

PALESTRA: Os Princípios Dominantes no Processo Civil e o Sincretismo Processual com vistas ao 3º Milênio

J. E. Carreira Alvim

Eu tenho, nas oportunidades que me são dadas, repensado um pouco o processo, porque o processo é expressão da cultura de um povo. Estou convencido, não só por tudo que tenho lido sobre direito processual, mas também pela minha própria atividade judicante – porque eu sou juiz de um tribunal – que nós não podemos continuar a cultuar e cultivar o processo nos moldes do cientificismo que dominou os séculos IX e XX, porque é muito diversa a realidade social, a realidade política, a realidade econômica deste final de século, e aquela que dominará o século XI.

Todos sabem que o direito processual foi elevado à categoria de ciência – a gente aprende isso lá nas Faculdades de Direito – fruto de toda uma pesquisa, de uma elaboração teórica de pensadores do direito em meados do século XIX, o que possibilitou, com base nesse cientificismo, grandes conquistas que serviram para que alcançássemos a evolução a que chegamos.

A separação dos conceitos de “ação”, desligada do “direito material”, a autonomia do direito processual, os estudos a respeito da jurisdição – esses de uma forma muito acanhada – foram os grandes pilares da renovação acontecida com o direito processual, e que lhe permitiu adquirir o *status* de ciência do direito.

Eu estou convencido também de que a amorosidade da justiça que hoje não é um produto nacional, como se imagina. Ontem eu lia um livro de um dos mais modernos autores do direito processual civil português, onde ele reclamava da amorosidade da justiça portuguesa; quer dizer, um *pequeno* país,

de dimensões territoriais minúsculas se comparadas com o Brasil – do tamanho provavelmente do Estado do Espírito Santo – onde a justiça também não anda. Aliás, a justiça não anda como devia em país nenhum do mundo, como não anda no nosso, como gostaríamos que ela andasse. Mas nós centramos todas as nossas atenções no processo; sempre nos preocupamos com o instrumento, como se formular regras, como se editar preceitos, como se colocar numa norma alguma disposição legal, isso, na prática, por si só, pudesse funcionar. Tanto que a nossa disciplina se chama “direito processual”: direito processual civil e direito processual penal.

Há poucos estudos dedicados ao estudo da jurisdição que é exatamente quem lida com o instrumento, que é o processo. Vocês verificam que, hoje em dia, o grande problema está não é no instrumento, mas na máquina judicial. Nós estamos, a todo momento, adaptando-nos à nossa realidade, reformando, agilizando, mas os resultados não tem sido animadores. Os nossos problemas estão na estrutura da instituição “Justiça”, que não funciona. Até hoje, não se teceram estudos mais aprofundados acerca da jurisdição, para saber, afinal, o que é a jurisdição, e qual a sua finalidade, numa sociedade globalizada e informatizada, com pessoas que não têm tempo de esperar por justiça. Vocês vão encontrar um, dois ou três autores que se dedicam ao estudo da jurisdição e ao estudo do Poder Judiciário, que, afinal de contas, é quem, em grande escala, exerce o poder jurisdicional do Estado.

Temos hoje a arbitragem, instituída pela Lei 9.307/96, que começa a dar entre nós os primeiros passos, e que, a meu ver – segundo tese de doutoramento defendida na Universidade Federal de Minas Gerais – típico exercício de função jurisdicional. No nosso País, temos hoje uma jurisdição que é exercida preponderantemente por órgãos-ente, que são os órgãos institucionais – os juízos instituídos pelo Estado –, e em parte exercida por

meio de órgãos-pessoa –, que são particulares, que o próprio Estado permite sejam eleitos juízes, mas, em qualquer caso, trata-se de exercício de atividade jurisdicional. É por isso que me adentro, às vezes, no estudo de temas como o *habeas data* e outros temas de direito constitucional – afinal de contas, qualquer sistema jurídico tem sua base na Constituição – para extrair daí algumas conclusões capazes de melhorar o sistema jurídico nacional. No Brasil, como em outros países do mundo, levamos para o bojo da nossa Constituição princípios processuais justo para dar a garantia ao nosso sistema jurisdicional. Só que esses princípios constitucionalizados acabaram cultuados de tal forma que muitos deles acabaram virando mitos, o que acaba por inviabilizar o próprio sistema, se não forem devidamente desmistificados.

Quando se fala, por exemplo, em *contraditório*, supõe-se ter sido um absurdo os mentores da reforma terem instituído uma tutela antecipada, nos moldes do art. 273 do CPC, porque isso seria uma ofensa ao princípio do contraditório. Esquecem-se os misoneístas de que isso não é uma orientação apenas brasileira, mas uma orientação *principiológica* que domina todos os sistemas processuais do mundo, principalmente na Alemanha, através da chamada “limitação imanente do contraditório”.

A interpretação das normas constitucionais é sempre dominada por um princípio constitucional. Assim, sempre que afastarmos, por exemplo, ainda que temporariamente, o princípio do contraditório, estaremos dando cumprimento a um outro princípio de superior hierarquia no contexto da própria Constituição, pelo valor mais relevante que ele tutela. A parte interessada na observância do contraditório não consegue entender que o afastamento deste princípio tem em vista a consagração de um outro princípio que lhe é superior, como, por exemplo, a preservação da vida humana. Quase sempre, só tem as vistas voltadas para aquele princípio que, segundo o seu

interesse, estaria sendo descumprido, mas não consegue enxergar aquele que está sendo observado.

É claro que, quando se fala em “princípios”, todos nós temos em vista aquelas duas grandes categorias de princípios. De um lado, temos o que chamamos de princípios *informativos*, que funcionam como verdadeiros axiomas do sistema. Qualquer processo que vocês considerarem --, processo russo, processo americano, processo chinês, processo japonês, processo hindu, etc. --, será de alguma forma informado por esses princípios. São os conhecidos princípios *lógico*, o princípio *jurídico*, o princípio *político* e o princípio *econômico*.

