao nosso ver justificam a leitura dos relatórios nacionais e a consideração de textos legais e convencionais e de outros dados relevantes.

Na área coberta por este relatório, a paisagem não sugere valoração pessimística. Segundo a quase-totalidade dos relatores nacionais, os pedidos de reconhecimento e/ou execução de sentenças estrangeiras costumam ser, na maioria, acolhidos⁶⁷. Isso poderia indicar, de um lado, que não são em regra excessivos os requisitos da extensão extraterritorial de eficácia, e de outro que — afirmação constante, em termos expressos, na maior parte dos relatórios — os órgãos competentes se inclinam a dar-lhes interpretação liberal. É previsível, em todo caso, a objeção de que não se estaria levando em conta a eventual existência de sentenças estrangeiras (em número talvez considerável) das quais os interessados não chegam a requerer o reconhecimento e/ou a execução. Se tal abstenção pudesse ser atribuída à convicção de que as dificuldades são grandes, e pequenas as perspectivas de êxito, extremamente insegura se tornaria qualquer ilação.

Seja como for, é expressivo o fato de que mais de um relator nacional se declarou satisfeito com o ordenamento de seu país e declinou de formular sugestões *de lege ferenda*⁶⁸. Quanto às efetivamente formu-

67. Alguns relatores alegam, é verdade, a carência de dados estatísticos, que impediria juízo categórico (assim v.g., SOSA, p. 17; ARRIETA GALLEGOS, p. 5; WALDER, p. 3). Na Turquia, a jurisprudência recente inclina-se para uma atitude restritiva, especialmente quanto ao reconhecimento de sentenças estrangeiras sobre o estado civil de cidadãos turcos (ÖZSUNAY, p. 12).

68. Vide, para a Guatemala, AGUIRRE GODOY, p. 3; para a Hungria, FARKAS-

ladas, algumas têm alcance limitado pela referência a peculiaridades do ordenamento nacional: é o caso de Israel, onde a coexistência de regimes diversos gera confusão e insegurança jurídica⁶⁹. Algo semelhante ocorre nos países em que ainda se adota, em maior ou menor extensão, a exigência da reciprocidade, cuja eliminação se preconiza⁷⁰. Outros defeitos se apontam nas legislações nacionais, não raro consistentes em omissões, como a falta de regulamentação expressa da competência da Justiça do país, no plano internacional⁷¹. No mais, é fácil discernir uma preferência pelo sistema da verificação incidental dos pressupostos da extensão de eficácia, em confronto com o do ato formal específico⁷². Bem pequeno é o número de relatores aos quais parece necessário simplificar o procedimento que conduz a esse ato.

Menos satisfatório apresenta-se o panorama, em matéria de extensão extraterritorial da eficácia de laudos arbitrais. Obstáculos conhecidos parecem capazes de travar aqui, com maior energia, a "importação" de decisões. Seria um erro, em todo caso, subestimar a força do movimento favorável à respectiva facilitação.

Aspiração generalizada é a de que se intensifique a celebração de tratados e convenções, vistos como instrumentos mais capazes de aplanar dificuldades. Alguns exemplos sugerem que, nesse setor, é mais fácil atingir alto grau de eficiência por meio de tratados bilaterais (sobretudo entre Estados com sistemas jurídicos afins) do que mediante convenções multilaterais de grande número de signatários, nas quais a notável diversidade de orientações particulares cria o perigo de reduzir-se o acordo a disposições por demais genéricas.

Naturalmente, a par da situação *de iure*, seria preciso considerar os problemas que *de facto* impedem ou dificultam, para o interessado, a postulação do reconhecimento e/ou da execução de uma decisão estrangeira. São escassos, todavia, os dados de que se dispõe na matéria. O relatório norte-americano assinala que aos advogados, principalmente aos que atuam

KÉCSKÉS, p. 12; para a Polônia, JODŁOWSKI, p. 3 (com a ressalva expressa de que outros especialistas poloneses têm opinião diferente); para a República Democrática Alemã, KOSEWÄHR, p. 12.

69. FASSBERG, p. 15.

70. Vide, para a Áustria, MATSCHER, p. 11-12; para o Uruguai, VESCOVI-MINVILLE-TELLECHEA, p. 18.

71. Assim, para a Romênia, ZILBERSTEIN e BACANU, p. 18.

72. V.g., ZEPEDA, p. 26-7; WALDER, p. 2; VESCOVI-MINVILLE-TELLECHEA, p. 18 (com relação às sentenças estrangeiras concessivas de alimentos).

fora dos centros metropolitanos, podem faltar os conhecimentos lingüísticos e a preparação técnico-jurídica necessários à vindicação eficiente dos direitos do litigante vitorioso no processo estrangeiro; alude também aos honorários elevados, que agravam o custo da iniciativa, particularmente sob um regime que não contempla, no particular, o reembolso da parte vencedora pela vencida⁷³. Tais observações são em parte aplicáveis a outros países. É fora de dúvida que se pode revelar bastante problemática para o interessado estrangeiro, sem contatos nos meios profissionais, a própria escolha do advogado que o representará perante o órgão competente. Dificuldades outras não serão necessariamente peculiares ao âmbito da "importação" de decisões, mas simples manifestações de uma carência mais genérica em tema de "acesso à Justiça". A respectiva análise excederia de modo claro os limites próprios deste relatório.

Abril de 1987.

73. JUENGER, p. 19.

MEDIDA CAUTELAR LIMINARMENTE CONCEDIDA E OMISSÃO DO REQUERENTE EM PROPOR A TEMPO A AÇÃO PRINCIPAL *

1. Dispõe o art. 806 do Código de Processo Civil: "Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório". Com esse texto conjuga-se o do art. 808, n.º I, à luz do qual cessa a eficácia da medida cautelar "se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806".

Inspira-se em razões bem conhecidas semelhante disciplina. Segundo tradicional concepção, a que se filia — embora talvez sem coerência absoluta — o vigente estatuto processual, a medida cautelar é, por sua própria índole, provisória e, além disso, instrumental em relação a outra providência, de caráter satisfativo. Ela encontra justificação no fato de que nem sempre é possível obter essa outra medida a tempo de proteger de modo efetivo o direito que se considera ameaçado de lesão. Recorre-se a ela como a um "pronto-socorro", enquanto não se pode usar o remédio definitivo. Por isso mesmo, a concessão da providência cautelar não pressupõe a demonstração cabal de que o requerente na verdade tem o direito que alega: repousa em cognição necessariamente superficial e incompleta, contentando-se o juiz com a existência daquilo a que uma linguagem consagrada chama *fumus boni iuris*.

Quem quer que obtenha medida acautelatória normalmente cuidará, em seguida, de pleitear a providência satisfativa. Poderia acontecer, no entanto, que o requerente, tranqüilizado pela primeira, descuidasse da segunda: a psicologia humana inclina-se a certo "descanso" uma vez evitado o perigo imediato, e são freqüentes, em todos os setores, as situações "provisórias" que tendem a perpetuar-se. No terreno do processo cautelar, porém, justifica-se menos que alhures a duração excessiva: não deve pre-

* Trabalho destinado ao volume de estudos em homenagem ao Professor Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA.

valecer indefinidamente uma providência adotada, em geral, sem grande certeza, sobretudo quando cause detrimento para o requerido. Daí impor a lei ao requerente o ônus de propor a ação principal em trinta dias e a cominação de perda de eficácia da medida cautelar antecedente, se esgotado *in albis* esse prazo ¹.

2. A medida cautelar pode ser concedida "liminarmente ou após justificação prévia", sempre que se tema que, a protelar-se a concessão, ela venha a mostrar-se ineficaz (art. 804). Pergunta-se: a efetivação da providência, decretada *in limine litis*, faz correr desde logo o prazo do art. 806, sob a cominação do art. 808, n.º I, ou é preciso esperar sentença que a confirme? A questão já se pusera na vigência do Código de Processo Civil de 1939, que igualmente previa a possibilidade da concessão sem audiência do requerido (art. 683) e fixava o mesmo prazo de trinta dias, após a efetivação, para a propositura da ação principal (art. 677). Predominou a tese de que bastava a execução da providência concedida em caráter liminar. Nesse sentido, sob o novo estatuto processual, apresenta-se unânime a doutrina ², e quase unânime a jurisprudência ³.

1. Em atenção à *ratio legis*, tem-se restringido a incidência das regras em foco, mediante fórmulas variáveis, como a adotada no Simpósio de Curitiba, de acordo com a qual o art. 808, n.º I, só se aplica "às medidas cautelares que acarretam ofensa à esfera jurídica da parte contrária" (*Revista dos Tribunais*, v. 482, p. 273), ou como a que alude às "medidas de caráter restritivo de direito ou de constrição de bens" (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, Rio de Janeiro, 1978, p. 144). Há quem prefira sustentar que ao prazo do art. 806 se sujeitam todas as medidas *essencialmente* cautelares, e apenas lhe escapam aquelas que, conquanto reguladas no Livro III, na verdade não têm essa natureza (assim, CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. X, t. I, São Paulo, 1984, p. 210-11). Tal diferença de enfoque não parece acarretar divergências praticamente apreciáveis na identificação das medidas que se submetem e das que não se submetem ao prazo.

2. Vide, entre outros: JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, v. IV, 4.ª ed., São Paulo, 1981, p. 370, 372; GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. I, 2.ª ed., 1.ª tir., Rio de Janeiro, 1984, p. 383-4; CALMON DE PASSOS, *ob.*, v. e t. cit., p. 213-4; HUMBERTO THEODORO JR., *ob.* e v. cit., p. 143; SÉRGIO SAHIONE FADEL, *Código de Processo Civil comentado*, v. II, 6.ª ed., Rio de Janeiro, 1986, p. 665; OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XI, Porto Alegre, 1985, p. 218.

3. ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, v. VII, Rio de Janeiro, 1986, p. 287 e s., arrola mais de uma dezena de julgados: vejam-se aí os de ns. 14.355, 14.355-B, 14.355-D, 14.357, 14.358, 14.359, 14.363, 14.363-A, 14.366-A, 14.367, 14.370, 14.371, 14.372-A, 14.372-D.

Tal entendimento é correto: o texto legal não dá margem a distinção entre medida liminar e medida final, e a *ratio* não varia de uma para outra hipótese. Dele discrepou, certa vez, a 1.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão por maioria, confirmada pelo 1.º Grupo de Câmaras Civis ⁴.

Os argumentos invocados não se afiguram, contudo, persuasivos. Afir-mou-se que, por ter a requerida contestado o pedido, "o depósito cautelar ainda não se efetivara, estando na dependência do resultado do julgamento da medida preparatória"; mas, no art. 806, o sentido de "efetivação" é o comum, de *realização* da medida, independentemente do respectivo fundamento ou da expectativa de estabilidade: o mesmo sentido, frise-se, em que a palavra e cognatos seus aparecem noutros textos do Código (v.g., arts. 653, parágrafo único, e 842, § 3.º). De resto, a não ser assim, por elementar coerência ter-se-ia de admitir que a providência não se "efetiva" enquanto não confirmada em última instância a decisão que a decretou, já que até aí ela fica "na dependência do resultado do julgamento" (do recurso).

