

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

de

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

Volume 1

Direito de ação
Partes e terceiros
Processo e política

Volume 2

Jurisdição e competência
Sentença e coisa julgada
Recursos e processos de competência
originária dos Tribunais

Volume 3

Jurisdição constitucional das liberdades
e garantias constitucionais do processo
Execução
Processo cautelar
Outros estudos

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

Mesquita, José Ignacio Botelho de

Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 2 : jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais / José Ignacio Botelho de Mesquita; apresentação José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Bibliografia.

ISBN 85-203-2793-1

1. Processo civil 2. Processo civil - Brasil I. Tucci, José Rogério Cruz e. II. Rodrigues, Walter Piva. III. Lucon, Paulo Henrique dos Santos. IV. Título.

05-6905

CDU-347.9

Índices para catálogo sistemático: 1. Processo civil : Direito civil 347.9

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

Volume 2

JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA
SENTENÇA E COISA JULGADA

RECURSOS E PROCESSOS
DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA
DOS TRIBUNAIS

Apresentação

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI
WALTER PIVA RODRIGUES

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

O PRINCÍPIO DA LIBERDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL¹

SUMÁRIO: 1.1 Processo e liberdade. O sentido positivo e o sentido negativo da expressão – 1.2 A liberdade no processo civil brasileiro – 1.3 A liberdade das partes em sentido negativo – 1.4 A liberdade das partes em sentido positivo. Aplicações – 1.5 A liberdade dos juizes em sentido negativo. O Conselho Nacional da Magistratura – 1.6 A liberdade dos juizes em sentido positivo. A interpretação em abstrato com efeito vinculante – 1.7 A tendência à supressão da liberdade. Origens políticas e acadêmicas – 1.8 Proposições em favor da tutela das liberdades no processo.

1.1 Processo e liberdade. O sentido positivo e o sentido negativo da expressão

Prestação jurisdiccional é algo que existe tanto nos Estados de regime democrático como nos de regime ditatorial. Por meio dela, se vêem atuadas tanto as normas que estabelecem uma ordem jurídica liberal, como as que compõem uma ordem jurídica autoritária.

A primeira indagação, portanto, ao tratar do tema que ora nos ocupa, há de ser a seguinte: como se coloca o tema da liberdade no processo se ele se destina a servir, indiferente, tanto à ordem democrática como à totalitária? Se é verdade que o processo, assim como a prestação jurisdiccional que o encerra, serão tanto mais perfeitos quanto melhor servirem à realização do direito substantivo (não importa se justo ou ini-

¹ Tese apresentada e aprovada na VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus – 18 a 22 de maio de 1980). Publicada “in” Anais da VIII Conferência Nacional da OAB-SP, p. 381, e “in” Revista de Informação Legislativa, ano XVII, n. 66, p. 3, editada pelo Senado Federal.

quo), em que grau de importância poderia a idéia de liberdade contribuir para o aperfeiçoamento do processo e da sentença?

A ênfase modernamente emprestada ao caráter instrumental do processo e à natureza abstrata da ação muito tem contribuído e, talvez, decisivamente, para apagar as relações entre direito e processo e obscurecer a idéia, já antiga de inuitos séculos, de que só há direito na medida em que o possamos *in iudicio persequi*. Uma das consequências dessa tendência *abstratizante* é a de admitir que se insinue na ciência processual e no direito positivo um sentido mecanicista do processo, que o isola do sistema constituído pelos direitos ditos substantivos e tende a apreciar, no processo, mais a sua eficiência, quantitativamente mensurável, que a justiça do resultado, susceptível esta apenas de apreciação axiológica e, pois, qualitativa.

Produto típico dessa atitude, entre nós, é a chamada *arguição de relevância*, em que a decisão jamais pode ser apreciada à luz de qualquer escala de valores, porque imouçada, e permitindo, por isso mesmo, tão somente uma apreciação quantitativa, expressa no número de vezes que uma questão federal foi, ou não, considerada relevante.

Sob uma tal perspectiva, o princípio da liberdade, se se desejar ser coerente, pouco ou nada tem a ver com o processo. Bem ao contrário, a liberdade que se concede às partes para influir no resultado do processo, assim como a liberdade que se atribua ao juiz para decidir com imparcialidade e justiça, afiguram-se como elementos perturbadores da eficiência do processo.

Esta visão do processo não é, contudo, a meu ver, tão poderosa que logre ocultar uma realidade facilmente perceptível. Quer o Estado se reja por um ordenamento totalitário, quer por um ordenamento liberal, haverá sempre um conjunto de direitos, maior ou menor, que o ordenamento assegure aos indivíduos e que lhes prometa, por via judicial, tornar praticamente efetivos.

