

SÔBRE O ANTE-PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Prof. José de Moura Rocha ()*

I — SUGESTÕES ao ante-projeto de Código de Processo Civil (**)

Art. 613

Suprima-se o item II, dando-se ao caput do dispositivo a seguinte redação:

“Art. 613 — O credor, a quem a lei confere título executivo, pode promover a execução forçada”.



Art. 616

Adite-se um parágrafo único com a seguinte redação:

“Parágrafo único — Para desistir de toda a exe-

(*) Catedrático de Direito Judiciário Civil.

(**) Apresentadas ao Congresso Nacional de Direito Processual Civil. São Paulo, 1965.

cução, necessária a anuência do devedor”.



Art. 621

Desloque-se para o Cap. V, seção 1^a, em seguida ao art. 788, ou onde couber.



Art. 630

- a) — Desdobre-se o item III na seguinte forma:
“— A sentença homologatória de conciliação;
— A sentença homologatória de transação;”
- b) — Acrescente-se um novo item com a seguinte redação:
“— A sentença homologatória de laudo arbitral”.

O PROCESSO DE EXECUÇÃO NO ANTEPROJETO

José Alberto dos Reis (Processo de execução, 1.^o vol., 2.^a ed., pg. 1) explica como surge a execução: “Uma pessoa determinada obrigou-se, por contrato, a pagar a outra certa quantia ou a prestar certo fato; chegando o prazo do vencimento da obrigação, não cumpre; o credor não se resigna a perder o benefício que se traduziria no cumprimento voluntário da obrigação por parte do devedor, quer dizer não está disposto a aceitar, sem reação, o ato ilícito do devedor, não se conforma com a violação do seu direito de crédito por parte do obrigado”.

Por traz da simplicidade das palavras de José Alberto dos Reis há considerações, das mais importantes, a ser feitas.

Acompanhando a doutrina moderna e atual do processo civil que se apresenta de maneira unânime e que inspirou o autor do Anteprojeto de Código de Processo Civil, sentimo-nos a vontade em demonstrar a nossa aceitação ampla e bem sincera aos princípios norteadores de tão importante trabalho e, de maneira muito especial, ao processo de execução.

Esta posição, no entanto, não impede de considerar os preceitos contidos no anteprojeto com isenção e um imenso interesse de colaborar, tanto quanto possibilitem as nossas forças, para que alcance uma posição correspondente aos esforços dos estudiosos do processo civil em nosso país.

Profundamente inovador todo o Livro II do Anteprojeto. Dedicado ao "Processo de Execução", orienta-se em ensinamento de CHIOVENDA lembrado pelo Professor ALFREDO BUZUID de que "Convien decidirsi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso". Não foi em vão o ensinamento, nem pequena foi a dedicação do professor BUZUID em segui-lo. O anteprojeto é inovador na busca do progresso e do aperfeiçoamento processual; é inovador pela sua despreocupação de deixar à margem todo e qualquer tradicionalismo capaz de chocar os preceitos da moderna ciência processual.

Não será exagero nem fora de propósito, lembrar o processo de execução consagrado pelo Código Nacional de Processo Civil vigente e defensor de tradicionais formas luso-brasileiras de execução, sofrendo alterações das mais amplas, onde se há de salientar: unidade do processo de execução e a insolvência civil. Na verdade, a nova estruturação do processo de execução põe de lado as formas anteriores da "parata executio" e da "ação executiva" e chama para caracterização própria, o "título executivo" que, além de tudo, nos possibilitará um processo de execução mais simples e mais eficiente pela equivalência da sentença aos instrumentos públicos, acompanhando a maior parte das legislações modernas como, conforme lembra o professor BUZUID: "adotaram nos nossos dias, o sistema unificado, os

códigos de Processo Civil da Itália (art. 474), da Alemanha (§§ 704 e 794), de Portugal (art. 46) e a Lei de Execução da Áustria (§ 1.º)".

A autonomia do processo de execução surgiu com a sentença exequível. Logo mais, a ela se foi equiparar o título executivo e esta equiparação possibilitou ao processo de execução o encontro de um PRIUS lógico.

Assim, temos no processo de execução autônomo, uma PRETENSÃO que precisa se realizar e a sua exigência máxima está na existência de uma CERTEZA que DEVE ser satisfeita.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

O anteprojeto consagra, de maneira definitiva, a autonomia do processo de execução e, desde logo deve ficar salientado que o credor insatisfeito quando provoca a execução forçada, fá-lo em bases processuais. As normas que atribuem aos órgãos jurisdicionais o poder de realizar a apontada execução forçada, são de ordem processual não importando haver, no trânsito do processo de execução, incidentes das mais diferentes ordens. Se os consideramos frente aos sujeitos da execução chegaremos a uma conclusão no sentido de haver entre estes sujeitos (partes), igualdade de tratamento. Como se verificará adiante, este tratamento paritário é, digamos, meramente formal, principalmente quando se efetiva, tanto quanto no processo de cognição, o inaudita altera parte, o direito de defesa. Portanto, quando se fala em desigualdade de tratamento entre exequente e executado, deve-se considerar esta desigualdade em termos.

Cumpré ainda salientar que, não poucas vezes, normas de natureza substancial são detentoras (ora em legislação civil, ora em legislação comercial) de regulamentação própria determinantes das maneiras de tornar certas obrigações líquidas, certas e exigíveis. Ao assumir este caráter, tais títulos assumem característica executiva já sob condições de direito líquido, certo e exigível. Sob o primeiro aspecto ou sob o se-

gundo, estas condições estarão envolvidas pela legitimidade do credor e, da mesma maneira, pela legitimidade do devedor. Apontadas condições, aliadas à legitimidade, criam condições possibilitantes da busca de sua resolução.

Se nos detêrmos na sentença, mais simplesmente será compreendido e aceito o problema: a sentença será, naturalmente, título representativo de obrigação que deve ser realizada.

De maneira simples, poderemos dizer que tanto os primeiros títulos quanto os segundos, possuem condições para se tornarem realizáveis.

Tudo girando em tórno de sujeitos de direito (aparecendo na condição ou qualidade de partes) demonstra a importância que estas possuem e indicam o cuidado que devem inspirar não só a sua conceituação teórica, como também, e principalmente, a sua posição no processo de execução.

Passo inicial para a satisfação de certa obrigação é a de caráter voluntário. Faltando êste desejo, então teremos o processo de execução chamando a si a missão de forçar o cumprimento da obrigação.

Deparamo-nos com o art. 613 do anteprojeto proceituando:

“Art. 613 — Podem promover a execução forçada:

I — O credor, a quem a lei confere título executivo.

II — O Ministério Público, nos casos prescritos em lei”.

O anteprojeto não define. Em se tratando de título executivo, limita-se a dividi-lo em judiciais e extrajudiciais e fazê-lo base de tóda a execução.

Mais uma vez estaremos às voltas com “partes” para considerar aquêles títulos representados pelas sentenças (judiciais) e títulos representados pelas condições de liquidez, certeza e exigibilidade (extrajudiciais). O problema das partes seria, talvez, de sòmenos importância, se a orientação do anteprojeto fósse no sentido de apresentar o processo de execução, apenas, como continuação do processo de cognição. Torna-se

problema de enorme relevância, quando este processo executivo é posto frente a frente com relações substanciais de obrigação.

Sem discutir ou apresentar sugestões ou tendências técnico-doutrinárias a respeito do tema, basta recordar as considerações de Furno (Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo, pg. 26). "Se si prendono in esame gli elementi che interessano, si trova, da un lato, una situazione sostanziale caratterizzata da un credito certo, liquido ed esigibile non ancora realizzato; dell'altro, una situazione processuale che si esprime nel procedimento esecutivo avviato dal creditore insoddisfatto contro il debitore inadempiente. Tra l'una e l'altra situazione, il titolo esecutivo".

Então, de conformidade com o mesmo autor (op. lo. cit): "Nella situazione sostanziale il creditore si presenta investito di un diritto soggettivo (materiale) di credito; il debitore, investito di un obbligo specifico e primario di adempiere esattamente,".

"Nella situazione processuale, il creditore si presenta come titolare di un diritto soggettivo processuale (azione esecutiva) e come detentore di un documento (titolo esecutivo) che gli consente di esercitarlo; il debitore si presenta come passivamente assoggettato alla esecuzione, posto in uno stato di subordinazione patrimoniale di fronte all'attività spiegata per iniziativa ed impulso del suo creditore, dall'ufficio esecutivo (responsabilità processuale)".

Frente a tais situações, pela função jurisdicional executiva é vivida a expropriação ou, mais precisamente, sanções expropriatórias, vividas não tanto pelo credor mesmo, mas pelo órgão jurisdicional e por poder inerente a êle.

Tais razões levaram-nos a escrever (Dos direitos do autor e da executoriedade dos bens de inteligência, pg. 93): "... a natureza destas normas é, incontestavelmente, de natureza processual: sintetiza o poder jurídico do credor insatisfeito de provocar, até mesmo a expropriação forçada dos bens do devedor inadimplen-

te, executando..." Mais adiante: "... tenhamos presente que no processo de execução considera-se os bens do devedor, o seu patrimônio, nunca uma soma de dinheiro. Além disto, lembremos que no processo de execução, quando da expropriação forçada, se considera o inadimplemento da obrigação em correlação com o crédito. Mas, o PODER de expropriação não é possível identificar-se àquele obrigação. Ademais, os bens expropriados podem ser diversos daqueles que deram causa à obrigação inadimplente".

O processo de execução precisa realizar-se; possivelmente não já como uma questão de responsabilidade, sim, de ônus processual. Tanto assim é que vamos encontrar o art. 617 do anteprojeto precisando que "O devedor pode requerer ao juiz que mande citar o credor a receber em juízo o que lhe cabe conforme o título executivo; neste caso, o devedor assume, no processo, posição idêntica à do exequente".

O art. 617 apresenta-se com capital importância para a sistemática do processo de execução no anteprojeto: patenteia a autonomia de tal processo, possibilita a compreensão da regulamentação formal para o seu desenvolvimento, além de impedir que seja negada a existência de uma real correlação entre as partes frente a obrigação a ser satisfeita.

Se o título executivo é a fonte do processo de execução e que lhe garante a autonomia conforme a, podemos dizer, unanimidade dos autores, o mesmo não poderá ser afirmado a respeito dos problemas advindos, ou do título mesmo, ou do processo de execução: Daí a prudência com que deve ser ventilado o problema das partes, principalmente quanto ao poder promover a execução forçada.



O art. 613. — Aquêles a quem compete promover o processo de execução forçada são apresentados, no anteprojeto, de maneira específica. Não poderia sê-lo de maneira diversa pois o problema envolve questões

das mais variadas ordens entre as quais há de se salientar a da legitimação ativa.

Embora não possa ser negada a importância da capacidade das partes no processo de execução, há de se ter presente que não existe, aí, o sentido caracterizador da capacidade existente no processo do conhecimento. Acontece que no processo de execução, credor e devedor, estão apontados e precisados na sentença condenatória proferida no processo civil (além dos outros títulos judiciais apontados no art. 630) ou nas demais espécies executórias possibilitantes do mesmo processo de execução como é o caso dos diversos títulos executivos enquadrados como "extrajudiciais" e enumerados na art. 631.

O mesmo não pode ser dito em relação ao processo de conhecimento e basta confrontar o art. 613 com o 8º do anteprojeto. Enquanto ali há a exigência de haver a lei conferido título executivo, no art. 8 como medida da capacidade processual há: "Tôda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo".

Ao orientar as partes, está o juiz da execução dirigindo a expropriação e dotado, para atingir êste fim, de todos os poderes que tornam possível o desenvolvimento e o final do processo de execução.

Assim, de certo modo, podemos dizer que seria até mesmo dispensável a precisação de quem pode promover a execução forçada: as partes estão explícita e implicitamente presentes nos diversos títulos judiciais ou extrajudiciais executivos que legitimam a promoção e o comparecimento a referido processo de execução.

Constata o afirmado a simples consideração do que seja credor ou devedor e basta-nos apresentar o ensinamento de ROSENBERG (Tratado de der. proc. civ. 3º vol., pg. 65) para quem:

"Credor, chamado também "exequentur" (p. ex. Z.P.O. § 858, VI), é quem, de acôrdo com o título ou cláusula executiva, é titular da pretensão declarada no primeiro. Não necessita ser o autor do processo prévio

de conhecimento. Quando, por exemplo, a sentença, segundo os §§ 265, 266, se pronuncia sobre a prestação do sucessor no direito, é este o credor, e não o autor; e quando as custas do processo foram impostas ao autor, o demandado tem nesse aspecto a posição de credor na execução”.

Igualmente válido é o ensinamento quanto ao devedor. Este é “de acordo com o título ou a cláusula executiva, o titular da dívida (responsabilidade) declarada no primeiro; pode ser também autor do procedimento prévio de sentença, como foi assinalado...” ao considerar o credor.

Também se deve lembrar o aspecto de partes no processo, em sentido formal e em sentido substancial.

Entre outros autores, Carnelutti (Processo di esecuzione, 1º vol. pg. 63 e ss.) distingue tais tipos de legitimidade conforme se refira à relação jurídica **processual** ou à relação jurídica material. Basta considerar a lição apresentada acima, de Rosenberg, para o entendimento de tal diferenciação: buscando o processo de declaração uma **decisão** temos ser parte formal o sujeito da ação; ser parte substancial o sujeito de decisão. Aplicando-se o critério ao processo de execução podemos dizer com José Alberto dos Reis, calcando-se em Carnelutti: (op. cit. pg. 212): “No processo de execução, cujo resultado é a **transferência**, as partes em sentido formal são ainda os sujeitos do processo; as partes em sentido substancial são os sujeitos da transferência (o credor recebe o que o órgão executivo tira ao devedor).

A falta de coincidência entre as duas espécies de legitimidade não importa. Procedendo quer da **representação**, quer da **substituição** por exemplo, não implica em quebra de autenticidade de credor e de devedor. Veja-se os arts. 614 e 615 do anteprojeto nos casos de sucessores ou herdeiros, de cessionário, de sub-rogado, etc.

Tudo isto leva-nos a considerar o conceito de parte no processo de execução, conceito **excelentemente** subs-

tancial e, conseqüentemente, sempre ligado à relação jurídica substantiva. Quanto ao aspecto formal subordina-se e é condicionado ao material. A parte é **meramente formal**.

Na consideração ao art. 613 do anteprojeto, pelo qual podem promover a execução forçada:

I — O credor, a quem a lei confere título executivo.

II — O Ministério Público, nos casos previstos em lei”, devemos distinguir os dois itens. Quanto ao primeiro não há qualquer dúvida ou imprecisão. Técnica e doutrinariamente dentro do mais puro estilo que orientou a feitura do anteprojeto.

Já não pensamos assim no tocante ao ítem II, de poder o Ministério Público promover a execução forçada. De pronto exclua-se a possibilidade de ser visto no Ministério Público representantes da União, dos Estados, dos Territórios Federais, do Distrito Federal ou dos Municípios. Como pessoas de direito público estarão representados em juízo, ativa ou passivamente, pelos seus procuradores e os últimos pelos seus prefeitos ou também por procurador.

Devemos, portanto, considerar o Ministério Público como entidade e frente à sua função.

Sabido é que o Ministério Público deve ter sua função delineada e precisada. É o que faz o anteprojeto nos arts. 90 a 94 (Título III do livro I) e, colocando-o ante o processo de execução mesmo surgindo êle (o Ministério Público) como “fiscal da Lei”, mesmo podendo exercer a ação civil nos casos previstos em lei (art. 90), parece-nos haver excesso e contradição quando o anteprojeto admite ser possível promover o processo de execução nos casos prescritos em lei.

Acontece que o Ministério Público possui funções. Não sendo legislativas nem administrativas, são mais importantes: são judiciárias. O caráter de judicialidade do Ministério Público é devido a própria natureza das referidas funções pois são como uma espécie de complementação da função mesma de julgar. (Cfr.

Amphilophilo F. de Carvalho, in Bilac Pinto — Ministério Público, pg. 19).

Não importa que o raciocínio do autor citado seja mais tènicamente aplicável ao Processo Penal e isto devido a sempre crescente importância que o Ministério Público assume no processo civil e tornando mais natural a suscitação sob princípios mais amplos, sempre que considerado ante êste processo.

Mas, no caso do art. 613, II, temos o Ministério Público equiparado à **parte**, ou, se quisermos, com poderes de **parte**.

De qualquer maneira cumpre, desta forma, lembrar E. ALLORIO (Il pubblico Min. nel nuovo Processo Civile, in Problemi, I, pg. 299) apontando posições como:

a) de ROCCO. Aí o Ministério Público “assume a qualidade de parte” e surge com forma mais dogmática e abstrata;

b) de REDENTI, mais concreta e sendo o Ministério Público consequência da posição das partes.

Posições outras como, por exemplo, a de CARNELUTTI, poderiam ser apresentadas. Contudo, a posição do Ministério Público pode surgir sintetizada como faz Solmi: “il pubblico ministero in ogni caso di suo intervento ha le stesse facoltà che competono alle parti”. Cumpre precisar esta faculdade que compete às partes e CARNELUTTI ao tratar do Ministério Público interveniente acentua: “ha tutti i poteri e doveri delle parti”. No anteprojeto há, nos arts. 90 e ss., a apresentação de poderes e deveres.

Pela consequência de sua filosofia política, nos sistemas socialistas encontramos o Ministério Público, em matéria criminal, com poderes amplíssimos. No processo civil, igualmente para resguardar a legalidade socialista, era de se crer ampliação sensível de atribuições e poderes para salvaguarda dos direitos dos cidadãos, salvaguarda esta que constitue a fonte primeira do estado socialista. Tal, todavia, não acontece o que vem em abono à nossa posição.

J. STREIT em estudo intitulado “Le Ministère

Public dans 1^a République Démocratique Allemande” (in Revue de Droit et de Legislation, n^o 1. pg. 5 e ss. 1964, Berlim Oriental) estuda o significado das leis: a) de 17 de abril de 1963 versando sôbre o Ministério Público e b) de 4 de abril de 1963 sôbre os métodos de trabalho dos órgãos de justiça. Apresenta-as como leis que “reflètent les efforts persévérants et conséquents de notre Etat socialiste en vue de créer un Ministère Public étroitement lié à la vie du peuple. Grâce à ces lois, une nouvelle étape d’une qualité supérieure est franchie sur la voie d’une plus grande démocratisation de la justice et de l’activité du ministère public”.

Ainda mais: a reestruturação do Ministério Público foi feita em terreno favorável ao desenvolvimento de uma justiça “correspondente à democracia e ao direito” e preparado, êste terreno, para um Estado alemão “verdadeiramente democrático” nos moldes socialistas.

Pois bem, mesmo reconhecendo, como afirma J. STREIT, o povo alemão, ser o Ministério Público representante dos seus interesses e ser olhado com confiança em tôdas as circunstâncias, êle (o Ministério Público) pela lei que o reestrutura, de 17 de abril de 1963 (§ 22), possui o direito:

a) de déposer une protestation, conformément aux prescriptions légales, au cours de procédures pénales, civiles, affaires de famille et droit du travail;

b) de porter plainte et déposer des réquisitions conformément aux prescriptions légales au cours de procédures civiles, affaires de famille, droit du travail et ruptures de contrat;

c) de participer aux délibérations au cours de procédures civiles, affaires de famille et droit du travail, de présenter des actes et de déposer des expertises juridiques”.

Ainda na mesma lei (§§ 23, 25) encontram-se poderes de promover a cassação.

Mesmo buscando criar um Ministério Público estreitamente ligado ao povo e para a formação de esta-

do verdadeiramente democrático (para utilizar a linguagem de J. STREIT), não alcança o ministério público as consequências últimas que seriam as derivadas do poder promover uma execução forçada.

Procurando enquadrar o poder conferido ao Ministério Público no art. 613, II do anteprojeto e buscando encaixá-lo no mesmo anteprojeto (nos já indicados arts. 90 e 94) só poderíamos fazê-lo frente ao art. 91 e, mesmo assim, de maneira precaríssima e imprecisa.

Possuir poderes na fase de instrução, requerer a produção de provas, impugnar sentenças, ser interessado em todos os atos, ser (em certos casos) obrigatória a sua presença, entre tantas outras manifestações do poder, confundindo-o com as partes (materiais) do processo, é normal que encontremos e aceitemos o Ministério Público indo, por vêzes, além da promoção e da fiscalização de atos e de decisões, quer no processo civil, quer no processo penal.

Poder-se-ia dizer, então, que na nossa sistemática processual existe a possibilidade de poder o Ministério Público promover a execução do Código Civil quanto a sucessão testamentária, ou, ainda mais, de poder promover, civilmente, a execução da sentença penal condenatória buscando tornar efetiva a obrigação de indenizar o dano consequente do delito, desde que seja o interessado pobre. (Cod. Org. Jud. art. 158, II — Cfr. G. Estellita, O Ministério Público e o Processo Civil, pg. 29 e ss.)

Ainda assim não procede a faculdade. Tenhamos em vista o caráter do processo de execução no anteprojeto de caracterizar e discriminar as diversas espécies de títulos executivos possibilitantes do processo de execução, a par da regulamentação do Ministério Público. Tudo nos leva a crer da desnecessariedade de se conceder ao mesmo Ministério Público poderes de promover a execução forçada. Mais que desnecessariedade: há uma impossibilidade de se conceder tal.

Finalizando: partindo-se de uma pretensão certa que precisa ser realizada, a parte a quem a lei confere título executivo (judicial ou extrajudicial) pode pro-

mover a execução forçada. Qualquer que seja o título, temos que não mais existe problema subordinado à responsabilidade em sentido substancial de direito comum, sim de **ônus processual**, responsabilidade substancial mas de processo. A parte, quando se inicia a relação processual executória, busca uma finalidade certa e que só a ela, por si ou por seus sucessores, subrogados, cessionários, etc. cabe pleitear ou promover através da execução forçada. Busca a satisfação do crédito e, repetindo: não vemos como ser possível conceder ao Ministério Público poder de promover a execução por meio de uma verdadeira substituição e "ex-officio".

Nem se há de ter presente o art. 59 do Código de Processo Civil Português que, expressamente confere ao Ministério Público **legitimidade** para executar "por multas impostas em qualquer processo, bem como a execução por custas ou quaisquer importâncias devidas ao Estado, cofres, Ordem dos Advogados ou Câmaras dos Solicitadores".

Pela natureza de tais obrigações, seriam casos passíveis de ter a execução provocada pelo Ministério Público. Contudo, basta a consideração da seção III (das despesas e das multas) do Capítulo II do Livro I (arts. 25 a 44) para, de logo, se perceber que tal não foi o propósito nem o pensamento do autor do anteprojeto. Igualmente tenha-se bem presente o dizer de José Alberto dos Reis (Processo de Execução, cit. pg. 255) ao lembrar que o Ministério Público "promove-as, é claro, como representante do Estado, do Cofre da Ordem dos Advogados ou da Câmara dos Solicitadores". O que justifica a legitimidade conferida ao Ministério Público para promover a execução forçada. E isto não se dá entre nós nem, tão pouco, no anteprojeto.

No caso do processo português, não há dúvida de existir aí, mais que função fiscalizadora como função própria e específica concedida ao Ministério Público. Há mais porque há uma representação que é impossível descobrir nos termos do anteprojeto.

Tôdas estas razões leva-nos a sugerir nova redação ao art. 613 e a supressão do item II.

Passaria a ter a seguinte redação:

Art. 613. — O credor, a quem a lei confere título executivo, pode promover a execução forçada.