O princípio *lógico* significa que, na distribuição da justiça, deve-se utilizar as formas as mais *adequadas* para concretizar a prestação jurisdicional.

O princípio *jurídico* significa que se deve dar um tratamento igualitário às partes, para se assegurar a justiça. Mesmo quando a lei concede algum benefício ao autor ou ao réu, o faz em atenção às circunstâncias, que, no fim, acaba atendendo àquela regra aristotélica tão vulgarmente divulgada pelo Rui Barbosa: “Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam”. Igualdade *substancial*, o que quer significar igualdade de armas no embate judiciário. Então, na medida em que o autor precisa de um tratamento diferenciado, justifica-se lhe seja concedido, pois se lhe estará assegurando a igualdade *substancial*; mas esse tratamento só é permitido, ou possível, na medida em que não importe na supressão do direito da outra parte.

O princípio *político* significa que o processo deve ser realizado sem grande sacrifício das liberdades individuais, com medidas de constrição, além do necessário para impor o cumprimento das ordens judiciais.

O princípio *econômico* significa que todo processo deve ser barato, realizado com economia de tempo e dinheiro, porque, na medida em que você cobra por justiça, automaticamente institui mecanismos paralelos, privilegiando alguns seguimentos da sociedade em detrimento de outros; acaba fazendo injustiça à grande maioria da sociedade que precisa dela.

Mas existem, também, outros princípios chamados de princípios *fundamentais*, que têm conteúdo *político-ideológico*. Esses princípios informam, por exemplo, os sistemas jurídicos capitalistas, mas não informam os sistemas socialistas, ou informam com mais profundidade os capitalistas do que os socialistas, na medida em que o Estado, o legislador, o órgão encarregado de fazer as leis dê preferência a uma determinada linha econômica, política e social.

Hoje está dominando o chamado *neoliberalismo*, e, evidentemente, todas essas regras sentem essa influência dessas idéias; amanhã, por exemplo, muda o Governo e vence o PT ou vence um partido de esquerda *light* – como o partido do candidato Ciro Gomes – e todas as regras, tanto substanciais como processuais, vão seguir esta mesma orientação. Na base de todos os princípios, está o *devido processo legal*.

Um *devido processo legal* que todos os doutrinadores deste País recitam, e a gente recita como se fosse realmente aquele que está exposto no Código de Processo Civil, que o legislador disciplinou segundo o mandamento Constitucional. É claro que, em doutrina, o processo legal é o processo constitucional, o processo feito pelo poder competente para possibilitar o exercício da atividade do Poder Judiciário. Mas, acontece que a realidade fala muito mais alto do que o direito positivado, havendo hipóteses em que o juiz não tem como aplicar um processo nas circunstâncias e nas condições em que ele vem previsto literalmente pelo direito legislado.

O juiz está diante de uma realidade que se lhe apresenta, como órgão encarregado de assegurar, de fornecer, de prestar a tutela jurisdicional, o que tem que fazer em tempo e hora, e não pode ficar preso a uma regra legal que diz que manda ouvir, nas possessórias, o representante judicial das pessoas jurídicas de direito público (art. 928, parágrafo único, CPC), se essa audiência puder provocar uma lesão ao direito da parte. Isso, porque haverá alguma circunstância em que não lhe será possível ouvir o réu, porque, ou ele vai tutelar o direito sem ouvir o réu, ou ele vai ouvir o réu e deixará sem tutela o direito.

Essa é uma das muitas restrições que campeiam no nosso direito, as quais eu venho afastando com base no que o direito italiano chama de *elementos conaturais do sistema de tutela jurídica*, que, se houver tempo ainda tratarei nesta oportunidade.

Mas, quero ressaltar o seguinte: muitas vezes a Constituição consagra princípios expressos, mas também consagra princípios que nela estão explícitos. Aliás, o §2º do art. 5º da Constituição diz exatamente isso: a adoção dos princípios expressos na Constituição, não afastam outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota. A Constituição autoriza a qualquer juiz, dependendo das circunstâncias, adotar a medida que seja necessária e indispensável à preservação do direito material, independentemente da existência de lei impondo restrições a esse respeito.

É por isso que venho, no exercício da minha função jurisdicional, relevando o formalismo em homenagem à instrumentalidade e efetividade do processo. Muitas vezes, a parte interessada entra com o pedido de tutela antecipada, quando, na verdade, ele quer é uma medida cautelar; ou, entra com uma medida cautelar, quando, na verdade, quer uma tutela antecipada; e o juiz se vê diante de uma circunstância, em que, ou se utiliza dos recursos de

exegese, como o princípio da adequação ou adequabilidade, e tutela o direito material da parte, ou, do contrário, esse direito perecerá. Seria a hipótese, por exemplo, em que – e isso acontece muito na prática – a parte ajuizasse uma demanda, postulando sua admissão num concurso, que vai se iniciar amanhã. Bem. Na véspera do concurso, ou até no mesmo dia, pouco tempo antes do seu início, essa petição chega às mãos do juiz para despachar. Aí o juiz verifica que ele está pedindo tutela antecipada, e isso não é tutela antecipada, mas uma tutela cautelar. Na verdade, ele está pedindo uma medida cautelar. Então, o juiz não poderia, porque o CPC consagra um processo cautelar, tendo ele que entrar com uma ação cautelar incidental. Mas, aí há um aspecto que o juiz tem que observar: se ele for dar um despacho, para que a parte ajuíze uma ação cautelar, ele já terá perdido o concurso. Aí vai perecer tanto o processo principal quanto não vai ser necessário o processo cautelar.