O processo destinado à atuação judicial desse direito (vale dizer, ao cumprimento da promessa feita pelo Estado de dar realidade a esses direitos no plano prático das relações entre os particulares ou entre estes e o próprio Estado) pode à sua vez, tal seja a estrutura processual vigente, conduzir ao reconhecimento da existência desses direitos e à sua atuação pelo Estado, ou pode, simplesmente, conduzir ao reconhecimento,

não de direito mas de fato, de que o Estado é a *legibus solutus*, cabendo-lhe, em cada caso, julgar da conveniência de cumprir, ou não, a promessa feita ao legislar.

Pelo menos em tese, é possível, pois, darem-se estas alternativas tanto em um Estado democrático, como em um Estado ditatorial. Em linha de princípio, nada impede que um Estado totalitário tenha uma estrutura processual que cercie o arbítrio, nem nada que impeça que um Estado democrático atue judicialmente de modo arbitrário (hipótese esta, aliás, de ocorrência mais provável do que aquela).

O que varia, portanto, num e noutro caso, não é a afirmação de ser o Estado uma democracia ou uma ditadura, de o seu ordenamento ser totalitário ou liberal, mas sim a estrutura do próprio processo ou, mais precisamente, as garantias que proporcione contra um juízo arbitrário.

Ora, a sujeição a um juízo arbitrário é exatamente o oposto à liberdade, qualquer que seja a conceituação que a esta se dê.

Como diz Roscoe Pound, "a liberdade sob a lei implica aplicação sistemática de tal força (da sociedade sobre os indivíduos), de sorte que seja uniforme, igual e previsível, resultando da razão e baseando-se em fundamentos compreensíveis, mais do que no capricho ou impulso ou deixando de ouvir inteira e imparcialmente a todos quantos por ela veem a ser afetados, bem como em compreensão dos fatos que justificam uma ação oficial"¹² (Desenvolvimento das Garantias Constitucionais da Liberdade, Ibrasa, 1965, p. 5).

A sujeição do juiz à lei é, pois, a primeira, senão a única, garantia de liberdade que se pode outorgar ao indivíduo, quão ampla ou diminuída que ela seja, em consequência do regime democrático, ou ditatorial vigente no Estado.

Este, contudo, não é um bem que se alcance mediante as simples afirmações de subordinação do juiz à lei inseridas nos textos constitucionais, nem mediante o consequente estabelecimento de garantias constitucionais ao direito de ação. Este bem só é alcançado, na prática, quando o indivíduo disponha de uma estrutura processual apta a prevenir o arbítrio antes que ocorra ou a desfazer os seus efeitos quando este já tenha, apesar de tudo, ocorrido.

Na medida em que esta estrutura exista, ou não, pode-se falar na existência de um processo liberal ou ditatorial.

Estas reflexões nos conduzem diretamente a um primeiro significado de *liberdade* no processo: é a não sujeição das partes à vontade do juiz mas à vontade da lei.

A liberdade, porém, não se exaure neste significado, que diria *negativo*, mas se completa com outro que chamaria de *positivo*.

A liberdade é também a possibilidade do indivíduo de agir eficazmente para a consecução dos próprios objetivos.

De todos os sentidos que comumente se emprestam à palavra liberdade é este por certo um dos mais belos, senão o mais belo, pois por ele se exprime toda a força criadora do homem. É a grande mola que move o universo humano.

A liberdade do indivíduo, neste sentido, se exprime em um agir, em um comandar a si próprio e aos demais.

O conceito de obrigação, como vínculo imposto à vontade de alguém para o prevalecimento da vontade de outrem, gerando, consequentemente, o poder atribuído à vontade deste para o prevalecimento de seu interesse, mostra perfeitamente que a liberdade sob a lei importa sempre o poder de comandar sobre os demais para o prevalecimento da própria vontade, no sentido da satisfação dos próprios interesses.

Voltando ao processo, podemos dizer que a liberdade se exprime também na possibilidade de tornar efetiva a sujeição do juiz, e portanto do Estado, à lei.

Para bem entender essa colocação é preciso compreender a atividade processual, notadamente a jurisdição, como uma atividade transformadora do universo humano, que se exerce tanto no plano das relações de fato como no plano das relações de direito, objetivando transformar a desordem em ordem. Em tal sentido a atividade processual é eminentemente criadora, e com razão Hannah Arendt identificou a liberdade como a faculdade de começar, de pôr alguma coisa em movimento para realizar algo novo, essa "pura capacidade de começar, que anima e inspira todas as atividades humanas e que constitui a fonte oculta de todas as coisas grandes e belas" ("Que é a Liberdade?"; "in" Entre o Passado e o Futuro, 2. ed., p. 217).

A liberdade no processo é, portanto, também essa possibilidade de mover o juiz para que, por meio da proteção jurisdicional, algo de novo se crie nas relações entre os homens: a justiça do caso concreto.

Esses dois aspectos ou sentidos que a liberdade tem aplicam-se também no processo em relação ao juiz. A sujeição do juiz à Lei, e apenas à Lei, implica para o juiz a liberdade de decidir sem sofrer a opressão de quaisquer outras fontes de poder; é a ausência de impedimento ao cumprimento do dever livremente escolhido.