O art. 616. — Pela aplicação subsidiária à execução, das disposições que regem o processo de declaração (art. 644 do anteprojeto) e pelo art. 662 do mesmo anteprojeto pelo qual “compete ao credor... pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial” evidencia-se a existência de uma relação processual executória.

Bem verdade que não nos podemos referir, aí à existência estrutural do contraditório porque, de maneira precisa, a satisfação do crédito resume a “função típica e o fim último da execução forçada”. A existência do contraditório é impossível se partimos de uma promoção executória calcada em certeza ou liquidez e exigibilidade de título executivo, seja êle judicial ou extrajudicial. Portanto a relação executória deve ser considerada quanto ao seu mecanismo e quanto à sua estrutura.

No seu desenvolvimento verificam-se incidentes das mais diversas espécies e acidentes das índoles mais diversificadas que precisam ser resolvidos. O caráter de normas substantivas processuais possibilita que sejam, os incidentes e os acidentes, resolvidos tendo-se presente uma garantia de paridade no tratamento dado aos sujeitos do processo de execução. Naturalmente que esta paridade há de ser encontrada em termos, conforme adiante veremos.

O Cap. V do Tit. I, Livro II (arts. 644 e ss) implica no reconhecimento da posição do juiz da execução sendo orientada no sentido de conseguir, primordialmente, a satisfação do débito através da expropriação. É possuidor êle, de todos os poderes para conseguir tal.

Mas, se existe o desejo e ainda o direito do credor em buscar a satisfação do crédito, não será razoável nem justo que esta satisfação possa gerar choques ou

violações aos interesses do devedor que são mais que naturais: são legítimos.

Se não deve o credor ficar à mercê de maliciosas medidas, fruto de "ardís e meios artificiosos" (art. 647, II) por exemplo, também não é normal que o devedor se sujeite incondicionalmente ao credor. Esta seria a consequência do art. 616 do anteprojeto, quanto a desistência: "O credor tem a faculdade de desistir de tôda a execução ou de apenas algumas medidas executivas".

O "apenas algumas medidas" leva-nos a interpretar o "desistir" como um desistir simples, formal, de todo o processo de execução, sem qualquer reflexo definitivo de ordem material e concernente à obrigação executada. A ser assim, evidente que todos os "ardís e meios artificiosos" aos quais não se deve submeter o credor, estariam sendo possibilitados contra o devedor. Se não existe uma igualdade entre credor e devedor naquele sentido indicado no anteprojeto e na exposição de motivos, possível não é o negar a existência de uma paridade entre os mesmos. E o próprio anteprojeto patenteia o alegado quando no art. 617 preceitua poder o devedor "requerer ao juiz que mande citar o credor a receber em juízo o que lhe cabe conforme o título executivo; neste caso, o devedor assume, no processo, posição idêntica à do exequente".

Parece-nos, assim, haver necessidade de garantir a paridade a que nos temos reportado e existente entre credor e devedor. Principalmente ao considerarmos o art. 844: "Extingue-se a execução:

- I —
- II —
- III —
- IV — Quando o credor renunciar ao crédito".

Aqui, no item IV do art. 844 existe efetivamente, o encerramento processual substantivo da relação executória devido a sua extinção. O mesmo não pode ser dito com referência ao art. 616.

Parece-nos claro haver uma distinção entre os dois artigos últimos citados e as diferenças que apresentam

entre si. Ora, se no caso de renúncia de crédito, cremos, é necessário a aquiescência do devedor vez que não admitimos possibilidade de renúncia unilateral em matéria de crédito, o que se dizer da desistência a que se refere o art. 616?

Fala o art.: "de desistir de tôda a execução" e "de apenas algumas medidas executivas" e confrontando o mesmo art. com o 844 no seu item IV, mesmo que não se veja aí uma renúncia ao processo executivo, no primeiro momento e sob critério material, haverá desistência e, em última hipótese, renúncia ao mesmo processo sob aspecto formal que permitirá a reabertura do mesmo com base no mesmo título executivo. Inadmissível tal discricionariedade em favor do exequente. Já o mesmo raciocínio não seria lógico em relação à desistência de algumas medidas executivas. O juiz da execução seria o árbitro na consideração de tal desistência.

Na verdade, não podemos divorciar os dois artigos. A importância dos mesmos, contudo, é imensa e lembramos palavras de BRICHETTI que tivemos ocasião de citar em trabalho sobre "Da renúncia no processo penal" para a Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, e aplicável ao processo civil, mesmo ao processo de execução: "... basta irmos ao próprio direito processual penal e encontrar na sua legislação tendência "de estender a eficacia da renúncia feita pelas partes de valer-se de determinados direitos e de certas garantias: tendência que, oportunamente disciplinada com idônea cautela, seria destinada, a nosso ver, a tornar mais fácil e expedita a ação da justiça, sem contrariar os princípios fundamentais, e produzindo ao mesmo tempo o menor possível dispêndio e incômodo aos sujeitos processuais". "E, depois de considerar a posição de MICHELI ao proclamar ser mais exato definir a renúncia como "l'abbandono di una posizione giuridica..." escreviamos: "Ora, acontece que no direito processual de qualquer que seja a ordem, encontramos sempre uma "situação" caracterizada pela incerteza que irá perdurar até a sentença final.

Como consequência desta mesma incerteza há o fato de ser a referida situação **incompleta**. Contudo pode haver a renúncia à ação bem como a renúncia aos atos processuais o que vem constatar a existência de um direito bastante amplo a êste instituto, muito embora achar autores como FERRARA que afirmam não existir renúncia processual, tese esta insustentável porquanto não se pode negar a existência de um direito subjetivo processual... "Conceituando a renúncia como o abandono de uma posição ou de uma vantagem jurídica plenamente aplicável ao processo penal, devemos salientar que a renúncia atinge a posição ou a vantagem jurídica gerada pelo ato, nunca o ato mesmo. Afigura-se-nos não haver "direito" extinguindo "direito".

Não temos qualquer dúvida no sentido de ser válido o raciocínio para o processo penal, tanto quanto para o processo civil quer sob ângulo de declaração, quer sob o prisma de execução. Premissas como "incerteza" ou "certeza" não invalidam a posição do problema porque enquanto a incerteza da controvérsia não se transformar em certeza sentencial e a certeza do processo de execução não se transformar em obrigação satisfeita, está a relação processual incompleta.

De qualquer maneira não podemos admitir uma "faculdade de desistir de toda a execução" sem que esta desistência seja uma renúncia com a qual se põe fim ao processo de execução. Há, evidentemente, aí, uma confusão das duas figuras. Ademais, tenhamos presente que a renúncia tem efeito retroativo o que não acontece com a desistência (cfr. MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio*, pg. 129).

A ser desistência, mister a anuência da parte contrária porque, repetindo: Pela renúncia cria-se uma impossibilidade de tornar a juízo, pela desistência há, tão somente uma simples extinção de processo. Ela não invalidará novo processo de execução sob pretexto de sua existência anterior.

Não havendo extinção da execução, evidente que o desistir do art. 616 corresponde, verdadeiramente, à

desistência que, pelas suas características, implica na necessidade de anuência do executado ao desejo do exeqüente.

Anteriormente nos referimos, algumas vezes, à garantia de igualdade das partes. Mister lembrar que não se deve confundir êste sentido de igualdade das partes (paridade entre as partes nem apresentá-la como choque ao que foi apresentado pelo prof. BUZAID na Exposição de Motivos (pg. 27): "Na execução, ao contrário, há desigualdade entre exeqüente e executado. O exeqüente tem uma posição de proeminência; o executado, um estado de sujeição. Graças a essa situação de primado que a lei atribue ao exeqüente, realizam-se atos de execução forçada sem, com ou contra o devedor, que não pode impedi-los, nem subtrair-se a êles".

Óbvio que esta posição é perfeitamente lógica sempre que tenhamos em mente a ausência do contraditório no processo de execução.

A igualdade que existe ou deve existir entre credor e devedor é a igualdade garantidora da realização do direito. Violação dêste direito pode advir, simples e pura de parte do credor. Em abono ao nosso pensamento, apresentamos, anteriormente, o art. 617 a que se poderá juntar o art. 621 de que, adiante trataremos.

Opinamos, assim, no sentido de ter o devedor o direito de se manifestar quanto ao "desistir de tôda a execução", a sua anuência. Tal não precisa ser estendido a "algumas medidas executivas" conforme já ficou salientado. Ademais, seria meio hábil para prevenir consequências das mais variadas ordens e oriundas daquele "desistir de tôda a execução".

O art. 616 passaria a ter a seguinte redação:

Art. 616 — O credor tem a faculdade de desistir de tôda a execução ou de apenas algumas medidas executivas.

§ único — Para desistir de tôda a execução necessária a anuência do devedor.

O art. 621. — O capítulo dedicado às partes (arts. 612 a 620) discrimina quem se constitui parte no processo de execução, quer promovendo, quer sofrendo a força executória. Ademais, há as situações consequentes da atividade das partes mas sob aspecto mais concreto tais como aquêles que dizem respeito às obrigações alternativas (art. 618); quando há condição à qual está sujeita relação jurídica decidida (art. 619); quando se refere à cumulação de várias execuções (art. 620).

Já o capítulo V (Dos embargos do devedor) (arts. 782 a 788), nas suas disposições gerais, prevê as maneiras de como pode o devedor opôr-se à execução, prescrevendo quando não são admissíveis os embargos (art. 783); prazo (art. 784); efeitos no recebimento dos mesmos embargos (art. 787, 788), etc.

O art. 621 envolve, indiscutivelmente, aspectos concernentes à finalidade dos mesmos embargos. Envolve, é claro, questão de partes mas, pela sua natureza liga-se mais intimamente aos "embargos do devedor". O ressarcimento dos danos causados ao executado de que fala o artigo é algo mais que simples relação entre partes; envolve questão de relevância maior e isto se constata quando dissecamos o mesmo artigo 621.

Vejamos: 1º) — Há um título executivo. (art. 630 e 631);

2º) — Em decorrência dêste título é promovida a execução forçada;

3º) — O executado, então, por força do art. 782 opõe-se à execução sob a forma dos embargos de devedor.

A esta altura teremos ou a aceitação ou a rejeição dos embargos. No segundo caso, não há problemas, mas no primeiro estaremos frente a frente com o art. 621. Então:

4º) — A vitória sorriu ao embargante devedor: os embargos foram aceitos e a sentença, passada em julgado, declara inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.

5º) — Advirá em seguida, o ressarcimento dos danos sofridos pelo executado.

As questões que se originam da sequência apresentada, não resta dúvida, envolvem questão de partes, mas, fogem ao seu âmbito “técnico” ou mesmo “formal” para atingir questões de relevância maior. E isto se verifica quando consideramos:

a) De que forma será feito o ressarcimento referido no art. 621? E mais: como precisar ou apurar os danos?

b) Pela sistemática do anteprojeto, a sentença que, em julgamento de embargos de devedor, declare inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução, valerá como título executivo? Em caso de resposta afirmativa, o ressarcimento de danos, será determinante de nova relação executória, ou será integração ou continuação do próprio procedimento dos embargos? Ainda: ou passará a pertencer à execução primitiva passando a ser a sentença que declarou inexistente, no todo ou na parte, a obrigação que deu lugar à execução, a figurar como “condição”, nos termos do art. 619? Neste caso, sendo “parcial” seria admissível. Mas, sendo “total” a inexistência declarada?

c) Se a sentença de que acima tratamos, não possuir o caráter de título judicial executivo (art. 630, I)? Parece-nos ilógico e inconsequente este aspecto, contudo não será demais apresentá-lo.

Anteriormente, referimo-nos ao art. 621 salientando que o mesmo implica em matéria de alto valor para as partes. Reafirmamos o alegado, mas não podemos, de igual sorte, deixar de reconhecer que importância de maior porte será a advinda dos aspectos que ultrapassam a atuação simples de “partes”, para envolver questões outras, da maior gravidade, ao se vincularem de maneira muito especial aos embargos de devedor.

As considerações apresentadas, tanto quanto possível de maneira objetiva, leva-nos a opinar no sentido de ser mais lógico o deslocamento do apontado art. 621

para o capítulo V, seção primeira e em seguida ao art. 788.

A essência do art. 788, ademais, assim o exige: "... mas, se êstes forem afinal rejeitados, o juiz imporá ao devedor a multa de vinte e cinco (25) por cento, calculada sôbre o valor da condenação".

Acrescente-se onde couber:

Art. — O exequente ressarcirá ao executado os danos que êste sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.

O art. 630. — Entre os títulos executivos apresentados como judiciais e que se incluem no art. 630, encontramos:

a) III — A sentença homologatória de transação e de conciliação.

b) Deve ser salientada a ausência, aí, da sentença homologatória do juízo arbitral (sentença arbitral) apesar de haver sido precisada a competência d' "O juiz de direito, que homologou a sentença arbitral" perante quem deverá processar-se a execução (art. 622).

Consideremos os dois itens separadamente:

A) — RAFAEL BIELSA em "Los conceptos jurídicos y su terminología", (pag. 48) depois de se referir à necessidade de terminologia jurídica adequada, exemplifica com o erro das leis fiscais que falam de transação quando se referem a contrato de compra e venda, de mútuo, de locação, etc.

Não é necessário considerar o assunto vez que, p̄r si, êle significa confusão e, conseqüentemente, constitui-se imperdoável erro na linguagem técnico-jurídica. É o mesmo BIELSA quem salienta: "se alguém oferece em venda uma cousa por outra, e outro a compra, ainda que haja regateio, não existe transação, mas simplesmente compra e venda". Secundando as observa-

ções do apontado autor, podemos trazer CUNHA GONÇALVES (Dos contratos em especial, pg. 293) quando chama a atenção para o uso abusivo e impróprio do termo — transação — que surge como sinônimo de qualquer espécie de contrato.

Naturalmente que não existe tal no anteprojeto; contudo, as lições que acima trouxemos, hão de ter o mérito de alertar quanto a necessidade de se precisar o mais tènicamente possível a transação e, com ela, a conciliação.

Mas, não nos podemos furtar em reconhecer a existência em campo processual de confusão, muito embora em campo estrito e oferecendo dificuldades pelo "final" que normalmente atingem, não só os chamados contratos processuais, como também a própria sentença: meio hábil de atingir a terminação de controvérsia. Como substitutivos processuais, para empregar terminologia de Carnelutti, deparamo-nos com todos os meios que, afastando-se da sentença, cumprem a finalidade desta: a resolução da controvérsia geradora de litígio.

Na verdade, muito embora no processo civil o meio normal de eliminar a incerteza geradora de conflito e de litígio, seja a sentença judicial, outros meios existem e que alcançam idêntico resultado. Apenas deve ser salientado que dito resultado é conseguido diretamente dos interessados cada vez que buscam realizar "negócio jurídico processual" entre si.

Anteriormente já tratamos do assunto e escreviamos (Do contrato de transação judicial, pg. 6): "Havendo tentativa que determine a resolução dos conflitos de interesses que surgem, quer por parte do Estado, quer por parte dos particulares, indagar-se-á até onde podem chegar estas vontades (dos particulares) sem que se venha ferir a determinação de não poder a iniciativa privada alterar ou modificar qualquer dos seus princípios. A determinação dos limites dos interesses públicos e dos interesses privados, as suas fronteiras, a sua interpenetração são assuntos de capital importância mas, igualmente, de quase impossível resolução".

“Por tudo isto é que o estudo dos contratos processuais, oriundos que são da possibilidade de negócios jurídicos processuais, constitui-se dos mais árdios temas da processualística”.

Decorrem duas posições ou situações distintas: a primeira quando a composição é feita pelas partes, sem intermediação de terceiro. Dá-se a figura da autocomposição. Segunda posição é aquela onde se encontra referida intermediação de terceiro: diz-se haver, aí, heterocomposição.

Em outras palavras temos que da mesma maneira que buscam as partes, voluntariamente e em juízo a resolução dos conflitos de interesses e pleiteando que o Estado atue de maneira coercitiva na efetivação do direito, da mesma maneira, isto é, partindo-se da voluntariedade das partes, podem elas buscar a composição dos conflitos que sintetizam os seus interesses, fora do juízo ou no próprio juízo quando já iniciado o litígio.

Clássicos exemplos de autocomposição serão encontrados na renúncia e no reconhecimento. Entre ambos coloca-se a transação porque, enquanto a renúncia consiste no abandono da pretensão (diria MICHELI “posição jurídica”) e o reconhecimento consiste no abandono da discussão, na transação teremos as partes transigentes dando algo e, ao mesmo tempo, retendo algo (*aliquid datum et aliquid retentum*) o que levou Carnelutti a proclamar como limites seus: a renúncia (total) à pretensão própria, e o reconhecimento (também total) da pretensão alheia.

Então, a transação alcançará o seu fim cumprindo a sua função: eliminar um litígio de conformidade com a vontade das partes e estabelecendo o fim da coisa litigiosa. (Cfr. CHARLES BOYER, *La notion de transaction*, pg. 40). Mas, é preciso que exista para as duas partes uma *RES DUBIA* ou, segundo outros uma *RES DUBIA ET LITIGIOSA* que por tanto tempo preocupou e impressionou aos estudiosos do tema.

Além da *RES DUBIA* há necessidade de um *TIMOR LITIS* originário do estado duvidoso em que

se encontra, não importa se a LIS ou se a RES. O momento não comporta digressões a respeito e a colocação de uma ou de outra como posição dominante não implica em alteração de nossas conclusões.

Finalmente cumpre existir um LITÍGIO INICIADO ou a IMINÊNCIA DE UM QUE POSSA SURGIR DA INCERTEZA DE DIREITOS RECÍPROCOS — res dubia.

Dêstes aspectos atinge-se a "CONDITIO IURIS" da transação: as concessões recíprocas que, no dizer de FURNO (Teoria de fijacion y confesion extrajudicial, pg. 189) constituem a característica típica da transação. "É um requisito tão essencial que sem êle a função técnica e o fundamento positivo da figura desaparecem". E a natureza das concessões recíprocas é a mais ampla podendo ter como base um valor econômico como pode consistir num fazer, ou dar. (Cfr. Ch. BOYER, pg. 14) desde que sejam elas efetivas, nunca imaginárias ou decorativas como lembra BUTERA,

Portanto: da existência de uma RES DUBIA geradora de um TIMOR LITIS e através de concessões recíprocas é que atingimos a transação. Imprescindível haver uma RES DUBIA. VALERON (Tractatus de Transactionibus, Tit. I, Quaest. nº 6, apud NEHEMIAS GUEIROS — Transação e Ratificação Extrajudicial, pg. 18) resume o problema: "ad praecipuam transactionis formam spectat QUOD. ALIQUE, HINC ET INDE DATO VEL RETENTO, FIAT, e QUOD RECIPROCAM HABEAT PRAESTATIONEM, et nec atori totum quod petit absque aliqua retributione concedatur; nec etiam reus adeo liberatur gratuito quod nihil eroget; nec alias Transactio non tam onerosus contractus quam gratuitis existimetur, et transeat in donationem".

Calcando-se nestas condições, teremos a transação pondo fim à coisa duvidosa (antes ou durante o litígio a ser gerado ou gerado) eliminando a incerteza das partes sobre a relação jurídica. A razão de ser da transação antes de iniciado o processo ou durante êle mesmo, é simples: a incerteza perdura, de igual sorte,

tanto antes de alcançar o juízo quanto durante o mesmo, até a sentença transitada em julgado.

Exemplo da possibilidade de transação fora do juízo a produzir todos os efeitos de como se fôra produzida no mesmo, encontramos no ensinamento de COUTURE (Proyecto do Codigo de Procedimiento Civil, pg. 275). No livro III (Juicio ejecutivo): 443 — Procedencia del juicio ejecutivo. "Procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes titulos, siempre que en ellos surja la obligacion de pagar cantidad de dinero liquida y exigible:

1 —

2 — Transacion no aprobada judicialmente..."

Característica da transação é, igualmente, ser ela acabada anteriormente à sentença transitada em julgado. Depois, parece-nos, é impossível existir a transação porque não mais existe a) RES DUBIA; b) TIMOR LITIS; c) INCERTEZA. Igualmente não pode haver concessões recíprocas para evitar qualquer dos pontos apontados e isto por uma razão muito simples: não mais existe conflito de interesses. A sentença culminou-o.

Voltaremos à transação para considerar em complementação a estas notícias, o art. 844, II do anteprojeto.

O caráter da conciliação é diverso. Acima indicamos COUTURE e voltamos ao pranteado mestre uruguaio (op. cit. pg. 276) pelo caráter dado pelo mesmo à conciliação: "Trabado el embargo, el ejecutante intentará la conciliacion..."

"Si el ejecutante no intentara la conciliacion, podrá hacerlo el ejecutado..."

Impossível identificar transação e conciliação. São, voltando à linguagem de CARNELUTTI, substitutivos distintos entre si. Enquanto a transação, como vimos, visa eliminar a controvérsia mediante concessões recíprocas (aliquid datum, aliquid retentum), a conciliação dela se distancia quando considerada a sua finalidade: uma composição justa, (na transação esta com-

posição justa não existe, ou melhor, pode não existir como acontece normalmente). A conciliação, lembra COUTURE mais uma vez (Estudios, 1^a pg. 230 e ss.): "é um acôrdo amigável que se intenta da mesma maneira que é o acôrdo conseguido ou concretizado. Ajunta êle depois de salientar que a conciliação é o gênero e a transação é a espécie: "Siempre que se transa se concilia; no siempre que se concilia se transa".

CARNELUTTI aponta-lhe estrutura de mediação porque pode ser traduzida como a intervenção de um terceiro (entre os portadores de conflitos de interesses) com o objetivo de induzí-los à composição contratual.

A sua distinção com a transação, já apontamos: quanto a finalidade. Na transação busca-se uma composição contratual qualquer, sem preocupação da justiça enquanto que na conciliação busca-se uma composição contratual justa.

Vemos possuir tanto a transação quanto a conciliação um objetivo comum: alcançar um acôrdo de vontades sôbre determinada relação jurídica e então é preciso tomar em consideração o ensinamento de COUTURE anteriormente apontado a que se há de juntar o de REDENTI (Profili Pratici 2^o ed. pg. 182) demonstrando que a conciliação abrange a transação.

Então verificamos que não devem ser confundidos os dois contratos e basta considerar o que acentua M. HÉBRAUD: "Le règlement amiable du litige peut être obtenu, non par des concession réciproques, mais par un abandon unilatéral de l'un ou l'autre plaideur: la réconciliation en divorce n'est pas une transaction". (apud. L'indispensable accélération de la Justice Civile, Pierre Julian, pág. 70).

Também COUTURE (op. e lo. cits.) depois de apontar a conciliação como gênero e a transação como espécie lembra que "La doctrina moderna, que llama a estas formas de resolver amigablemente el proceso, actos de "autocomposicion", admite tres formas típicas de avenencia: el desistimiento, la transaccion y el allanamiento. El desistimiento es el abandono del actor: un acto abdicativo que consiste en reconocer que se

tiene derecho a demandar con posibilidades de éxito; la transacción es el acuerdo mediante recíprocas concesiones; el allanamiento es el sometimiento del demandado”.

Mais: “La conciliación (como sinónimo de avenimiento), puede lograrse merced a esas tres formas: o mediante un reconocimiento por parte del actor que evite el proceso; o mediante un acuerdo de partes que lo haga innecesario, por aquello de que la transacción es el subrogado contractual de la sentencia; o porque el demandado comprende que el actor tiene razón y se rinde a él”.