Então, nessa circunstância, o juiz tem que ter em vista que o processo foi feito para a defesa do direito, e quando o legislador dita aquela regra, aquela diretriz, ele o faz para a generalidade dos casos, mas não para todos porque haverá exceção e que não foi por ele prevista. Isso já merecera a atenção de Lopes da Costa -- já tenho contado isso em diversas palestras que tenho feito por este País --, para quem: “A lei padece do pecado original, que é ser uma norma geral, a aplicar-se a casos particulares”. E não há legislador, por maior que seja o seu poder de previsão, de previsibilidade, de *prestidigitação*, de elaborar uma regra que vá servir para todos os casos concretos. Da mesma forma, como ninguém elaboraria uma camisa para servir em todos os corpos. Haverá casos em que a pessoa é mais cheinha, e a camisa vai ficar apertada. Em outros, vai ficar larga, porque ele é magrinho. Num, a manga vai ficar curta; noutro, a manga vai ficar comprida. A atividade

jurisdicional tem ir se adaptando a essas situações, para que o direito material seja efetivamente tutelado.

Pensando exatamente nesses casos, pareceu-me que, diante das novas realidades processuais que temos enfrentado, ultimamente, nosso ordenamento jurídico contém algumas incoerências que precisam ser corrigidas. Uma delas, todos vocês sabem, e isso é muito divulgado, é aquela de se atribuir maior eficácia a um provimento antecipatório do que se atribui a uma sentença de mérito; ou seja, eu posso *efetivar* um provimento antecipatório, mas quando esbarro na sentença, tenho que esperar que ela transite em julgado. Em outros termos, estou dando maior valor a um juízo de *previsibilidade* do que estaria dando ao juízo de *certeza*.

Eu tenho solução para isso. Eu venho sustentando a tese de que o direito processual brasileiro, a despeito de tudo o que se tem dito e do que temos ensinado, que, no Brasil, os recursos não resultam exclusivamente da lei, e estou totalmente convencido disso. Isso porque o art. 518 do CPC diz que o juiz, ao receber a apelação, deve declarar os efeitos em que a recebe, ou seja, se nos dois efeitos (devolutivo e suspensivo) ou apenas num dos seus efeitos (devolutivo). Os efeitos dos recursos não resultam necessariamente do art. 520 do Código de Processo Civil, ante a dicção do art. 518 desse mesmo Código, ao dizer que juiz “declarando os efeitos que recebe, etc”. Ora, quando a lei dá ao juiz o poder de declarar algum efeito é porque ele tem a liberdade de declarar um ou dois, porque, senão, não daria ao juiz tal poder. Então, quando ele permite ao juiz declarar os efeitos em que recebe o recurso, não significa que, necessariamente, deva declarar aqueles que estão no art. 520 do CPC, porque se fosse assim, não precisaria precisaria lhe poder para declarar coisa nenhuma, porque os efeitos seriam exclusivamente os decorrentes da lei.

Estou desenvolvendo esta tese exatamente para dar respaldo às execuções de sentença, provisoriamente, sem depender de artifícios como os que a doutrina vem desenvolvendo de tolerar a concessão da tutela antecipada na sentença de mérito. Como quer, por exemplo, Marinoni, que deva o juiz dar um despacho interlocutório, antes da sentença, concedendo a antecipação, para só num momento posterior, decidir a causa por sentença. Para outros, a sentença tem que ter um capítulo reservado à tutela antecipada, distinto daquele reservado à decisão da causa, com o que criam um verdadeiro imbroglio recursal; ou seja, a parte *agrava* da decisão que antecipou a tutela, e *apela* da decisão que resolveu o mérito. Coisas dessa ordem, que não precisariam existir. Estou falando dessa dessintonia entre o direito positivado e aquilo que deveria ser o procedimento diante de uma realidade que exige lógica na sua equação.

Quando me engajei na reforma, parei para pensar numa outra coisa que me chamou a atenção. Eu pensei assim: se, nós juízes, somos seres inteligentes – inteligentes que eu digo, dotados de razão, porque, muitas vezes, nem somos tão inteligentes assim – por que posso, no processo de conhecimento, outorgar uma tutela antecipada, ou a antecipação dos efeitos da própria sentença de mérito, e não posso simplesmente outorgar uma medida que objetiva garantir ou assegurar a eficácia dessa sentença?

Quem nos vê lá de fora fica pensando que somos seres rústicos e ignorantes, ou, no mínimo, desinformados, porque o ordenamento jurídico autoriza o juiz a antecipar a própria prestação material, que deveria ser concedida na sentença de mérito, e, quando a parte diz que quer apenas uma garantia para a sentença de mérito, tem que ajuizar um outro processo.

Sempre nos sentimos *primus inter pares*, na ordem jurídica internacional, porque o processo brasileiro é o único que consagra esses três

tipos de processo: processo cautelar, o processo de conhecimento, o processo de execução. Mas nem os alemães, nem os italianos, nem os nossos irmãos portugueses, ninguém mais faz isso. Eu pensava que estávamos na vanguarda, para chegar, depois, à conclusão de que eles não têm um processo cautelar, porque não há nenhuma necessidade dele. Quer dizer, a gente acabou criando um sapo, engordando-o, para, agora, ter que digerir ele. Para que conviver com o processo cautelar, embananando a cabeça dos advogados e dos juízes, se o processo de conhecimento --, principalmente, no atual estágio de evolução do processo civil brasileiro --, tem perfeitas condições de defender a si próprio? Para gerar mais custas, para gerar dupla sucumbência, para gerar duas sentenças, para gerar dois recursos, para gerar dois processos com resultado prático tão pequeno diante de tanta atividade judicial? Digo pequeno na medida em que esse mesmo resultado pode ser obtido no bojo do próprio processo de conhecimento, incidentalmente, como já acontece com a caução, sem complicar as coisas.