A esse ponto parece haver chegado, aliás, um dos votantes, *verbis*: "A medida cautelar somente se considera concedida com o trânsito em julgado da decisão que a concede". O equívoco é patente. A medida cautelar — passe o truísmo — estará concedida desde o momento em que... alguma decisão a conceda. Outra questão é a de saber se, uma vez concedida, ela perdurará, ou se virá a ser cassada, pelo mesmo órgão que a concedeu ou por outro que haja de julgar recurso contra a concessão. Note-se que semelhante recurso nem sequer tem efeito suspensivo, ainda quando de apelação se trate, porque concedida em sentença a providência (Código de Processo Civil, art. 520, n.º IV).

Ocioso ressaltar os graves inconvenientes que decorreriam de permitir-se a subsistência da cautelar, sem propositura da ação principal, até o trânsito em julgado (que pode demorar longo tempo) da decisão concessiva. Por outro lado, a possibilidade mesma de que, com o julgamento final do processo cautelar, em primeiro grau, ou com o do recurso, venha a cair a providência decretada *in limine litis*, só faz aumentar a necessidade de impor-se ao requerente o ônus de ajuizar sem tardança a ação principal:

4. O acórdão da Câmara (4-5-1976, AC n.º 250.490) foi publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 498, p. 71 e s.; o do Grupo (9-11-1976, EI n.º 250.490), no v. 509, p. 77-8 da mesma revista.

quanto mais precária a medida, com efeito, tanto mais se justifica a proteção que por aquele meio se dispensa ao interesse do requerido⁵.

3. Nos termos do art. 808, n.º I, escoado *in albis* o prazo de trinta dias, "cessa a eficácia da medida cautelar". Põe-se a questão de saber se a cessação se produz de pleno direito, no termo final do prazo, ou se é necessário ato do juiz. Ao nosso ver, cumpre distinguir entre a eficácia puramente *jurídica* da decisão concessiva e a eficácia das providências destinadas à respectiva efetivação. Aquela, sem dúvida, cessa *ipso iure*; qualquer pronunciamento do órgão judicial ao propósito será meramente *declaratório*⁶. Mas, se algo se fez, em cumprimento da decisão concessiva, que deva ser desfeito, por lhe faltar (agora) fundamento, cabe ao juiz expedir a competente ordem — por exemplo, para o levantamento de um depósito, ou para o cancelamento do registro de um seqüestro⁷. Tudo isso tanto vale para a cessação da eficácia da sentença quanto para a da liminar.

Seja como for, não fica excluída a possibilidade de que o juiz declare que cessou a eficácia — o que, sob certas circunstâncias, será até aconselhável, em benefício da certeza e da segurança jurídica. A declaração pode ser emitida *ex officio*⁸ ou a requerimento do interessado, ou do Ministério Público, se atua no processo como *custos legis*. Diga-se o mesmo da eventual ordem de que se pratique este ou aquele ato para dar consequência prática à cessação.

4. O fato de haver a liminar perdido a eficácia, pelo decurso *in albis* do prazo de trinta dias, não acarreta, em princípio, a extinção do processo

5. Feriu esse ponto o voto vencido, *verbis*: "Se a tendência for não confirmar a constrição liminar, com maior razão o prazo da perda da eficácia deve ser contado da data em que se executou a liminar concedida" (*Revista dos Tribunais*, v. 498, p. 74). Menos relevante o argumento extraído da diferença de redação entre o art. 677 do Código de 1939 e o art. 806 do vigente estatuto processual: a palavra "data", que figura neste e não figurava naquele, a rigor nada acrescenta à substância da norma.

6. Cf. HUMBERTO THEODORO JR., *ob. e v. cit.*, p. 151.

7. Por sob maneiras variadas de dizer, as exposições doutrinárias acerca do assunto não parecem afastar-se, na substância, do entendimento que se expõe no texto. O próprio PONTES DE MIRANDA, que enfatiza a desnecessidade de "despacho" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, Rio de Janeiro, 1976, p. 81), noutro passo alude ao decreto judicial de "que se observe a cessação" — o que só pode significar ordem de restituição ao *status quo*. E é também a isso que provavelmente se refere GALENO LACERDA, *ob. e v. cit.*, p. 406, quando escreve que, "em todos os casos (...), haverá sempre revogação, *lato sensu*, da medida liminar e, até, da sentença cautelar, nas hipóteses do art. 808". Claríssimo, ao propósito, Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *ob. e v. cit.*, p. 229-30.

8. Cf. GALENO LACERDA, *ob. e v. cit.*, p. 407.

cautelar, que, normalmente, prosseguirá em direção à sentença⁹. Nada obsta — acrescente-se — a que nela se venha a julgar procedente o pedido e se decrete a medida. Efetivada que seja esta, novo prazo correrá; e, se dentro dele não for proposta a ação principal, cessará a eficácia da sentença concessiva. São duas situações inconfundíveis¹⁰.

Em certas hipóteses, contudo, a cessação da eficácia da liminar é suscetível de preexcluir, para o requerente, a possibilidade de obter, na sentença, tutela cautelar ainda útil. Suponhamos, *v.g.*, que um condômino, entendendo-se ilegitimamente prejudicado por deliberação da assembléia condominial, requeira, a título de cautela inominada, a suspensão da respectiva execução, como providência antecedente à ação anulatória. Concedida e efetivada a liminar, passam-se trinta dias sem que a ação principal seja proposta. A suspensão perde a eficácia, e executa-se a deliberação. É manifesto que desaparece o interesse do requerente no julgamento, visto que, por hipótese, o pedido cautelar se limitava à suspensão, e não há *suspender* a execução de ato... já executado. A ação principal, essa, não se torna por força inviável: nela poderá o interessado pedir que se anule (ou se declare nula) a deliberação e se desfaça, se possível, o que se haja feito em seu cumprimento. À cautelar, todavia, não resta qualquer perspectiva. Nessas condições, parece-nos que o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito.

Trata-se, no entanto, de casos excepcionais. Em regra, insista-se, a cessação da eficácia da liminar não dá causa à extinção do processo acautelatório. Não colheria o argumento que em sentido contrário se pretendesse extrair do art. 808, parágrafo único, do Código de Processo Civil, *verbis*: "Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento". De semelhante norma tira-se que, se a liminar perdeu a eficácia, ao requerente não é dado, com a ressalva do texto, obter que o juiz a restaure; não, porém, que se torne impossível conceder-lhe a cautela na sentença. O pedido *da liminar* não se identifica nem se confunde com o pedido *da cautela*; na hipótese vertente, só o

9. Correto, o Acórdão do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, de 8-4-1986, Apelação Cível n.º 352.551, in *Revista dos Tribunais*, v. 607, p. 102.

10. Bem as distingue CALMON DE PASSOS, *ob. e v. cit.*, p. 214. O fenômeno sob exame é análogo, em certa medida, ao que ocorre com a liminar concedida em mandado de segurança, no caso do art. 1.º, b, da Lei n.º 4.348, de 26-6-1964: passados os noventa dias (ou, eventualmente, os trinta da prorrogação), torna-se ineficaz a medida, mas nem por isso se extingue o processo, ou fica o juiz impedido de conceder afinal a ordem.

primeiro sofre a preclusão, nunca o segundo — que, aliás, já formulado na inicial, nenhuma necessidade tem de “repetir-se”.

5. De acordo com o art. 811, n.º III, do estatuto processual, o requerente de medida cautelar responde perante o requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida, se esta perder a eficácia, “em qualquer dos casos previstos no art. 808”. O primeiro desses casos (n.º I) é exatamente o de cessação da eficácia em virtude do decurso *in albis* do prazo de trinta dias, dentro do qual incumbe ao requerente propor a ação principal. Não distinguindo a lei, entende-se que a responsabilidade se caracterizará, desde que a execução cause dano ao requerido, assim na hipótese de cautela decretada em sentença como na de providência concedida *in limine litis*.

Do disposto no art. 811, n.º II, nenhuma objeção válida se tira. Aí se responsabiliza o requerente “se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias”. O texto não autoriza a suposição de que seja essa a única hipótese de responsabilidade relacionada com a concessão liminar da cautela. Cuida-se de fundamento *peculiar* à decretação *in limine litis*; essa a razão por que mereceu tratamento separado e referência expressa à liminar. Não ficam excluídos os casos de execução da liminar enquadráveis no inc. III, *comuns* às hipóteses de cautela concedida na sentença. O inc. II pressupõe *sempre* a obtenção da providência a título liminar; ao inc. III é indiferente que ela se haja concedido liminarmente ou afinal.

Nenhuma relevância tem aqui, por outro lado, o desfecho do processo cautelar, se nele se chega até a sentença, ou o do processo principal, porventura instaurado depois do vencimento do prazo de trinta dias. Cessada a eficácia da medida acautelatória, a responsabilidade do requerente subsiste ainda quando venha ele a sair vitorioso na ação principal¹¹. É o que ressumbra do exame sistemático do texto do art. 811: a exigir-se o pressuposto da derrota naquele outro feito, evidentemente se recairia, em qualquer hipótese, no âmbito de incidência do inc. I, e o inc. III (como o II) se mostraria supérfluo. O argumento vale igualmente para os casos de cessação de eficácia de liminar e para os de providência decretada em sentença. Pela mesma razão, não afasta a responsabilidade do requerente, que viu despojada de eficácia a liminar por não ter proposto a tempo a ação principal, a mera circunstância de vir a ser-lhe deferida na sentença a cautelar.

11. Assim, com toda a clareza, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob. e y. cit.*, p. 396.

Pode suceder que, no momento de sentenciar, verifique o juiz que, embora decorrido *in albis* o prazo de trinta dias, após a efetivação da liminar, subsistiram *de fato* os efeitos desta — por exemplo, a coisa sequestrada permaneceu sob apreensão. Se o órgão judicial considera procedente o pedido cautelar, concederá a medida na sentença, sem que isso o impeça de declarar que a liminar perdera a eficácia. Apenas se absterá de determinar o levantamento da constrição, pois não teria sentido levantá-la e tornar de imediato a realizá-la, em cumprimento da sentença — desde logo exequível, não obstante a eventual apelação (art. 520, n.º IV). Claro, porém, que o requerente só responderá, ao menos por enquanto, pelos danos consequentes à execução da liminar *como tal*: a partir da sentença, a execução passa a ter outro fundamento — e não haverá cogitar de responsabilidade segundo o art. 811, n.º III, combinado com o art. 808, n.º I, senão na hipótese de escoar-se *novo* prazo de trinta dias, sem propositura da ação principal.

Janeiro de 1988.

LE JUGE BRÉSILIEN ET LE DROIT ÉTRANGER *

1. L'application, par le juge, d'une règle de droit étranger se fonde normalement sur le système de résolution des conflits de loi en vigueur dans le pays auquel appartient la juridiction saisie¹. Au Brésil, c'est aux règles du droit international privé brésilien de déterminer le droit applicable aux litiges ayant des éléments étrangers. Ces règles se trouvent surtout dans la Loi d'Introduction au Code Civil (Déc.-loi n.º 4.657, du 4.9.1942, arts. 7-11) et, sur le plan des conventions internationales, dans le Code Bustamante, approuvé par la Conférence Pan-américaine de la Havane de 1928 et ratifié (avec quelques réserves) par la plupart des États latino-américains, y compris le Brésil.

Selon l'avis largement dominant dans la doctrine, lorsque le juge brésilien doit appliquer une règle de droit étranger, il l'applique *en tant que règle de droit*². Le régime processuel des questions de droit étranger peut se rapprocher, à certains égards, de celui des questions de fait; on aurait

* Trabalho publicado no volume *Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit (Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag)*, Münster, 1987.