O anteprojeto cria o regime de conciliação (arts. 485 a 488) e, se bem para os casos em que “o litígio versar sobre direitos patrimoniais...” (art. 485) além das outras formas de se manifestar a conciliação (afóra a transação) devemos ter em mente a necessidade de não se confundir tais meios de autocomposição. Que visam tais remédios? Pôr fim ao litígio. Em ação de investigação de paternidade, por exemplo o mesmo não se enquadrando nos termos do art. 435, quando o pai para evitar por este ou por aquêle motivo o litígio, reconhece a paternidade o que acontece? evita-se o litígio e não houve transação.

Constata-se que há no anteprojeto a intenção de conferir ao juízo função conciliatória. Das mais louváveis a inovação já que é a função de conciliar uma das mais notáveis na pacificação social e, no caso, se verificará de maneira direta para alcançar os seus fins. O que não aceitamos é apresentar a transação como conciliação ou mesmo como decorrência uma da outra substancialmente, não formalmente falando.

O condicionamento dos dois tipos verifica-se no anteprojeto e basta considerar os arts. 486 a 488:

No art. 486: “O juiz tentará **conciliar** as partes, a fim de pôr termo ao litígio mediante **transação**, “A atuação do juiz atinge, em cheio, atribuição exclusiva das partes (de transigir) quando tenta conciliar. A tentativa do juiz deverá ser orientada para alcançar uma **conciliação**. A homologação que a transação judicial

ou mesmo a extrajudicial implica, não significa, de nenhuma maneira, intervenção ou atuação direta, do juízo sobre as partes ao contrário do que acontece com a conciliação. Daí a razão estar com COUTURE ao salientar que quem transige, concilia mas nem sempre aqueles que conciliam, transigem.

No art. 487 temos: "Chegando as partes a uma **composição amigável**, o juiz mandará tomar por termo a **transação**". O raciocínio aplicado ao art. anterior é válido para o presente: a **composição amigável** alcançada pela conciliação é **CONCILIAÇÃO**, nunca transação.

No art. 488 está preceituado: "O termo de **conciliação** assinado pelos **transigentes** o homologado pelo juiz, terá valor de sentença". Decorrendo dos arts. anteriores, o termo de conciliação será assinado pelos conciliados, jamais pelos transigentes.

Se existe o condicionamento de transação à conciliação nos termos de espécie e gênero, não há distinção, no anteprojeto, entre os dois substitutivos que aparecem com finalidade idêntica. Surgem sem terem precisados uma diferenciação que, realmente, existe entre ambas as formas de composição. No art. 487, então, identificam-se pela "composição amigável" o que nos parece, inadmissível.

Tais considerações que escapam, especificamente, ao capítulo das execuções, contudo são indispensáveis à consideração do art. 630.

Na verdade, no item III do referido art. 630, transação e conciliação deveriam estar diferenciadas.

"Art. 630

I —

II —

III — A sentença homologatória de transação e conciliação".

Parece-nos que há: a) sentença homologatória de transação e

b) sentença homologatória de conciliação.

Dando destaque ao elemento de "GIUDIZIALITÀ" (Cfr. SANTORO-PASSARELLI, La transazione, pg. 47) voltamos aos arts. 486 e ss. do anteprojeto: art. 486. "O juiz tentará a conciliação".

Se o conseguir advirá a) término do litígio;

b) transação (forma de concretizar êste final). Tere-

mos, então, uma transação provocada pela "GIUDIZIALITÀ" e isto é inadmissível pela natureza mesma da transação.

Art. 487 — Ainda carece de fundamentação vez que, conciliados, chegam as partes a um acôrdo provocado pelo juízo. Então, "o juiz mandará tomar por têrmo a transação".

Art. 488 — Conclusão dos arts. anteriores: identificam-se transação e conciliação: temos aí um têrmo de conciliação assinado pelos transigentes.

Mister distinguir as sentenças (homologação) oriundas da transação e de conciliação. Necessário distinguí-las no art. 630.

Que o sentido do autor do anteprojeto foi distinguir as duas figuras surge-nos se consideramos o art. 844, II do título "Da suspensão e da extinção do processo de execução".

Reza o art. 844: Extingue-se a execução:

"I —

II — Quando o devedor obtem, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida.

III —"

A indicação expressa da transação como meio de extinguir o processo de execução indica a não identificação ou a confusão da mesma com a conciliação.

Aproveitamos a ocasião para apresentar a nossa discordância à apresentação da transação como meio de extinguir o processo de execução. Tal é baseado em simples e única razão: nem é possível haver uma transação, judicial ou extrajudicial (chamaríamos de preventiva) sem dúvida sôbre a cousa (RES DUBIA). Ou, segundo outros, sôbre a LIS DUBIA.

Não importam as posições doutrinárias desde que basta ter presente a necessidade imperiosa da dúvida a refletir incerteza característica a todos os conflitos e a todos os litígios. A execução originada da transação será sempre havida como derivada de título judicial (sentença homologatória) sobre a qual não paira qualquer espécie de dúvida ou incerteza. A transação podendo extinguir processo de execução, significaria a negação de toda a construção feita para firmar a sua posição no campo jurídico processual.

Mesmo considerando-se as diversas espécies de títulos extrajudiciais, caracterizando-se êles pela certeza e liquidez, parece-nos não ser possível nem razoável a utilização da transação como meio de extinguir o processo de execução. Mais uma vez, cu estamos ante a certeza do direito (representada pela responsabilidade) ou não existe esta certeza. No caso afirmativo: é impossível transigir pela natureza mesma de tal contrato. No caso negativo (improvável) não podia haver a execução já que êste pressupõe certeza.

Perigoso seria aceitar a possibilidade de extinguir o processo de execução pela transação aceitando princípios do processo alemão, que, excepcionalmente, admite tal, em execução forçada. (Cfr. ROSENBERG, Tratado, II, pg. 312, Paul Bonin, Der Prozessvergleich, pg. 166).

B) — No art. 297, VI do anteprojeto (Título: Da formação, da suspensão e da extinção do processo) encontramos ser o COMPROMISSO ARBITRAL meio de extinguir o processo; no art. 330, na secção II do cap. II — Da contestação — encontramos, no item VIII o COMPROMISSO ARBITRAL. É que deve o réu alegar, na contestação, "toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido formulado pelo autor". (art. 329). E, antes de discutir o mérito compete-lhe alegar o apontado compromisso arbitral.

O resumo do compromisso arbitral (aceitando a denominação do anteprojeto) pode ser apresentado com as palavras de KISCH (Derecho Procesal Civil,

pg. 410): "O contrato pelo qual se encarrega a terceiro a mediação arbitral chama-se compromisso; o terceiro que decide, árbitro; a via por onde se chega a uma resolução, procedimento arbitral ou arbitragem; e a resolução, sentença arbitral (laudo)."

O autor do anteprojeto, no nº 14 da Exposição de Motivos, acentua a orientação seguida no sentido de "aplicar os princípios da técnica também ao domínio da linguagem". Ora, anteriormente, no nº 13 ficou esclarecido que "o processo civil é um instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei..." ao que, juntando mais um pensamento do ilustre autor "a lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes", temos que pode existir a extinção do processo (instrumento jurídico eminentemente prático) sem que isto implique a resolução da lide. (Cfr. § 1º do art. 297: a extinção do processo (quando o autor desistir da ação) não extingue a ação, que poderá ser renovada). Pela natureza, tanto do compromisso quanto da arbitragem, evidencia-se que o juízo arbitral persiste na nova sistemática.

O problema central do assunto é o da apresentação da natureza de ato materialmente jurisdicional e para tal é bastante o ensinamento de REDENTI ("O compromisso e a cláusula compromissória" pg. 17, trad. da E.J.E.A.) ao tratar da derogabilidade da jurisdição (competência) dos juizes: "El presupuesto de todo eso es que la ley consienta a las partes privadas derogar, ergo evadirse del regimen ordinario de administracion de justicia, para atribuir convencionalmente funciones hasta cierto punto vicarias de la de los jueces ordinarios a otros sujetos (personas fisicas) no investidos institucionalmente de funciones publicas, sino que solo de la voluntad de dichas partes obtienen, en cada caso la atribucion del encargo. Y son los que tradicionalmente toman el nombre de arbitros...". Como se verifica, partindo-se do compromisso, não é o juízo arbitral um negócio de composição da lide. Ademais temos que a atividade do árbitro é diversa da atividade

das partes (na transação, por exemplo) e se manifestará no laudo o qual, por sua vez, comporá a lide e terá eficácia de sentença por força da lei.

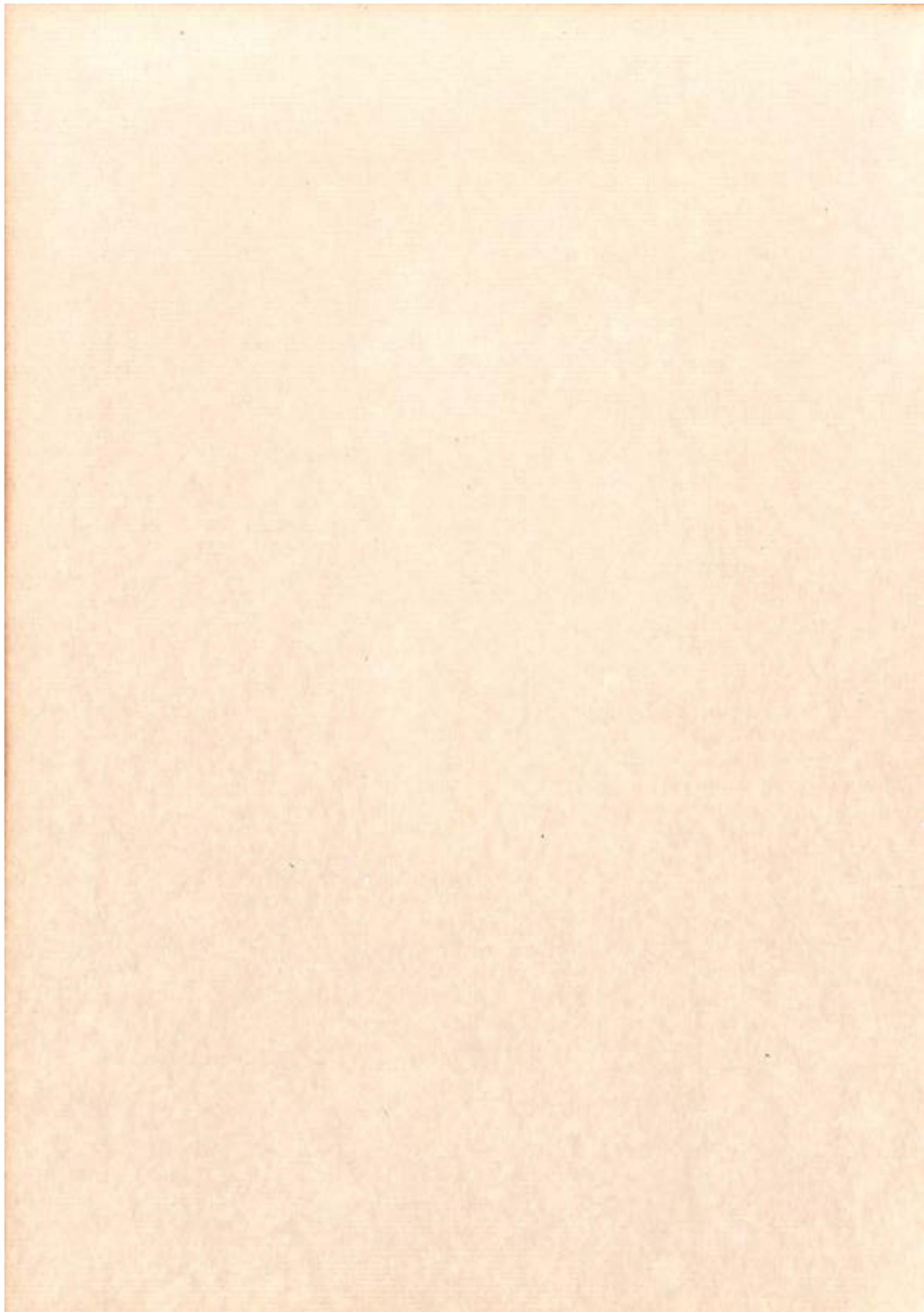
A conclusão será encontrada na arbitragem e Carnacini (Arbitraje, trad. da E.J.E.A. pg. 135) lembra que depois do procedimento próprio, resta aos árbitros a parte mais importante e delicada da sua missão: deliberar e apresentar o laudo. A êste pensamento devemos juntar a lição de CHIOVENDA (Relação jurídica processual e litispêndência, in Ensayos, III, pg. 191): "Também a transação e o compromisso, sendo atos realizados fora do processo, não fazem por si cessar a litispêndência; as partes que transigem ou comprometem obrigam-se a não prosseguir a litis, ou a não prosseguí-la nas vias judiciais; a relação processual está sempre aberta enquanto não se leve a cabo a renúncia aos atos, ou o juiz, quando uma das partes pretende prosseguir a litis, encerre a litis mesma com EFEITOS DESDE A SENTENÇA".

Como a transação, o compromisso arbitral assume posição de substitutivo processual que não pode, em absoluto, ser posto de lado. O laudo arbitral é passível de execução e Norberto Gowland (Impugnacion del laudo arbitral, pg. 37) ao tratar do assunto apresenta exemplos bem interessantes apanhados na jurisprudência argentina.

Face às considerações anteriores a par do critério adotado pelo autor do anteprojeto na sua elaboração, o art. 630 sofreria alterações passando a ser apresentado da seguinte forma:

Art. 630 — São títulos executivos judiciais:

- I —
 - II —
 - III — A sentença homologatória da conciliação;
— A sentença homologatória de transação;
— A sentença homologatória de laudo arbitral;
— A sentença estrangeira ...
- § único —"



II — DA COMPENSAÇÃO e o ante-projeto de Código de Processo Civil. (*)

1. O anteprojeto de código de Processo Civil apresenta, em muitos de seus aspectos, contribuição decisiva para uma nova sistemática processual civil em nosso país. A presença da compensação com características certas, torna-a tema a exigir consideração cuidadosa e especial, facilmente verificável ante a leitura do artigo 124 do referido anteprojeto.

Preceitua o referido artigo:

“Art. 124. O juiz da causa principal é também competente para:

I — As ações de garantia e outras que concernem a terceiro interveniente, como a nomeação à autoria, à denunciação da lide, o chamamento à ação e a assistência.

II — A compensação.

III — A reconvenção.

IV — A ação declaratória incidente (art. 5º)”.

Bem certo ser a compensação encontrada no vigente código nacional e nos demais ordenamentos que o antecederam. Necessário se faz, assim, se precise a motivação porque instituto de direito privado, por excelência, mereceu destaque como se deduz do art. 124 do anteprojeto, destaque este representando muito mais que a simples inclusão de instituto privado em ordenamento processual.

O juiz da causa principal sendo também competente para a “compensação”, ao conhecê-la, estará

(*) Especialmente escrito para os “Estudos em honra ao Prof. Machado Guimarães”.

gerando consequências do mais alto valor para a processualística pátria pela cientificidade nela encontrada. Há de se considerar:

a) efeito meramente processual de atividade unilateral da parte e consistente em defesa ou em reconvenção;

b) efeito jurídico substantivo oriundo de atividade processual da parte.

A predominância do segundo aspecto, para ser constatada, exige, tão somente, simples interpretação gramatical do texto do artigo 124 a nos conduzir ao convencimento de profunda alteração aí encontrada. Sendo o juiz competente para a "compensação" da maneira mesma que é para a "reconvenção" e ações indicadas nos itens I e IV do artigo, torna-se susceptível de apreciação judicial implicando êste fato na equivalência da "compensação" a ações e a reconvenção (ação reconvenicional em última análise).

É a compensação instituto essencialmente material e não nos parece possível negar-lhe o caráter. O normal, portanto, será a indagação no sentido de, sendo trazida ao campo processual, constituindo conteúdo de ato processual, persistirá ela com a sua natureza material ou passará a se constituir processualmente, isto é, revestir-se-á de natureza processual? Ademais, em resumo: pelo art. 124, é a compensação susceptível de apreciação judicial.

2. Acentue-se o pensamento do projetador quando, na Exposição de motivos, afirma ser a parte geral de um código de processo civil "autônoma, regendo-se por princípios próprios, que lhe subministram a matéria e a estrutura, sem qualquer vínculo de subordinação ao direito material". E a segunda parte, salienta o prof. Alfredo Buzaid, ser "bem diferente da primeira, porque objetiva particularizar o procedimento de determinadas ações, cujos pressupostos são fornecidos pelo direito material. Sob êste aspecto há entre o processo civil e o direito material um nexo de íntima dependência. O direito material é o prius; o processo

civil, o posterius. Este sucede àquê na ordem lógica”, referindo-se, como logo se evidencia, à parte especial. (1)

A par de ser a compensação instituto eminentemente material e de se encontrar na parte geral do anteprojeto, poderia parecer existir aí, uma contradição. Mas, o que há realmente é um instituto de direito material atuando ou surgindo como um todo que servirá de conteúdo a ato processual e, como tal, a produzir efeitos igualmente processuais. Não simples efeitos processuais, mas resultado se nos utilizamos da linguagem de ALLORIO. (2)

Antevendo, parcialmente, o problema, PONTES DE MIRANDA acentuaria: “Alguns negócios jurídicos são conteúdo de ato processual (a transação judicial, a compensação, etc.). Vistos pelo lado do direito processual, são atos processuais. Vistos pelo lado do direito material são negócios jurídicos privados. Os dois ramos do direito enlaçam o mesmo ato, submetendo-o aos seus preceitos. Os efeitos de direito material independem da eficácia ou subsistência da eficácia como ato processual, salvo regra de direito material”. (3)

(1) ALFREDO BUZARD — Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código de Processo Civil, pág. 11.

(2) ENRICO ALLORIO — Diritto Processuale Tributario, § 54, pág. 185 e ss. Sallenta êle: “La posizione del processo rispetto al diritto sostanziale è posizione d'autonomia non d'isolamento. Il primo serve al secondo: il processo muove da una situazione di diritto sostanziale; il regolamento della lite. Perciò esso comunica col diritto sostanziale per mezzo del suo principio e attraverso il suo esito” ... “Si distinguono così, in senso agli effetti sostanziali del processo insenso lato, i RISULTATO del processo dai MERI EFFETTI dello stesso; ... Risultato sono gli effetti conformi alla destinazione del processo; meri effetti gli atti”.

No processo de declaração, o **risultato** é a coisa julgada normalmente. “Quanto ai meri effetti del processo, si possono distinguire gli effetti d'atto conclusivo del processo, in quanto questi ultimi siano distinti dal risultato”.

(3) PONTES DE MIRANDA — Comentários ao Código de Processo Civil, 1º vol. pg. 88. Ainda Pontes de Miranda, no Tratado de Direito Privado, vol. 24, pg. 418 e ss. acentua: “A alegação no processo não é, materialmente, diferente da alegação fora do processo. A priori pode ser feita em qualquer tempo, inclusive nos embargos à execução. Se a existência ou a validade do contracrédito estava sendo discutida noutro juízo inclusive no juízo arbitral, tra-

Mais especificamente, ainda Pontes de Miranda doutrina: "A priori não há princípio que imponha a compensação; poderiam subsistir, perante a lei e até contra a vontade de um dos credores, de dois ou mais créditos. Exatamente no conceberem as regras jurídicas a posteriori que se lancem contra êsse querer, é que se revela o processo histórico do instituto..." e mais adiante: "O que depende de regra jurídica especial é a compensação ainda que o outro credor não queira". Tudo isto, lembremos, depois de considerar a compensação convencional que independe de regra jurídica especial.

3. No ordenamento processual, não poucas vêzes, encontramos negócios jurídicos privados constituindo o conteúdo de ato processual tal como acontece com a novação, a compensação, etc. Como conteúdos de ato processual, tais institutos podem ser olhados sob o prisma de mero efeito ou mesmo de simples ato processual e, por outro lado, sob ângulo de direito material, quando serão havidos como sendo negócios jurídicos privados.

KOHLER partindo da idéia de existência de "doppelfunktionelle Prozesshandlungen" alteraria profundamente a sistemática processual civil e, desviando o

ta-se como só agora preenchida a *conditio iuris* de existir o contracrédito e ser suscetível a compensação. A postulação referente à compensação, que antes do processo se alegara, é puramente processual: o juiz tem apenas de decidir se houve, ou não, essa alegação". A seguir o mesmo autor apresenta as concepções privatística processualística emista que procuram explicar a compensação. Pela primeira, a compensação seria, apenas, "instituto de direito privado cujas regras jurídicas os juizes, em caso de alegação em processo, teriam de aplicar" a que acrescenta: "Daí a alegação ter de ser tratada distintamente, no caso de alegação extrajudicial e no caso de alegação judicial".

A concepção processualística conforme Kohler, Wach e, atualmente Nikisch que frisa "não haver duplo suporte fático na compensação em processo: há, apenas, ato processual com efeitos processuais".

Finalmente a teoria mista (materialística-processualística) "põe em evidência o suporte fático de direito material e os pressupostos da atuação processual e da eficácia no processo".

Quanto ao *priori* e ao *posteriori* apontados: Tratado de Direito Privado, vol. 24, pág. 305.

fulcro do processo para os efeitos dos atos processuais, abriria novos horizontes à nossa ciência.

Posteriormente, ERNST WOLFF apontaria "**eine Doppelnatur**" na "**Erklaerung des materiellen Rechts... wenn sie im Prozess erfolgen**". (4)

Mas, tenhamos bem presente, tal fato não implica na absorção de instituto material pelo processo civil ou vice-versa. Portanto, apesar de PUGLIATTI definir o fenômeno jurídico como "fato social juridicamente qualificado", conforme adiante veremos, possuidor de núcleo, não nos esqueçamos do ensinamento de ROSENBERG ao acentuar: "... não serão atos processuais os negócios jurídicos regulados em seus pressupostos e efeitos pelo direito civil, ainda que se realizem no curso de um processo e por ocasião do mesmo, em particular, para ser considerado na sentença". (5)

"Fato social juridicamente qualificado" é como denomina PUGLIATTI, o fenômeno jurídico e daí é que se deve partir para o estudo dos fenômenos jurídicos processuais quando se verificará a veracidade do afir-

(4) ERNEST WOLFF — *Buergerliches und Prozessrecht in Wechselwirkung*. pág. 24.

Bem interessante é a posição assumida por Aldo Andolina em "Per un profilo degli atti processuali con effetti di diritto sostanziale" in *JUS*, marzo 1959, pág. 111 e seg. quanto "la **relazione** corrente tra la **fattispecie** di diritto sostanziale ed il processo". Apresenta êle duas posições distintas: a) "... la **relazione**... si concreta in una **inerenza formale** della **fattispecie** materiale al processo" e b) "... la **relazione** tra **fattispecie** materiale e processo può concretarsi nella **incidenza** dell'effetto sostanziale prodotto sull'oggetto del giudizio". Partindo daí, critica o fato de "non aver distinto il fenomeno delle **fattispecie giuridiche materiali**, inserite nel processo, da quello delle **doppelfunktionelle Prozesshandlungen**", referindo-se a Ernst Wolff quanto ao seu trabalho acima citado.