Também aqui, porém, a este sentido *negativo* da liberdade do juiz, segue-se outro, *positivo*, consistente na pura possibilidade de começar, de criar algo novo, enquanto atua o direito.

Sabe-se que, embora a sentença se exprima silogisticamente por necessidade de justificar racionalmente e comunicativamente a opção do juiz, o juízo contém sempre um momento de criação, que se expressa na adequação da hipótese legal ao caso concreto, na extração do princípio jurídico que as palavras da lei simplesmente enunciam, assim como na determinação do modo pelo qual deva a sentença ser executada em ordem à realização da justiça. Esse momento de criação, tal como ocorre com toda a atividade criativa humana, só é possível quando a possibilidade de criar esteja assegurada.

É assim, pois, a meu ver, que se coloca o problema da liberdade no processo e na prestação jurisdicional.

1.2 A liberdade no processo civil brasileiro

Tenho para mim que, no ordenamento jurídico brasileiro, a liberdade no processo, tal como a conceituamos, se acha deficientemente tutelada, quando não em grande parte prejudicada pelo ordenamento mesmo.

E as deficiências e restrições são de tal ordem que, ainda quando venhamos a desfrutar de um regime verdadeiramente democrático, es-taremos sujeitos a ter um processo de tipo ditatorial, se se mantiver o atual estado de coisas.

Antes, porém, de passar às sugestões que teria a formular, e que por certo não de ser completadas pelas demais que os eminentes congressistas venham a fazer, impõe-se uma observação que é exigida para a compreensão do valor das normas destinadas à tutela da liberdade.

Na história dos povos a prática da liberdade tem-se revelado mais fecunda que a existência de textos legais que a tutelam. Estes se mostram de escassa serventia para os povos historicamente acomodados à repres-

são ou acostumados a ver, nos direitos e na liberdade que tenham, não uma conquista sua, mas uma dádiva do Príncipe, que lhes é outorgada por conveniência, por graça ou por beneficência.

Neste sentido é útil confrontar a experiência dos países filiados ao sistema de *civil law* com a dos de *common law*, para ver como nestes o direito constitucional se forma como conjunto de limitações ao exercício do poder exigidas pelos indivíduos, enquanto naqueles tem origem mais freqüentemente em concessões destinadas a livrar da autoridade a atividade dos súditos. A diferença pode-se perceber claramente quando se recorda que já em 1258, Bracton escrevia que o Rei não deve estar sujeito a qualquer homem, mas governar "*under God and the law*" (conf. Potter's, *Historical Introduction to English Law*, 1958, p. 5), enquanto que na Europa continental, muitos séculos depois, o Rei ainda era considerado a *legibus solutus*, ou no dizer das Ordenações, "o Rey he Lei animada sobre a terra" (Ord. L. LXXV, 1).

Estas reflexões valem principalmente para nós brasileiros, não só filiados ao sistema de *civil law*, mas historicamente jungidos até o nosso passado mais recente a regimes absolutistas ou ditatoriais, com rápidas e passageiras experiências de vida democrática, que não nos permitem censurar, no povo, a complacência com os abusos de poder, nem no Estado a irresponsabilidade e a falta de independência dos que exercem o poder.

Para que a defesa da liberdade, no processo ou fora dele, se torne uma realidade concreta, é necessário um povo que a conquiste e, uma vez conquistada, que a exerça. Longo é o caminho para chegar até lá; mas por ser longo exige que não percamos tempo em começá-lo, ou recomeçá-lo.

É justo, pois, que deste Congresso partam contribuições ao aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico, com vistas à tutela da liberdade no processo.

Para este fim, submeto à análise e à crítica dos doutos congressistas as sugestões a seguir formuladas, que se acham ordenadas segundo os sentidos que atribui à liberdade em tema de processo.

1.3 A liberdade das partes em sentido negativo

1.3.1 No que se refere à liberdade enquanto não sujeição das partes à vontade do juiz, mas tão-somente à vontade da lei, há um problema

que, de há muito, tem chamado a atenção dos advogados. Refere-se à motivação das sentenças.

Todos sabemos que a obrigação de motivar as sentenças serve, entre outros fins, a uma necessidade de controle sobre a decisão judicial, impedindo ou restringindo ao juiz a possibilidade de julgar contra a lei ou contra a prova dos autos.

Essa deve; contudo, tem-se mostrado facilmente contornável através da chamada *motivação aparente* ou *fictícia*, em que, de fato, o juiz não resolve as questões fundamentais suscitadas no processo, ou resolve apenas as que interessam ao fim de dar a vitória a uma das partes, vitória esta com a qual não a poderia contemplar, se enfrentasse todas as questões suscitadas pela parte contrária. Idêntico fenômeno ocorre quando, na motivação, a sentença contenha afirmações falsas, seja no campo do direito, seja no dos fatos.