1. Nous négligerons ici, en principe, la distinction, faite par la doctrine, entre l'application "directe" du droit étranger et son application "indirecte", celle-ci ayant lieu lorsque le juge, au moment d'appliquer une règle de droit national, a besoin, au préalable, de vérifier comment se résout une question dans un autre système juridique, v.g. pour décider si les citoyens d'un État étranger jouissent d'un droit que la *lex fori* leur accorde à condition de réciprocité (cf. ARAÚJO CINTRA, *Prova do direito estrangeiro*, in *Revista dos Tribunais*, v. 485, p. 16-7).

2. V., par exemple, HAROLDO VALLADÃO, *Direito Internacional Privado, Introdução e Parte Geral*, Rio de Janeiro-S. Paulo, 1968, p. 217 et s., 470 et s.; OSCAR TENÓRIO, *Direito Internacional Privado*, 11e. éd., revue et mise à jour par JACOB DOLLINGER, Rio de Janeiro-S. Paulo, 1976, p. 146; CAMPOS BATALHA, *Tratado de Direito Internacional Privado*, S. Paulo, 1977, v. I, p. 229-30; SERPA LOPES, *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, Rio de Janeiro-S. Paulo, 1959, p. 179-80. Nous n'avons pas à prendre position ici sur l'explication théorique de ce phénomène: la question ressortit au domaine exclusif du droit international privé.

tort d'en conclure que le droit étranger se réduit, aux yeux du juge, à un fait pur et simple. Et de ce point de vue il n'existe aucune différence entre la loi écrite, la coutume et n'importe quelle autre source de droit. Que le juge brésilien ait devant soi un texte législatif, une règle coutumière ou un précédent obligatoire, cela ne change rien d'essentiel aux données du problème.

Certes, il est toujours possible que le juge, à l'occasion de décider une affaire régie par le droit d'un autre pays, se heurte à des doutes concernant l'existence de la loi étrangère, sa teneur exacte, la date de sa publication et d'autres points semblables. Ce sont là, évidemment, des *quaestiones facti* tout à fait typiques. Elles pourraient d'ailleurs se poser aussi — quoique la probabilité en soit le plus souvent assez moins forte — pour le droit national.

2. Si l'on reconnaît au droit étranger le caractère de *res iuris*, s'ensuit-il forcément que le principe *iura novit curia* ait à jouer dans ce domaine un rôle identique à celui qu'il joue dans le domaine de la *lex fori*? Il convient peut-être ici d'établir certaines nuances. La doctrine classique distingue deux aspects dans le principe mentionné: d'une part, il désigne le *devoir* du juge de connaître et, au besoin, de découvrir par ses propres moyens la règle qui s'adapte au cas; d'autre part, il indique le *pouvoir* du juge de rechercher et d'appliquer d'office cette règle, encore que la partie intéressée se soit abstenue de l'alléguer et d'en démontrer l'existence³. Nous devons examiner le problème dans cette double perspective.

L'allégation de la partie ne peut de nos jours être considérée comme *conditio sine qua non* de l'application du droit étranger⁴. Le juge brésilien doit obéir à la règle brésilienne de conflit qui donne compétence à la loi (*lato sensu*) d'un autre pays. On admet parfois que les parties soient libres, dans certaines hypothèses, d'écarter la solution légale et d'élire, parmi les divers systèmes juridiques, celui auquel elles entendent soumettre

3. CALAMANDREI, Diritto consuetudinario in Cassazione, in *Riv. di dir. proc. civ.*, v. XV (1938), 2e. partie, p. 120.

4. V., parmi d'autres, HAROLDO VALLADÃO, *op. cit.*, p. 474; OSCAR TENÓRIO, *op. cit.*, p. 147; SERPA LOPES, *op. cit.*, p. 179, 184; AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. I, 5e. éd., S. Paulo, 1983, p. 208; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, t. I, Rio de Janeiro, 1980, p. 20; NICOLAU NAZO, *Da aplicação e da prova do direito estrangeiro*, S. Paulo, 1941, p. 47-8. Cf., sur le plan conventionnel, l'art. 408 du Code Bustamante: "Les juges et les cours de chaque État contractant appliqueront d'office, le cas échéant, les lois des autres, sans préjudice des moyens de preuve mentionnés dans ce chapitre".

leurs rapports et les différends qui en pourraient découler⁵. Si une telle liberté existe, il n'en reste pas moins vrai, en principe, que le juge n'a point besoin d'attendre l'initiative (isolée ou conjointe) des plaideurs pour appliquer le droit étranger déclaré compétent par la règle brésilienne de conflit, et que ceux-là s'y opposeraient en vain, pour demander soit l'application du droit brésilien, soit celle d'une autre loi (*lato sensu*), qu'ils estimeraient, erronément, applicable.

Mais il faut en tout cas être réaliste et se garder d'attribuer au juge la prérogative divine de l'omniscience. S'il est censé connaître le droit national — et encore peut-on y apercevoir une véritable fiction plutôt qu'une simple présomption —, il n'est pas et ne peut raisonnablement être censé connaître le droit de tous les autres pays... Aucune difficulté, donc, si la règle étrangère compétente lui est familière; le problème, cependant, est de savoir comment procéder si, au contraire, il l'ignore. Est-il tenu d'entreprendre ses propres recherches? La tâche de lui procurer des renseignements incombera-t-elle à la partie intéressée? Ou c'est à une conjonction d'efforts que l'on doit s'attendre? Voilà le noeud de la question.

3. La position du droit brésilien à cet égard a varié sensiblement au cours des années. Des lois anciennes laissaient croire à un rôle plutôt passif du juge. On n'interdisait certes pas à celui-ci toute démarche personnelle, mais l'accent était mis de préférence sur l'apport des plaideurs. À l'époque impériale, la *Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares concernentes ao Processo Civil*, rédigée par M. Le Conseiller Joaquim Antônio Ribas et approuvée par le Gouvernement en 1876, prévoyait dans l'art. 333 la nécessité de prouver le droit étranger⁶. Après la proclamation

5. La *Loi d'Introduction au Code Civil* ne fait pas d'allusion expresse à cette possibilité. La doctrine brésilienne n'est pas uniforme: v., par exemple, décidément dans le sens affirmatif, HAROLDO VALLADÃO, *op. cit.*, p. 371; *contra*, AMÍLCAR DE CASTRO, *Direito Internacional Privado*, 3e. éd., Rio de Janeiro, 1977, p. 422; pour une opinion plus nuancée, CAMPOS BATALHA, *op. cit.*, v. II, p. 247-8. On peut lire dans la monographie d'IRINEU STRENGER, *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, S. Paulo, 1968, p. 193 et s., un exposé de l'évolution des lois et des idées au Brésil, concernant ce problème.

6. Avec plus de rigueur, le célèbre *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS (qui ne fut jamais converti en loi) disposait dans l'art. 6: "L'application des lois étrangères, dans les cas où ce code la permet, n'aura jamais lieu que sur requête des parties intéressées; la preuve de l'existence de ces lois leur incombe, comme celle d'un fait allégué". L'art. 7 ouvrait des exceptions pour les lois étrangères qui seraient obligatoires dans l'Empire, "en vertu d'une loi spéciale ou des conventions diplomatiques".

de la République, telle nécessité fut réaffirmée, de façon explicite, par le Décret n.º 3.084, de 1898, sur la procédure de la Justice fédérale (3e. partie, art. 260), par les codes de procédure civile de plusieurs États⁷ et par la *Nova Consolidação das Leis Civis*, de CARLOS DE CARVALHO (1899), art. 46, *verbis* "Celui qui fonde son droit sur une loi étrangère doit prouver qu'elle existe et qu'elle est en vigueur".

Depuis le début de notre siècle se manifesta pourtant une nouvelle tendance. Les codes de quelques États autorisaient déjà expressément le juge à dispenser la preuve, s'il connaissait lui-même le droit étranger (Minas Gerais, art. 258; Distrito Federal, art. 183). D'autres encore limitaient la nécessité de cette preuve au cas où le juge l'exigerait, bien entendu à cause de son manque de connaissance (Bahia, art. 131; S. Paulo, art. 274), ou bien au cas où l'allégation de la partie fût contestée par son adversaire (Pernambuco, art. 245). On est même allé plus loin: le Code du Paraná (art. 117) se contentait de l'invocation du droit étranger par la partie intéressée, tout en réservant à l'autre la possibilité d'apporter la preuve contraire, à la manière d'une présomption *iuris tantum*.

Le Code de procédure civile de 1939 fit un pas en arrière. Son art. 212 reproduisit la formule du Code du Distrito Federal, selon laquelle il incombait à la partie de prouver la teneur et la vigueur de la loi étrangère, à moins que le juge ne l'en dispensât. Ce recul fut partiellement compensé en 1942, lorsque la nouvelle Loi d'Introduction au Code Civil, dans son art. 14, invertit le rapport règle-exception: le juge pourrait exiger la preuve, s'il ne connaissait pas le droit étranger invoqué par la partie. C'est à peu près la règle consacrée dans l'art. 337 du nouveau Code national de procédure civile, de 1973: "La partie qui allègue le droit (...) étranger (...) doit en prouver la teneur et la vigueur, si le juge le lui ordonne". Il ne faut pas y voir le signe d'une assimilation du droit étranger au *factum*, mais tout simplement une exception à la règle selon laquelle les seuls objets de la preuve sont les faits.

4. Le texte de l'art. 337 accorde la priorité à l'initiative du juge: l'apport de la partie y est prévu, pour ainsi dire, à titre subsidiaire, et seulement pour le cas où elle aura eu l'initiative de l'allégation. En fait, dans cette hypothèse, on peut normalement s'attendre à ce que la partie prenne soin,

7. La compétence législative en matière de procédure était alors partagée entre l'Union Fédérale et les États-membres. L'Union devint seule compétente sous la Constitution de 1934; mais il fallut attendre jusqu'à 1939 pour voir paraître le premier code unitaire de procédure civile.

par exemple, d'exhiber le texte de la loi, ou d'indiquer une oeuvre doctrinale qui la cite. Il se peut néanmoins qu'elle s'abstienne de toute preuve de son allégation. Le juge n'en reste pas moins obligé d'appliquer le droit étranger, s'il l'estime compétent. C'est alors que le Code de procédure civile l'autorise à demander l'apport de la partie.

Ici se posent deux questions, qui ne semblent pas avoir assez attiré, jusqu'à présent, l'attention de la doctrine brésilienne. Voici la première: une fois demandée la preuve au plaideur, le juge est-il définitivement exempt de n'importe quelle autre initiative personnelle? À notre avis, il faut répondre négativement. D'abord, contrairement peut-être à sa première impression, il peut se montrer en fin de compte plus facile au juge qu'à la partie de trouver les moyens nécessaires pour prendre connaissance du droit étranger. En outre, même si la partie réussit à apporter des éléments de preuve, il incombera toujours au juge de les apprécier et d'en mesurer la force persuasive. C'est une responsabilité à laquelle il ne saurait se soustraire, et qui l'obligera probablement à ses propres recherches — d'autant plus que dans cette matière, comme on verra mieux par la suite, le silence de la partie adverse et même son accord exprès sont insuffisants⁸.

La deuxième question est plus complexe et comporte un dédoublement. Elle mérite d'être examinée à part.