Vejam, senhores operadores do direito. Se eu vou a juízo, através de um processo de conhecimento, e peço ao juiz que determine antecipadamente a posse de um servidor, ou a matrícula de um aluno na determinada faculdade, o juiz determina liminarmente *inaudita altera parte*. Mas, se eu digo o seguinte: quero que Vossa Excelência determine uma reserva de cargo ou reserva de vaga, preciso para isso de um processo cautelar. Sinceramente, para mim isso demonstra falta de inteligência. Porque se eu estou pedindo para dar posse ou fazer a matrícula, ele manda fazer de imediato; mas, se eu estou pedindo para fazer uma simples reserva de cargo ou matrícula, não pode fazê-lo? Isso é tudo bobagem hoje em dia, pois a introdução do novo art. 273 no CPC tornou desnecessário um processo para veicular a tutela meramente cautelar.

O princípio do contraditório é garantido basicamente pela citação, que é o conhecimento que se dá à parte contrária de que foi proposta contra ela uma ação. Ele é garantido em todo processo onde se impõe citação, e, no processo brasileiro, onde não se impõe citação, impõe-se a intimação; de uma forma ou de outra, ele é sempre garantido. E, quando se garante o princípio do contraditório, garante-se a incidência de inúmeros outros princípios, independentemente de o juiz fazer alusão a eles. A Constituição fala na “ampla defesa”, mas, se pensarmos bem, toda defesa é defesa, e se ela não é ampla, não é defesa. Talvez, tenha pretendido consagrar a idéia de que devesse, sempre, haver recurso, porque, se não houvesse não existiria ampla defesa; o que não é verdadeiro.

Mas, nessas circunstâncias, não há nenhuma necessidade do processo cautelar. Por quê não? Porque qualquer que seja a medida que o juiz vá determinar, seja ela de cunho *antecipatório*, seja de cunho meramente *cautelar*, a parte contrária vai ter o direito de contestar o pedido, porque vigora entre nós a “limitação imanente do contraditório”, de que fala o direito alemão. Além disso, contra decisões precipitadas, ou omissão de decisão, temos o recurso de agravo. Porque, no agravo, a parte que não conseguiu o deferimento da liminar vai ao Tribunal; se conseguiu, vai a parte contrária. Se ela não conseguiu, vai buscar através do chamado “efeito ativo” do agravo. Então, aí, exatamente aí, nasce a parte dialética da demanda; quer dizer, as partes são ouvidas e decide o tribunal, muitas vezes, através do relator, que é órgão monocrático do tribunal.

Aliás, um grande equívoco que vêm cometendo muitos estudiosos do direito processual é supor que as reformas que introduzimos agora no art. 557 do CPC, dando ao relator o poder de decisão, é uma invenção nossa porque isso já vem do direito português, do direito alemão, etc. Todos os outros países

onde os órgãos julgadores nos tribunais eram colegiados estão sendo “monocratizados”, porque não há razão para três pessoas fazer justiça, quando esta pode ser feita por uma só. No meu tribunal, nós somos quatro juízes, e ficamos nós quatro lá, falando a mesma coisa, quando se trata de matéria pacificada no âmbito da turma. Por que cada um não julga um processo, agilizando o trabalho? Quer dizer, quadruplica-se o trabalho do tribunal, porque se trata de matéria pacífica; ou seja, para que vamos ter quatro pessoas julgando essas causas repetitivas que já estamos cansados de julgar, e a respeito das quais todos estão de acordo. Então, eu fico de acordo sozinho, em nome da turma, porque já sei o que os demais membros pensam e o que vão dizer. É isso que vem aumentando a produtividade no tribunal, e quando decido como relator, é o tribunal que está decidindo e não o relator singularmente considerado. Aí dizem os misoneístas: o relator não pode julgar sozinho, porque tem que levar para a turma decidir, em colegiado. Para quê? Para que eu diga sim, ou não, e acrescente a isso mais dois sim ou não – que eu já conheço, – porque para o relator decidir monocraticamente tem que invocar a jurisprudência pacífica na turma ou nos tribunais superiores. O tribunal julga em colegiado (sessão, turma, câmara, etc.) ou através de órgãos monocráticos (relator, presidente, vice-presidente).

Na Comissão de Reforma, fiz uma sugestão que foi muito bem acolhida, de introduzir mais um parágrafo no art. 273, que trata de tutela antecipatória, exatamente em função do que falei sobre a tutela cautelar no bojo do próprio processo de conhecimento (o § 7º). Este artigo, o 273 do CPC, que autoriza o juiz a conceder antecipação da tutela, diz que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial desde que presentes a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, e se apresentem as circunstâncias dos incisos I ou II do CPC, que

agora não vêm ao caso. O § 7º sugerido à Comissão estabelece que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”. Se isso passar no Congresso Nacional, e também no Palácio do Planalto, onde já estão de orelha em pé com as reformas, porque a tutela antecipada só passou porque os detentores do poder não tinha consciência do alcance dela.

Quando eu fiz a primeira palestra neste País, sobre a tutela antecipatória, eu disse o seguinte: não vai demorar muito e virá uma medida provisória dizendo que não se aplica o art. 273 em face da União, Estado, Município, autarquias, etc. Demorou até um pouco para vir, e veio até mais tarde do que eu imaginava, mas acabou vindo, e veio com a corda toda. O que, para nós juizes, não alterou muita coisa, e para os advogados também não, e para o Supremo Tribunal Federal também não. Eu tenho um acórdão na *home page* --, <http://usuarios.uninet.com.br/~jedal>, em que a Corte Suprema nega aplicação à Lei n. 8.437, que impõe essa limitação, exatamente porque a matéria já era pacífica a respeito (28.82%), e é bom a gente ter esse precedente, porque eu venho sempre dizendo que essa medida provisória contém regra que não pode vigorar em todas as hipóteses. Eu, particularmente, não a aplico nunca, mas tem juiz que gosta de aplicar tais restrições. O juiz, que é contra antecipação de tutela, invoca as limitações legais para não concedê-la. Bermudes dizia que o § 2º do art. 273 do CPC seria uma ótima razão para o juiz que é contra a antecipação de tutela, porque basta ele invocar o perigo de irreversibilidade. Mas o juiz, quando quer denegar a tutela liminar, denega independentemente da Lei n. 8.437 ou do § 2º do art. 273 do CPC.