(5) SALVATORE PUGLIATTI — *Escuzione Forzata e Diritto Sostanziale*, pág. 64. Assim se expressa: "Il fenomeno giuridico è un fatto storico-sociale giuricamente qualificato: il nucleo (elemento sostanziale) sta nel fatto, l'elemento qualificativo (elemento formale) promana dalla norma. Anche da un punto di vista strettamente scientifico, non filosofico, se può esser concesso analizzare separatamente contenuto e forma, non si può certo prescindere per la comprensione piena del fenomeno, dal considerarne gli elementi costitutivi nella loro sintesi". — ROSENBERG — *Derecho Procesal Civil*, 1º vol. pág. 361.

mado visto haver sempre a necessidade de partirmos da admissibilidade de um núcleo encontrado no fato e constituindo o elemento substancial, a par de elementos formais: elementos qualitativos que promanam da norma.

Este núcleo nunca deixou de existir e o progresso e o aperfeiçoamento do processo bem o demonstram, sempre, e cada vez que temos presente ou aceitamos um PRIUS lógico-material possibilitando a existência de um POSTERIUS lógico-processual.

O processo dar-lhe-á feições e características próprias através dos efeitos dos atos processuais que representam.

O prius material, mesmo continuando com tal caráter, ao determinar posterius processual deixará este processual livre, independente e possuidor de efeitos próprios: efeitos processuais substantivos.

Na verdade, da mesma maneira que vemos em cada relação jurídica um complexo de interesses, somos levados a ver com ela, o ordenamento jurídico que considera não só a sua tutela ou a sua garantia. Daí a compreensibilidade da correlação existente entre "fato jurídico" e "consequência jurídica". De outra maneira não seria possível existir no processo civil, qualificação para direito, obrigação, ilícito, etc. e sempre subordinados a uma distinção entre o juridicamente necessário e o juridicamente possível com a utilização de terminologia de CAMMARATA. (6)

O estágio alcançado pelo direito processual civil, não mais nos permite o afastamento de apreciações desta ordem pois não mais é possível ver-se na instrumentalidade do processo, nos atos ou fenômenos processuais, elementos da ordem meramente formal sem nos estendermos aos elementos ditos como de ordem substancial.

Como conteúdo de ato processual, a compensação pode ser considerada como ato processual muito embo-

(6) Apud GIANANTONIO FAVERO — Estinzione della obbligazione per confusione, pág. 5.

ra, intrinsecamente conserve suas características de negócio jurídico privado. Não sendo possível negar-lhe um efeito, a prevalecer a segunda hipótese, estaríamos forçados a conceder-lhe simples efeitos processuais. Na primeira hipótese, isto é, sendo o instituto material trazido ao campo processual para constituir conteúdo de atos seus, então, ei-los ampliados e gerando efeitos mais que "simples efeitos" porque atingirão o **RISULTATO**, como anteriormente dissemos aproveitando a linguagem de **ALLORIO**.

O estudo da compensação tal como é posto no art. 124 do anteprojeto, assume importância capital para os estudos do processo civil por envolver inovações das mais importantes e mais avançadas pelo que representam no campo dos efeitos processuais que, além de existirem sob forma de simples ou meros efeitos (processuais e formais) atingirão (processualmente) campos de direito material.

Bem certo não ser possível negar que tanto o simples efeito, quanto o resultado "... si producono nella sfera del diritto materiale; ma, mentre il primo attiene all'effetto sostanziale tipido dell' intero processo, (referindo-se ao resultado) questi ultimi (referindo-se aos meri effetti) concretano, piuttosto, conseguenze giuridiche particolari di singoli atti processuali, non riconducibili entro gli stampi del **RISULTATO**". (7)

Finalmente, ao se considerar o resultado como ampliação do campo de atuação do processo, devemos ter em mente a chamada **SITUAÇÃO JURÍDICA FINAL** a que tende obviamente, todo o processo jurisdicional e que se sintetizará na coisa julgada material. Não sendo assim, não haveria uma razão de ser do direito processual civil.



4. Fruto do bom senso romano, a compensação surgiu para ser utilizada nas relações entre banqueiros

(7) ALDO ANDOLINA — Op. cit. pág. 103.

e os seus credores e se constituiu forma de extinção de obrigações recíprocas, total ou parcialmente. JOERS apresenta-nos, entre os diversos casos de compensação do direito clássico, a *AGERE CUM COMPENSATIONE* do banqueiro como sendo a que mais se identifica com a compensação moderna e, para caracterizá-la nada como que a figura de EDOUARD CUQ: "La balance des sommes deus personnes se deivent réciproquement", calcando-se, evidentemente, em Modestino: "Compensatio est debit et crediti inter se contributio". (8)

Situando-se em área de caráter simplesmente convencional, estava a compensação, primitivamente, fora da órbita jurídica e só muito lentamente, numa como que complementação do referido bom senso romano, atingiria caráter jurídico para, por fim, penetrar na legislação e firmar-se com Marco Aurélio e consagrarse, definitivamente, com o direito justinianeu.

Pode parecer estranho tal evolução ante a simplicidade desta forma de se extinguir obrigações: alguém ser devedor e credor a um tempo, de outrem que, igualmente é devedor e credor do primeiro terem as suas obrigações extintas sem a necessidade de pagamento recíproco.

Igualmente pode parecer estranho não oferecer este tema grandes problemas a não ser quando se considera a técnica de sua atuação. No primeiro aspecto encontramos a compensação sob impacto de dificuldades que teria de vencer para alcançar um lugar no mundo jurídico e apresentadas sob a forma de princípios derogadores de princípios jurídicos outros, apontados como fundamentais na ciência jurídica romana. Sintetizando, apresenta-os EDOUARD CUQ (9): "... d'abord au principe que tout débiteur est tenu d'exé-

(8) EDOUARD CUQ *Les Institutions Juridiques des Romains*. 2º vol. pág. 532 onde, igualmente, salienta: "Le mot compensation, de pendere cum, éveille l'idée d'une pesée, d'une balance". *Op. cit.* pág. 532, nota 2 Cfr. JOERS — KUNKEL — *Derecho Privado Romano*, pág. 289.

(9) EDOUARD CUQ — *Op. cit.* pág. 532.

cuter son obligation; ici il peut s'y refuser jusqu'à concurrence du montant de sa créance; puis au principe de l'unité de question posée au juge; ici une double créance est soumise à son appréciation, l'une par le demandeur, l'autre par le défendeur".

Quanto à técnica de sua atuação, problemas advindos da exceção e da iudicia contrária, respeitando-se, evidentemente, os momentos históricos em que tiveram vez. (10)

5. Faticamente e calcando-se na equidade, a compensação surgia como meio de facilitar os pagamentos. Admitida para certas e determinadas hipóteses foi se generalizando seguindo momentos decisivos que podem ser apresentados em três fases.

- a) período anterior a Marco Aurélio;
- b) período de Marco Aurélio a compilação de Justiniano;
- c) período que se inicia com o direito justiniano.

Inoportuno é desenvolver êstes períodos. Contudo, cabe-nos acentuar: quanto ao primeiro período: era a compensação de ordem convencional e com dificuldades é que superou momentos e princípios indicados por ÉDOUARD CUQ para encontro de forma jurídica própria e já anteriormente referidos.

Quanto ao segundo momento: sob Marco Aurélio houve a reforma consistente na possibilidade de poder a compensação ser admitida desde que o autor exercesse ação de direito estrito e o demandado tivesse o cuidado de inserir na fórmula, exceção de dolo. Estabelecia-se como fundamento de tal exceção o fato de

(10) JOERS-KUNKEL — Op. Cit. pág. 289. — Que se tenha presente o princípio da unicidade da questão que caracterizou o primitivo procedimento romano. Acentuava Cícero: "ne plus quam de singulis rebus simul consulunto", lembrado por Pontes de Miranda, Op. cit. pág. 306, vol 24 que doutrina: "Nem se cumulavam as ações, nem se admitiam contra-ações, nem se atendia ao que ocorresse durante o processo. Nem se atendia a contradireitos, ou contrapretensões, ou a contra-ações; portanto não se podia pensar em reconvenção, em mútua petição". Só com o processo formular surgiria a admissão de exceções e ações de boa fé. Aí, o juiz devia "atender a pretensões e ações das duas partes".

constituir dolo "reclamar o que, de logo, se deve restituir". (11)

Finalmente a terceira fase: aí, o direito justinianeu promoveu nova regulamentação que pode ser reduzida a: 1) — admissão da compensação em tôdas as ações que tratem de dívidas, quer *EX EADEM CAUSA*, quer *EX DISPARI CAUSA*; 2) — poder ser oposta em ações reais ou pessoais; 3) — não poder ser invocada por quem detem coisa alheia; 4) — realizar-se *IPSO IURE*.

6. A esta altura estava fixada a essência da compensação: forma de extinguir obrigações. Contudo, avolumavam-se os problemas de técnica quase sempre se originando da expressão *IPSO IURE* que, muito justamente, o professor Soriano Neto qualificaria de "cabalística".

Eis-nos ante a "*Sed nostra constitutio eas compensationes quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones IPSO IURE minnant sive in rem, sive personales, sive alias quescumque...*" provocando um mundo de controvérsias acêrca da maneira de como foi empregada a expressão *IPSO IURE*.

As divergências interpretativas da expressão indicada constataam a importância que o *IPSO IURE* representa para o estudo da compensação e, mui especialmente, quando a encaramos no campo do direito processual civil. Então, mais perfeitamente percebemos a exatidão do indagado pelo professor Soriano Neto: "com que objetivo foi empregada a cabalística expressão *IPSO IURE*?". Pelos séculos a fora estêve presente a interrogação e prolongaram-se as interpretações.

DERNBURG refere-se a uma aceitação pelos glossadores quanto à apresentação do "a compensação tem lugar *IPSO IURE*" como significando a extinção de créditos recíprocos *SINE FACTO HOMINIS*. Tal inter-

(11) Cfr *SORIANO NETTO* — Da compensação. Indica o texto de *PAULUS* (D. 50, 17, 173,3) "*Dolo facit qui petit quod redditurus est.*" — *PONTES DE MIRANDA* — Op. Cit. pág. 316 e ss.

pretação, por sua vez, originaria duas tendências: uma encarando o princípio de forma absoluta e outra encarando-o de forma relativa. (12)

A interpretação absoluta admitia a compensação efetivando-se sem a concorrência, para tal, de qualquer ato humano. Por seu turno, a relativa implicava na necessidade de ser alegada a compensação. Uma vez feita, a alegação operava de pleno direito e retroativamente.

DONELLUS (13) desenvolveu esta posição de maneira original. Para êle não se opera a compensação à revelia das partes, sim "desde o momento em que o devedor quer pagar o credor seu com o que êste lhe deve" liberando, desta forma, a ambos e até a concorrência da menor. Então, temos a compensação se realizando IPSO IURE, mas não EXCEPTIONIS IURE. Tenha-se presente o pensamento do autor de que, mesmo alegado o desejo de compensar, a compensação é, tôda ela, concretizada IPSO IURE e desde o momento em que podia ser alegada. A inovação desta teoria encontra-se no fato de poder ser a compensação oposta em qualquer estado da causa e, até mesmo, na execução. Percebe-se haver uma predominância da compensação legal.

Modernamente há tendência predominante de apresentar o direito justinianeu determinando a compensação como judiciária em vez de legal. Daí exigir a compensação "uma atuação especial do magistrado judicial" conforme é salientado por JOERS e é assinado por SORIANO NETTO: "Há vários sistemas explicativos de ordem processual: de Ubbelohde — modificação do momento da prova; Desjardin — desnecessariedade da exceção; e de Eisele — possibilidade de ser

(12) Cfr. SORIANO NETTO — Op. Cit. pág. 12.

(13) Apud SORIANO NETTO — Op. cit. pág. 13.

alegada em qualquer estado da causa, e não só em *limine litis*". (14)

Prosseguindo, o professor Soriano doutrina: "Para Dernburg *IPSO IURE COMPENSARE* significa somente que, dóra em diante, o juiz compensa em consequência de um princípio jurídico e não por sua livre apreciação.

"Finalmente, APPLETON, seguido por CUQ e GIRARD, ensina que, com a expressão *IPSO IURE*, mostrava Justiniano que não eram mais necessários os antigos processos de compensação, — *COMPENSATIO, DEDECTIO, EXCEPTIO DOLI, MUTUA PETITIO*, — porquanto, desde então, o juiz se achava investido, pelo direito civil, da função de compensar, traçando, assim, na sua constituição a diretriz que os compiladores deviam seguir, para não deixar vestígios daqueles processos".

Entre os mais ilustres defensores da teoria da compensação judiciária, há de se encaixar WINDSCHEID. No seu entender, a compensação "não extingue o direito de crédito *IPSO IURE*: o processo jurídico da compensação não é de se conceber como se os dois créditos, que se contrapõem, se extinguiriam, se anulariam reciprocamente sem mais nem menos, desde o momento de sua contraposição". (15)

Limitando-nos a esta exemplificação, mais uma vez trazemos o ensinamento do professor SORIANO NETO em interpretação perfeita do fenômeno "compensação". São palavras suas:

"O que se conclui de tudo isto é que o instituto compensação, havendo surgido, não por imposição dum necessidade jurídica, visto como, em face do direito, nada impede que as dívidas recíprocas coexistam, sem se neutralizarem, e dêem lugar a um duplo paga-

(14) Cfr. JOERS-KUNKEL — Op. cit. pág. 289. Textualmente: "Fuera de estos casos, es decir en todos los de acciones de derecho estricto exceptuada la *di argentarius*, la compensacion exigia una actuacion especial del magistrado judicial". SORIANO NETTO — Op. cit. pág. 18.

(15) SORIANO NETTO — Op. cit. pág. 19.

mento, mas por motivos de equidade e utilidade, tem refugio a uma construção lógica integral. É do choque entre as regras da lógica de um lado, e os imperativos da equidade objetiva, de outro disputando cada qual a hegemonia de sua contribuição na elaboração do instituto, que têm interrompido tôdas essas dúvidas e incertezas, com o seu cortejo de teorias e doutrinas divergentes". (16)

7. Os princípios caracterizantes da compensação legal e absoluta, por intermédio de POTHIER, passariam ao Código Civil Francês e dêste para muitos outros que os tiveram como paradigma.

Preceitua o art. 1289 do referido código:

"Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci après exprimés". Este artigo está complementado pelo seguinte:

Preceitua o art. 1290:

"La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la loi, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives".

A orientação doutrinária francesa, caldada em termos de tal natureza, conduzia sem qualquer dúvida à construção de sistema legal onde não era possível ingerência de nenhuma ordem humana. Partiram os legisladores franceses de interpretação conceitual errônea do texto romano.

Ademais, aquêle sentido prático do direito romano faltaria ao francês e isto se constata cada vez que se

(16) SORIANO NETTO — Op. cit. pág. 20 e ss. PONTES DE MIRANDA — Op. cit. pág. 319 e ss., tratando da discussão doutrinária da compensação, escreve: "A natureza jurídica da compensação foi muito discutida nos séculos passados. Pena é que se houvesse misturado o problema com a questão da eficácia da compensação". Entre outras, apresenta: teoria da satisfação; da combinação; da liberação; da renúncia cancelativa; da prestação; da completação do suporte fático.

buscar aplicar à prática, o conceito teórico apresentado para o instituto da compensação.

Sem a alegação do interessado, como seria possível ao juiz proclamá-la? A compensação *IPSO IURE* como significado de aplicação ou de atuação da lei independentemente de qualquer manifestação humana, mais: independentemente do próprio conhecimento dos interessados, não passaria de construção teórica sem consequências práticas a atuar.

Se autores como PLANIOL e AUBRY et RAU doutrinam não poder ser a compensação declarada de ofício pelo juiz, outros como DEMOLOMBE, BAUDRY — LACANTINERIE e BARDE colocam-se em posição contrária. Contudo, o pensamento dominante está na compensação considerada sob ângulo do *IPSO IURE* nos termos que apresentamos acima, para o pensamento jurídico francês.

8. O direito italiano seguiria os passos do direito francês e o artigo 1286 do Código Civil de 1865 preconizaria:

“Art. 1286. La compensazione si fa di diritto in virtu della legge, ed anche senza saputa dei debitori, al momento stesso della contemporanea esistenza dei due debiti che reciprocamente se estinguono per la quantia corrispondenti”.

Doutrinação das mais interessantes é a de GIORGI e dela o professor SORIANO NETO, que mais uma vez trazemos a êste trabalho, oferece-nos magnífica síntese a indicar o pensamento predominante na Itália de então. São seus os ensinamentos: “A oposição da compensação legal constitui um mero acidente derivante, não da sua organização jurídica, e sim da exigência do procedimento probatório. Assim, pelo texto legal, como pelo rigor dos princípios, não precisa a compensação ser deduzida pela parte, nem de sentença que a cano-nize.

“A autoridade do juiz intervém, não para atribuir um direito de compensação, mas somente para solucionar o processo e declarar, a quem não o quer crer, que a compensação se realizou em virtude da lei”.

Finalmente, o mesmo professor, em op. e lo. citados, menciona GIORGI: "Seria contrário à lógica do direito admitir que a compensação acontece por efeito da lei e, em seguida, exigir um pedido da parte, para que opere o seu efeito: seria contrário ao espírito da lei exigir a manifestação explícita da vontade de compensar, quando o legislador tanto presumia esta vontade que êle próprio se encarregou de fazer a compensação. Seria confundir a compensação legal com a facultativa o querer a todo custo o pedido do devedor".

Alteração profunda sofreria o direito italiano com o código de 1942. Podemos dizer com REDENTI (17) que o atual quadro da compensação foi completado pelo novo código com disposições relativas à compensação voluntária e à judicial a par das alterações introduzidas no mecanismo da realização da compensação dita legal.

No art. 1242 ao tratar dos efeitos da compensação, encontramos preceito a determinar que "Il giudice non può rilevarla d'ufficio". E REDENTI (18) salienta: "... che la compensazione legale non diviene effettivamente operante, in atto ed in concreto, come diceve più sopra, se non avveri questa condizione ulteriore per atto o fatto di parte". E em nota de pé de página acentua: "Le disposizioni nelle quali si parla dell'opporre o del non opporre la compensazione c'erano già anche nel vecchio codice, all'incirca con la stessa dizione letterale . . . , ma allora non si sapeva bene che cosa volesser dire in relazione all'arte. 1285". Havia, então, a reabertura de toda a polémica do *Ipsa Iure* de Justiniano.

A apresentação das apontadas formas de compensação é expressa nos seguintes termos da lei civil italiana: compensação legal e judicial (artigo 1243).

(17) ENRICO REDENTI — La compensazione dei debiti nei nuovi codici. In *Rivista Trim. di diritto e procedura*. Março, 1947. Pág. 10 e ss.

(18) ENRICO REDENTI — Op. cit. pág. 14. Veja-se GIAN A. MICHELI — Compensazione legale e pignoramento. In *Studi in onore di Enrico Redenti*, 2º vol. pág. 31 e ss.

“La compensazione si verifica solo tra due debiti che hanno per oggetto una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere e che sono ugualmente liquidi ed esigibili”.

“Se il debito opposto in compensazione non è liquido ma è di facile e pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente, e può anche sospendere la condanna per il credito liquido fino all'accertamento del credito opposto in compensazione”. Remete, então, ao art. 35 do Código de Processo Civil.

A compensação voluntária está preceituada no artigo 1252:

“Per volontà delle parti può aver luogo compensazione anche se non ricorrono le condizioni previste dagli articoli precedenti.

Le parti possono anche stabilire preventivamente le condizioni di tale compensazione”.

A caracterização de tais formas de compensação pode ser apresentada da maneira seguinte:

Compensação legal “... perchè opera IPSO IURE (COMPENSATIO NECESSARIA EST), per il semplice fatto dell'esistenza dei due debiti reciproci, e non c'è bisogno di un atto di volontà delle parti o del giudice. Però il giudice non può rilevare la compensazione d'ufficio, se uno degli interessati non dichiara di avvalersene (exceptio compensationis).” ..

Compensação judicial “... quando uno dei debiti reciproci non è liquido, tuttavia è di facile e pronta liquidazione. In questo caso la compensazione non avviene di diritto, ma il giudice può dichiararla per la parte del debito che appare sicura.....”

Compensação voluntária “... (ovvero facoltativa), quando avviene per accordo delle parti, pur non ricorrendo i presupposti richiesti per il verificarsi di una delle forme ora spiegate”. (19)

(19) ALBERTO TRABUCCHI — Istituzioni di Diritto Civile. 10ª ed. Pág. 538 e ss.

Finalmente, o art. 1242 (efeitos da compensação):
“La compensazione estingue i due debiti dal giorno della loro coesistenza. Il giudice non può rilevarla d'ufficio.

“La prescrizione non impede la compensazione, se non era compiuta quando si è verificata la coesistenza dei due debiti”.

9. O direito alemão foge ao compasso francês para ficar fiel ao espírito do *gemein Recht* pelo qual a compensação é realizada pela declaração unilateral de uma parte a outra e não somente pelo juiz a pedido do réu no processo.

PONTES DE MIRANDA salienta que a compensação como é apresentada nos arts. 1.009 a 1.024 (Cod. Civ. Bras.) era estranha ao direito germânico e “Sòmente se podia compensar em virtude de negócio jurídico (contrato de compensação). Tratando-se de créditos conexos, já se admitia, na Idade Média, a compensação declarada unilateralmente”. (20)

O B.G.B. alemão continua na tradição do direito comum e não acolhe a compensação legal a operar por força da lei. Portanto, ela se realiza pela declaração de uma parte a outra, independentemente de qualquer processo judicial.

O § 388 do B.G.B. assim preceitua: “A compensação se realiza por declaração frente à outra parte. A declaração é ineficaz se é emitida sob uma condição ou uma determinação de tempo”. (21)

Evidencia-se ser a compensação no direito civil alemão “um negócio constitutivo de direito privado que compete ao credor de um dos créditos ou do devedor do outro quando se compensam mutuamente e que tem como consequência a sua extinção”. (22) Recorda RO-

(20) Cfr. PONTES DE MIRANDA — Op. cit. pág. 314 e ss.; 333 e ss.

(21) Código Civil Aleman — Trad. de Carlos Melon Infante.

(22) ROSENBERG — Op. cit. 2º vol. pág. 152.

SENBURG devendo ser lembrado que a declaração referida pode ser feita no processo e até mesmo no debate oral.

É indispensável, portanto, ao se considerar o direito alemão, ter-se presente a diferenciação entre **DECLARAÇÃO DA COMPENSAÇÃO** e o **EXERCÍCIO DA COMPENSAÇÃO DECLARADA**, cumprindo-nos trazer ainda uma vez mais, o ensinamento de SORIANO NETO (23):

“Para KOHLER, ela se distingue, por sua natureza, da extra-processual, que êle denomina de compensação jurídico-civil.

“Esta obedece às normas do código civil e aquela às do código de processo.

“Quando o réu alega, no processo, a compensação jurídico-civil, operada pela declaração unilateral, não se opõe uma exceção, faz apenas uma reclamação, que consiste na afirmativa da extinção do crédito principal.

“De sorte que, se o crédito principal é repellido do processo por outros fundamentos, assim por não ter existido, não importa em negação de que a compensação se realizou e, por isso, fica extinto o crédito de compensação”.

Já para DERNBURG, prossegue o professor SORIANO NETO: “... a compensação no processo tem a mesma natureza da extra processual: como esta, é um ato jurídico unilateral e submetido às prescrições do código civil sobre a compensação. Somente se liga com a compensação no processo a proposta de reconhecê-la judicialmente”. Para, adiante, salientar: “conclui o grande civilista sustentando que a declaração feita no processo é irretratável e independente da relação processual. Apenas é de notar que a compensação declarada no processo é uma compensação eventual para o caso de existência do direito à ação”.