5. Aux termes de l'art. 337 du Code de procédure civile, nous l'avons dit, le juge peut ordonner à la partie de produire la preuve du droit étranger allégué par elle. Cet ordre crée-t-il pour la partie un vrai devoir juridique? Si l'on rapproche la disposition mentionnée de celle de l'art. 340, III, on sera tenté de donner d'emblée une réponse affirmative à cette interrogation. En effet: l'art. 340, rangé dans la même section que l'art. 337 (celle consacrée aux dispositions générales sur les preuves), contient une énumération de devoirs attribués aux plaideurs; or, le n.º III de cette liste fait justement allusion au devoir de réaliser l'acte ordonné (par le

8. Dans un arrêt du 19.3.1980, le *Tribunal Federal de Recursos* décida qu'il est défendu au juge, après avoir demandé à la partie la preuve de droit étranger, de rendre son jugement sans attendre le résultat de cette démarche (Appel dans le "*Mandado de Segurança*" n.º 78.551, in ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, v. III, Rio de Janeiro, 1982, p. 535, n.º 6.961). Ainsi énoncée, cette thèse pèche par excès de raideur. Il serait plus juste de dire que le juge ne peut en aucun cas statuer sans que les parties aient été à même de prendre connaissance des éléments recueillis par lui et d'en débattre contradictoirement.

juge). Avec ces données, il est aisé de construire un syllogisme qui aboutirait à une affirmation tranchante.

Il convient toutefois de ne pas pousser trop loin le procédé de logique déductive. N'oublions pas, d'abord, que ce problème concerne exclusivement l'hypothèse de droit étranger *allégué par la partie*: faute d'allégation, le juge n'est pas autorisé par l'art. 337 à exiger la collaboration de la partie; il ne pourra compter que sur ses propres ressources et sur celles que les plaideurs se disposeraient spontanément à lui procurer. Or, la partie qui invoque une loi (*lato sensu*) étrangère s'intéressera normalement à en apporter la preuve, parfois même avant d'y être invitée. Il n'est pas besoin, pour la "stimuler", de convertir cette tâche en un devoir juridique: au point de vue de la politique processuelle, avoir recours à une technique si rigoureuse constituerait ici un excès manifeste.

Un tel devoir ne pourrait d'ailleurs se concevoir qu'à l'instar d'une obligation de moyens: la partie serait tenue de faire tout son possible pour obtenir les éléments nécessaires: elle ne le serait pas de les apporter effectivement. On tomberait évidemment dans l'absurde si l'on donnait tort à la partie d'échouer là où le juge lui-même n'a pu réussir. Dans cette matière, néanmoins, l'utilité pratique d'un devoir ainsi conçu serait extrêmement douteuse.

Mais, si nous ne saurions parler ici de devoir sans risquer d'encourir plus d'une critique, serait-il juste au moins de reconnaître, quant à la preuve du droit étranger, une charge semblable à celle qui existe pour la preuve des faits? On trouve des manifestations dans ce sens dans la doctrine brésilienne⁹. Il ne faut pourtant pas oublier la fonction capitale des règles de distribution de l'*onus probandi*, qui est de fournir au juge un critère de décision pour le cas où quelque fait resterait dépourvu de preuve: les conséquences défavorables de cette lacune retombent alors sur la partie à laquelle incombait la charge¹⁰. Or, si l'on voulait appliquer ce mécanisme à notre sujet, on se heurterait à certaines difficultés.

9. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, 2e éd., Rio de Janeiro, 1979, p. 364, et AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, 3e éd., Rio de Janeiro, 1982, p. 51, appliquent au droit étranger le principe fondamental relatif à la charge de la preuve en matière de faits. Plus réservé l'avis d'ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *op. et loc. cit.*

10. Cf. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 346-7. Dans la doctrine de langue allemande on parle à ce propos d'"objektive (ou matérielle) Beweislast" ou encore de "Feststellungslast": v. pour tous ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 13e éd., München, 1981, p. 682, et FASCHING, *Zivilprozessrecht*, Wien, 1984, p. 419.

Supposons, en effet, que, venu pour le juge le moment de statuer, on n'ait pas réussi, malgré tous les efforts faits par lui-même et par les plaideurs, à prendre connaissance du texte de la loi étrangère compétente. Il faut cependant décider l'affaire. Dans ces circonstances, à quoi bon dire que la partie supportera les conséquences défavorables de cet échec? S'il s'agit du demandeur, par exemple, cela pourrait signifier que le juge doit rejeter sa prétention, pour manque de fondement juridique. Mais la doctrine brésilienne contemporaine — et l'on ne saurait certes lui en donner tort — n'approuve pas une telle solution¹¹, pas plus qu'elle ne prêche l'application de n'importe quelle autre loi pour la seule raison que celle-ci serait moins favorable au demandeur¹². Or, si l'on refuse, à l'égard du droit étranger, le plus important corollaire de la conception de l'*onus probandi*, il devient malaisé de comprendre pourquoi on devrait continuer à rendre ici à cette conception un hommage purement nominal. Mieux vaut reconnaître franchement son inaptitude à donner une base solide à la réglementation de la matière.

6. Nous n'avons fait jusqu'ici que de très légères allusions à l'adversaire de la partie qui allègue le droit étranger. Il faut se demander si son attitude peut exercer quelque influence sur le mécanisme précédemment décrit.

Plusieurs hypothèses sont concevables. Les parties peuvent être d'accord sur le droit estimé compétent et pourtant diverger quant au contenu de celui-ci. Elles peuvent s'accorder sur les deux questions, ou ne s'accorder sur aucune. Il n'est pas impossible que l'une se taise tout simplement sur l'allégation du droit étranger faite par l'autre.

L'accord des plaideurs dans l'indication du droit compétent, nous l'avons déjà remarqué, ne peut avoir d'effet que dans la mesure où l'on reconnaît un rôle, dans ce domaine, à l'autonomie de la volonté: c'est une question discutée (v. ci-dessus, n.º 2). Il est moins douteux que l'accord sur

11. HAROLDO VALLADÃO, *op. cit.*, p. 477; OSCAR TENÓRIO, *op. cit.*, p. 155; CAMPOS BATALHA, *op. cit.*, v. II, p. 427; SERPA LOPES, *op. cit.*, p. 190; AMÍLCAR DE CASTRO, *op. cit.*, p. 256-7; PEREIRA DE ANDRADE, *Manual de Direito Internacional Privado*, S. Paulo, 1975, p. 127; ARAÚJO CINTRA, *op. cit.*, p. 9 (sauf pour les cas d'application "indirecte"). Plus nuancée l'opinion de MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, v. IV, t. I, Rio de Janeiro, 1985, p. 129-30.

12. À vrai dire, la conformité des avis s'arrête là: ils sont notoirement partagés quant à la meilleure façon de défaire le noeud. Nous n'avons pas à prendre position ici sur cette question, qui relève du droit international privé plutôt que du droit processuel. Pour un exposé et une critique succincts des principales thèses soutenues au Brésil et ailleurs, v. ARAÚJO CINTRA, *op. cit.*, p. 25 et s.

la teneur du droit étranger, quelle que soit la matière, ne lie pas le juge. D'où l'inclination de la doctrine brésilienne à ne pas reconnaître ici à l'aveu sa force probatoire normale¹³. La tendance prédominante est de soustraire cette question à la libre disponibilité des parties.

Cette même raison explique le refus d'appliquer la disposition de l'art. 319, qui impose au juge, dans la procédure par défaut, d'accepter comme vrais (quelques exceptions mises à part: art. 320) les faits allégués par le demandeur¹⁴. Nous pouvons étendre ce raisonnement à l'art. 302, selon lequel sont aussi présumés vrais les faits affirmés par le demandeur et non contestés spécifiquement par le défendeur qui comparait.

Il faut souligner qu'aucun plaideur ne peut se voir enlever la possibilité de participer d'une façon effective aux efforts pour établir le droit étranger compétent. Toute allégation de l'une des parties doit être soumise au contradictoire. S'il est vrai que le seul silence de la partie adverse serait inconcluant, il n'est pas moins vrai qu'elle aura toujours l'occasion de collaborer activement aux recherches et d'apporter des éléments de preuve, soit pour renforcer cette allégation, soit pour la réfuter. En outre, les plaideurs ont le droit de prendre position à l'égard des preuves dues à l'initiative personnelle du juge. Par conséquent, celui-ci ne doit pas statuer sans les soumettre au débat des parties.

7. En ce qui concerne les moyens de preuve utilisables, l'art. 409 du Code Bustamante fait allusion à un "certificat de coutume" délivré par deux avocats exerçant la profession dans le pays étranger cocontractant, lesquels attesteront la teneur, la vigueur et le sens de la loi. Aux termes de l'art. 410, si aucune preuve n'existe, ou si le juge estime insuffisantes celles qui ont été produites, il peut demander d'office, par voie diplomatique, que les autorités de l'autre État lui fournissent un rapport contenant les données nécessaires. Chaque État contractant est tenu de délivrer ce rapport, dans le plus court délai possible, à celui qui en aurait besoin (art. 411).

Il ne faut pas voir dans ces dispositions des limites à la recherche d'éléments de preuve, par le juge ou par les plaideurs. On peut douter

13. AMÍLCAR DE CASTRO, *op. cit.*, p. 254; SERPA LOPES, *op. cit.*, p. 187; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 2e. éd., Rio de Janeiro-S. Paulo, 1962, p. 372; AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. II, p. 43 et s.

14. OSCAR TENÓRIO, *op. cit.*, p. 156. Plus généralement, contre l'admissibilité des présomptions, AMÍLCAR DE CASTRO, *op. cit.*, p. 254; CAMPOS BATALHA, *op. cit.*, v. II, p. 424.

qu'elles jouent un tel rôle même dans le cas où il s'agirait d'un pays signataire de la convention de la Havane, étant donné que l'art. 408 du Code Bustamante autorise le juge à appliquer d'office le droit de n'importe quel autre État cocontractant, et par là il admet, au moins d'une façon implicite, que celui-là ait recours à ses propres moyens pour se renseigner. Sur le plan interne, nulle hésitation ne se justifierait. En effet, l'art. 332 du code de procédure civile établit que "tous les moyens légaux, ainsi que ceux moralement légitimes, quoique non spécifiés dans ce code, sont aptes à prouver la vérité des faits sur lesquels se fonde la prétention ou la défense". Or cette règle est évidemment susceptible d'application analogique au droit étranger.

Les documents restent bien sûr les preuves par excellence. La meilleure serait un document officiel certifiant la teneur, la vigueur et la signification de la règle à appliquer. Malheureusement, les autorités publiques (y compris les consulats) ne témoignent pas d'ordinaire d'une grande promptitude à répondre aux consultations de ce genre¹⁵. Les publications courantes de textes légaux, d'un emploi assez fréquent, peuvent laisser subsister quelque doute sur la vigueur de la loi, surtout si elles ne sont pas très récentes. On utilise aussi les oeuvres réputées de la doctrine étrangère ou de droit comparé, ou bien encore les recueils de jurisprudence, contenant des arrêts qui ont appliqué la règle en question¹⁶.

La preuve testimoniale est parfois regardé avec méfiance¹⁷. On est enclin également, nous l'avons déjà noté, à refuser à l'aveu son effet normal (v. ci-dessus, n.° 6). Quant à l'expertise, les avis sont partagés¹⁸. Il faut ajouter les informations écrites d'associations qui se consacrent à l'étude et à la diffusion du droit étranger et comparé. Enfin, on ne saurait nier la possibilité, pour le juge, de se faire renseigner par des

15. Cf. HAROLDO VALLADÃO, *op. cit.*, p. 476.

16. Les cours brésiennes se sont quelquefois contentées de citations d'oeuvres juridiques nationales concernant le droit étranger compétent: v. les arrêts de la Cour d'Appel de l'ancien *Distrito Federal*, 25.6.1936, *Agravo de petição* n.° 1.330, in *Arquivo Judiciário*, v. 39, p. 122, et de la Cour d'Appel de S. Paulo, 8.5.1939, Appel n.° 5.314, in *Revista Forense*, v. 79, p. 110.

17. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 365; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *op. et loc. cit.*; OSCAR TENÓRIO, *op. cit.*, p. 149; ARAÚJO CINTRA, *op. cit.*, p. 22; CAMPOS BATALHA, *op. cit.*, v. II, p. 424 (sauf s'il s'agit de témoins "spécialement qualifiés"). Certains auteurs, cependant, l'admettent sans réserve: HAROLDO VALLADÃO, *op. cit.*, p. 475; SERPA LOPES, *op. cit.*, p. 187.

18. Pour l'admissibilité: HAROLDO VALLADÃO, *op. cit.*, p. 475; SERPA LOPES, *op. cit.*, p. 187 (cet auteur inclut sous le concept d'expertise les opinions des juriconsultes); *contra*, ARAÚJO CINTRA, *op. cit.*, p. 22.

juristes étrangers de sa connaissance personnelle¹⁹, pourvu naturellement que toutes les pièces d'information soient soumises au contradictoire des parties.

Il convient de reconnaître que la plupart de ces moyens de preuve, sinon tous, offrent des dangers nullement négligeables. Si l'appréciation des preuves *des faits* est presque toujours une opération assez délicate, les difficultés peuvent dépasser toutes les bornes lorsqu'il s'agit des preuves d'un droit étranger. La seule transcription d'un texte légal, par exemple, même si elle est d'une fidélité parfaite, risque maintes fois de donner au juge une fausse impression sur la vraie portée de la règle juridique. Il faut toujours se méfier des données isolées de leur contexte.

8. À ce point-là, on glisse insensiblement vers le problème de l'interprétation du droit étranger. Bien que la connaissance des textes étrangers tende à se montrer de plus en plus facile, au fur et à mesure que s'intensifient les rapports culturels entre les différents pays, elle se heurtera toujours à des obstacles, dont l'un des plus fâcheux est sans doute le coût encore assez élevé de l'obtention de certaines preuves. Or, à ces difficultés s'ajoute, pour le juge, celles qui ont trait à l'interprétation de la loi (*lato sensu*) étrangère.

La doctrine souligne que le droit compétent doit être appliqué, autant que possible, tel qu'il est dans son ambiance d'origine. C'est à dire qu'il ne suffit pas au juge d'avoir un texte sous ses yeux, ce qui d'ailleurs est vrai même pour le droit national. Il s'efforcera de vérifier le sens qu'on lui donne dans l'autre pays. S'il y existe des règles légales d'interprétation, elles doivent être scrupuleusement observées. Si le juge est à même de consulter la jurisprudence de l'État étranger, surtout celle de sa cour suprême, cela lui prêtera un secours inestimable²⁰.

Il faut cependant avouer que l'accès à toutes ces données est une hypothèse-limite, qui ne se présentera que très rarement dans la pratique du *forum*. Le juge devra normalement se contenter d'une récolte beaucoup plus maigre. Faute de mieux, il appliquera les principes d'herméneutique plus adéquats à la matière, en tenant compte surtout de l'esprit et du caractère du système juridique étranger, dans la mesure où ses connaissances de droit comparé le lui permettront.

19. Cf., dans la République Fédérale d'Allemagne, l'avis du maître auquel sont dédiées ces pages: NAGEL, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2e. éd., Munster, 1984, p. 174.

20. Sur tous ces points, v. HAROLDO VALLADÃO, *op. cit.*, p. 480-1; AMÍLCAR DE CASTRO, *op. cit.*, p. 259-60; CAMPOS BATALHA, *op. cit.*, v. I, p. 230-1.

Des remarques analogues à celles que nous avons faites quant à l'interprétation du droit étranger ne seraient pas déplacées en ce qui concerne les questions de l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, ainsi que celles posées par la hiérarchie des règles juridiques. La doctrine brésilienne, avec quelques restrictions, admet le contrôle, par le juge national, de la constitutionnalité d'une loi étrangère²¹. Inutile d'observer qu'il s'agit d'une démarche extrêmement dangereuse, à entreprendre avec circonspection et déférence pour les vues de la juridiction compétente de l'État étranger.

9. Sous réserve des particularités précédemment signalées, les questions relatives à l'application du droit étranger par le juge brésilien se soumettent en général, selon l'avis de la doctrine, à la réglementation processuelle des *quaestiones iuris*. Certaines applications de ce principe ont une importance indiscutable.

En premier lieu, de telles questions se dérobent aux effets ordinaires de la forclusion. Si la partie n'a pas allégué le droit étranger devant le juge du premier degré, elle n'en reste pas moins libre de le faire devant la juridiction d'appel. Cette possibilité ne se subordonne pas à l'existence d'un motif de force majeure, habile à justifier le retard de l'allégation, comme ce serait le cas pour les *quaestiones facti*, aux termes de l'art. 517 du Code de procédure civile²². On admettra aussi bien entendu que la partie produise en deuxième instance la preuve de son allégation²³ et que l'adversaire la critique et essaie de la réfuter par la preuve du contraire.

L'art. 330, I du Code de procédure civile prévoit le "jugement anticipé du litige", dans la procédure ordinaire, si la discussion porte seulement sur des questions de droit. Cela signifie que l'affaire peut être décidée sans qu'il soit nécessaire de tenir une audience de plaidoiries. Cette disposition s'applique, en principe, aux cas où les seules questions discutées concernent le droit étranger.

Dans la procédure civile brésilienne, les jugements de deuxième degré (et ceux où la cour d'appel statue en premier ressort) peuvent donner lieu à un incident appelé "uniformisation de la jurisprudence", lorsque l'on constate une variété d'interprétations d'une règle juridique dans les arrêts des diverses chambres d'une même cour. Par ce moyen, la *quaestio iuris* est portée devant une sorte d'assemblée générale (formée par la réunion

21. HAROLDO VALLADÃO, *op. cit.*, p. 480; CAMPOS BATALHA, *op. cit.*, v. I, p. 232-3.

22. HAROLDO VALLADÃO, *op. cit.*, p. 475; AMÍLCAR DE CASTRO, *op. cit.*, p. 260.

23. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 365.

de toutes les chambres civiles de la cour), qui établit l'interprétation à adopter dans la décision de l'affaire²⁴. Quoique le cas soit probablement assez rare, il n'est pas inconcevable que la divergence d'interprétation ait pour objet une règle de droit étranger: cette circonstance n'écartera pas l'admissibilité de l'incident.

Certaines voies de recours, on le sait bien, ne peuvent porter que sur des questions de droit. Tel est le cas, au Brésil, du "*recurso extraordinário*", prévu dans l'art. 119, III, de la Constitution de la République. Il est normalement recevable, par exemple, lorsqu'il s'agit de la violation de cette Constitution, d'un traité ou d'une loi fédérale (art. 119, III, a), ou qu'une loi fédérale est inégalement interprétée par deux cours de différents États, ou par la cour d'un État et le *Supremo Tribunal Federal* (la Cour Suprême du pays). Cette voie est évidemment ouverte si la disposition légale dont il s'agit est une règle de conflit: le droit international privé brésilien est un ensemble de règles juridiques contenues dans des traités ou des lois fédérales, et il n'y a aucune raison pour l'exclure du champ d'application du "*recurso extraordinário*". On pourrait toutefois se demander si cela reste vrai pour le droit étranger applicable en vertu de la règle brésilienne de conflit.

Aucun doute n'est possible pour les États signataires de la Convention de la Havane: l'art. 412 du Code Bustamante donne expressément une réponse affirmative à cette question. Mais la doctrine consacre la même solution en termes généraux²⁵. Et le *Supremo Tribunal Federal*, dans un arrêt encore récent, a réitéré, à propos d'une affaire régie par le Code Civil portugais, la thèse selon laquelle "la loi étrangère, appliquée en vertu d'une disposition de droit international privé brésilien (dans ce cas, l'art. 9 de la Loi d'Introduction au Code Civil), s'assimile à la loi fédérale brésilienne, à l'effet d'ouvrir la voie du *recurso extraordinário*"²⁶.

Enfin, dans le système juridique brésilien, même les jugements devenus irrévocables peuvent être attaqués, dans certains cas, par un moyen qui n'est pas techniquement une voie de recours, mais une action auto-

24. *Código de Processo Civil*, arts. 476-9. Ce mécanisme ressemble à celui du § 136 de la *Gerichtsverfassungsgesetz* de la République Fédérale d'Allemagne.

25. HAROLDO VALLADÃO, *op. cit.*, p. 475; OSCAR TENÓRIO, *op. cit.*, p. 163; AMÉRICO DE CASTRO, *op. cit.*, p. 260-1; CAMPOS BATALHA, *op. cit.*, v. I, p. 238-9. Déjà dans ce sens, sous la Constitution de 1937, NICOLAU NAZO, *op. cit.*, p. 56-7.

26. Arrêt du 17.12.1981, R.E. n.º 93.131, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 101, p. 1149.

me, exercée dans un autre procès et appelée "*ação rescisória*"²⁷. Un des fondements possibles de cette action est la "violation d'une disposition littérale de loi" (Code de procédure civile, art. 485, V). Là aussi on admet qu'il puisse s'agir d'une loi étrangère, déclarée compétente par la règle brésilienne de conflit²⁸.

Abril de 1986.

27. Elle a plus d'un point de contact avec la *Wiederaufnahme des Verfahrens* du droit allemand.

28. PONTES DE MIRANDA, *Tratado da ação rescisória*, 5e. éd., Rio de Janeiro, 1976, p. 299; BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 5e. éd., Rio de Janeiro, 1985, p. 132.

APÊNDICE

PRESENÇA DE COUTURE *

Una invitación como la que recibí de esta ilustrísima Facultad, por medio del eminente Profesor Luis Alberto Viera, constituye, por supuesto, fuente de altísimo honor. Pero a veces puede constituir asimismo, y en mi caso seguramente constituye, motivo de temor. Se pide a un procesalista brasileño que hable de COUTURE, a un auditorio predominantemente uruguayo, en Montevideo, aquí mismo donde el inolvidable Maestro vivió y ejerció en forma constante su actividad docente — y éso ya arroja sobre los ombros del invitado, un extranjero que ni siquiera comparte con el homenajeado y con los promotores del homenaje su lengua materna, una responsabilidad que inevitablemente lo preocupa. Más aún: se le pide que diserte sobre la influencia del Maestro en la América Latina — y su preocupación no puede dejar de aumentar, en tanto y en cuanto él se da cuenta de la enorme deficiencia de sus conocimientos acerca de la literatura jurídica de los otros países latinoamericanos.

Sin embargo, se trata de una invitación, por muchas razones, irrecusable. El invitado tiene que explotar su propia imaginación para salir del apuro con dignidad. Y he que lo socorre la contemplación de las obras del Maestro, enfiladas en una estante de su escritorio. Su mirada se detiene en el lomo de aquel encantador relato de viajes más espirituales que físicos, titulado *La comarca y el mundo*; y una inspiración súbita le permite entrever el modo más adecuado de superar su perplejidad.