Então, repetindo, sugerimos – e isso ainda vai passar pelo Congresso Nacional, se a Comissão aprovar – o § 7º com o conteúdo a que me referi.

Quer dizer, se a parte pede tutela antecipada quando é cautelar, então, não precisa abrir um novo processo. Isso é a consagração daquilo que eu venho chamando – e Ada Pellegrini e Nelson Nery também – de *sincretismo processual*.

Vocês podem ter certeza que apesar de toda essa evolução que experimentamos, com essa tipologia processual --, de processo de conhecimento, processo de execução, e processo cautelar --, no futuro, não vamos ter tanto tempo para tanto tipo de processo. Nenhum juiz precisa de mais um processo para fazer justiça. É claro que, dependendo da fase em que se encontre, o processo vai se desenvolver segundo as determinadas regras. Anotem isso, para contar um dia isso para os seus filhos ou netos, se forem advogados, que ouviram certa vez um professor falando que tudo isso ia acabar. Vai acabar, porque muitos procedimentos especiais não têm mais sentido num País que adota a tutela antecipada, porque se vocês verificarem todos os procedimentos especiais, o que eles tem de especial, é, geralmente uma medida antecipatória. Se eu já tenho a tutela antecipada no processo de conhecimento, para que eu vou precisar de todo aquele elenco de procedimentos especiais? Nós vamos conseguir reduzir o *processo* a um tamanho suficiente para prestar a jurisdição, porque a grande maioria desses preceitos contidos no CPC são inúteis.

Há artigos no Código de Processo Civil que vocês, estudantes, se não lerem na Faculdade, nunca vão ler; o promotor que nunca leu, não vai ler porque não vai aplicar nos seus pronunciamentos; o juiz que nunca leu também não vai ler, porque nunca vai aplicar nas suas sentenças. Mas esses artigos, apesar de inúteis, muitos deles, estão lá. Por que isso? Porque essa é uma homenagem a toda uma tradição que experimentamos, e temos cultivado até hoje, mas será impossível continuar a cultivar no próximo milênio.

Então como vamos proceder? Vamos ter um processo de conhecimento, e, dentro do processo de conhecimento, tudo o que for necessário para garantir a satisfação do direito: tutela antecipatória (como já temos no art. 273), tutela cautelar (como teremos com o acréscimo do § 7º), tudo concedido ali dentro daquele processo, em tempo e hora pelo juiz, na medida em que as necessidades o exigirem.

Se o juiz já proferiu sentença, e a parte acompanhou os recursos até se esgotarem no STF, para que citar de novo, para inaugurar um novo processo, chamado de execução. Isso tem sentido? Não tem não, porque eu já citei o réu para o processo de conhecimento, e ele já está presente nos autos, através do seu advogado. Fica parecendo que nós não temos o que fazer, não temos serviço; o oficial de justiça também não tem; ninguém tem serviço; pois o que se fez no processo de conhecimento não vale para o processo de execução. Não há necessidade de nova citação, porquanto, se eu torno efetiva a tutela antecipada com uma mera intimação, por que eu não posso executar provisoriamente uma sentença a partir da intimação?

O processo de execução tem que sair desse marasmo, porque, no Brasil, como diz a Ada Pellegrini Grinover, ele é uma droga; isso porque ela é uma dama; para não dizer que é uma coisa muito pior. Fica parecendo que o processo de execução foi armado por um grande devedor. Esse não era o caso de Alfredo Buzaid, que conhecemos e sabemos da sua honestidade e honradez. Mas, vejam só: embargos à penhora, embargos do devedor, embargos à rebatção, embargos à adjudicação; embargos de retenção, e, quando o executado não tem mais o que embargar, ainda têm cabimento os embargos de terceiros. Não há também, para não dizer outra coisa, *paciência* agüentar, porque quando se chega ao final do processo, o juiz já está exausto – aliás, o juiz nunca chega a ficar exausto porque ele nunca é o mesmo do

princípio ao fim da causa, sendo o vigésimo ou trigésimo que passou por ela –, mas autor e réu, ou exequente e executado, provavelmente já estarão “pondo a língua prá fora”.

Tivemos um processo no nosso tribunal em que as partes já faleceram e foram substituídas pelos espólios; os advogados idem, e foram substituídos filhos advogados; quem julgou a causa pela primeira vez foi o Tribunal Federal de Recurso, que foi extinto; quem proferiu a sentença foi um ministro que está aposentado; quem julgou o feito no TRF-2^a Região, sucessor do TFR, foi um desembargador, já também já aposentado; e, quando foi a julgamento, o Plenário tendia a anular o processo por inteiro. Eu disse, então, que não dava para anular aquele processo, porque, do contrário, nós também íamos ser substituídos pelo nosso espólio, e a causa nunca teria solução. O processo ficou vinte e cinco anos tramitando, espólio em cima de espólio, tribunal sobre tribunal, e só foi julgado por esse meu empenho em mostrar que, afinal de contas, estávamos ali para buscar uma final definitivo para aquela demanda.

Na aplicação do § 2^o do art. 273, o juiz pode se ver na contingência de decidir em face de uma situação de irreversibilidade. Aí temos que aplicar o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, vocês sabem o que é. Quando estou diante de dois interesses conflitantes, evidentemente eu tenho que optar por atender a um; e se eu atendo a um, o outro vai ficar sacrificado. Se alguém pede, por exemplo, a suspensão de um jornal que estará circulando no dia seguinte com uma notícia considerada injuriosa ou difamante, eu não tenho opção: ou eu suspendo o jornal, e ele não circula mais – a não ser nas pequenas cidades, porque todo mundo vai comprar o jornal, mesmo velho, quando vier a circular, para saber da fofoca – ou não suspendo e o mal já estará feito, e a honra violada. Se se trata de um desfile de carnaval, por exemplo, ou o juiz dá a liminar e a escola desfila, ou

não dá e não desfila mais; a não ser numa eventual micareta ou carnaval fora de época, como existe em algumas cidades, mas não no Rio de Janeiro.