10. Preceituando o código civil brasileiro, no seu

(23) SORIANO NETTO — Op. cit. pág. 30 e ss.

artigo 1009 que "Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem", implicasse na adoção do sistema ou princípio da compensação legal.

Atua a compensação como meio de extinguir obrigações e a sua função é atingida, IPSO IURE? Mesmo sem a alegação das partes. Verifica-se que já as Ordenações exigia pronunciamento do juiz o que implicava em necessidade de alegação pela parte. Neste sentido pronunciar-se-ia Teixeira de Freitas alegando não ser possível ao juiz adivinhar o crédito possibilitante de compensação. E LACERDA DE ALMEIDA apontava a dificuldade oferecida ao juiz, a existência em processo, de dívidas compensáveis mas não alegadas. (24)

Tenhamos, bem presente que o código civil não se referiu à alegação prevista nas Ordenações; nem encontramos o pleno direito do direito francês; aquela declaração alemã, de igual sorte, não é encontrada. (25)

O anteprojeto de código de obrigações, no art. 255, conserva idêntica redação do código vigente (art. 1009). Seguidamente, no art. 259 preceitua:

"A extinção por compensação data de quando coexistirem as dívidas, salvo ajuste em contrário; e opera-

(24) LACERDA DE ALMEIDA — Obrigações. pág. 374, nota 1. Depois de salientar que a compensação não depende da vontade das partes, acentua: "Apesar disso o juiz, silenciando a parte, não pode declará-la ex-officio: seria mesmo difícil verificar-se a hipótese de compensação constante dos autos mas não alegada. Dá-se com a compensação o mesmo que com a prescrição: operam ambas independentemente da vontade das partes, mas precisam ser alegadas". PONTES DE MIRANDA — Op. cit. pág. 327 e ss, 418 e ss.

(25) Cfr. PONTES DE MIRANDA — Op. cit. pág. 326 e ss LACERDA DE ALMEIDA — Op. cit. pág. 374, em nota 1: "Com tanto que se alegue" diz a Ord. L. 4, tit. 78. pr. Essa dependência, em que fica a compensação, de ser alegada trouxe em confusão os nossos praxistas, que não podiam conciliar o que é facilmente conciliável: a compensação com ser alegada nem por isso fica dependente da vontade da parte, por quanto os seus efeitos retroagem à data em que se verificou, o que se não daria, se tal dependência houvesse. T. DE FREITAS em not. ao art. 841 da Consolid., põe em relêvo este efeito, reivindicando os foros da boa doutrina".

se mediante declaração do devedor, seja diretamente ao credor, seja em defesa formulada em juízo”.

Verifica-se do texto de tal artigo que o projetador admite a retroatividade nos efeitos da compensação, admite a compensação voluntária e, finalmente, dá-lhe caráter encontrado no direito alemão quanto imperiosa necessidade de declaração do devedor e poderá ser feita anteriormente ao processo ou no mesmo.

Parece-nos haver uma certa ilogicidade na manutenção, face a este artigo (nº 259) do de nº 255 que é a repetição de texto do código vigente. As características de compensação legal de influência francesa, para alguns até mesmo atuando IPSO IURE, não poderá, de nenhuma maneira casar-se com o preceituado no art. 259 de influência autênticamente alemã.

Ainda há o art. 256. Preceitua êle:

“Não poderá ser invocada a compensação se as dívidas não forem judicialmente exigíveis, e de coisas fungíveis entre si. Não poderá igualmente invocar-se, se diferirem na qualidade, quando especificada no contrato”.

De maneira especial, interessa-nos a primeira parte do artigo: “Não poderá ser invocada se as dívidas não forem judicialmente exigíveis...”. Qualquer que tenha sido o caráter que o projetador pretenda dar à expressão judicialmente exigíveis, ante ao princípio legal que caracteriza a compensação conforme o art. 255 ou ante orientação germânica do art. 259 parece-nos ser extemporânea a presença de apontada expressão. Estamos, na verdade, com a presença sua, instrumentalizando (e parece-nos não existir outra saída para a exegese do artigo) norma material, por excelência, fazendo dela POSTERIUS em lugar de PRIUS que lhe cabe, no caso.

Em síntese, o anteprojeto de código de obrigações: mantém a tradição do direito pátrio quanto a compensação legal a predominar com ou sem a alegação de parte (art. 255); mitiga-lhe os efeitos com adoção da “declaração” alemã (art. 259) para, finalmente, con-

dicioná-la instrumentalmente, a um “judicialmente exigível”.

Oferecendo lugar definido à compensação no anteprojeto de código de Processo Civil, o projetador avançou passo decisivo e firme no aperfeiçoamento do direito processual civil pátrio porque veio fixar posição certa de ato processual que, sendo possuidor de conteúdo material consubstancializado por negócio jurídico privado, se exaure em si mesmo e por si mesmo gera efeitos que, ultrapassando o campo de meros efeitos processuais, atinge o âmbito de efeitos processuais substanciais sem se imiscuir com instituto material. Daí a importância a que anteriormente salientamos da dupla função ou da dupla natureza nas teorias de KOHLER ou de WOLFF.

Claro que isto não implica na absorção processual de conteúdo privado, sim na fixação da apontada dupla natureza ou dupla função que, realmente, existe. Mas, para a sua fixação se faz mister uma rigorosa sistematização de institutos materiais e processuais, de negócio privado e de ato processual, de conteúdo, efeitos, etc. tanto de um quanto de outro.

Mister, portanto, que a exigibilidade do art. 256 do anteprojeto de código de obrigações, seja de ordem material, nunca de ordem instrumental. Que se tome como exemplo o sistema italiano do art. 1243 do código civil admitindo compensação legal e compensação judicial, enquadrada em sentido lógico e coerente na sistemática; ou que se opte pela tradição pátria ou se aceite a orientação alemã. Partindo-se de tal posição poderá ser dada à compensação, no código de processo civil lugar certo e preciso quanto à sua realização instrumental e quanto aos seus efeitos. A ausência de coerência “material” implicará, naturalmente, em impossibilidade ou, pelo menos, em enorme dificuldade de sistematização processual.



11. Já ficou salientado implicar a compensação,

normalmente, em atuação especial do magistrado judicial. Fôra consequência mesmo do rigorismo do processo romano ante a luta travada entre o direito e a equidade. Assim, proclamaria APPLETON (26): "L'histoire de la compensation est l'un des episodes les plus interessants de la lutte entre le droit et l'équité, ces deux enfants rivaux de la justice".

Igualmente já apresentamos, se bem que mui superficialmente, a evolução histórico-material do instituto. Mister a sua consideração sob prisma processual.

Naquele primeiro período indicado, o anterior a MARCO AURÉLIO, a compensação era admissível nas ações de boa fé desde que concorressem: a) identidade de causa nas obrigações; (a de se compensarem) e b) arbítrio do juiz quanto à sua concessão.

Diferentemente surgia nas ações de banqueiros contra os seus clientes quando, lembra GIRARD (27), a compensação não ficava ao arbítrio do juiz e as obrigações deviam ser exigidas além de terem como objeto cousas do mesmo gênero.

Mas, não são só êstes os únicos casos quando era possível a compensação. Cada vez que o réu possuía crédito contra o autor, podia utilizar-se de demanda reconvençional que, pela tradição, devia pertencer ao conhecimento do juiz da ação principal.

Seguida esta fase pelo período iniciado com a reforma de MARCO AURÉLIO e estendendo-se até a compilação justiniana, encontramos a compensação sendo admitida em tôdas as ações de direito estrito e sendo oposta sob a forma de exceção de dolo pois: "constitui dolo reclamar o que, de logo, se deve restituir".

O importante sôbre a exceção de dolo será o como atuava ela ao provocar a compensação. Três hipóteses eram admissíveis: crédito do réu, superior, igual ou inferior ao do autor e, então, nos dois primeiros casos eis-nos ante a absolvição do devedor que era, natural-

(26) APPLETON — Apud SORIANO NETTO, Op. cit. pág. 6.

(27) GIRARD — Apud SORIANO NETTO, Op. cit. pág. 7.

mente, o caminho indicado pela exceção. No terceiro caso há divergência: o réu condenado na diferença é a solução apontada por alguns como, por exemplo, DERNBURG, ACCARIAS; para outros, a solução estava quanto o que visava a exceção de dolo ou seja: "obrigar o autor a fazer por si próprio a compensação" e se "constitui uma condição negativa oposta à intentio, tornando a condenação condicional". Então, "sustentam que, uma vez inserida ela na fórmula e reconhecida precedente, o juiz é obrigado a absolver". (28) Seguem êste pensar, entre outros, CUQ, ORTOLAN, EISELE, HOLLWEG.

Finalmente, sob o direito de JUSTINIANO. Já apresentamos as suas características e, de maneira mui especial, a importância do IPSO IURE com um mundo de controvérsias por si geradas, para, finalmente, prevalecer a interpretação judiciária da mesma. Necessária a alegação da compensação mas devendo-se ter presente que, com JUSTINIANO, a compensação passava a constituir instituição única; o desaparecimento das duas fases do procedimento faria desaparecer, igualmente, a exigência de se calcar a compensação em direito civil e em magistrado. Tanto nos processos IUDICIUM STRICTUM quanto nos IUDICIUM BONAE FIDEI (a diversidade deixava de existir) era possível a compensação e causas das mais diversas possibilitam a compensação face às inúmeras características do instituto.

12. Do ressurgimento da tese de compensação legal do direito francês aos nossos dias, encontramos a compensação surgindo em juízo, por vezes sob a forma de exceção ou de reconvenção, por vezes, por simples alegação, digamos, de mérito.

Várias vezes nos referimos a EXCEPTIO DOLI. Devemos considerar a exceção como defesa jurídica embora não nos caiba desenvolver o assunto. Contudo

(28) Cfr. SORIANO NETTO — Op. cit. pág. 10 e ss.

tenhamos lembrado que com a exceção dá-se efeito ou fenômeno idêntico ao da ação e podemos dizer com CALAMANDREI: "Tutte le teorie trovano la loro giustificazione nel momento presente... sicchè ciascuna teoria non può essere detta in se nè assolutamente vera, nè assolutamente falsa, perchè serve a coglierer da un diverso punto di vista una diversa particelle di verità". (29)

Bem verdadeiro o ensinamento de CALAMANDREI e cumpre-nos, tão sòmente colher tais parcelas de verdade. Se consideramos a ação, basta lembrar a existência de um interêsse a nortear a sua existência que, parece-nos, é sempre substancial e não se deve confundir com interêsse concreto de conteúdo determinado e que "abstratamente" está sob a evidência de direito. Tal implica, necessariamente, a impossibilidade de existir ação sem interêsse. Pelo menos em tese.

Dissemos acima que com a exceção acontece o mesmo que com a ação. Contudo, é preciso ter presente as distinções de conceitos determinantes de possibilitar à exceção apresentar-se sob formas diversas. Partindo-se da contestação temos que pode ser oposta a "exceção" pela negação, pura e simples, do pretendido sob a alegação de, exemplificando, inexistência do direito que o autor pretende seu, em juízo. Por outro lado, a defesa pode ir além, pode calcar-se na afirmação de fato diverso que exclua a ação mesmo existindo o direito pretendido na ação.

Neste segundo aspecto a utilização da exceção exigirá algo característico: exigirá direito subjetivo que impeça ou exclua o direito do autor.

Em sendo assim, não é sem razão que ALSINA (30) salienta: "a palavra exceção tem três acepções: a) em sentido amplo designa tôda defesa que se opõe à ação; b) em sentido mais estrito, compreende tôda

(29) P. CALAMANDREI — La relatività del concetto d'azione. In studi pág. 5.

(30) ALSINA — Defensas y Excepciones, pág. 77.

defesa fundada em um fato impeditivo ou extintivo; c) em sentido estrito, é a defesa fundada em um fato impeditivo ou extintivo que o juiz pode ter em conta, unicamente, quando o demandado o invoca". Como facilmente se pode concluir, a distinção é indispensável. Na verdade, há defesas que excluem, por si só, a ação e há fatos (impeditivos ou extintivos) que necessitam da atividade do demandado que terá em conta a sua conveniência ou não de trazê-los à luz. É o caso da compensação sempre que a tenhamos como a exigir ou implicar em alegação. É exceção em sentido próprio porque, conforme doutrinava CHIOVENDA "o fato podia dar vida a uma ação autônoma". É exceção substancial.

13. Se no direito romano a exceção surgia para mitigar os rigores do direito civil, evitando que uma sentença justa em direito trouxesse em seu bôjo uma injustiça quanto à equidade (porque o direito civil só tinha em conta a forma externa dos atos e não considerava, por exemplo, os vícios da vontade), posteriormente a exceção assumiria posição "substancial".

Sob tal prisma é que vamos encontrar MATTIROLO lembrando a possibilidade de poder ser oposta, no processo executivo, sob a forma de exceção, a compensação judicial. Para tal, bastava que fôsse de fácil e pronta indagação. CALAMANDREI, por sua vez, justificaria esta possibilidade partindo da velha regra "Exceptio compensationis potest opponi in executione sententiae" apontada por CUTURI no *Trat. delle compensazioni*. (31)

Do processo de execução atingiria o processo de conhecimento e o seu tratamento se consolida como meio de defesa produzindo efeitos amplos e plenos. Quando a jurisprudência italiana tal reconheceu, CA-

(31) MATTIROLO — *Trattato di diritto giudiziario civile*, vol 5º, n. 280. CUTURI — *Apud CALAMANDREI*. *Compensazione in sede esecutiva per credito anteriore al giudicato*. In *Rivista di Diritto Processuale civile*, gennaio-marzo, 1940, pág. 3.

LAMANDREI acentuava (32): "che questa eccezione sia ammissibile nei giudizi di cognizione giudiziale si ammette solo quando la prova e la liquidazione del credito opposto si presentino di facile e rapida risoluzione". A restrição encontrada em CALAMANDREI é justa e não podia ser de outra maneira sob pena de se ter contrariado a finalidade do processo da mesma maneira que contrariaria e violentaria a finalidade substancial da compensação mesmo sendo encarada, exclusivamente, sob ângulo de direito material.

Ou estaríamos contrariando a sua finalidade através dos seus efeitos conforme seja a compensação legal ou judicial. Oposta a exceção de compensação no processo de conhecimento, atuará IPSO IURE e sob a apreciação do juiz. O mesmo não acontece com o processo de execução se o crédito compensável é anterior à formação do título executivo porque a sua dedução estaria sob o peso da preclusão, quer se tratasse de compensação legal, quer da compensação judicial. Restaria ao credor a via ordinária para fazer valer o seu crédito. Mas, sendo o título executivo de formação anterior pode a compensação atingir os seus efeitos e finalidades. Mister seja de fácil e rápida resolução já assinalara CALAMANDREI que ainda salienta a possibilidade de poder ser vista, aí, uma certa contradição mas sem resistir a uma indagação mais profunda.

A contradição que pode ser apontada não existe e é conveniente trazer o ensinamento de CHIOVENDA lembrado pelo mesmo CALAMANDREI de que "bene non è soltanto il credito, ma è bene, cioè, utilità, anche il diritto di servirsi del credito per estinguere in via di compensazione il nostro "debito". (lc. e op. cit.)

14. Já lembramos que o Código Civil italiano, no artigo 1243, regula e reconhece a compensação legal e a judicial conforme haja ou não liquidez de obrigações. Alegada sob forma de exceção, se legal produzirá efei-

(32) CALAMANDREI — Op. cit. pág. 3.

tos IPSO IURE; se judicial, necessária declaração do juiz. A sua caracterização, como exceção, é encontrada no art. 35 do Código de Procedura Civile assim preceituando:

“Art. 35 — Quando è opposto in compensazione (art. 1241 c.c.) un credito che è contestato ed eccede la competenza per valore del giudice adito, questi, si la domanda è fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile, può decidere (132, 279 n.I) su di essa e rimettere le parti al giudice competente per la decisione relativa all'eccezione di compensazione, subordinando, quando occorre, la esecuzione della sentenze alla prestazione di una cauzione (119); altrimenti provvede a norma dell'articolo precedente”.

Ao tratar da “conversão de uma questão em controvérsia”, JAEGER (33), calcando-se no texto do art. 35, acima transcrito, assim se expressa: “... Quando surja uma questão su um crédito oposto em compensação, o cujo valor exceda a competência do juiz adito. In tal caso a lei exige que a questão seja decidida em via principal e dal giudice competente per le controversie com simile oggetto, insieme con la controversia originaria o sepatamente da questa a seconda dei mezzi probatori su cui è fondata la domanda principale, nella. Supposizione che un credito, già contestato quando venga oposto in compensazione, debba poi comunque formare oggetto di un giudizio principale”.

Percebe-se que exceção é faculdade pela qual se pode opor fato jurídico impeditivo, extintivo ou modificativo de relação jurídica entre partes. Claro que a faculdade referida é processual.

Existe no caso italiano uma coerência e os ordenamentos civil e processuais civil, como que se completam.

Quanto ao direito alemão, já ficou salientado existir aí: a) uma declaração de compensação; b) o exer-

(33) N. JAEGER — Diritto processuale civile, pág. 140.

cício da compensação declarada. E, conforme facilmente se evidencia, o que corresponde ao processo é o "exercício", nunca a declaração que permanece, naturalmente, material. Tanto assim é que a declaração de compensação extinguindo os créditos até onde coincidem (B.G.B. § 389) possibilita o seu exercício (exercício da compensação declarada) surgindo como exceção, ponha fim à demanda.

O que de maneira muito especial importa na consideração destes dois aspectos, será o confronto de suas posições, de direito material e de direito processual e com validade universal.

15. Enquanto os atos processuais são executados, os negócios jurídicos de direito privado são declarados. Na verdade, temos os primeiros devendo ter presente um processo e, assim, ante o juízo deverão surgir. Os segundos podem ser declarados em qualquer momento, mesmo anteriormente ao processo e deverão ser sempre escritos. Não é de se admitir ato processual preparatório.

Os atos processuais ao serem executados, são-no ante o juízo e mediante declaração; pelo contrário, os negócios jurídicos são declarados à parte contrária pois a ela é que interessa, estritamente, a recepção declaratória.

A realização de ato processual além de ser cumprida mediante declaração em juízo, será dirigida ao adversário ou a qualquer parte desde que a relação processual implique considerações a respeito de direito alheio; a declaração de negócio jurídico privado há de ser feita, unicamente, pelo legitimado materialmente e frente ao adversário da declaração que é determinado pelo direito material.

Os atos processuais estarão sujeitos à preclusão (especialmente ao direito alemão, e especificamente também, ao direito alemão "até a conclusão do debate oral") e os negócios privados estarão sujeitos a prazos prescritos pelo direito material.

Finalmente, os primeiros são livremente revogá-

veis não podendo ser impugnados sob alegação de feitos de vontade; os segundos são irrevogáveis, mas podem ser impugnados.

Se quanto a execução ou realização dos atos processuais e dos negócios jurídicos de direito privado tais diferenciações podem ser apresentadas, quanto aos seus efeitos há de se salientar: os atos processuais visam um rechaço à demanda. Evidente que este rechaço não se confunde com a sentença de mérito e é o caso, por exemplo, da desistência sem qualquer outro efeito sobre o processo além daquele inicialmente indicado. Já os efeitos da declaração de negócio jurídico privado atingirão o âmbito de todo o negócio, incluindo-se até mesmo o processo onde eles se manifestam. (34)

Estas considerações que são altamente importantes ao progresso e aperfeiçoamento do processo civil e são sentidas de maneira muito especial no processo civil alemão pela estrutura que o caracteriza, evidentemente que possuem, como diferenciadores que são dos apontados atos, validade universal conforme assinalamos anteriormente, estando sujeitos, tão somente, a um enquadramento a princípios que informem este ou aquele processo.

Por fim, ensinamento de ROSENBERG (35) "... não serão atos processuais os negócios jurídicos regulados em seus pressupostos e efeitos pelo direito civil, ainda que se executem no curso de um processo, e por ocasião do mesmo, em particular, para ser considerado na sentença."

"Se estes negócios jurídicos unilaterais realizados no processo fôssem somente atos processuais, como se afirma esporadicamente, deveriam ser julgados em seus pressupostos e efeitos de acôrdo com o direito processual; quer dizer, em forma completamente distinta da do direito civil. . ."

Ante o fato de se realizarem num processo, então

(34) Cfr. ROSENBERG — Op. cit. 1º vol. pág. 361 e ss.

(35) ROSENBERG — Op. cit. pág. 361

seremos obrigados a considerar dois ângulos de um mesmo fenômeno o que explica de maneira plena a teoria de KOHLER da "doppel funktionelle Prozesshandlungen" e para justificar apresentamos as palavras de ERNST WOLFF (36): "Wenn sich der Beklagte gegen die Klagedadurch verteidigen will, dass er gegen die Klageforderung mit einer Gegenforderung aufrechnet, so steht es ihm frei, diese Aufrechnungserklärung, wenn sie nicht schon vorher abgegeben ist, im Prozess abzugeben. Deartige Erklärungen des materiellen Rechts tragen eine Doppelnatur, wenn sie im Prozess erfolgen".

Esta Doppelnatur apresentada por WOLFF, fôra trazida à sistemática processual alemã por KOHLER, como já indicamos, e significaria ponto nevrálgico para nova orientação científica processual.

16. Na verdade, no ordenamento processual, não poucas vezes, encontramos negócios jurídicos privados constituindo-se como conteúdo de ato processual sem perder o seu caráter material, tal acontece com a compensação, transação, novação... Como atos processuais, poderiam ser olhados êstes institutos de direito privado, como meros atos processuais absorvendo-lhe o conteúdo material. Tal, contudo, não acontece devido as razões que temos apresentado.

Outra não é a orientação de PONTES DE MIRANDA ao proclamar (37): "Os efeitos de direito material independem da eficácia ou subsistência da eficácia como ato processual, salvo regra de direito material".

Deve, de igual sorte, ser salientada a harmonia existente entre os preceitos dos direitos (civil e processual) frente aos diversos institutos materiais chamados ao campo do processo e se constata o alegado, por exemplo, com o art. 206 do Cód. de Proc Civ. vigente ao rezar: "A cessação da instância verificar-se-á por

(36) ERNST WOLFF — Op. cit. pág. 24.

(37) PONTES DE MIRANDA — Op. cit. 1º vol. pág. 89.

transação, ou desistência, homologada pelo juiz". Então, a transação há de ser considerada sob duplo aspecto: processual ou judicial e material. Por qualquer dos aspectos, atingirá ela a sua alta missão, a de pôr fim à dúvida ou controvérsia existente. Apenas, na transação judicial implicará a necessidade de homologação judicial vez que a dúvida ou controvérsia existente e geradora de conflito foi trazida à consideração jurisdicional e implicará, necessariamente, em efeito jurídico-material processual consubstancializada na coisa julgada material. Em outras palavras, observase-á o chamamento a existência de chamamento material ao campo do processo sem que tal implique em neutralização de características e efeitos materiais.

Este chamamento constituirá, respeitado o conteúdo material, conteúdo processual para alcançar a finalidade a que se propõe: a de atuar como equivalente processual.

Quanto a compensação, temos que tal forma de extinguir obrigações, forma especificamente material, ao encaixar-se no processo, de igual sorte, conserva o seu conteúdo especial e próprio de negócio jurídico privado. Aí, não existe o equivalente capacitado de truncar a instância. Existem, sim, obrigações que se neutralizam, compensando-se.