A gravidade desta modalidade de infração ao dever de motivar as sentenças é igual, se não maior, porque eventualmente maliciosa, que a própria falta de motivação e deve receber, quando menos, o mesmo tratamento legislativo. Deve ser tratada como caso de nulidade e, pois, de rescindibilidade da sentença.

1.3.2 Na verdade, a experiência brasileira está a revelar que até mesmo a lei ordinária é insuficiente para coibir a inclinação a não motivar as sentenças. O mau exemplo, como sempre, nos vem de cima, da mais alta Corte de justiça do País, que, autorizada a legislar sobre os processos de sua competência, não resistiu à tentação de dispensar de motivação as decisões proferidas secretamente nas chamadas "arguições de relevância".

O fato de nem mesmo os Ministros do Supremo Tribunal Federal serem capazes de reconhecer na motivação das sentenças uma garantia fundamental da liberdade das partes contra atos de puro arbítrio, de mera prepotência, justifica plenamente a necessidade de que esta garantia venha a ser preservada por texto constitucional. Entre nós, a lei ordinária, por si só, não se mostrou suficiente.

1.4 A liberdade das partes em sentido positivo. Aplicações

No que se refere à liberdade das partes em sentido positivo, àquela possibilidade de mover o juiz para obter dele a prestação jurisdicional,

há também alguns temas que, a meu ver, merecem ser submetidos à apreciação deste Congresso.

1.4.1 O primeiro deles concerne à avocação de causas permitida ao Supremo Tribunal Federal a pedido do Procurador-Geral da República, nos termos da Constituição Federal (art. 119, I, *pf*).^{MA1}

Fiel às suas origens históricas, este instituto tem, como se sabe, o destino precípuo de impedir que a causa seja julgada pelos juízes e tribunais ordinários. Destina-se a impedir que os juízes naturalmente competentes, segundo a lei, para processar e julgar o feito, exerçam a sua jurisdição. Suprime o processo legal e aniquila o direito aos recursos.

Constitui essa uma das mais antigas expressões do poder absoluto dos reis, que converte hoje em tribunal de exceção o próprio Supremo Tribunal Federal.

Por constituir grave atentado à liberdade das partes no processo, não pode sobreviver ao regime que a instituiu e deve desaparecer com ele tão logo seja reimplantada, de fato, a democracia em nosso País.

1.4.2 Outro tema que convém examinar à luz das experiências já vividas é o da atual disciplina da iniciativa para representação por inconstitucionalidade.

A norma inconstitucional, por atentar contra a organização do Estado, não fere apenas direitos ou poderes do Executivo, mas de todos quantos se situem dentro da órbita de sua eficácia.

O poder de representar perante o Supremo Tribunal Federal para a declaração da inconstitucionalidade das leis só se compreende enquanto exercido no interesse da coletividade.

Se é este o interesse que move a representação, não se concebe possa a coletividade ficar desarmada contra a omissão do único legitimado ativo para esta ação que, omitindo-se, impede ao Supremo Tribunal Federal, pela via mais eficaz, o exercício do controle constitucional sobre os atos do Legislativo.

A decisão do Procurador-Geral da República de não representar ao Supremo Tribunal implica juízo sobre interesse alheio, que não pode ficar isento de controle, sob pena de converter-se essa legitimação

^{MA1} Refere-se à CF/1969.

extraordinária em um poder absoluto, que exclua do seu exercício a sociedade civil.

Para evitá-lo, impõe-se seja literalmente transformado em *dever* o poder estabelecido pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal (art. 174, § 1.º)^{MA2} ou, quando não, que se crie remédio processual apto a submeter ao crivo do Supremo Tribunal Federal o ato omissivo do Procurador-Geral da República.

Exatamente por isso, entendo que o Procurador-Geral da República tem não só o poder de enviar representações com parecer contrário, mas também o dever de fazê-lo. É substituto processual e não pode, por omissão, agir contra os interesses dos substituídos. Não é nesse sentido, porém, a jurisprudência do Supremo, o que enfraquece extraordinariamente o poder da sociedade civil, cujos interesses foram confiados ao Procurador Geral da República.

1.4.3 As conhecidas deficiências da Justiça de primeira instância ou de primeiro grau, como quer o Código de Processo Civil, vêm dando lugar a um fenômeno preocupante, ligado ao tema que estamos estudando, que merece igualmente nossa atenção.

Trata-se da tendência de evitar o recurso às vias judiciais, manifestada inicialmente entre os particulares mas, de algum tempo para cá, transmitida também à nossa legislação, tanto à ordinária como à constitucional, como que a atestar mediante diplomas legais a falência da prestação jurisdicional enquanto via de composição para os conflitos de interesses.

Exemplos de normas jurídicas contaminadas por essa tendência, nós os temos nas que regem a execução extrajudicial admitida no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, assim como nas normas que disciplinam a alienação fiduciária em garantia e, mais recentemente, no texto do art. 205 da Constituição Federal,^{MA3} que suprimiu as vias judiciais para a solução de conflitos entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras.