Então, o que nós fez a Comissão de Reforma? Colocamos lá o seguinte: “A antecipação será indeferida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, exceto se da denegação puder resultar, manifestamente, maior e irreversível prejuízo ao autor. É a consagração expressa do *princípio da proporcionalidade*, ou das medidas-limites do direito português. Isso tinha que ser feito Foram duas pequenas grandes reformas que introduzimos nesse dispositivo, no art. 273 do CPC

Mas quando eu falava – e agora vou retomar o fio da meada -- do problema da vinculação do juiz ao procedimento positivado, e que, na verdade, não temos esse compromisso assim a “ferro e fogo” com esses enunciados legais, que são fruto de toda uma influência que a sociedade sofre, na sua caminhada para o futuro. Fruto de influência política, de influência filosófica, de influência econômica, todas enfim.

Por isso é que não posso dizer que o juiz, na verdade, não deva ter a sensibilidade para interpretar a lei do ponto de vista político, porque tem. Se o legislador, quando fez a norma, inspirou-se numa orientação política, por que eu, como juiz, quando vou interpretar essa mesma norma, não devo ter essa consideração nas minhas decisões? Se não agir assim, não estou aplicando regra nenhuma; posso meter isso no computador, e mandar o destinatário dela extrair dele a solução legal. Então, nós temos que interpretar, que sentir a lei, para aplicá-la com justiça.

É por isso que a sensibilidade para julgar varia de juiz para juiz, porque um tem uma visão política do fato, outro não; uma visão política, que, às vezes, tem tal envergadura, que até cede espaço para o chamado “direito alternativo”. As decisões de um juiz de primeiro grau tem muito mais força

de persuasão, do que a emanada de uma decisão colegiada. Nós, no tribunal, por exemplo, numa turma, valemos $\frac{1}{3}$ de juiz porque são $\frac{3}{3}$; eu sou $\frac{1}{3}$ de juiz, e, quando vencido, sou vencido por $\frac{2}{3}$. O problema, no tribunal, não é propriamente o direito, mas um problema de persuasão. Eu decido muito monocraticamente, porque não corro riscos. Podendo decidir sozinho, com base na minha própria convicção, com base na jurisprudência dos tribunais, não levo para a turma, porque eu já levei muitos casos simples, pensando que a coisa seria fácil, e, chegando lá, meus *ímpares* resolveram me contrariar, e contrariar todos os precedentes em que me baseei, e eu não consigo mudar o seu entendimento; e sou vencido. Então, eu decido monocraticamente porque decidido monocraticamente a parte contrária muitas vezes não recorre, e, portanto, a decisão prevalece. Legalmente falando, se quiser recorrer, pode recorrer, através de agravo.

Das decisões do relator, cabe agravo, que eu chamo de agravo *interno*, também denominado agravo *regimental*. A parte recorre e vai lá para a turma. A melhor coisa do mundo é julgar o agravo *regimental*, porque, no sufoco, o relator põe em mesa aquela leva de agravos regimentais, e diz assim: tenho todos esses processos aqui, mas são todos iguais. A turma, então, aprova tudo na tacada. A justiça brasileira está, portanto, muito globalizada. Agora, o dia em que se perceber que esta globalização é contrária à essência da própria justiça, talvez se busque uma solução melhor para ela.

Existe na Constituição portuguesa – vejam os senhores, eu acho que os portugueses somos nós; ou seja, somos mais portugueses do que os próprios – um dispositivo que, prestem atenção nisso, é o art. 265 letra “a” – eu não li isso na própria Constituição, mas vi essa referência num autor português -- que diz o seguinte: “quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, o juiz deve, mesmo oficiosamente,

determinar, depois de ouvidas as partes, a prática dos atos que melhor se ajustem aos fins do processo e definir as necessárias adaptações no seu procedimento”. Eu estou chamando isso – e vou escrever sobre isso – de *princípio da adequação processual*. Isso aqui é exatamente o que nós fazemos hoje, sem nos darmos conta de que o fazemos. Quando decidi o primeiro *habeas data*, e não havia regras específicas para ele, o que fiz? Adaptei o *habeas data* à lei do mandado de segurança; foi a primeira coisa que me ocorreu.

Então, sempre que não temos uma regra específica, adaptamos nosso procedimento à regra que mais se assemelha ao caso em debate. Isso não é um princípio que esteja na nossa Constituição, porque está na Constituição portuguesa. Isso realmente tem que ser feito. Por quê? Porque o nosso processo foi todo concebido dentro de uma economia individualista, em que, no máximo, se falava em cooperativas; essa globalização da economia nem fazia parte do nosso vocabulário; e nós não podemos pretender que, com toda essa mudança de fisionomia por que passaram os grandes institutos processuais, continuemos a utilizar o mesmo instrumento.

A ação, em princípio, era o direito de perseguir em juízo o que nos é devido. Hoje nós temos as ações coletivas, em que a parte defende um interesse que não é dele especificamente, mas de toda uma categoria. Temos também o direito ou interesse difuso, que pertence indeterminada a toda uma coletividade. Temos ainda os interesses individuais homogêneos decorrentes de uma base comum, em que uma pessoa pode defender o interesse de todos. Uma ação dessa índole não cabe num processo do tipo convencional.

Eu tenho meditado até sobre a existência de um direito processual econômico, como um destaque dentro do direito processual convencional.