Compensando-se, surge fato extintivo de direito concernente, de maneira evidente, ao mérito podendo atingir e atingindo ao processo, não pelo direito material da compensação, mas pelo fato de haver este direito atuado e, IPSO IURE por exemplo, extinguido obrigações. Assim acontecendo com a compensação dita legal, ao ser considerada aquela designada como judicial mister uma adaptação de termos de raciocínio a ser utilizado, muito embora, para ambas, exista uma fonte comum: o direito material.

Obrigações líquidas e certas extinguem-se até onde se compensarem e isto implica na possibilidade de não serem atingidas, numa totalidade, as obrigações o que determina, mesmo operando IPSO IURE, declaração judicial a precisar até quando se compensam.

17. Pelo exposto podemos dizer com MOACYR AMARAL SANTOS: (38) sendo "a compensação, no seu sentido específico, de encontro de créditos líquidos e certos, que se extinguem até onde se compensarem, é uma exceção substancial e, como tal, oponível pelo réu como defesa na contestação".

O sentido de exceção substancial dado para a compensação, será encontrado, normalmente, no direito pátrio.

Sob as Ordenações (L.4, 78) encontramos como disposição expressa, ser necessária a alegação da parte. O "contanto que se alegue" geraria confusão entre os nossos praxistas porque sempre que a decisão toma conhecimento da alegação pelo interessado, está, tão somente, reconhecendo e proclamando "compensação" já acabada, já concluída. Predominância da compensação legal tomada no seu sentido absoluto é o que nos faz pensar o ensinamento de CORREA TELES quando salientava: "a compensação opera os seus efeitos IPSO IURE; ainda que o devedor ignorasse a dívida que o credor lhe devia". (39)

A alegação exigida pela Ordenação, seria, apenas, maneira de conciliar, na ordem prática, o IPSO IURE com a sua fundamentação teórica.

Os praxistas dividiam as exceções peremptórias em: 1) as que nascem no momento em que contrai a obrigação e 2) as que nascem posteriormente e entre estas estava enquadrada a exceção de compensação.

O critério utilizado pelos praxistas era aquele que partia da definição do instituto e cabia sempre que fôsse possível partir da mesma definição. MORAES CARVALHO (40) escrevia: "A compensação faz as vêzes de pagamento, e extingue duas dívidas; ela se defi-

(38) MOACYR AMARAL SANTOS — Da reconvenção no direito brasileiro. pág. 118.

(39) CORREA TELLES — Digesto Português, 1º vol. pág. 151, nº 1169.

(40) MORAIS CARVALHO — Praxe Forense, § 257, nota 162.

ne desconto de uma dívida à outra". Não cabia, pois, em causas de guarda e depósito; em causas de força, roubo, furto ou semelhantes; em causas de alimentos; em dívidas líquidas e ilíquidas, salvo podendo-se liquidar em nove dias; em dívidas à fazenda nacional, e alguma cidade ou vila.

Por outro lado, era possível a compensação das benfeitorias com os frutos.

Por sua vez, tratando do processo de execução, SOUZA PINTO (41) acentuava: "Nas ações pessoais, em que só se pede a qualidade, que consiste nas cousas fungíveis, por estilo do fôro espera-se ao réu vinte e quatro horas depois da citação, para dentro delas pagar, ou dar penhoras suficientes. Nestas vinte e quatro horas pode o executado mostrar o pagamento, com o que cessa todo o procedimento executivo, ou requererá a compensação de coisa líquida já julgada por sentença, e da mesma espécie", a que acrescenta: "Nas execuções das ações reais, os embargos somente têm lugar dentro dos dez dias assinados para a entrega da coisa, mas seguro o juízo com o dinheiro, ouro, prata, pedras preciosas, ou títulos e papéis de crédito equivalentes".

TEIXEIRA DE FREITAS, na Consolidação das Leis Civis, reconhecia a necessidade de alegação e proclamava: "Ora, sem que a parte oponha a compensação, o juiz não pode adivinhar qual seja o seu crédito", e LACERDA DE ALMEIDA salientava a dificuldade de constatar compensação existente nos autos mas não alegada." (42)

18. Era a compensação oposta sob forma de exceção e apresentada como fazendo vêzes de pagamento e possuindo o efeito de extinguir duas dívidas, podendo ser definida como "desconto de uma dívida com outra". (43)

(41) SOUZA PINTO — Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro, §§ 1974, 1975.

(42) Ver nota 24.

(43) Ord. cit. tit. 78 princ.

A idéia apresentada e defendida pelos praxistas da possibilidade da exceção de compensação, partia do princípio da existência de direito que, se podia ser pretendido sob forma de ação, podia, e com maior razão, ser oposto sob a forma de exceção (Qui habet actionem multo magis exceptionem). Quanto aos efeitos, confundiam êles, com o simplesmente material e resultante do "desconto de uma dívida com outra."

O processo seria, apenas, receptáculo do direito material.

O pensamento de Paula Batista de ser a exceção a ação do réu contraposta à do autor, mesmo se constituindo grita de renovação processualística, não atingia o Regulamento 737. A idéia praxista era forte demais, ainda.

Com referência a êste Regulamento há de se salientar que as exceções, excluindo as de incompetência e suspeição do juiz; de legitimidade de partes, litispêndência e coisa julgada, seriam opostas "conjuntamente no termo assinado para a contestação, e não podem ser admitidas depois dela ou do lançamento respectivo". (n.º 77 do Regulamento).

Sob o regime dos códigos estaduais, em alguns dêles se encontra prevista a compensação. No do Distrito Federal, por exemplo, no artigo 21, encontramos que "A competência do fôro é determinada:

VII — pela continência, dando lugar à unidade do Juízo, nos casos:

a

b. de compensação, ou reconvenção, trazida pelo réu à própria ação em que se o demanda;

c.".

HELVÉCIO GUSMÃO (44) anotando o referido artigo escreve: "A competência sôbre a causa principal estende-se a tôdas as questões incidentes de que aquela depende".

Tratando-se tanto da compensação (exceção)

(44) HELVÉCIO GUSMÃO — Código de processo civil e comercial para o Distrito Federal, pág. 33 e ss.

quanto da reconvenção (ação reconvenicional) não é possível equipará-las a meras "questões incidentes de que aquela depende".

A imprecisão e a dubiedade doutrinária estarão também no código da Bahia quando, no art. 647, admite a composição nos "executivos fiscais". Reza o apontado artigo que "A matéria de defesa por embargos à penhora só poderá consistir:

a —

b —

c —

d — na compensação, em se tratando de dívida originária do Estado ou Município ao executado; ou quando o executivo fiscal fôr movido contra os herdeiros do mesmo executado".

Apesar de vivamente criticado e impugnado tal princípio, prevaleceu êle no ordenamento processual civil baiano.

Com o advento do Código Civil, consolidou-se o princípio da compensação legal e há de se ter presente para produzir os seus efeitos:

a) reciprocidade das obrigações;

b) que sejam fungíveis;

c) que sejam líquidas e certas.

Nestes elementos a que se deve juntar o IPSO IURE, estaríamos ante uma compensação cumprindo-se ante a oposição de uma das partes significando isto possuir ela caráter de exceção oferecida pelo direito material. Exceção substancial, como tal seria recebida pelo nosso ordenamento processual civil.

Para não muito nos alongarmos, relembremos a lição de GALENO LACERDA (45) ao proclamar que a compensação concerne ao mérito porque diz respeito à matéria de defesa.

(45) GALENO LACERDA — Despacho Saneador, pág. 150. Escreve êle: "Arrolam-se como extintivos a coisa julgada, a preempção, a decadência, a prescrição, a transação, a novação, a compensação, o pagamento, o caso fortuito, a força maior. Todos êstes fatos concernem ao mérito, porque qualquer dêles poderá conduzir a sentença definitiva de rejeição do pedido".

Sendo exceção substancial, evidente que deverá ser alegada sob a forma de preliminar de mérito para excluir ou reduzir a pretensão manifestada pelo autor, da mesma maneira que se argui a prescrição, o pagamento, etc.

18 A. Conforme vemos, existe um crédito de utilização de fórmula da exceção de compensação para se obter a sua atuação.

Paralelamente, devemos considerar, em recuo histórico as *ACTIONES* ou *IUDICIA* qualificadas como *CONTRARIAE* ou *CONTRARIA* e encontradas no direito romano e específicas ao mandatário contra o mandante; ao tutor contra o pupilo; do comandatário contra o comandante, entre outras.

De igual sorte, deve ser salientada e acentuada, uma função originária reconvenicional existente no *IUDICIUM CONTRARIUM* lançado contra a ação, dita principal e no âmbito do mesmo processo. Não nos importa, no momento, a consideração de *MANIGK* de, já em épocas clássicas, se haver cumprido o desenvolvimento histórico do *iudicium contrarium* elevado, a esta altura, à categoria de ação completamente independente daquela denominada "principal". (46)

O que nos cumpre salientar é o caráter de ser o *iudicium contrarium* lançado contra a ação "*IN SENSO CONTRARIO AD UN'ALTRA*" conforme ensina *PROVERA* (47) e possuidora de característica técnica essencial de ação reconvenicional.

Por sua vez, tudo indica que a reconvenção encontra as suas raízes na compensação o que levaria *WENGER* a proclamar ser a importância da reconven-

(46) *PROVERA* — *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, pág. 2. que lembra ensinamento de *Manigk* distinguindo "... anzitutto il *IUDICIUM CONTRARIUM* di cui parla *Gaio* (IV, 177), come mezzo per reprimere la calunia dell'attore, dal *IUDICIUM CONTRARIUM* contrattuale e cioè dell'azione che competeva al depositario, commodatario, creditore pignoratizio, etc." (Op. e 10. cits. nota 3).

(47) Cfr. *PROVERA* — Op. cit. pág. 7, nota 3.

ção sentida, especialmente na compensação. (48) E a origem da reconvenção estaria, ou na própria compensação ou, não sendo assim, em influência sua. JOÃO MONTEIRO, entre nós, seria peremptório ao afirmar encontrar-se uma compensação implícita em cada reconvenção. Mas, o que nos interessa, em particular, é salientar a semelhança encontrada nos dois instintos e desde os mais remotos momentos da história do processo.

Face o apontado, resta-nos trazer o ensinamento de MOACYR AMARAL SANTOS (49): "Tomada a reconvenção como espécie de compensação, ela seria apenas e antes, meio de defesa do que ação. Porque a compensação, no seu sentido específico, de encontro de créditos líquidos e certos, que se extinguem até onde se compensarem, é uma EXCEÇÃO SUBSTANCIAL, e, como tal, oponível pelo réu como DEFESA, na contestação".

No mesmo sentido, a orientação de MARIO DINI (50): "QUID per la compensazione? Allorquando la compensazione opere come eccezione, nel senso di assoluzione totale o parziale dalla domanda del convenuto, ossia tenda a paralizzare l'azione dell'attore, senza anche la condanna del medesimo, in tal caso vengono introdotte nel processo delle semplici eccezione e perciò si avrà cosa giudicata in senso materiale. Se invece il convenuto chiederà oltre oltre che la compensazione anche la condanna dell'attore al pagamento della differenza fra i due crediti, in tal caso si avrà un'azione riconvenzionale".

Partindo a compensação de um pressuposto de certeza e liquidez de dívida, no caso de haver contestação, pelo autor, ao crédito, oposto em compensação pelo demandado? MARIO DINI assim se manifesta a respeito

(48) Cfr. MOACYR AMARAL SANTOS — Op. cit. pág. 115.

(49) MOACYR AMARAL SANTOS — Op. cit. pág. 118.

(50) MARIO DINI — La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile, pág. 326.

(51): "solo in questo caso si avrà una RECONVENTIO RECONTIONIS; ma anche per la stessa potrà aversi la formazione del giudicato".

O tema nos faz retornar ao direito romano para acentuar que, no caso específico da compensação, a natureza de remédio reconvençional própria do IUDICIUM CONTRARIUM "pare risulti ancora indirettamente dal modo il cui trovano nelle fonti impostato E DISCUSO IL PROBLEMA CIRCA I RIPPORTI FRA IL IUDICIUM CONTRARIUM STESSO E LA COMPENSAZIONE". (52) a que se poderá acrescentar ensinamento, ainda de PROVERA que "o pretendido pelo demandado da ação principal, através da Actio Contraria, podia ser pleiteado, de igual sorte, ao recorrer o mesmo demandado ao poder discricionário. Então: "commesso al giudice di pareggiare debiti e crediti reciproci tra attone e convenuto, sino al limite massimo dell'assoluzione di quest'ultimo, mediante la compensazione che poteva aver luogo nei giudizi di buona fede". Conforme já ficou acentuado, anteriormente, o outro meio para se compensar, consistia na inclusão na fórmula, da exceção de dolo, seguindo-se evolução, igualmente, apresentada.

Evidencia-se ser imprescindível a diferenciação da compensação legal daquela outra denominada de judicial.

19. Para constatar as diferenciações entre a recomendação e a compensação, louvamo-nos nos ensina-

(51) MARIO DINI — Op. cit. pág. 326. Em nota nº 2 escreve: "Dicesi COMPENSAZIONE, perchè bene pone in rilievo lo Jaeger, con questa parola si designa comumentente un istituto misto o meglio un complessi d'istituti; e la legge contribuisce a mantenere e ad accentuare la confusione denominando la compensazione ECCEZIONE (art. 102, comma 3º, Cod. proc. civ. 1865), regolandola poi di massima come riconvenzione (art. 102, cod. proc. civ. 1865, art. 35 Cod. Proc. Civ. vigente), a differenza di altre legislazioni che invece la considerano come un'eccezione e come tale costantemente la regolano. (Kohler, Beitrage zum Civilprozess, pág. 434 e segg.)".

(52) PROVERA — Op. cit. pág. 18 e ss.

mentos do professor MOACYR AMARAL SANTOS (53) que, depois de acentuar serem institutos e com plena autonomia nos campos do direito privado e do direito processual civil, apresenta-nos:

a) a compensação é instituto de direito privado e corresponde a um dos meios extintivos e liberatórios das obrigações. A reconvenção, é, por sua vez, "instituto exclusivamente processual, que regula a ação do réu contra o autor, no mesmo processo e juízo em que é demandado";

b) utilizando a compensação, no processo, caso assim o deseje o devedor, constituirá ela matéria de defesa e como tal há de ser alegada como acontece com o pagamento ou a prescrição; já a reconvenção não é meio de defesa, sim, ação. "É a ação do réu oposta à ação do autor e da qual também poderá valer-se o réu, para forçar a compensação, quando o seu crédito fôr superior ao do autor e pretender tê-lo condenado no saldo. Neste caso manifesta-se particular efeito da EXCEÇÃO DE COMPENSAÇÃO, qual o de produzir uma AÇÃO RECONVENCIONAL";

c) atuando a compensação como defesa (exceção que é), a sua alegação não pode acarretar a condenação do autor. Bem sabido que "a exceção não pode ampliar o TEMA DECIDENDO, que se encerra dentro dos limites em que o circunscreve a ação do autor. Por isso mesmo, o devedor só pode compensar com o credor o que este lhe dever".

O tema decidendo, acentua o professor MOACYR AMARAL, podendo ser ampliado na ação reconvenção, pode determinar que tanto a ação quanto a reconvenção sejam acolhidas para, no final, operar-se a compensação. Haveria, aí "a condenação do autor no saldo verificado em favor do réu".

d) enquanto a compensação diz respeito, tão somente, a extinção de obrigações, a reconvenção além

(53) MOACYR AMARAL SANTOS — Op. cit. pág. 118, notas.

de visar esta extinção, poderá atingir relações jurídicas alheias ao âmbito obrigacional;

e) “Como exceção, a compensação se opera uma vez se dê o reconhecimento, pelo réu, do crédito que lhe é oposto pelo autor, enquanto que, pela via reconvençional, dispensável é aquêle reconhecimento, bem podendo o réu negar, total ou parcialmente, a obrigação que lhe é atribuída pelo autor”;

Finalmente:

f) “A exceção de compensação pode ser alegada em qualquer momento processual, em primeira e segunda instância, mesmo em execução, ao passo que a reconvenção, no direito pátrio, deverá ser proposta no termo da contestação”.

Para complementar o afirmado acima, de que “evidencia-se ser imprescindível a diferenciação de compensação legal daquela outra denominada judicial”, trazemos o ensinamento ainda do professor AMARAL SANTOS quando, depois de caracterizar a compensação legal (54), doutrina: “Desta não há que falar-se em reconvenção. Realmente, conquanto se opere por força da lei, deverá ser alegada, como manifestação da parte de querer valer-se dela, mas bastará que o seja em contestação... É que, repita-se, a compensação legal do aspecto processual é uma EXCEÇÃO e, como tal, sua função é resistir à ação, contrapondo-se ao seu pressuposto de fato e aniquilando-a”.

Prosseguindo: “Mas a doutrina conhece outras espécies de compensação. Sem falar da compensação CONVENCIONAL, porque esta, uma vez acordada, segue a natureza da LEGAL, a doutrina apresenta a figura da chamada COMPENSAÇÃO JUDICIAL, delineando-lhe os contornos e dando-lhe lugar em vários dos sistemas jurídicos contemporâneos”.

Como conclusão do exposto, podemos dizer que, assim como a compensação judicial gera uma reconvenção (ação reconvençional), da mesma maneira en-

(54) MOACYR AMARAL SANTOS — Op. cit. pág. 121.

contramos a compensação legal gerando uma exceção. Em qualquer dos casos, o instituto de direito material mantém-se autônomo dos institutos de direito processual muito embora se complementem e se entrelacem para atingir uma finalidade comum. Não se poderá proclamar, como o fez CLOVIS BEVILAQUA, ser a compensação tão somente reconvenção. (55)

Tecidas as considerações acima, voltemos ao tema central do nosso propósito: a compensação no anteprojeto de código de processo civil.

20. Pelo apresentado ao longo deste trabalho, a compensação é instituto eminentemente de direito material mas, a par desta posição, possui características tais, que, necessariamente se constitui objeto de estudo pelo processo civil.

De igual sorte, verificamos quanto aos efeitos surgidos no processo, quer quando a compensação surge sob forma de legal, quer quando sob a forma de judicial; ora podendo ser trazida ao bôjo do processo como exceção substancial, ora sob via reconvenção.

Ao ser colocada, a compensação, entre aquelas situações que tornam o juiz da causa principal também competente, evidencia o anteprojeto a existência de atos (negócios) de direito privado possuindo força de se refletirem no campo processual a ponto de produzirem efeitos próprios, quer como negócios de natureza privada, quer como atos processuais que, respeitada a situação privada, passa a produzir.

O relêvo que é dado à compensação determina a necessidade de ser a mesma considerada de maneira própria, autônoma, já não cabendo nos limites de uma reconvenção ou de uma exceção? Categoria autônoma é como surge a compensação no anteprojeto. O seu problema fundamental passará a ser apresentação de compensação de forma a vir produzir efeitos próprios a sua natureza mesma e inerentes a si mesma.

Evidente que devemos nos reportar ao código civil

(55) Cfr. MOACYR AMARAL SANTOS — Op. cit. pág. 122.

e, em especial ao anteprojeto de código de obrigações.

O nosso pensamento a respeito já foi apresentado e a dúvida suscitada volta à tona para vêmos uma compensação legal a predominar (art. 255) reduzindo o preceituado no anteprojeto de código de processo civil a mera técnica de negócio privado (compensação) e referente à sua atuação. Ante um **quantum** apresentado a compensar apresentando-se com evidência de validade e de eficácia, o juiz **diria** em declaração com efeitos **EX TUNC**? Tal nos parece improvável e até mesmo impossível em termos processuais quando os efeitos seriam, naturalmente, **EX NUNC**.

Nem se alegue as dívidas judicialmente exigíveis (art. 256 do anteprojeto de obrig.) ou a declaração do devedor (art. 259 idem) como possibilitantes de compensação judicial capacitando o juízo a viver verdadeiramente o espírito do art. 124, II do anteprojeto de código de processo civil. Oportuno será o ensinamento de **CHIOVENDA** (56): "A compensação derivada de um crédito **não impugnado** dá lugar a uma simples exceção. . . Mas, se o crédito de onde nasce a compensação é impugnado, já vimos, tratando da coisa julgada, que a nossa lei, a diferença da lei alemã, quer que o juiz se pronuncie sobre a **totalidade** do crédito, de maneira que produza coisa julgada, tanto se o demandado pede o pagamento da diferença, em cuja hipótese teremos uma reconvenção conexa com a exceção, como se o demandado não a pede, em cuja hipótese teremos uma simples **declaração incidental**". E a conclusão de **CHIOVENDA** é decisiva: "Em todo caso, a exceção de compensação, se vai seguida da oposição do crédito oposto em compensação, transforma-se em demanda autônoma, que amplia o conteúdo de relação processual".

Nem se alegue que no caso brasileiro não se aplica o ensinamento do mestre italiano inspirado sob códigos cutros. Na verdade o ordenamento processual civil ita-

(56) **CHIOVENDA** — Principios de derecho procesal civil, 2º vol. pág. 756. Ver: **REDENTI**, Op. cit. pág. 29.

liano, no seu art. 35 é, mais ou menos, a síntese dos arts. 100 e 102 do código de 1865. Não importando as controvérsias surgidas dêste paralelo. (57) Ademais, como ficou salientado, o cod., civ. italiano vigente, no seu art. 1233 consagra tanto a compensação judicial, quanto a legal.

Dir-se-á que o "liquidi ed esigibili" do código italiano corresponde ao art. 296 do anteprojeto das obrigações ao falar de "judicialmente exigíveis". Mas, parece-nos inadmissível.

Ou dir-se-á que o sentido da compensação encontrada no art. 124 do anteprojeto de cod. de processo civil refere-se, tão somente, à compensação legal. Igualmente inadmissível vez que, a interpretar assim, bastaria a aceitação normal e sem qualquer implicação, c OPES EXCEPTIONES.

21. Significado do preceituado no anteprojeto de código de processo civil é, inèquivocamente, o avanço que o estudo dos atos processuais, nas suas correlações com o direito privado, vem sofrendo de maneira continuada e firme, ampliando mais e mais o sentido da dupla função ou da dupla natureza a que não se podia furtar o ilustre projetador.

Parece-nos haver necessidade de uma melhor colocação do problema da compensação no anteprojeto das obrigações porque é no direito privado onde há de se buscar os elementos imprescindíveis para uma boa atuação processual e a esta altura dos estudos processuais não é possível olhar os atos processuais com efeitos substantivos, apenas com uma fonte, única e exclusiva e a ser encontrada no mesmo processo. Devemos ampliar a fôrça dos efeitos processuais e não olhar **simples ou meros efeitos processuais** quando existe um **resultado**. Nem podemos limitar o processo a uma sentença porque somente ela geraria efeito substantivo ao constituir, modificar ou revogar situações de direito material substantivo.

(57) Cfr. E. REDENTI — Op. cit. pág. 29, nota nº 22.

Encerrando, cumpre lembrar a maneira de como o problema foi equacionado por REDENTI (58): em "La compensazione dei debiti nei nuovi codici" apresentando a indispensável distinção entre a compensação legal e a judicial, oferecendo para a primeira delas a forma de ECCEZIONE RICONVENZIONALE e para a segunda, a estruturação de DOMANDA RICONVENZIONALE. ANDOLIANA (59) salienta, então, "con la conseguenza che soltanto nel primo caso l'effetto giuridico material è ricollegato all'atto processuale di parte, laddove, nel secondo caso, lo stesso effetto è imputato alla decisione del giudice..." e, utilizando palavras de REDENTI: "... Nel caso della compensazione opposta in via di eccezione riconvenzionale, l'eccezione rappresenta processualmente il PRIUS e la compensazione è il POSTERIUS". E, voltando às palavras de ANDOLINA: "Nel quale ordine di idee trova giustificazione — è appena il caso di notarlo — la c.d. efficacia EX NUNC della compensazione giudiziale..."