^{MA2} Refere-se ao RISTF de 18.06.1970.

^{MA3} Refere-se à CF/1969.

Tanto aquelas como esta são normas que ampliam, a favor do credor ou das citadas pessoas jurídicas de direito público, a área em que lhes é dado fazer justiça de mão própria, tolhendo, na mesma medida, a possibilidade das partes interessadas de, por via de defesa ou de ação, agir no sentido de obter do juiz a prestação jurisdicional.

Constituem, por isso mesmo, restrições à liberdade, no sentido positivo que lhe emprestamos, e, o que é mais grave, restrições estabelecidas a favor do mais forte, econômica ou politicamente. Enquanto tais, devem ser modificadas, substituídas por outras ou, simplesmente, suprimidas, de modo a restituir-se às partes a garantia do processo.

1.4.4 Cuidamos até aqui de questões relacionadas com a possibilidade de obter uma decisão justa. Esta possibilidade não deve ser analisada apenas em face do agir no sentido da obtenção desse julgamento, mas também diante da prestação jurisdicional já dada.

A liberdade, entendida como possibilidade de mover o juiz para que preste a atividade jurisdicional segundo a lei, nunca estará suficientemente garantida se, além de garantias destinadas à prevenção de restrições a essa liberdade, não dispuser o indivíduo, também, de garantias de reparação das violações cometidas contra tal liberdade.

Penso especificamente em duas modalidades de ofensa à liberdade *províza* das partes: a que ocorre quando o juiz, invocando excesso de trabalho ou deficiências materiais, ou falta de pessoal auxiliar, deixa de cumprir os prazos que a lei lhe impõe e, de outro lado, a que acontece quando, malgrado o sistema de recursos, transita em julgado uma decisão viciada de nulidade ou evada de erro grosseiro, de direito ou de fato, entendido este como o juízo cuja falta de fundamento o juiz não poderia razoavelmente desconhecer.

Quando estas situações se apresentam, é sinal de que a possibilidade de agir no sentido de mover o juiz a prestar a jurisdição foi tolhida no tempo ou frustrada no seu resultado.

Estas hipóteses não se acham cobertas pela legislação em vigor (CPC, art. 133) porque não configuram caso de dolo ou fraude, nem demora devida a culpa do próprio magistrado. Nem por isso deixam de causar prejuízos e, conforme o caso, prejuízos da mais alta gravidade.

Em ambos os casos é de ser devida reparação ao prejudicado, mas não é justo que, pela indenização, responda o juiz; seja porque não é

culpado das deficiências da organização da Justiça, seja porque o erro que sobreviveu ao crivo do sistema de recursos posto à disposição das partes é de ser incluído entre as hipóteses de falha humana, inarredável de qualquer organização, mas que não exclui da organização a responsabilidade pelos danos causados.

Nisto, aliás, não há novidade alguma, já que é fundamento da responsabilidade *objetiva* do Estado.

Em ambos os casos, deve o Estado reparar as perdas e danos causados à parte, com ação regressiva contra o seu funcionário, limitada esta, porém, ao caso de *dolo* do magistrado.

A inaplicação das normas atuais para tornar efetiva a reparação devida aos prejudicados é patente. Seja porque levam ao absurdo de considerar como justificativa para a desobediência de prazos impostos ao juiz as deficiências que viciam a administração da justiça, seja porque conduzem os juizes, em compreensível atitude de autodefesa, a não condenar nunca, ou praticamente nunca, um outro juiz.

Quanto à questão referente à responsabilidade do Estado por danos decorrentes de ato judicial, também não há problemas maiores a enfrentar, consoante decorre não só das contribuições doutrinárias trazidas ao nosso direito por eminentes juristas pátrios (dos quais destacaria os trabalhos de José Cretella Junior, in Revista de Direito Administrativo, v. 99/13, e de Juarez C. Silva, "Responsabilidade Civil do Estado por atos jurisdicionais", in RT, v. 351/19), como também dos elementos fornecidos pelo direito comparado, entre os quais destacaria a jurisprudência da Corte Constitucional italiana que, com fundamento na norma do art. 28 da Constituição da República, perfeitamente semelhante ao art. 107 da nossa Constituição,¹⁴⁴ estendeu a responsabilidade do Estado aos danos ocasionados pelos juizes (Sentença de 14.03.1968, n. 2, in Riv. Diritto Processuale, 1969, p. 123).

A proposta que ora faço limita-se, portanto, a recolher princípios já assentes e aplicá-los no sentido de inserir o Estado na totalidade do fenômeno jurídico.

De resto, que interesse pode ter o Estado no aperfeiçoamento da administração da justiça, se não responde pelas imperfeições dela?

¹⁴⁴ Referir-se à CF/1969.

1.5 A liberdade dos juizes em sentido negativo. O Conselho Nacional da Magistratura

Passando agora à liberdade dos juizes, examinemos primeiramente essa liberdade no seu sentido *negativo*, enquanto inexistência de oposição por parte de qualquer outra fonte de poder, que os impeça de cumprir o seu dever ou os desvie do cumprimento dele.