Não posso considerar que um juiz, diante da necessidade de uma tutela antecipada ou de uma tutela cautelar, raciocine da mesma forma, quando vai conceder uma liminar a Tício, em que as conseqüências não vão além dele ou da sua família, e, eventualmente dos seus credores, e quando vai decidir sobre uma liminar a pedido de um grande grupo econômico, em que as conseqüências vão atingir milhares e milhares de trabalhadores, onde a falta de uma liminar vai determinar, por exemplo, a falência de uma grande empresa; porque por trás dessa conseqüência, temos conseqüências imprevisíveis, porque tem muita gente que vai perder o emprego e o seu “ganha pão”. Ele, juiz, não vai perder nada, mas, muita gente vai perder; o país vai perder.

O juiz tem que raciocinar diante da dimensão do conflito submetido à sua apreciação. Por que? Porque o ordenamento jurídico não fornece solução satisfatória para esses casos. Por que vocês acham que o Governo treme nas bases quando o Movimento Sem Terra diz que vai invadir uma fazenda? Porque ele não tem como evitar isso, nem como remediar esse conflito. Primeiro, por que não temos um processo adequado para resolver esse tipo de conflito. O Governo não tem sequer condições materiais para lidar com esse problema, pelo que o jeito é o Ministro da Reforma Agrária chamar os representantes desse movimento, para pedir, pelo amor de Deus, que não entrem na Fazenda, porque a única solução que ele tem é o recurso ao Judiciário. Bem, isso quando não encontre um juiz pela frente que resolva dar uma determinação do tipo Eldorado dos Carajás, mandando a polícia enfrentar os invasores, com as conseqüências que todos conhecemos.

Não que eu esteja pregando o descumprimento da lei, mas dizendo que o juiz tem muitas vezes que lidar com uma realidade social diversa daquela que ele conheceu na Faculdade de Direito, porque na Faculdade nunca lhe

falaram do Movimento Sem Terra; nem todo mundo tinha terra, mas ninguém se movimentava no sentido de obtê-la. Agora, existe o MST com esse objetivo. Vocês acham que eu ouvi falar, na Faculdade, em ações coletivas? Nunca na minha vida. O mandado de segurança coletivo era uma coisa tão rara, que se algum advogado se habilitasse a aceitar a causa, e postular em juízo, o juiz provavelmente indeferiria a petição inicial por inépcia. Nós tivemos que vir nos adaptando à nova realidade jurídica e social. Esse novo panorama exige, também, a meu ver, uma nova postura do direito processual clássico, em face daquilo que se denomina *princípio da democratização do processo*. O processo é, ainda, o melhor instrumento que concebemos para fazer justiça? Sim, é; mas é também o mais perverso, na medida em que pela sua morosidade machuca a alma do jurisdicionado. Para não ficar realçando muita perversidade, basta pensar que, para entrar na Justiça, a gente pensa duas vezes; e, quando a gente entra, perde algumas noites de sono, porque, mesmo sendo um caso tranqüilo do ponto de vista da concessão de uma liminar, o juiz não concede e ele tem uma taquicardia, perde alguns dias de vida nessa brincadeira. Está havendo muito abuso, nesse campo da tutela antecipada por parte dos advogados. Estive com um processo em minhas mãos, outro dia, em que a parte, por seu advogado, pediu – o juiz de primeiro grau, evidentemente, negou – que eu concedesse uma tutela antecipada, para determinar que a empresa ré reservasse um dinheiro para pagar a ela, se ela ganhasse a ação. Por mais que eu seja a favor da tutela antecipada, e até venha citado na petição inicial, como doutrinador, nem assim dá para antecipar uma tutela, para determinar à outra parte que reserve, por exemplo, seis ou sete milhões de reais para lhe pagar, e evitar o precatório, porque é certo que ele vai ganhar por ter a sua tese o respaldo do Supremo Tribunal Federal. Quer dizer, eu não posso fazer isso. Depois que o Supremo Tribunal Federal

mandou até os alimentos para o precatório, através daquele “direito de furar a fila”, eu não posso reservar dinheiro para fins de pagamento.

Precisamos repensar o precatório, precisamos repensar o problema do prazo em dobro, a remessa de ofício, e todos os privilégios dos entes públicos, porque estamos em rota de colisão com o que está acontecendo no mundo. Nós estamos informatizando a justiça, mas continuamos dando prazo em dobro para isso, prazo em quádruplo para aquilo. Aliás, estamos até bem, porque o direito português, por exemplo, concede ao Ministério Público o prazo de seis meses; o argentino lhe dá o prazo em quádruplo; e, na Colômbia, fica a critério do juiz, que lhe dá o prazo quiser. Quer dizer, quando a gente tem um prazo em dobro para contestar, a gente se sente até bem. Quando falamos nesse prazo brasileiro, que é um absurdo, de cento e vinte dias de decadência no mandado de segurança, na Argentina esse prazo é de trinta dias, bastante reduzido.

Aliás, por falar em prescrição, os processualistas não pararam ainda para pensar – isso vem desde a nossa primeira Constituição Imperial – que a consagração da prescrição no direito brasileiro é a negação do direito de ação, e uma afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Por quê? Porque se a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF). O art. 37, § 5º, se não me falha a memória diz que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. Então, a Constituição autorizou, nesses casos, a estabelecer a prescrição; nos outros, não autorizou. E onde a Constituição não autoriza a prescrição --, contendo o princípio da inafastabilidade --, como pode uma lei ordinária, que é um decreto do tempo

da ditadura, o Decreto n. 20.910/32, dizer que as ações contra a União, os Estados e os Municípios prescrevem em cinco anos?