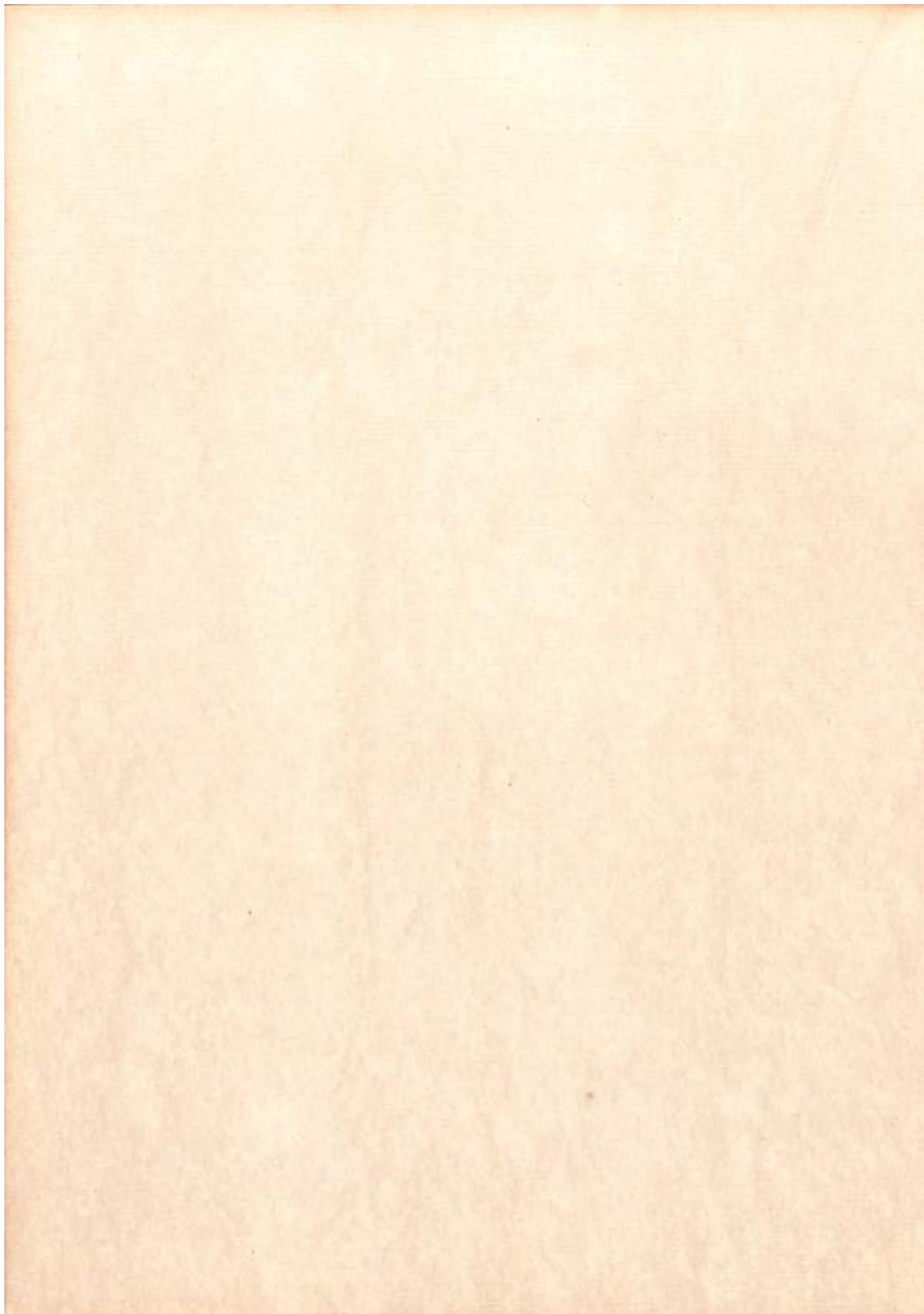
O problema da compensação, implícito no artigo 124, II do anteprojeto BUZAID implica na consideração de temas das mais diversas ordens, às vezes processuais, às vezes de direito privado mas sempre trazendo consigo idéia de correlação que deve ser posta em destaque.

Tanto o processo civil não se pode fechar à atuação do direito civil, quanto o direito civil não se pode eximir do direito processual. Necessário se faz, assim, a combinação de forças dos dois ordenamentos para buscarmos o aperfeiçoamento sempre crescente do "jurídico" porque a previsibilidade dos comportamentos cada vez mais se afasta do direito dividido em compartimentos estanques e se aproxima do preceito aristotélico às leis do raciocínio não mais sob medida de casos particulares e presentes, mas, muito pelo contrário, leva-as ao raciocínio de bases gerais e futuras:

(58) REDENTI — Op. cit. pág. 10 e ss. 40 e sc.

(59) ANDOLINA — Op. cit. pág. 108.

Na ocasião em que se revêem os códigos nacionais, tais preceitos não podem nem devem ser postos de lado. A interpretação lógica e científica dos diversos ramos do direito não implica na absorção de um pelos outros. Apenas constitui élo imprescindível a uma maior e mais segura certeza do direito para maior segurança e harmonia do social.



III — Da sentença penal como título executivo.
(Artigo 630, II, do ante-projeto de
Código de Processo Civil)

1. O professor ALFREDO BUZAID, no anteprojeto de Código de Processo Civil, (artigo 630, item II) apresenta como título executivo judicial, entre outros, a "sentença penal transitada em julgado, que torna certa a obrigação de o réu indenizar o dano resultante do crime".

Este elemento novo trazido pelo ilustre mestre do nosso processo é tema que nos leva a meditar sobre a importância da inovação, principalmente quando temos bem presente o ensinamento de EUGENIO FLORIAN ao doutrinar: "A sentença, ainda que represente a síntese do juízo penal, não termina por completo a relação jurídica penal que do delito nasce entre o Estado e o delinquente. Esta relação, uma vez determinada, fixado seu conteúdo e em suas consequências jurídicas, deve traduzir-se em uma realidade e em um estado de fato adequado. Esta realização deve alcançar a sentença em sua totalidade, e assim, mesmo quando seja absolutória, terá de dispor do necessário para o cumprimento das cargas civis e penais que impliquem...". (1)

Com a expressão adotada no artigo 630, II, o pro-

(1) EUGÊNIO FLORIAN — Elementos de Derecho procesal penal. Trad. de L. Prieto Castro. pg. 467.

fessor ALFREDO BUZOID caracterizou, devida e efetivamente, a essência executória da sentença emanada do juízo penal. Por outro lado, determinou profunda alteração doutrinária no processo civil vigente que, pelo seu artigo 382, somente à sentença confere força executória, não nos cabendo, no momento, considerar as questões relativas às ações executivas.

2. Inicialmente não será demais lembrar a posição "executória" de algumas legislações (quanto aos títulos executivos), mesmo considerando enfadonha tal lembrança.

Na França, possuem eficácia executória as sentenças e os atos notariais. As sentenças (Ordonnances) equiparam-se, mais ou menos, aos nossos despachos e os atos notariais seriam aqueles documentos particulares reconhecidos pelo devedor ante o notário. (2)

Em Portugal, pelo código de 1939 (artigo 46) são títulos executivos: 1º) sentenças de condenação; 2º) autos de conciliação; 3º) escrituras públicas; 4º) letras livranças, cheques...; 5º) títulos a que por disposição especial fôr atribuída força executória.

O atual código, também no artigo 46, menciona os títulos executivos que podem "servir de base" à execução, os mesmos do código anterior tendo como alteração, apenas, a substituição dos autos de conciliação pelos documentos autênticos extra-oficiais definidos pelo artigo 50 como aqueles que "sejam o instrumento de constituição de qualquer obrigação".

Pelo código italiano são títulos executivos: 1º) as sentenças e as providências que a lei atribui eficácia executiva; 2º) as letras e os outros títulos de crédito que a lei, de igual sorte, e expressamente, atribui a mesma eficácia; 3º) os atos recebidos pelo notário ou por outro oficial autorizado por lei a recebê-los relativamente às obrigações de somas de dinheiro nêles contidos (artigo 474).

(2) Cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS — Processo de execução. 1º vol. pg. 122.

Para o direito alemão, os títulos executivos podem ser:

a) **judiciais.** A estes pertencem (§ 704 do Z.P.O.) as sentenças, as decisões contra as quais é admitido o recurso imediato (Beschwerde) e as ordens de execução emitidas no processo monitorio (Mahnverfahren) (§ 794, n. 3,4).

b) **contratuais.** Enquadram as transações efetuadas diante de tribunal alemão depois de proposta a ação (§ 794 n.1), nos autos de conciliação (§§ 510, 794 n.2) e os documentos recebidos por tribunal de notário alemão cada vez que o crédito tenha por objeto o pagamento de quantia predeterminada ou de coisa fungível e o devedor "se tenha sujeitado à execução forçada imediata" (§ 794 n.5).

Da enumeração apresentada, depreende-se enorme influência austriaca (Lei de 27 de maio de 1896 (Executionordnung) sobre o ordenamento processual alemão). (3)

Na Espanha, além das sentenças (artigo 919 da Ley de Enjuiciamiento Civil), é considerado título executivo qualquer documento particular reconhecido sob juramento, ante o juiz competente da execução; a confissão competente; as letras de câmbio e demais títulos representativos de obrigações vencidas.

Acima nos referimos à sentença e à ação executiva. Na verdade, a lei processual civil brasileira ainda considera a dualidade executória apresentando-se como: ou ação executiva ou processo executório ficando, assim, relegado a plano secundário, o problema do título executivo.

3. Pelo visto, como dissemos já, o elemento novo trazido ao anteprojeto pelo professor ALFREDO BUZUID, realmente, nos faz meditar sobre a importância da inovação.

Igualmente, desde logo fique salientado que não

(3) Cfr. J. GOLDSCHMIDT — Derecho Procesal Civil. Trad. L. Prieto Castro. pgs. 541, 550, 554.

nos referimos neste trabalho, à execução civil em matéria penal concernente às custas, às garantias patrimoniais relativas a cousas sequestradas quando do procedimento penal, às garantias patrimoniais de execução, etc. (4) Sim, naquele sentido indicado e constante do item II do artigo 630 do anteprojeto.

Portanto, cumpre caracterizar ou precisar a posição da sentença penal no campo amplo do processo.

Aparece a sentença, no apontado artigo 630, — e temos como evidente — como término de pena, isto é, sentença penal entendida como determinante de execução ou, em outras palavras (tomando as palavras de Santoro), como “il reato tradotto nelle sue giuridiche conseguenze”. (5)

Para o entendimento da sentença penal como título executivo civil, mister que a consideremos sob o aspecto “accessório” (consequências jurídicas) existente e de ordem civil, emanando de relação material. Pelo artigo 1.525 do Código Civil temos preceituado:

“Art. 1.525 — A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

E pelo artigo 74 do Código penal, no capítulo “Dos efeitos da condenação”:

“Art. 74 — São efeitos da condenação:

I — Tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime;

(4) Cfr. G. LEONE — Lineamenti di diritto processuale penale. Vol. II. pg. 327. Mantendo a posição restrita da execução penal, apresenta Leone “spese, garanzie patrimoniale relativi a cose sequestrate per il procedimento penale, sanzini disciplinari pecuniarie”, como setores da execução em matéria penal. Como é a grande maioria dos autores.

(5) ARTURO SANTORO — L'Esecuzione Penale. pg. 53.

II —” (6)

Apresentados êstes artigos como lembrete, antes de passar adiante, façamos um pequeno confronto do preceituado no artigo 630 do anteprojeto com o artigo 63 do Código de Processo Penal Brasileiro.

O artigo 63 reza:

“Art. 63 — Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seu herdeiro”.

Tratando da responsabilidade civil, no estudo “Sentença Penal Absolutória”, FREDERICO MARQUES (7) acentua: “Declarado responsável por sentença condenatória, o réu não pode mais eximir-se da responsabilidade civil, EX-VI do art. 63 do Código de Processo Penal” e, mais adiante, “Como a sentença condenatória vale até mesmo como TÍTULO EXECUTÓRIO na jurisdição civil, nos têrmos do art. 63 do Código de Processo Penal, os problemas referentes à subordinação ou independência da responsabilidade civil em face do que foi sentenciado na justiça criminal, surgem principalmente quando a decisão desta é de caráter absoluto”.

Mantendo a linha clássica da doutrina processual penal brasileira, o professor Frederico Marques teria a “execução, no juízo cível, para efeito da reparação do dano” como título possibilitante de “ação”. Nunca no

(6) O artigo 1.525 do Código Civil há de ser considerado ao lado do artigo 159 do mesmo estatuto legal. “Aquêle que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuizo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Tenhamos sempre presente que são as leis civís que regulam a obrigação de indenizar.

(7) JOSÉ FREDERICO MARQUES — Estudos de Direito Processual Penal. pg. 169.

sentido de título executivo como o proposto no anteprojecto.

O artigo 63 não contém, na verdade, qualquer consideração às consequências não penais da sentença e tudo isto devido a uma limitação evidentemente estreita à sentença penal.

“A execução, no juízo cível” do artigo 63 do Código de Processo Penal, está, parece-nos evidente, eivado daquele sentido expresso no § 5º do artigo 269 do Código de Processo Criminal da Primeira Instância do Império do Brasil quando, achando-se a causa no estado de ser decidida “o juiz de direito resumindo com a maior clareza possível tôda a matéria da acusação e da defesa, e as razões expedidas pró e contra, proporá por escrito ao conselho as questões seguintes:

§ 5º — Se há lugar à indenização?”

Ademais, pela reforma do mesmo Código de Processo Criminal (Lei de 3 de dezembro de 1841), quando pelo artigo 58:

“Art. 58 — O juiz de direito, depois que tiver resumido a matéria da acusação e defesa, proporá aos jurados sorteados para a decisão da causa as questões de fato necessárias, para poder êle fazer a aplicação do direito”.

Temos, também com a referida reforma, uma ampliação quanto a matéria do § 5º acima transcrito e isto devido a sua revogação da mesma maneira que foi revogado o art. 31 do Código Criminal. Assim, pelo art. 68:

“Art. 68 — A indenização em todos os casos, será pedida por ação cível, ficando revogado o art. 31 do Código Criminal e o § 5º do art. 269 do Código de Processo. Não se poderá, porém, questionar mais sôbre a existência de fato, e sôbre quem seja o seu autor, quando estas questões se achem decididas no crime”.

Verifica-se que, por ação cível, se buscava a inde-

nização no sentido amplo dado pela Reforma apontada mas estando as jurisdições civil e criminal bem separadas. Assim, para comprovar o alegado, temos o Aviso de 18 de outubro de 1854. De acôrdo com êste aviso, a execução da sentença sôbre a indenização civil cabia, naturalmente, à jurisdição cível; competente esta jurisdição desde que, para a satisfação da execução, tivesse o réu bens para serem executados. No caso de ausência ou insuficiência de bens para dita execução civil, já incontestável como é evidente, a competência era do juiz das execuções criminais porque a êle era que cumpria reduzir a satisfação do dano à prisão. O juiz do cível devia, assim, remeter o processo ao seu "par" criminal.

O espírito da necessidade de ação civil perdurou, e no artigo 29 do Código de Processo Penal do Distrito Federal, está ela presente:

"Art. 29 — A todo crime ou contravenção corresponde uma ação civil para indenização do dano". (8)

Ante a singeleza de têrmos do artigo apontado, temos, ainda assim, o sentido de reparação de dano civil a ser tomado em sentido amplo. O que necessário se faz é que exista a ação para precisar o "quantum" da indenização.

Também se faz necessário lembrar aquelas condições impostas e que fazem predominar o juízo criminal sôbre o civil tais como, por exemplo, aquelas apontadas por Câmara Leal que podem ser resumidas em:

- a) sentença criminal anterior à civil;
- b) sentença criminal (absolutória ou condenatória) final;
- c) sentença irrevogável;
- d) que a sentença tenha decidido sôbre existência

(8) Apud ARY FRANCO — Código de Processo Penal. 1^o vol. pg. 148.

ou inexistência material do fato, de modo positivo e certo. (9)

A esta situação, pelo anteprojeto de Código de Processo Penal, apenas aparentemente, há progresso. Na verdade, a situação é mantida nas mesmas linhas que a atual e verifica-se que o artigo 366 do mesmo anteprojeto corresponde ao artigo 63 do atual Código de Processo Penal, apenas com um acréscimo sem maiores consequências de "de ressarcimento ou...". Desta forma, o artigo 63 é mantido: "...poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito de ressarcimento ou de reparação do dano, o lesado...".

Dissemos, apenas aparentemente, porque o artigo 365 do anteprojeto de Código de Processo Penal, ao definir ressarcimento, reparação e indenização deixa a impressão de haver o projetista caracterizado, também, os efeitos acessórios, cíveis, do processo penal e, conseqüentemente, tomado a posição defensora de interdependência de jurisdição buscando um melhor sentido de unidade de jurisdição. (10)

Ademais, o artigo 367:

"Art. 367 — Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

§ 1º —
§ 2º —"

No caso de "não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato" na sentença

(9) Apud ARY FRANCO — Op. Cit. pg. 152.

(10) No artigo 365 do anteprojeto de código de processo penal encontramos: "Para os efeitos desta lei considera-se ressarcimento o pagamento dos danos patrimoniais resultantes do crime; reparação, a compensação em dinheiro de dano moral decorrente de crime; indenização, a compensação em dinheiro de dano decorrente de ato lícito".

absolutória, a ação civil poderá ser utilizada. Logo, no caso da sentença condenatória a ação civil é indispensável. Como vemos, mantida, portanto, a linha de necessidade de ação cível.

Também devemos considerar, ligeiramente, a Seção V — Efeitos civís da sentença penal. Apenas se precisa, aí, efeitos, meramente efeitos, sem atingir o sentido de “consequências” ou de “accessoriedade” civís.

Haverá, ante o exposto, possibilidade de ser mantida a preceituação do anteprojeto de Código de Processo Civil ante a situação proposta pelo anteprojeto de Código de Processo Penal?

Parece-nos que não. Há choques imensos e que são inadmissíveis ante a unidade de jurisdição caracterizante do nosso processo.

Por fim, o anteprojeto das Execuções Penais do Brasil. Na sua justificação, o prof. Roberto Lyra acentua, com acêrto: “Num código das Execuções Penais — o nome está a dizer — trata-se apenas, e em linhas gerais, de executar o título — a coisa julgada. O criminoso já vem julgado”.

Claro que o criminoso já vem julgado. Então, cumpre distinguir aquêle aspecto possibilitante de ressarcimento de dano (ou reparação) e êste outro em que se vê o crime e o criminoso, ambos condenados.

Se a diferença entre os dois momentos existe, que os separemos de conformidade com a boa doutrina, deixando cada um em seu campo próprio, principalmente porque o aspecto de reparação ou ressarcimento de dano, logo se resolvendo, não impedirá que o outro aspecto, o de execução estrita da sentença penal, perdure por curto ou longo prazo ou tempo. Mesmo surgindo questões de ordem processual, estas serão momentâneas, porque na execução da pena prevalecem as normas administrativas e penais mesmo que estejam sob a égide de pessoal “processual”.

Pois bem, nos artigos 75 e 76 do Título IV — Reparação do Dano — encontramos:

“Art. 75 — Quando o ofendido não fôr particular, a execução da sentença, para o efeito da liquidação do dano, será promovida, de ofício, pelo juiz da execução em autos apensados ao processo principal”.

Parágrafo único — Este procedimento não caberá contra responsável civil. (art. 206)”

Art. 76 — A liquidação será iniciada com portaria do juiz que mandará intimar o condenado e cientificar o Ministério Público e o responsável por instituição não particular interessada”.

Passando ao artigo 206, êste do Título XI — “Assistência às vítimas de infrações penais ou suas famílias”:

“Art. 206 — O serviço jurídico do estabelecimento, em que se encontrar o condenado, promoverá ou acompanhará as providências para a reparação do dano causado pela infração penal quando o ofendido fôr particular ou houver responsável civil (arts. 75 e 134, n^o IV)”.

O tumultuamento do processo de execução e, de maneira muito especial, no que tange à reparação do dano, é pleno e absoluto. As duas fases que apontamos devem ser bem indicadas e pré fixadas; de pleno acôrdo, o lado humano e social do Código das Execuções é de primeiríssima água; a técnica, podemos dizer: nada há a sugerir. Existe é a mais completa divergência e separação com os demais códigos e ausência de qualquer sistematização com os princípios e sistema que domina o direito pátrio. Mais comentários são, completamente, desnecessários. Devíamos ficar sem “quais-

quer comentários" mas não nos podemos furtar de trazer o ensinamento de Niceto Alcalá — Zamora (11).

"De qualquer modo, a execução em matéria penal registra, sob o ponto de vista doutrinário, a concorrência do penalista e do processualista e, sob o ponto de vista da organização do Estado, a intervenção de funcionários judiciais e administrativos, e, inclusive, às vezes, o desenvolvimento da execução sofre alteração por atos do Poder Legislativo e até por declarações de vontade de particulares". Exemplifica o ilustre professor com a anistia e o perdão do ofendido. E a seguir: "Essa indubitável complexidade da execução penal faz que a sua natureza e seus limites sejam posições muito debatidas no terreno da doutrina". Segue citando a GUTTENBERG, na Alemanha, defendendo o princípio de ser a execução ramo do direito administrativo; MIRTO e MARSICH, na Itália, colocando-a como direito processual. Já MANZINI entende que está a execução penal regida por normas de direito penal, processual e administrativo a que adita o professor ZAMORA: "parecer êste que reputamos o mais de acôrdo com a realidade das cousas, pôsto que no Direito Penitenciário predominam as normas de Direito Administrativo, ainda que por motivos de conexão e pela tendência de converter o delito e o delinquente em núcleo de uma espécie de enciclopédia das ciências penais sob a suprema direção do penalista, êste penetre com frequência na área daquele, da mesma maneira que, como vimos, se ocupa também do processo penal". E cita, ainda, a HAFTER com o Strafvollzugsrecht, distinto tanto do direito criminal quanto do direito penal substantivo.

Antes, portanto, de tomada de posição doutrinária, é necessário ter presente esta amálgama existente na matéria de execução penal para a construção de sistema harmônico e coerente. E os diversos códigos estando integrados a esta harmonia.

Tudo sob pena de fazer prevalecer o tumultuamento acima apontado.

(11) NICETO ALCALÁ ZAMORA — Derecho procesal penal. tomo III, pg. 423 e seguinte.

4. Constata-se, fàcilmente, que o processo de execução penal está ainda em fase de sistematização e sofrendo falta de maturidade científica. Regulada por poucos artigos e imprecisos, quando não, inseguros, a execução da sentença penal normalmente não merece estudo aprofundado, ao contrário do que vem acontecendo com a execução civil. Talvez esteja o fato ligado ao caráter das duas espécies de execução. Enquanto uma diz respeito de maneira muito especial ao patrimônio, a outra (a penal) diz respeito à pessoa. Liberdade, então lembrava CARNELUTTI, estava em jôgo.

Ou talvez, a razão esteja no fato de se dedicarem os penalistas, só secundariamente aos problemas processuais e, entre êstes, aos concernentes à execução.