A matéria está diretamente ligada com o princípio da tripartição dos poderes. A história, de um modo geral, e a nossa história em particular, tem revelado que não basta a tripartição de funções para que seja assegurada a liberdade dos magistrados; mas sabe-se, também, que onde este princípio não vigora, não gozam os magistrados de independência alguma.

O necessário, portanto, é aperfeiçoar cada vez mais a divisão dos poderes, notadamente a separação entre o Executivo e o Judiciário, em lugar de ceder ao movimento oposto, de cada vez mais juntar este àquêle.

Sabe-se, além disto, que as organizações fortemente centralizadas e hierarquizadas tendem à supressão da liberdade dos seus membros, à burocratização, à despersonalização, à diluição da responsabilidade, à supervalorização da obediência, à preferência por tomar decisões que não provoquem censuras, antes que adotar uma deliberação mais acertada, mas que possa causar problemas perante os superiores hierárquicos.

Por isto, principalmente em um país das dimensões do nosso, o necessário é evitar a tendência à centralização e à hierarquização, notadamente quando se trate de uma organização cujo produto final será tanto mais perfeito quanto menos padeça dos inconvenientes acima mencionados.

Ora, o Conselho Nacional da Magistratura desserve tanto a uma quanto a outra destas necessidades fundamentais. Seus membros se acham vinculados *ab origine* ao Executivo e as suas funções, atendendo manifestamente contra o sistema federativo, tendem à centralização e à hierarquização dos juizes e tribunais de todo o País.

Devc, pois, ser postulada a sua supressão.

1.6 A liberdade dos juizes em sentido positivo. A interpretação em abstrato com efeito vinculante

No que concerne à liberdade dos juizes em sentido *positivo*, ou seja, a possibilidade de, na atuação do direito objetivo, exercerem uma atividade criadora, que se traduza num ato de justiça para a solução do caso concreto, cabe voltar a nossa atenção para a interpretação da lei *in abstracto* autorizada ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição Federal (art. 119, I, *l*).^{7MA5} mediante iniciativa do Procurador-Geral da República e com efeito vinculante para todos os juizes e tribunais do País.

Irmã gêmea da avocação de causas, também esse instituto mergulha suas raízes na monarquia absoluta, a que os pais da Emenda Constitucional n. 7^{MA6} revelaram indistarcável apego.

Um episódio recordado por Roscoe Pound em sua obra já citada (p. 31) mostra, porém, ser igualmente antiga a reação dos verdadeiros juristas contra ela.

Consoante relata Roscoe Pound, havendo deliberado insituir na Inglaterra a monarquia absoluta, "Jaime I inaugurou em 1615 a prática de sondar os juizes e obter particularmente a opinião deles em antecipação de pleitos em que a coroa estava interessada. Desejando obter a opinião particular dos juizes sobre se Peachan, clérigo puritano, que escrevera uma espécie de filípica contra o governo, podia ser condenado por iração, o rei mandou Bacon (procurador-geral) obtê-la. Mas quando formularam a pergunta a Coke, que era Presidente do Tribunal do Rei, respondeu que 'essa tomada auricular de opiniões, isolada e separadamente, era nova e perigosa'. Quando, contudo, os outros juizes deram a opinião, Coke concordou em dar a dele por escrito e foi contrário ao libelo. Mais tarde cedeu à prática de fornecer antecipadamente a opinião ao governo, conforme o governo conseguira estabelecer. Quando, contudo, o rei convocou os juizes perante o conselho porque se recusavam a suspender o processo em um caso ordinário entre dois litigantes, apesar da ordem por mandado real, Coke em resposta à pergunta se suspenderia o processo diante de ordem futura nesse sentido, respondeu

^{MA5} Retere-se à CF/1969.

^{MA6} Retere-se à EC n. 7 à CF/1969.

que 'quando se apresentasse o caso ele faria o que achasse conveniente a um juiz fazer'. O rei removeu-o então do cargo".

Mais de trezentos anos de resistência a essa prática não foram suficientes, contudo, a evitar sua reintrodução entre nós, que apresenta o duplo perigo denunciado por Coke. Não só constitui modalidade de interferência do Executivo na atividade legislativa – e sob este aspecto foge ao tema do presente estudo – como também, nas expressivas palavras do mais eminente dos magistrados ingleses – e este é o ponto que merece ser aqui salientado – tolhe ao juiz a liberdade de, quando o caso concreto se apresente, fazer aquilo que ache conveniente fazer.

Cuida-se aí de um pressuposto de hermenêutica jurídica: a liberdade do intérprete. Não se ignora que essa liberdade deva ser posta dentro de certos limites, sob pena de comprometer-se a certeza e a segurança do direito; mas daí a estreitar os limites dessa liberdade ao ponto de eliminá-la totalmente, impondo ao juiz como dogma, já não mais a lei mas a interpretação dela, implica necessariamente eliminar do processo de decisão jurídica exatamente um de seus elementos consuetivos, de sorte a transmutar a sentença em processo de repetição mecânica.