“La comarca”, en efecto, era y es, para COUTURE, mucho más que su territorialmente pequeño Uruguay. La integran, merced a la comunión no sólo del idioma, sino también y sobre todo de la tradición jurídica, todos los países hispánicos. No es de extrañar, por consiguiente, que Guatemala y Ecuador, Panamá y Chile, Costa Rica y Perú tuvieran siempre abiertas, de par en par, a las enseñanzas del Maestro, las puertas de sus fronteras intelectuales.

* Texto de conferência pronunciada na Faculdade de Direito de Montevideú, em 12-5-1986, por ocasião das comemorações do 30.º aniversário do falecimento de EDUARDO COUTURE. Publicado na *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 3/86.

Si, por ejemplo, en México, lo exalta FIX-ZAMUDIO, como el fundador del Derecho Constitucional Procesal y subraya que él "fue uno de los primeros juristas no sólo latinoamericanos, sino en el ámbito mundial, que advirtió la necesidad de analizar científicamente las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales"¹, la observación, sin perjuicio de la autoridad científica del escritor que la hace, puede sonar como algo que va de suyo. Tampoco sorprende que, en Colombia, DEVIS ECHANDÍA ponga de resalto el acierto con que COUTURE "recalcó (...) el contenido constitucional de la tutela que el derecho procesal consagra y reglamenta en la práctica del mecanismo jurisdiccional del Estado, tanto para la sociedad como para cada uno de los individuos que la componen, frente a los otros particulares, a los funcionarios encargados de aquella función y a las autoridades de las otras ramas del poder público"². Es igualmente natural que, en Argentina, los estudios críticos de la teoría de la acción, como el que emprendió, entre otros, REIMUNDÍN, en su bien conocida monografía³, se ocupen largamente de la concepción couturiana de la acción como un "derecho cívico", como una "forma típica del derecho constitucional de petición", a la cual, inclusive, dedicó SENTÍS MELENDO un ensayo específico⁴. Y si uno lee (o relea) el conmovedor "discurso de orden" pronunciado por LORETO, hace ya casi treinta años, en ocasión del homenaje rendido al Maestro, en el tercer aniversario de su fallecimiento, por la Universidad de Carabobo⁵, ciertamente se llenará de admiración, aún después de la primera lectura, y acaso de la segunda, con la belleza del estilo y con la agudeza de los conceptos; pero aceptará sin asombro, casi como una verdad de Perogrullo, que la personalidad y la obra de COUTURE sean tan bien conocidas y celebradas con tanta devoción en Venezuela.

Mas el caso del Brasil es distinto; y quizás sea tal diferencia lo que justifica, en último análisis, mi presencia en esta tribuna. El Brasil es un país donde, ante todo, se habla otro idioma; y, aunque la tradición jurídica brasileña hunda sus raíces más remotas en el mismo suelo ibérico del cual

1. FIX-ZAMUDIO, Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal, in *Estudios en honor de Eduardo J. Couture* (Rev. de la Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, año XXIV, n.º 1), Montevideo, 1980, t. I, p. 78-9.

2. DEVIS ECHANDÍA, El derecho procesal como instrumento para la tutela de la dignidad y la libertad humanas, *ibid.*, p. 131-2.

3. REIMUNDÍN, *Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual*, Buenos Aires, 1966, p. 26, 54-5, 69.

4. SENTÍS MELENDO, De la acción a la pretensión en la doctrina de Couture, in *Rev. del Colegio de Abogados de La Plata*, año IV, t. 4, n.º 7.

5. LORETO, Semblanza de Couture: un americano eminente, in *Estudios*, cit., t. I, p. 33 y s.

se ha nutrido el gran árbol de los ordenamientos hispanoamericanos, la verdad es que allá el legislador procesal, a diferencia de cuanto ocurrió en la generalidad de las otras naciones de América Latina, se mantuvo ajeno a la influencia de las codificaciones españolas del siglo XIX; y, en consecuencia, los caminos de nuestro proceso civil se apartaron, en cierta medida, de las trillas comunes a la mayor parte del continente. No digo que la distancia sea muy grande; pero sí digo que existe, y éso basta. Por ende, si el Brasil no es todavía "el mundo", en contrapartida ya no es, rigurosamente, "la comarca".

Ahora bien: que en los límites de la comarca el Maestro sea y siga siendo, a lo largo de los años, estudiado, admirado, citado, es sin duda un hecho importante; pero aún más importante será tal vez el hecho de que también nosotros, más allá de aquellos límites, lo estudiemos, lo admiremos, lo citemos. Porque ahí está la prueba de una singular resistencia de la obra couturiana a los obstáculos inherentes a la travesía de fronteras intelectuales cuyas puertas no habría las mismas razones para suponer que le estuvieran abiertas de manera igualmente obvia. Es aquí, señores, donde el testimonio de un procesalista brasileño puede cobrar una significación no totalmente despreciable.

Hablando de fronteras, hay una circunstancia que conviene desde luego señalar. COUTURE es uno de los poquísimos juristas de habla castellana que tienen más de una obra traducida al portugués. ¿Que quiere decir ésto? Quiere decir que los lectores de sus escritos no pertenecen exclusivamente a los círculos especializados. Los especialistas brasileños — y, por supuesto, también los portugueses — por regla son capaces de leer en el original los trabajos científicos redactados en castellano. Para ellos, sólo para ellos, las traducciones no serían indispensables. Si las editoras se animaron a encomendarlas y a publicarlas, es evidente que las obras del Maestro despiertan un interés más amplio. Y en verdad basta con recordar sus sabios y hermosos *Mandamientos del Abogado*, que se traen a colación muy a menudo, en toda suerte de ceremonias profesionales.

Demás está decir que no se puede expresar adecuadamente en números la influencia de un autor. Sin embargo, hay datos que hablan de por sí, con inequívoca elocuencia. Por ejemplo: en una obra tan importante en la historia reciente de la doctrina brasileña como son las *Instituições de Direito Processual Civil* de JOSÉ FREDERICO MARQUES, cincuenta y cinco citas hacen de COUTURE el autor más citado de su idioma, a una distancia considerable de los dos siguientes, que no alcanzan más de quince citas cada uno. En la más conocida serie de comentarios a nuestro vigente *Código de Processo Civil*, de los once tomos publicados, nueve citan el

Maestro, y varios de ellos más de uno de sus libros. Eso pone de relieve que el influjo del pensamiento couturiano no se restringe a dos o tres temas específicos, sino que se manifiesta en los más diversos sectores de la problemática procesal.

Un episodio interesante ilustra el desvelo con que se seguía, desde el Brasil, la trayectoria intelectual de COUTURE. Habiéndolo incluido algunos autores, al exponer las principales concepciones del proceso, entre los partidarios de la llamada teoría institucional, se dió prisa JACY DE ASSIS en publicar un artículo destinado a demostrar que la adhesión del Maestro a la doctrina guaspiana había sido temporaria y no implicaba el abandono de la idea de relación procesal⁶. Ese trabajo resonó en los círculos doctrinales y ocasionó, por ejemplo, una rectificación por parte de JOSÉ FREDERICO MARQUES⁷.

Sin embargo, hay que reconocer a la enseñanza de COUTURE una trascendencia singular en lo que atañe a las relaciones entre el proceso civil y el ordenamiento constitucional. El Maestro dedicó lo mejor de su energía intelectual a la difusión de una tesis que, en aquel entonces, mucho tenía de original: que el proceso representa o debe representar el desenvolvimiento y la realización práctica de los derechos fundamentales y de las garantías previstas en la Constitución. Los lineamientos más característicos de su sistema son como ramificaciones de esa idea básica: así, en efecto, la consideración de la acción y también de la excepción como derechos cívicos, el relieve dado a la garantía del "debido proceso legal", y en términos más generales el enfoque limpidamente publicístico con que se analizan, a lo largo de su producción científica, los institutos del proceso civil, "aun aquellos aparentemente más pequeños" — por decirlo con sus propias palabras —, imprimiendo "una coloración política, institucional" en una rama del derecho "que por tanto tiempo fue considerada el simple menester de la rutina forense"⁸.

Por tal cauce, más que por cualquier otro, logró el pensamiento de COUTURE llevar a cabo una obra de fecundación. La doctrina brasileña — si aquí también se me permite particularizar — estuvo siempre muy atenta a las posiciones couturianas en esta materia. Hasta los manuales didácticos se refieren, por ejemplo, al modelo que el Maestro propuso de

6. JACY DE ASSIS, *Couture e a teoria institucional do processo*, Uberlândia, 1961.

7. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2.ª ed., S. Paulo, 1962, p. 94-5.

8. COUTURE, Las garantías constitucionales del proceso civil, in *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1978, t. I, p. 94.

la acción como una especie del género de los derechos de petición⁹. Es oportuno señalar que la tesis obtuvo la adhesión explícita de uno de los más eminentes procesalistas de mi país, ALFREDO BUZAI, autor del anteproyecto del *Código de Processo Civil* de 1973¹⁰; y, en 1978, la acogió la VII Conferencia Nacional de la *Ordem dos Advogados do Brasil*, al aprobar una proposición de SERGIO BERMUDEZ, que invocaba expresamente la predicación de COUTURE¹¹.

Pero en verdad la influencia del Maestro tuvo, desde ese punto de vista, una significación más profunda. Ella concurrió eficazmente para producir una auténtica revolución metodológica. Si, en la literatura de las dos últimas décadas, se generalizó el hábito de estudiar los temas procesales básicos a la luz de los principios constitucionales, mucho se debe, en ese cambio de perspectiva, a las sugerencias couturianas. Lo reconoce, en términos expresos, uno de los escritores que más fuertemente han contribuido para el triunfo de la nueva metodología: en su obra, todavía no concluida, sobre la reforma del Poder Judicial, tras recordar las ideas precursoras que predicara, en su tiempo, JOÃO MENDES JÚNIOR, acerca de la función del proceso como instrumento de la "seguridad constitucional de los derechos", y de notar que tal enseñanza no había encontrado eco en la doctrina ni en la jurisprudencia, subraya JOSÉ FREDERICO MARQUES que solo en tiempos más recientes, "bajo la influencia inicial de COUTURE, y luego de CAPPELLETTI y de otros procesalistas italianos de la actualidad, se han elaborado en el Brasil estudios sobre las garantías constitucionales del proceso"¹². Y basta con leer, por ejemplo, los trabajos de ADA PELLEGRINI GRINOVER, *As garantias constitucionais do direito de ação* y *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, tan característicos de semejante movimiento, para advertir cuan valiosa fue, en todo eso, la inspiración couturiana.

En este punto no me es posible observar una fidelidad total a la limitación que me impuse. No me atrevería, en efecto, a callar por lo menos una breve referencia a la repercusión que tuvo en otros países la-

9. V.g.: AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, v. I, 9.ª ed., S. Paulo, 1981, p. 158; ARAÚJO CINTRA-PELLEGRINI GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 6.ª ed., S. Paulo, 1986, p. 216.