Aquelas regras do Código Civil, contidas nos arts. 177 a 179, têm que ser todas repensadas, porque não tem uma lei ordinária o poder de afastar um preceito de natureza constitucional, como o art. 5º, XXXV, da CF. Ora, se a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, como pode o Decreto n. 20.910/32 estabelecer restrições ao exercício da ação? Vejam bem; a União se beneficia até então de uma prescrição de cinco anos, mas num Governo como esse que está a todo tempo negociando com o Congresso, pode pular para quatro, três, dois ou um ano. O que impede, por exemplo, de uma medida provisória estabelecer que a prescrição contra a Fazenda Pública ocorre em um (1) dia, ou em 24h.? Claro, se pode estabelecer cinco anos, pode estabelecer qualquer prazo. Deste modo, a gente acaba inclusive com a dívida pública, não acaba? Muitos podem dizer que não se poderia reduzir tanto esse prazo, porque não se atenderia a um critério de razoabilidade; mas a razoabilidade está dentro da cabeça de cada um, e tem colorido diverso em cada cérebro. Seria a razoabilidade do Antônio Carlos Magalhães, a mesma razoabilidade do Michel Temer, ou a do Luiz Inácio Lula da Silva? A razoabilidade do capitalista seria a mesma razoabilidade do socialista ou do comunista? Provavelmente, não é, porque ela tem conteúdo ideológico.

Então, nós temos que repensar isso porque alguma coisa mudou em sede constitucional e estamos raciocinando como se nada tivesse mudado.

Eu sustento que a Poder Público não pode alegar prescrição na sua relação estatutária com o funcionário, porque a Administração pública é sinônimo de administração legal, e só pode fazer o que a lei manda. Como é que a lei pode mandar que a Administração faça algo, e ela, além de não fazer,

venha a dizer que o seu dever de fazer está prescrito, porque o servidor não pediu num determinado tempo que fizesse. Mas, nem precisava pedir porque a lei mandou fazer. Se não fez, além de serem responsáveis todos os agentes que não fizeram, o Poder Público é também responsável pelo prejuízo que causou ao servidor.

Quer dizer, nós estamos extraindo de uma legislação ultrapassada, porque sem apoio na Constituição, conseqüências perniciosas ao jurisdicionado, quando, na verdade, as conseqüências são diametralmente outras; e ninguém parou para pensar nisso. Vou insistir num último exemplo: se a lei diz que eu tenho direito a uma gratificação, eu digo que não quero, que a acho imoral, e peço para não me ser paga. O chefe da seção de pagamento vai dizer assim: você não quer, mas problema é seu, porque a lei concede a gratificação, e eu tenho que lhe pagar. Se você quiser, você devolve, mas não pode renunciar a uma vantagem funcional, que é irrenunciável. Mas, se a lei deu uma gratificação, eu não recebi, porque não me pagaram, e eu não reclamei, depois de passado algum tempo, como pode o meu silêncio e a inércia da administração eliminar o meu direito estatutário? Quer dizer, o silêncio da Administração, o descumprimento da lei pela Administração pode revogar a própria lei? Isso não tem sentido, mas é uma coisa que tem sido tão cultuada e cultivada que acabamos passando por inúmeras Constituições sem que ninguém tivesse parado para repensar isso. E até esse Decreto n. 20.910, de 1932 manteve-se atual como se nada tivesse acontecido neste final de século.

Então, a prescrição tem que ser repensada; a remessa de ofício tem que ser repensada; muita coisa precisa ser repensada.

Vejam a tendência: o Supremo Tribunal Federal já vem concedendo efeito suspensivo ao recurso extraordinário, e o STJ, efeito suspensivo ao

recurso especial; recursos esses que não têm esse efeito, porque a lei diz expressamente que eles não tem esse efeito (art. 542, § 2º, CPC). Se vier a súmula vinculante – se bem que a súmula vinculante vai acabar em parte com a remessa de ofício – o ordenamento jurídico terá que se acomodar a essa nova realidade, repensando o art. 5º, XXXV, da Constituição. O nosso Supremo Tribunal Federal deu, no caso da Emenda Constitucional n. 20, uma demonstração de autonomia, de dignidade e de imposição de respeito que, nós do Poder Judiciário devemos dar aos demais poderes públicos, porque, afinal de contas, muito do que se faz de errado nesse País foi contando com a conivência, e, às vezes, com a omissão do Poder Judiciário, como aconteceu no Governo Collor de Mello.

Realmente, me senti feliz em ser juiz e tranquilo em ser jurisdicionado, porque nesse caso estava em jogo um direito inquestionavelmente adquirido, dos aposentados da Previdência Social. Antes de o STF julgar lá, eu fui relator de um processo no Plenário do nosso tribunal, a respeito da Emenda Constitucional n.º20, onde, por unanimidade de votos, foi declarada inconstitucional o que o Supremo veio a declarar depois inconstitucional. Foi muito interessante esse julgamento, porque um colega meu falou assim: por que V.Ex.ª não aguarda a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre essa matéria? E eu lhe respondi: porque eu estou convicto de que essa EC é inconstitucional. Ademais, aplicar jurisprudência de um tribunal superior tem a vantagem de simplificar o julgamento, mas tem também o defeito de impedir a discussão sobre o tema em debate, porque diante daquela decisão a gente fica desestimulado em divergir.

Era um mandado de segurança contra ato do Presidente do tribunal, e eu brinquei com ele dizendo assim: se o ato não fosse de Vossa Excelência, tenho a certeza de que também aderiria ao meu voto. Ele disse, então, assim: a tese de

V. Exa. é bem simpática. Então, a tese venceu por unanimidade do tribunal, inclusive com o apoio velado do nosso Presidente.

Enfim, claro que muita coisa deveria ter sido dita aqui, e que não foi dita em face da escassez do tempo.

Eu acho que temos que, ao lado do princípio da efetividade do processo, ao lado do princípio da instrumentalidade, ao lado do princípio da utilidade, e de todos os demais princípios com os quais nós temos trabalhado, temos que trabalhar com o sincretismo do processo, fazendo com que um processo produza todo o resultado que vem sendo obtido hoje através de três tipos de processo: de conhecimento, de execução e cautelar.

Faço por fim, mais uma vez, uma profissão de fé no futuro do Poder Judiciário, e no sincretismo processual, almejando que no futuro tenhamos um processo mais efetivo e menos complicado, para que a Justiça se faça de forma menos traumática para o nosso jurisdicionado.