Acresce notar que a interpretação da norma legal antes e fora da *subsunção* do caso concreto ao preceito contido na norma priva o agente do processo decisório de qualquer atitude valorativa quanto à justiça da decisão para o caso individual submetido ao seu julgamento. A melhor interpretação da norma *in abstracto* não está livre de revelar-se absolutamente injusta quando tomada como premissa maior de uma decisão judicial, exatamente porque decidir não é apenas conhecer mas, acima de tudo, optar entre soluções e, finalmente, solucionar um concreto conflito de interesses. A virtude de uma interpretação está exatamente na justiça da decisão a que conduza.

A supressão dessa liberdade dos juizes não conduz, porém, apenas ao mal de atrelá-los a interpretações convenientes ao Estado, embora inconvenientes aos indivíduos que o compõem. Nela se observa o contíbio entre o absolutismo monárquico e o absolutismo inerente ao tipo de sociedade em que hoje vivemos, e que tem sido denominada sociedade tecnocrônica, caracterizada pela tendência ao cumprimento de comportamentos heterodirigidos, que ameaça tolher ao homem a liberdade de ser homem, submergindo-o num mar de conformismo, apatia e medo.

(conf. o excelente ensaio de Nicola Materucci, "Libertà" (scienze sociali) in Enciclopedia del Diritto, 1974, XXIV, p. 240 e segs.).

A interpretação vinculante *in abstracto* faz parte de um quadro mais amplo, que impõe aos juizes a renúncia à liberdade de pensar por suas próprias cabeças e os livra da responsabilidade pela decisão. Torna-os propensos à acomodação e à obediência, representando por isso uma ameaça a mais à sua indispensável independência. Torna-os agentes passivos de um processo do qual deveriam ser os mais vivos e responsáveis impulsionadores.

Ninguém pode atualmente ignorar o perigo que esta estrutura social representa, já que favorece a aceitação do absolutismo, não importa quais sejam as garantias legais e constitucionais formalmente endereçadas à tutela da liberdade humana.

É de se propor, portanto, a supressão de mais este instrumento reductor da liberdade, e a criação, em seu lugar, de meios aptos à uniformização da jurisprudência, conveniente tanto à segurança como à certeza do direito, mas desde que gerada à luz do caso concreto e mediante a colaboração ativa das partes e dos juizes.

1.7 A tendência à supressão da liberdade. Origens políticas e acadêmicas

Não pretendo, naturalmente, exaurir neste trabalho os temas relativos à liberdade na prestação jurisdicional, mas espero ter cuidado de alguns que se incluem entre os de maior gravidade porque apontam para restrições de que, historicamente, se têm servido os regimes totalitários para transformar também o processo em instrumento de opressão.

As propostas que formulo têm origem e fundamento na experiência comum dos advogados, tanto os de hoje como os de séculos atrás. Traduzem, porém, a angústia não só nossa como a de nossos concidadãos, diante das sombras que enegrecem os horizontes da justiça entre nós. Angústia que já está, presentemente, alimentando a descrença que gera, à sua vez, o recurso às soluções violentas.

Entendo que, para chegarmos a esse ponto, contribuíram não apenas os fatos políticos de nossa história mais recente. Para isso também contribuiu, no plano científico, a senda abstratizante pela qual vem ca-

minhando a nossa ciência processual e que conduz ou aprofunda a ruptura entre direito e processo, repercutindo negativamente, no plano legislativo, sobre a exigência de garantias contra uma decisão arbitrária.

A renúncia às vias processuais, a preferência pelas soluções de acomodação ou o recurso à força ou à prepotência, que hoje já começam a tomar configuração terrivelmente preocupante, se acham flagrantemente em contraste com o fato de dispormos atualmente de um sistema processual mais refinado do que nunca antes dispusemos. A este contraste se chega na exata medida em que o processo se distancia do direito e passa a ser pensado como sistema puramente instrumental, voltado exclusivamente à produção de uma sentença de conteúdo qualquer, sendo-lhe igualmente indiferente o ser a decisão justa ou injusta.

No fundo dessa concepção esconde-se a crença, que é fonte de tirania, de que sábios sejam os governantes e incultos os governados, devendo estes, para serem livres, orientar-se pelos padrões por aqueles estabelecidos.

Não é necessária muito árdua reflexão para se compreender em que medida tal suposição contribui para suprimir a liberdade das partes e a responsabilidade do Estado.

1.8 Proposições em favor da tutela das liberdades no processo

Concluindo. A relação entre prestação jurisdicional e liberdade não é apenas uma relação meramente instrumental, de meio a fim, à feição de ponte entre as garantias constitucionais da liberdade e a liberdade como fato concreto, em que tanto aquelas como esta se apresentam como algo exterior ao processo; mais do que isto, entre prestação jurisdicional e liberdade há um nexo causal, uma relação de causa e efeito, na medida em que a liberdade na prestação jurisdicional condiciona, é causa, da liberdade individual.