10. ALFREDO BUZAI, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, S. Paulo, 1958, p. 104.

11. V. *Anais da VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, p. 74, 104, 223 y s.

12. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *A reforma do Poder Judiciário*, v. I, S. Paulo, 1979, p. 99. Cfr. ALFREDO BUZAI, *Grandes Processualistas*, S. Paulo, 1982, p. 123-4.

tinamericanos la exhortación del Maestro a la ciencia del proceso, para que abriera sus ventanas al soplo del oxígeno constitucional. Permítaseme, entonces, poner de relieve la energía con que correspondió al llamamiento couturiano, en México, FIX-ZAMUDIO, con su *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, además de numerosos ensayos, artículos y ponencias, como la que presentó, el año pasado, en Madrid, a las IX Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, sobre el tema *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*. No hay que olvidar tampoco, en Argentina, la profícua labor de MORELLO y de su grupo de procesalistas de La Plata, tan atento a los desafíos de modernización que la problemática de nuestros días dirige a los mecanismos de la Justicia¹³. Y, si no prosigo, es por temer que se me atribuya el propósito de una enumeración completa, lo cual me haría seguramente incurrir en la tacha de injusticia por omisión.

Empero debo expresar una convicción que se refiere indiscriminadamente al Brasil y a una parte importante de la América hispánica. Estoy firmemente persuadido de que el influjo del pensamiento del Maestro, tocante a la "constitucionalización" de los temas procesales, no dejará de crecer con el andar del tiempo. La normalización de la dinámica institucional estimula naturalmente una actitud mental propicia a reflexiones de ese género. El estímulo será quizás particularmente intenso allí donde se haya cumplido o sea inminente una reforma radical de las estructuras político-jurídicas, acaso — como ocurre en mi país — mediante la elaboración de una nueva Constitución. Mas no creo que se manifieste con intensidad mucho menor en aquéllos que simplemente hayan restaurado o logren restaurar en su vida cívica, tras intervalos de anormalidad, las sanas tradiciones del Estado de derecho. Y no creo tampoco que se mantengan totalmente inmunes a la irradiación de tales ideas los otros pueblos de nuestro continente que, por desgracia, no alcanzaron todavía una etapa análoga en su caminar histórico.

En efecto, la trascendencia de un ensayo como *Las garantías constitucionales del proceso civil* no podría restringirse a su ambiente de origen, ni al momento en que fue redactado. Es cierto que su autor no veía en él sino "una elemental apreciación dogmática del derecho vigente y una observación directa de la realidad actual" y le negaba la significación de

13. V., en MORELLO-SOSA-BERIZONCE, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, t. I, 2.ª ed., La Plata-Buenos Aires, 1982, p. 9, nota 4, la alusión a *Las garantías constitucionales del proceso civil* como "la obra básica e iniciadora del derecho constitucional procesal".

"un plan político a desenvolver en el futuro"¹⁴. Semejante opinión, a mi juicio demasiado modesta, no impidió que el pensamiento fundamental del trabajo haya inspirado y siga inspirando, en más de un lugar, movimientos intelectuales estrechamente relacionados con el avance de la idea constitucional. La lucha por la constitucionalización del proceso puede perfectamente acompañar, reforzar y hasta anticipar (la paradoja es solo aparente) la lucha por la constitucionalización de un país. En tal perspectiva, la enseñanza del Maestro es un faro cuya luz se proyecta, en el espacio y en el tiempo, a distancias considerables.

Vuelvo al derecho brasileño, para señalar una evolución en que no es despropósito detectar otra manifestación de la influencia de COUTURE. Las modernas exposiciones de la teoría general del proceso en el Brasil solían fundar su estructura en una "trilogía" de conceptos básicos: jurisdicción, acción, proceso. Sin embargo, en las obras más recientes se nota un cambio: la añadidura de un cuarto tema fundamental, el de la defensa, o de la excepción en sentido lato. Esa ya era la construcción couturiana, tal cual la refleja la primera parte de los *Fundamentos*¹⁵. No se trata de una coincidencia, si la adoptan hoy en mi país obras tan significativas como el *Manual de Direito Processual Civil* de JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁶ y la *Teoria Geral do Processo* de ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER y CÂNDIDO DINAMARCO¹⁷.

Antes de terminar, no resisto la tentación de huir por un instante del tema que se me asignó, mas en sentido inverso a este en que me he movido hasta ahora. Se me encomendó una disertación sobre la influencia de COUTURE en América Latina, y me ceñí casi exclusivamente al Brasil. Pero en este momento me complazco en hacer lo contrario: transpongo los lindes continentales para anotar la marca de su pensamiento en la producción jurídica europea. Así es que en Italia, por ejemplo, de la concepción de la acción como especie del género "derechos de petición" se ha ocupado COMOGLO en una obra importante, cuyo título mismo hace

14. COUTURE, *Las garantías constitucionales del proceso civil*, in *Estudios*, cit., p. 94.

15. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1972, p. 25 y s.

16. En el v. I del *Manual* se estudia la defensa en nivel análogo al de la acción: v. los §§ 20 y 21 (p. 163 y s., 183 y s. de la 8.ª ed., S. Paulo, 1981).

17. Uno de los autores, en otro libro, indica expresamente el modelo: v. CÂNDIDO DINAMARCO, *Os institutos fundamentais do Direito Processual*, in *Fundamentos do processo civil moderno*, S. Paulo, 1986, p. 73: "A meu ver, a colocação mais nítida nesse sentido ainda é a de Eduardo Couture, cuja obra clássica estuda, nessa ordem, os quatro institutos básicos. Seu plano de trabalho serviu de modelo ao livro

eco al del fundamental ensayo couturiano¹⁸. Y hace pocos días, leyendo una reciente monografía alemana sobre el derecho de las partes a un proceso justo¹⁹, tuve el gusto de encontrar, en la primera página de la introducción, una cita de COUTURE. Ahora bien: si el Brasil no es todavía el mundo, Italia y Alemania indudablemente ya lo son. Las fronteras de la comarca se han quedado lejos. El espíritu del Maestro tiene pasaporte válido para todos los cuadrantes del planeta.

No quiero concluir sin un voto solemne, que a mi juicio está directamente relacionado no solo con el tema de esta conferencia, sino también, en términos generales, con el sentido de este homenaje que rendimos a COUTURE, en el trigésimo aniversario de su fallecimiento. Varios países latinoamericanos han sufrido, inclusive en los últimos años, la plaga de regímenes autoritarios, bajo los cuales valían poco o nada las garantías constitucionales — las del proceso y las otras ... Algunos hermanos nuestros yacen aun bajo la opresión. Los uruguayos y los brasileños, por no hablar de otros, tenemos en común la alegría de haber reconquistado la dignidad de pueblos libres. Quienes nos acordamos de la vehemente exhortación del Maestro a que se respetaran siempre "las libertades esenciales de la condición humana" y "la voluntad de la soberanía expuesta en los comicios", a que se mantuviera "la tolerancia a todas las creencias y a toda ideología"²⁰, estamos seguros de que nada le podría complacer más que semejante reconquista.

Dejemos constancia de nuestra inquebrantable voluntad de preservar y perfeccionar la democracia en nuestros países, y de nuestro ardiente deseo de verla instaurada o restaurada en todos los otros miembros de la gran comunidad latinoamericana. No hay manera más adecuada de expresar nuestra fidelidad a los ideales que guiaron la vida y la obra de EDUARDO COUTURE.

Abril de 1986.

didático ('Teoria geral do processo') de cuja elaboração participei, em cooperação com os colegas na docência do direito processual no Largo de São Francisco, Ada P. Grinover e Araújo Cintra".

18. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, p. 75.

19. KARWACKI, *Der Anspruch der Parteien auf einen fairen Zivilprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984, p. 3.

20. COUTURE, *La comarca y el mundo*, Montevideo, 1953, p. 138.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

- AGUIRRE GODOY — 243, 275, 288
 ALLEN — 119, 216, 243, 249, 275
 ALLORIO — 41
 ALVARADO VELLOSO — 147
 AMARAL SANTOS — 4, 38, 44, 58, 97, 143, 170, 180, 185, 187, 300, 304, 306, 319
 ANDRADE, O. DE — 185
 ANDRIOLI — 41
 ARAGÃO, P. C. — 3, 274
 ARAÚJO CINTRA, A. C. — 299, 305, 307, 321
 ARAÚJO CINTRA — GRINOVER — DINAMARCO — 43, 44, 319, 321
 ARENS — 39, 40, 87
 ARGUEDAS SALAZAR — 243, 249, 264, 275
 ARISTÓTELES — 176
 ARRIETA GALLEGOS — 243, 255, 275, 288
 ARRUDA ALVIM — 59, 85, 92
 ASSIS, J. DE — 318
 AZEVEDO, P. — 114
- BAPTISTA DA SILVA, O. — 7, 8, 179, 180, 292, 294
 BARBI, C. A. — 7, 43, 86, 104, 116, 169
 BARBOSA DE MAGALHÃES — 113
 BARBOSA MOREIRA — 2, 7, 8, 27, 62, 69, 71, 78, 87, 90, 95, 99, 101, 102, 103, 134, 150, 158, 172, 185, 186, 202, 205, 206, 207, 266, 311
 BARHAM — 195
 BATISTA MARTINS — 115
 BAUMGÄRTEL — 75, 76
 BAUR — 30, 40, 71, 75, 123, 169
 BÉGUIN — 195
 BELLET — 194
 BELLO e VIERA — 147
 BENDER — 155
- BERMUDES, S. — 202, 319
 BETTI — 86, 177
 BEVILÁQUA, C. — 188
 BOMSDORF — 4, 39
 BONGIORNO — 104
 BÖTFICHER — 68, 70
 BRÜGGEMANN — 39
 BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, A. — 178
 BÜLOW — 84, 89
 BUZÁID, A. — 319
- CALAMANDREI — 41, 300
 CALMON DE PASSOS — 8, 97, 143, 202, 292, 295
 CAMPOS BATALHA — 299, 301, 305, 306, 307, 308, 309, 310
 CAPPELLETTI — 20, 30, 41, 74, 134, 147, 160, 319
 CAPPELLETTI — GORDLEY — JOHNSON, JR. — 75
 CARNACINI — 39, 173
 CARNELUTTI — 164
 CARPI — COLESANTI — TARUFFO — 148
 CARVALHO SANTOS — 186, 188
 CASMAN — 259
 CASTANHEIRA SARMENTO, E. S. — 188
 CASTRO, A. A. — 57, 168
 CASTRO, A. DE — 301, 305, 306, 308, 309, 310
 CASTRO F.º, J. O. — 186, 187
 CAVALLONE — 147
 CHIOVENDA — 187
 COMOGLIO — 321
 COSTA, S. — 173
 COUTURE — 126, 156, 315, 316, 317, 318, 319, 321, 322
 CRISTOFARO, P. P. — 85

DAFWA — 195
DAIGRE — 164, 168, 173
DAMRAU — 40
DAVID — 279, 281
DE CUPIS — 37
DE LIRE — 70
DE MARTINO — 70
DE MIGUEL Y ALONSO — 216
DENTI — 19, 28, 57, 75, 80, 147, 168
DE RAEYMAEKER — 177
DEVIS ECHANDÍA — 69, 147, 316
DEVLIN — 151
DINAMARCO, C. — 3, 8, 13, 18, 86,
101, 321
DOLINGER, I. — 265, 299
D'ONOFRIO — 173

EKELÖF — 155

FABREGA — 69
FAIRÉN GUILLEN — 105, 138
FARKAS-KECSKÉS — 243, 249
250, 255, 260, 267, 288
FASCHING — 57, 80, 122, 123, 168,
304
FASSBERG — 243, 249, 250, 254, 255,
256, 260, 263, 265, 272, 275, 278, 289
FERREIRA DE VASCONCELOS — 114
FERRUCCI — 70
FIX-ZAMUDIO — 316, 320
FLAKS, M. — 3, 7
FOUCHARD — 279, 282
FRANK — 79, 152
FRANKEL — 152
FUENMAYOR — 110
FURTADO FABRÍCIO, A. — 157