Com vistas ao aprimoramento da tutela da liberdade no processo, propomos em síntese:

1) a equiparação entre os efeitos da falta de motivação da sentença e os da motivação aparente ou fictícia, que devem gerar igualmente a nulidade da sentença;

2) a obrigatoriedade da motivação das decisões proferidas nas arguições de relevância perante o Supremo Tribunal Federal;

3) a inclusão do dever de motivar as sentenças entre as garantias individuais estabelecidas pela Constituição Federal;

4) a supressão do poder de avocação de causas atribuído ao Supremo Tribunal Federal;

5) a alteração do § 1.º do art. 174 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal,^{NA7} de modo a explicitar que o Procurador-Geral da República, quando provocado por autoridade ou terceiro para representar por inconstitucionalidade, entendendo impropriedade a provocação, tem o dever, e não apenas o poder, de encaminhá-la com parecer contrário;

6) a supressão da execução extrajudicial, admitida pelas normas que regem o Sistema Financeiro da Habitação;

7) a supressão da medida liminar na busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente; admissão de defesa ampla do devedor; como ocorre nas execuções por título extrajudicial; e proibição da venda extrajudicial do bem na pendência da apelação contra a sentença que julga o pedido de busca e apreensão;

8) a supressão da norma do art. 205 da Constituição Federal,^{NA8} que elimina o direito de ação nos conflitos entre a União, os Estados e os Municípios e as respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista;

9) sem prejuízo do entendimento doutrinário que já reconhece a responsabilidade do Estado por dano causado na administração de justiça, a criação de norma que imponha ao Estado explicitamente a obrigação de responder pelos prejuízos decorrentes da inobservância pelos juizes dos prazos processuais, quando esta se deva a sobrecarga de trabalho ou a deficiências materiais ou de pessoal, e também a criação de norma que imponha ao Estado o dever de indenizar os prejuízos causados por decisão civada de erro grosseiro, de direito ou

^{NA7} Refere-se ao RISTF de 18.06.1970.

^{NA8} Refere-se à CF/1969.

de fato, ressaltando-se ao Estado, em qualquer dos casos acima referidos, direito a ação regressiva contra o juiz, mas apenas em caso de dolo do magistrado;

10) a supressão do Conselho Nacional da Magistratura;

11) a supressão do poder atribuído ao Supremo Tribunal Federal de interpretar *in abstracto* as leis ou atos normativos federais ou estaduais, que deve ser substituído por nova modalidade de uniformização de jurisprudência, ainda que com efeito vinculante, mas de que participem os litigantes, e somente como incidente de processo em curso.

2

DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL E DOS PRINCÍPIOS QUE A INFORMAM¹

SUMÁRIO: § 1.º Conceito: 1. Noção; a questão de incompetência internacional – 2. Métodos de determinação da competência internacional – § 2.º Da norma de competência internacional: 3. Natureza – 4. Precedência sobre as regras de competência interna – 5. Alcance nos planos interno e internacional – 6. Do silêncio da lei – § 3.º Da classificação da competência internacional: 7. Competência exclusiva e concorrente – 8. Consequências práticas desta classificação – 9. Inoponência da submissão em relação ao reconhecimento da jurisdição estrangeira – § 4.º Das “modificações” da competência internacional: 10. Colocação do problema – 11. A submissão como critério legal de determinação da competência – 12. A eleição de foro: 12.1 Conteúdo e eficácia da cláusula; 12.2 Renúncia à eficácia da cláusula e submissão à autoridade judiciária excluída – 13. Improrrogabilidade da competência internacional e interpretação das regras que a definem – § 5.º Do princípio da efetividade: 14. O interesse do Estado no exercício da sua jurisdição: 14.1 Causas em que o Estado é juridicamente interessado; 14.2 Causas em relação às quais o Estado é juridicamente indiferente – 15. Noção de efetividade – 16. A dupla vertente do princípio da efetividade – 17. A efetividade no plano interno do processo – 18. Questões de efetividade; as causas conexas – 19. O caso particular do chamamento ao processo – 20. Da efetividade em relação às garantias do réu no processo – 21. Conclusão – § 6.º Do princípio da submissão: 22. Conceito e pressupostos de sua aplicação – 23. O princípio da submissão na vigência da antiga Introdução ao Código Civil – 24. O sistema do Código Bustamante e a vinculação da eficácia da litispendência internacional à submissão voluntária das partes; alcance do critério da submissão no Código Bustamante – 25. O princípio da submissão na vigência da nova Introdução ao Código Civil e do Código de Processo Civil de 1939 – 26. A modificação introduzida pelo Código de Processo Civil de 1973: inaplicabilidade do art. 318

¹ Da competência internacional e dos princípios que a informam, “in” Revista de Processo, n. 50, p. 51.