GILLES — 18, 24, 66, 150
GINSBURG — BRUZELIUS — 261
GIULIANI — 197
GOLDSCHMIDT — 84
GOMES MONTEIRO — 243, 255, 275
GONÇALVES, A. P. — 3
GÖNNER — 39
GRECO F.º, V. — 205
GREGER — 155
GRUNSKY — 90, 123, 259
GULDENER — 85, 195

HABSCHIED — 20, 30, 165, 195, 259
HAHN — 66, 150, 164
HELLWIG — 177, 178, 179

HITTERS — 216
HOLZHAMMER — 122, 259
HOMBURGER — 254, 275
HUBER — 155, 156

INGMAN — 151

JACKSON — 151
JACOB — 151
JAUERNIG — 40, 87, 88, 89, 91, 124
JODLOWSKY — 243, 249, 256, 258,
259, 260, 263, 264, 265, 268, 289
JOLIVET — 177
JUENGER — 243, 249, 259, 261, 265,
267, 268, 270, 275

KARWACKI — 322
KELSEN — 176
KERAMEUS — 243
KISCH — 30, 32, 179
KLEIN — ENGEL — 121
KOSEWAHR — 243, 249, 255, 256, 265,
289

LACERDA, G. — 8, 116, 157, 292, 294
LA CHINA — 164, 173
LAMBAUER, M. — 3
LAUMEN — 68, 73, 77, 145
LAURIA TUCCI, R. — 117, 143, 205
LIEBMAN — 7, 41, 83, 125, 135, 145,
178, 180, 187, 207, 209
LOPES DA COSTA — 85, 157
LORETO — 316
LUNZ — 248

MAASSEN — 155, 156
MACHADO GUIMARÃES — 83, 85
MANDRIOLI — 41
MARIZ DE OLIVEIRA JR., W. — 8
MARQUES, J. F. — 36, 43, 44, 83, 86,
88, 143, 189, 292, 296, 306, 307, 317,
318, 319, 321
MÁRQUEZ ÁÑEZ — 110
MARTIN — 90
MASKÓW — 248
MATSCHER — 243, 249, 253, 255, 259,
263, 264, 265, 272, 289
MAURI C. — 110
MENDES JR., J. — 319
MENDONÇA LIMA — 186, 188, 190

MITTEIS — LIEBERICH — 37
MONIZ DE ARAGÃO — 44, 58, 70, 83,
88, 96, 143, 146, 148, 155, 166, 169,
170, 172, 173, 305
MORALES MOLINA — 216, 243, 249,
255, 272, 275
MORELLO, A. M. — 27, 320
MORELLO — PASSI LANZA — SOSA
— BERIZONCE — 166
MORELLO — SOSA — BERIZONCE
— 128, 320
MOURA ROCHA — 7
MUNOZ SABATE — 152, 153
MUSIELAK — 69

NADELMANN — 195, 197, 199
NAGEL — 308
NATOLI — FERRUCCI — 70
NAZO, N. — 300, 310
NEUMANN — LICHTBLAU — 260
NEVES, C. — 85
NIKISCH — 180

ORTLOFF — 39
OZSUNAY — 243, 247, 249, 255, 256,
259, 288

PAK — 243, 255, 259, 263
PALACIO — 69, 128, 139, 156, 166
PARÁ FILHO, T. — 180, 187
PARODI REMÓN — 243, 249, 256, 275
PATERSON — 199
PAULA, A. DE — 88, 104, 292, 303
PEAKE DE MATTOS F.º, J. L. — 150
PELÁEZ GANTIER — 216, 243, 255
PELLEGRINI GRINOVER, A. — 3, 5,
8, 71, 319, 321
PEREIRA ANABALÓN — 216
PEREIRA BRAGA — 114
PEREIRA DE ANDRADE — 305
PERROT — 165, 194, 196, 197, 204
PESTANA DE AGUIAR — 169
PICARDI — 197
POLLAK — 120, 121
PONTES DE MIRANDA — 37, 43, 92,
97, 101, 159, 180, 181, 182, 185, 186,
187, 188, 189, 205, 206, 207, 208, 211,
212, 294, 304, 307, 309, 311
PRATA, E. — 186, 188
PROTO PISANI — 41
PRÜTTING — 156

REDENTI — 173
REIMUNDÍN — 316, 320
REIS, J. A. — 113
RENGEL ROMBERG — 110, 216, 243,
249, 255, 275
RIMMELSPACHER — 90
ROSA, E. — 85
ROSENBERG — SCHWAB — 40, 84,
85, 87, 89, 91, 165, 178, 304
ROTH — 20, 25, 26
RYSSDAL — 195

SAHIONE FADEL, S. — 185, 187, 292
SANTOS, E. F. — 58, 154, 169, 300, 304
SATTA — 173
SCHLOSSER — 40
SCHÖNFELD — 76, 77
SENTIS MELENDO — 134, 316
SERPA LOPES — 299, 300, 305, 306,
307
SHAKESPEARE — 60
SILVA, J. A. DA — 3
SILVA PACHECO, J. — 180
SILVA PEREIRA, C. M. — 188
SILVEIRA NORONHA, C. — 3
SOSA — 243, 249, 251, 255, 262, 271,
275, 288
STORME — 259
STRENGER, I. — 301
STÜRNER — 77

TAKAKUWA — MATSUURA — 243,
249, 251, 252, 255
TARUFFO — 19, 79, 145, 147, 148,
159, 165
TARZIA — 32
TEIXEIRA DE FREITAS — 301
TENÓRIO, O. — 299, 300, 305, 306,
307, 310
THEODORO JR., H. — 3, 44, 58, 91,
178, 186, 187, 205, 292, 294
THIERE — 40
TORELLO — 126, 216
TORNAGHI, H. — 70, 83, 86, 87, 88,
92, 96
TROCKER — 160
TSCHIPEV — 243, 247, 249, 250, 252,
255, 259, 265, 275
TUNC — 195, 202

VALLADÃO, H. — 251, 271, 299, 300,
301, 305, 307, 308, 309, 310

VELLANI — 173
VERDE — 41
VESCOVI — **MINVIELLE** — **TELLE-**
CHEA — 243, 252, 255, 275, 284, 289
VIGORITI — 30
VON CANSTEIN — 39

WALDER — 243, 264, 265, 275, 288,
289
WALTER — 146, 156
WASSERMANN — 4, 60, 66, 73, 77,
134, 150, 168
WATANABE, K. — 8

WEYERS — 40
WILBERFORCE — 195
WOLF — 40
WOLFF — 122
WROBLEWSKY — 197

ZANZUCCHI — 207
ZEPEDA — 243, 250, 255, 261, 262,
270, 289
ZETTEL — 4, 40, 77, 169
ZILBERSTEIN — **BACANU** — 243,
249, 256, 259, 264, 275, 281, 282, 287,
289

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AÇÃO

- civil pública — 28/9, 79
- popular — 27
- rescisória — 98/9, 102, 205 e s., 310/1

ADVOGADO — 64/6, 76, 141, 200

ASSISTENCIA JUDICIÁRIA — 9, 74/5

AUDIÊNCIA PRELIMINAR — 120 e s.

CAUSA DE PEDIR

- conceito — 206
- na ação rescisória — 205 e s.

COISA JULGADA

- formal — 104, 253, 273
- limites subjetivos — 5
- material — 100, 104, 190, 253, 273

COMPETENCIA — 93, 95 e s., 251/2, 266 e s., 276/7.

DENUNCIÇÃO DA LIDE — 3

DESPACHO SANEADOR — 112 e s.

DEVER DE INFORMAÇÃO — 4

DIREITO ESTRANGEIRO — 299 e s.

EXECUÇÃO

- contra devedor insolvente — 3
- de sentença — 215 e s.
- de sentença estrangeira — 243 e s.
- efetividade da — 6/7

INCAPACIDADE — 186

INTERDIÇÃO — 185

INTERESSES COLETIVOS OU DIFUSOS — 8, 26 e s., 79

JUIZ

- e direito estrangeiro — 299 e s.
- e partes: divisão do trabalho — 35 e s., 45
- iniciativa do — 32/3, 72, 76/7, 80, 140, 164/5, 167/8, 302/3.
- participação no processo — 53 e s.
- poderes do — 45 e s.
- responsabilidade do — 51
- suspeição do — 87, 92

JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO — 116/7
JUSTIFICAÇÃO — 157

LAUDO ARBITRAL

- estrangeiro — 279 e s.
- natureza — 280

LITISCONSÓRCIO — 3

MANDADO DE SEGURANÇA — 7, 98

MEDIDA CAUTELAR

- cessação da eficácia — 294 e s.
- decretada no estrangeiro — 273
- *fumus boni iuris* — 157
- liminarmente concedida — 291 e s.
- responsabilidade do requerente — 296/7

MEIOS DE COERÇÃO — 231 e s., 237/8

MINISTÉRIO PÚBLICO — 29/30, 32, 78

ORDEM JUDICIAL — 238/9

PARTES

- e juiz: divisão do trabalho — 35 e s., 45
- igualdade das — 31 e s., 67 e s.
- incapacidade — 91/2
- inexistência de — 91
- participação no processo — 54/5

PEQUENAS CAUSAS — 6, 181

PETIÇÃO INICIAL — 58, 99

PRECLUSÃO — 142, 309

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS — 83 e s.

PRINCÍPIO

- da economia processual — 133
- da oralidade — 134/5
- da publicidade — 193 e s.
- de cooperação — 66, 149/50
- de proporcionalidade — 160
- dispositivo — 35 e s., 133/4
- do contraditório — 135
- do segredo — 193 e s.

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO — 6, 13/4

PROCESSO

- cautelar — 7/8
- custo do — 74/6
- dimensões sociais do — 17/8, 23 e s.
- disfunções do — 56 e s.
- e Constituição — 318 e s.
- efetividade do — 5
- e ideologia — 18/9, 48/9
- internacional — 9/10
- perspectivas no estudo do — 11 e s.
- princípios do — 38 e s.
- saneamento do — 58, 105 e s.

PROVA

- atípica — 3, 146/8
- direito à — 165
- do direito estrangeiro — 306 e s.
- exibição de documento ou coisa — 170/1, 171/2, 173
- ilicitamente adquirida — 3/4, 160
- iniciativa da — 4, 38, 47 e s., 59, 72, 77/8
- inspeção judicial — 166, 170, 172
- ônus da — 4, 69/70, 88/9, 304/5
- oral — 151/2
- pericial — 5/6, 150/1
- registro e documentação da — 152/3
- testemunhal — 148, 165, 171
- valoração da — 153 e s.

QUESTÃO

- de fato e de direito — 207 e s.
- preliminar — 95 e s.

RECURSO

- adesivo — 3, 71
- extraordinário — 202/3, 212/3, 310
- mérito do — 101

REGRAS DE EXPERIÊNCIA — 4

REVELIA — 17/8, 25/6, 252

SEGREDO DE JUSTIÇA — 200/1

SENTENÇA

- constitutiva — 178/9, 187
- conteúdo da — 177 e s.
- de interdição — 185 e s.
- efeitos da — 177 e s.
- estrangeira — 243 e s.
- motivação da — 158/9

TERCEIRO

- colaboração na atividade de instrução — 163 e s.

TUTELA PREVENTIVA — 240/1

UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA — 309/10