Entre nós, por exemplo, basta folhear o Código de Processo Penal para ficar constatado o descuido do legislador a respeito da execução. O mesmo se dirá dos nossos doutrinadores. Ao próprio João Mendes faltaria o amor que se sente ao tratar de matéria de processo civil. Lembra FREDERICO MARQUES (12): "O próprio João Mendes Júnior não imprimiu aos institutos processuais-penais aquêle rigor lógico e aquela profundidade filosófica que se encontram no tratamento dos temas do processo civil".

O mesmo se dirá dos códigos e doutrinadores latino-americanos. Na velha Europa, tomemos o exemplo italiano. No depoimento de SANTORO (13): "Il codice di proc. pen. del 1859 taceva del tutto in proposito. Quello del 1865 rappresentò un progresso, peraltro assai minuscolo..."

"Indubbiamente, un passo innanzi hanno realizzato, per lo stadio esecutivo del processo, il codice del 1913 e, più particolarmente e con maggior ampiezza, quello del 1930".

Doutrinariamente é o fenômeno dos penalistas

(12) JOSÉ FREDERICO MARQUES — Op. Cit. pg. 36.

(13) ARTURO SANTORO — Op. Cit. pg. 1 e seguintes.

pouco se interessando com os problemas processuais da execução do que resulta a aceitação mansa das grandes construções da processualística civil com CARNELUTTI, SATTA, PUGLIATTI, entre outros continuadores que foram de MORTARA. (14)

As dificuldades dos estudos processuais de execução penal podem ser facilmente constatados; basta que se considere o perdão e a anistia, como fizemos anteriormente, para têmos o complexo que tais temas assumem.

5. Mas, passemos adiante. No n.º 3 dissemos: “cumprir caracterizar ou precisar a posição da sentença penal no campo amplo do processo”.

De maneira muito especial, na execução penal devemos ter presente o direito material porque a pena é sanção que só existe com o pronunciamento do juízo. Aí, mais um ponto em que o processo executório penal se distancia do seu similar civil. Enquanto este admite a resolução sem processo, tal é impossível no processo penal onde, necessariamente, se faz precisa a sentença. Daí o podermos dizer ser a sentença o título executivo, por excelência e talvez o único. Naturalmente que nos referimos à sentença condenatória.

Tenhamos presente o ensinamento de ARTURO SANTORO (15): “L’obbligo dell’attore di reato di subire la pena si afferma specialmente dopo la sentenza di condanna, quando lo Stato pon mano alla esecuzione. L’esigenza di un titolo esecutivo stabilisce i confini entro i quali l’esecuzione deve contenersi per affermarsi come legittima; il concetto di libertà che il titolo esecutivo viene a limitare, denunziano l’obbligo”.

(14) Além de CARNELUTTI com as Lezioni; de SATTA com L’Esecuzione Forzata; de PUGLIATTI com Esecuzione Forzata e Diritto Sostanziale, há de se citar monografias que têm enriquecido enormemente a bibliografia processual (executória) com reflexos sobre a execução penal. Desta, especificamente, há de se lembrar. MARSICH — L’esecuzione penale; SANTORO já citado; etc.

(15) ARTURO SANTORO — Op. cit. pg 75.

O pensamento do autor da "L'Esecuzione penale" é definitivo para a caracterização do que seja a execução penal e, igualmente, para enfocar a posição do título (sentença condenatória) ante o direito material. Mesmo tendo em consideração a tese sustentada pelo ilustre mestre de PISA que, adiante, indicaremos.

De igual sorte, deve ficar salientado que tomamos a expressão "execução penal" estritamente, como sendo a sanção imposta pela lei e isto devido a inobservância ou violação de um preceito reconhecido pela sentença condenatória.

Para nós a execução penal não é, tão somente, um agregado ao crime. É muito mais do que isto porque é uma "consequência" do mesmo crime, consequência jurídica, já se vê. Como "consequência" une-se àquêl crime e temos, então, a formação de "responsabilidades" usando da terminologia de BETTI e começando a atual logo concluída a fase declaratória do processo. A "responsabilidade", como é entendida por BETTI e expressado em "Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione" (16) faz-nos deduzir ser a responsabilidade indispensável porque o Estado, pela atuação da jurisdição penal, impedindo a justiça privada assume o ônus de precisar o crime e conseqüente e correspondente "responsabilidade" o que só é possível com a existência da cognição.

Igualmente é fundamento essencial o "fato" e sempre que nos desviamos ao preceito romano do "bis in eadem re ne sit actio", a expressão "mesmo fato" torna-se importantíssima ao processo penal porque nos faz sentir o valor da cognição e das suas consequências de responsabilidade. Fato (crime) ou fato (não crime), em qualquer das hipóteses é imprescindível à sentença. E a sentença é definitiva em função a êle não sendo provável nem possível a reconsideração pelo juízo penal "do mesmo fato".

Entre estas consequências (responsabilidades) é

(16) Apud ARTURO SANTORO — Op. cit. pg. 53, nota 1.

que devemos procurar enquadrar as "civís". Também temos de considerar o aspecto de unidade de jurisdição os chamados efeitos civís que são mais do que simples efeitos porque são "consequências" da pena e (do crime) fazem-se constantes e integrantes da sentença.

Assim, sempre que a sentença condenatória penal conclua pela responsabilidade que torne "certa a obrigação de o réu indenizar o dano resultante do crime", estamos frente a uma sentença exequível válida como título executivo e, naturalmente, meio possibilitante de execução.

É a sentença penal título executivo e o seu âmbito não se situa nem se limita a uma eficácia penal executiva. Em outras palavras, embora seja a sentença penal portadora de fôrça "executiva penal", não se exaure, aí, tôda a sua eficácia. Pelo contrário, como vimos acima, estende-se sob a forma de "accessórios" ou "consequências" a campos outros que não os do penal, estritamente falando.

6. Dissecando um pouco a nossa ordem de idéias, consideremos a posição do Estado ante o seu interêsse pela realização dos fins do processo penal. (E preferimos, no momento, ficar na generalidade do "realização dos fins...")

Como consequência da finalidade do processo podemos adiantar não se limitar o interêsse do Estado, à satisfação pura e simples, sob a forma de medida de segurança ou de pena (como consequência do crime) (de sua finalidade).

E isto porque o interêsse do Estado não é o objeto da tutela penal, sim o seu motivo. É o pensamento de CARNELUTTI (17) exposto na Teoria Geral do Delito: Dois são os interêsses, o INTERNO e o EXTERNO. Partindo do "motivo" da tutela penal, o interêsse interno é aquêle protegido pela norma penal ante o conflito e o interêsse externo é aquêle interêsse do su-

(17) F. CARNELUTTI — Teoria general del delito. Trad. Victor Conde. pg. 107 e seguintes.

jeito passivo do crime (já não existe o interesse estatal à obediência). Ou,

O interesse do Estado estaria na obediência do preceito e isto porque é discutível se no crime há sempre ofensa ou perigo a algum interesse pertinente ao privado ou ao estado mesmo quando surge êle como pessoa (administração). A ser válida esta segunda posição estaria por terra a teoria carneluttiana pela qual o interesse do Estado estaria satisfeito com a tutela penal e o crime seria, como acima apontamos, o interesse interno ou "conflito de interesses internos".

Êstes exemplos são bastantes para demonstrar a variedade de posições que a doutrina apresenta. Além delas podemos apontar, ainda, se opondo à teoria do "interesse Protetto": a de MANZINI para quem o poder punitivo é "potestà"; a de ANTOLISEI apontando a pena como "potere dello Stato"; VASSALLI defendendo o princípio de que à jurisdição cabe "la potestà punitiva". Para SANTORO a execução penal cabe ao direito substancial penal e não ao direito processual penal da mesma maneira que ZANOBINI admite um direito subjetivo do Estado no âmbito do direito penal administrativo.

Tôdas elas, com exceção das opiniões de SANTORO e ZANOBINI que se colocam em posição onde domina princípio de direito subjetivo de punir, tôdas elas, dizíamos, partem de um poder punitivo do Estado. (18)

(18) ARTURO SANTORO — Op. cit.
GUIDO ZANOBINI — Le Sanzioni Amministrative.

Quanto ao pensamento de Santoro, parece-nos bastante trazer as palavras de Carnelutti na Teoria General del delito, pág. 13, nota 1. "La afirmacion del caracter procesal de la ejecucion penal ha sido hecha en el texto, sobre todo, para excluir su caracter **administrativo**. Ultimamente ha sido propuesta una solucion diversa muy ingeniosa del problema teorico de la ejecucion penal, en el sentido de que las normas por que es regulada pertenecen mas bien al derecho penal que al administrativo; pero al derecho penal **substancial** o **substantivo**, no al procesal (Santoro: **Fondamenti della esecuzione penale**, Roma, 1931); conforme a êste modo de ver, a la ejecucion penal corresponderia en lo civil más que la **ejecucion forzosa**, el **cumplimiento**; . . . continuando, acentua que Santoro considera o fenômeno mais "desde el punto de vista de la

O problema a nos interessar mais é se existe aí, qualquer que seja a posição doutrinária que se adote, a par do "interêsse protegido", do "poder do Estado", etc. tudo de ordem penal, se existe paralelamente, um interêsse, um poder de Estado atingindo ou protegendo "consequências" civís por ventura existentes na sentença penal. Em outras palavras, se no título executivo penal (a sentença penal) há eficácia civil.

Seguidamente, devemos considerar a instrumentalidade da sentença penal.

Ela determina, como sabemos, que o Estado, após o reconhecimento jurisdiccional no sentido de satisfação de interêsses (ou ampliando, de direitos) torna-se capaz de tornar realizáveis, praticamente, aquela satisfação de interesses. Tanto pela sua finalidade, quanto pela sua instrumentalidade, a sentença penal está ligada a um conteúdo de direito material, constituindo-se entre êste e a sentença uma especialíssima relação.

Daí a nulidade de qualquer sentença que exista sem uma possibilidade de sintetizar conteúdo material. Assim, por exemplo, quando se fala no processo civil de sentença declaratória constitutiva, ou de declaratória condenatória é porque não pode ser excluída a idéia de preexistência de normas que, declaradas, determinarão efeitos constitutivos ou condenatórios. Ou serão, tão somente, mèramente declaratórias.

O mesmo dir-se-á da sentença penal. O conteúdo declaratório é imprescindível e neste ponto aceitamos

actividad del Estado titular del derecho, que desde el condenado titular de la obligación ..."

Quanto a Zanobini. Em *Le Sanzioni Amministrative*, pág. 43, escreve êle: "La punizione dei delinquenti ha un fine di protezione della società, di difesa, di tranquillità sociale: un fine simile, si dice da quei pochi che si occupano dell'argomento, rientra in quelli dell'attività amministrativa: la punizione si ritiene senz'altro, per il fine suo, una funzione amministrativa". Continuando, à pág. 48 escreve Zanobini: "... il diritto subbiiettivo è fundamentalmente volontà e libertà: libertà di volere nell'attuazione d'un interesse. Ora, quanto alla punizione, sembra che lo Stato non abbia alcuna libertà: egli ha il dovere non il diritto di punire: infatti, a tale dovere corrisponde il diritto civico dei cittadini acchè avvenga la punizione, ... Meglio che di un diritto pubblico, si deve parlare di una pubblica funzione.

de maneira integral o pensamento de CARNELUTTI para quem “a declaração constitui uma CONDICIO IURIS da existência do delito ou... do nascimento dos efeitos jurídicos do delito”. (19) Portanto, na sentença penal há o reconhecimento de algo que se constitui crime — assim é denominada alguma ação —, e que conduz o seu autor a consequências jurídicas de diversas ordens. Isto levaria CARNELUTTI afirmar que, até mesmo nas penas restritivas da liberdade pessoal há imposição de obrigações. As sentenças possuem, desta forma, um conteúdo obrigatório determinando serem as penas:

- a) **obrigatórias** (no sentido de ter como conteúdo uma obrigação);
- b) **forçadas** (no sentido de sujeição pura e simples do réu);
- c) **mistas**. (20)

De tudo isto podemos, de acordo com o ensinamento de um outro mestre italiano, BELLAVITIS, afirmar: “a relação jurídica processual tende a se exaurir em uma outra relação de direito material”. (21)

Mesmo imprecisa, a expressão de BELLAVITIS é de rara felicidade e exprime a sentença significando a volta do direito material ao direito processual. No processo penal: a volta do crime à punição.

Na consideração de direito substantivo penal e de execução, não podemos deixar de considerar o pensamento de MANZINI e o fazemos utilizando magistral síntese encontrada em SANTORO: (22) “*appartiene*

(19) F. CARNELUTTI — ‘Apostilla’ a “La cosa juzgada y la elasticidad de la pena” de M. FENECH. In M. FENECH y J. CARRERAS — Estudios de Derecho Procesal, pg. 729.

A opinião de FENECH é de que o direito de castigar nasce da sentença e não do delito. (Cfr. op. cit. pág. 717 e ss.).

(20) F. CARNELUTTI — Apud A. SANTORO, op. cit. pg. 78, nota 3.

(21) BELLAVITIS — Apud A. SANTORO, op. cit. pg. 52, nota 2).

(22) A. SANTORO — Op. cit. pág. 52. nota 2).

al diritto sostantivo penale la esecuzione in quanto concerne la realizzazione, l'estinzione o il disconoscimento della pretesa punitiva dello Stato. Appartengono, invece, al diritto penale processuale le norme che determinano le condizioni e i presupposti di eseguibilità dei provvedimenti giurisdizionali e che designano gli organi cui è commessa la cura di promuovere (non di attuare materialmente) l'esecuzione, come pure quelle che disciplinano il contenzioso esecutivo (incidente di esecuzione)".

Encerrando estas considerações, ante a indagação de se o interesse do Estado, no processo penal, limita-se a "dizer" uma sentença e "fazer cumprir" uma pena, somos forçados a responder negativamente. Não basta ao Estado nem satisfaz ao seu interesse o mero cumprimento de certa e determinada pena. Esta satisfação valeria como pagamento de uma dívida à qual não se agregasse qualquer responsabilidade. (23) Assim, veja-se a presença de interesse público na condenação que se executa através da publicação da sentença naqueles casos em que existe dano moral.

De acôrdo com o ensinamento de Aloisi (24): "Le disposizioni sulla pubblicazione della sentenza vanno infatti esaminate in rapporto a una distinzione fondamentale: se cioè la condanna alla pubblicazione della sentenza sia espressamente preveduta dalla legge e quindi ordinata di ufficio dal giudice,; oppure se tale provvedimento sia ordinato dal giudice nel suo prudente criterio, come idoneo a riparare il danno non patrimoniale (art. 186 cod. pen.), e quindi soltanto su richiesta dell'interessato (art. 491)" para o direito italiano. "È evidente perciò come il legislatore nel prescrivere la pubblicazione di siffatte sentenze abbia avuto essenzialmente di mira l'interesse pubblico..."

Intrinsecamente ligado a todos êstes problemas, está o dos sujeitos. Vamos encontrar a pena atada de

(23) Cfr. A. SANTORO — Op. cit. pg. 53, nota 1).

(24) UGO ALOISI — Manuale Pratico di Procedura Penale, vol IV, pág. 182 e ss.

maneira definitiva com o Estado (sujeito ativo) e a sentença ser-lhe-á o único título executivo de que dispõe e dêle não pode abrir mão, principalmente porque se encontra entre as missões do Estado a de punir. Não nos interessa, no momento, discutir as suas origens ou a sua legitimidade. O mesmo, por sua vez, não acontece com o processo civil quando o credor (sujeito ativo) deve ser indicado no título executivo.

Em qualquer dos casos indicados, o raciocínio deve ser encaminhado no sentido de, como ficou salientado, sendo a sentença a volta do direito material ao direito processual, êste direito material será atingido "em si" e nas suas consequências. Então, o título executivo atingirá relações outras que não as estritamente ligadas a si.

7. A sentença penal com eficácia no processo civil (processo de execução) há de ser vista e considerada como consequência do ligamento da pena ao Estado. Aí se encontra a atividade concretamente definida de punir. E esta atividade é, excelentemente, do Estado.

Mais. O interesse do Estado em ditar a sentença penal liga-se estreitamente à sua executoriedade (e aí é que se encontra a razão de ser a sentença penal título executivo penal). Enquanto assim sucede com a sentença penal, na civil há um interesse do Estado quanto à sua declaração, portanto, limitado. Mister que a parte vencedora atue no sentido executório.

Diferencia-se, assim, o título executivo penal do título executivo civil. Tenhamos, outrossim, bem presente que o título executivo penal (mesmo ao se tratar da execução civil em matéria penal) não passa a ser título executivo civil quando é válido à execução civil. Torna-se idôneo a esta execução valendo como título executivo civil mas, intrinsecamente, conserva-se na sua qualidade penal. Note-se bem a expressão: execução civil em matéria penal.

Mas não podemos desprezar os elementos do título e do próprio sistema desde que pretendemos consta-

tar a sua validade. Em outras palavras, não podendo nem devendo ver na sentença penal um título restrito ao cumprimento de uma pena, atingiremos com a mesma sentença penal o campo do processo executório civil com a denominada "execução civil em matéria penal" numa harmonia de sistema e de princípios. Esta situação nova está a exigir um desvio da visão da execução penal quando se nos depara um ressarcimento de danos ou uma restituição que o juiz penal reconheceu existir e, como decorrência deste conhecimento, "condenou".

A "obrigação" atuará como parte acessória da sentença e assim podemos dizer ser evidente o ressarcimento do dano, por exemplo, a que nos referimos, além da declaração da existência de "obrigação" de ressarcimento, deve conter elementos que tornem certa "a obrigação de o réu indenizar o dano resultante do crime" utilizando as palavras do prof. BUZAID no art. 630, II do anteprojeto. A essência condenatória da sentença traz implícita a "condenação".

Devemos situar as relações entre as duas espécies de ações: civil e penal. Outrossim, devemos ter bem presente que tal classificação diz respeito ao atendimento da natureza da pretensão encontrada em cada uma delas. Também não nos é possível descuidar do seu objetivo final ou seja a realização do direito material. Normalmente teremos na ação penal uma pretensão punitiva e as razões disto já foram apresentadas ao curso do presente. Contudo, não será demais lembrar que sem a imposição de uma pena estaria faltando o interesse justificante da atividade da jurisdição penal. Na pena resolve-se o mérito da ação penal. Fácil será a aceitação dos "accessórios" ou "consequências" civis.

Como se constata, partimos, sempre, da existência de uma punição.

Ante a tal modalidade de situações, a doutrina tem aparecido com soluções que podem ser enquadradas em três sistemas distintos.

Pelo primeiro sistema, as duas ações, civil e penal,

mantêm-se alheias uma em relação à outra; correm em jurisdições diferentes e podem ser intentadas antes, depois ou concomitantemente, uma em relação à outra. É o sistema americano, alemão, etc.

No segundo sistema encontramos uma interdependência entre as ações e prevalece a orientação francesa. Aí, as duas ações "relativamente independentes, têm um certo laço de dependência processual, podendo a civil ser, indiferentemente, intentada na jurisdição civil, ou na jurisdição criminal, conjuntamente com a ação penal, e, neste caso, ficando suspensa a ação civil, até que se decida a ação penal, que tem influência predominante sobre o julgamento da civil".

Finalmente, o terceiro sistema: há dependência solidária, "correndo as duas ações conjuntamente, sempre, entretanto, na jurisdição criminal", tudo conforme exposição de ARY FRANCO. (25)

Voltando ao tema inicial, devemos lembrar a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

"VI — O projeto, ajustando-se ao Código Civil e ao novo Código Penal, mantém a separação entre a ação penal e a ação civil EX-DELICTO, regeitando o instituto ambíguo da constituição de "parte civil" no processo penal. A obrigação de reparar o dano resultante do crime não é uma consequência de caráter PENAL, embora se torne CERTA quando haja sentença condenatória no juízo criminal". (26)

Um certo cuidado devemos ter, então, para com a execução baseada na sentença penal.

(25) ARY A. FRANCO — Op. cit. pg 151.

(26) Exposição de Motivos do Código de Processo Penal do Brasil, VI Além do art. 1.525 do Código Civil transcrito anteriormente, veja-se o artigo 19 do Código Penal:

"Art. 19 — Não há crime quando o agente pratica o fato:

I — em estado de necessidade;

II — em legítima defesa;

III — em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito".

Do conteúdo da sentença vai depender a execução vez que esta será encarada como atividade jurisdicional seguinte àquela declaração que, anteriormente, consideramos. De conformidade com os diversos efeitos emanados da sentença, diversas são as formas de se realizar a execução e, em sentido amplo temos como diferença entre a execução civil e a execução penal, como já vimos, a possível satisfação executória civil sem a participação do Estado o que não pode acontecer com a execução penal. Mais estritamente, porém, tomando a sentença penal, os seus efeitos podendo variar conforme as motivações "não penais" conforme ficou salientado, determinarão a forma da execução. Partimos de uma sentença **una**, para uma execução igualmente **una** mesmo que a sentença penal tenha consigo aquelas "consequências". Apenas, no tocante a estas "consequências" a execução será civil (em matéria penal).

8. O processo de execução tem tido uma história bastante longa e seria desnecessário relembrar aqui a execução da sentença no direito antigo (especialmente no direito romano e no direito germânico); no chamado direito clássico abrangendo a execução na Itália durante a Idade Média; a execução do processo comum abrangendo os direitos alemão, francês, etc., fontes principais que foram, de todo o desenvolvimento do processo executório.

Vejamos, se bem que ligeiramente, as tendências da execução no direito moderno.

O ponto inicial é encontrado no direito francês: a todo portador de título executivo judicial ou extra-judicial era permitida a execução. Logo mais, tal tendência apresentar-se-ia sob dois ângulos diferentes conforme admitissem ou não interferência de conhecimento na execução. Dir-se-ia ser a execução **PARA-TA** ou não. Exemplificando, no processo executório francês, a oposição não suspende o mesmo.

Já no processo italiano, a dedução de exceções

paralisa o processo executório (na execução imobiliária) enquanto que no processo executório alemão a oposição se realiza mediante ação autônoma. (27)

A conceituação de título executivo será válida tanto para o processo civil quanto para o processo penal e quando afirmamos que "de conformidade com diversos efeitos emanados da sentença, diversas são as formas de se realizar a execução", é porque a doutrina moderna traduz a sentença condenatória como portadora de poder executivo cuja razão se encontra no fato de se achar na sentença, esclarecido o direito a ser atuado. (28)

Quando o processo de cognição prepara a possibilidade executória, e não importa que o seja no processo civil ou no processo penal, encontramos uma garantia de realização do direito e se no processo civil é possível a existência de títulos executivos extra-judiciais é porque a lei substantiva assim os define, caracterizando, pelo menos formalmente, como perfeitos na representação de direitos. E a essência mesma do processo penal é que impede a existência de tal espécie de títulos dado a natureza de sua finalidade combinada com a norma substantiva penal. A priori não é possível a precisão de existência de crime e nem mesmo uma confissão possibilitaria ter como precisada a existência do delito. Mister a existência da norma e da sanção que lhe corresponda ante o fato delituoso, quando coisa julgada.

Atingida a coisa julgada encerrar-se-ia a atividade jurisdicional?

Responder afirmativamente seria apresentar o processo sob visão estreita porque seria admitir o encerramento da atividade da jurisdição com a sentença. Somente a prorrogação da atividade de jurisdição à fase executória, sanaria aquela estreiteza, ou, em ou-

(27) Cfr. CARLOS A. AYARRAGARAY — Introducción a la Ejecución de sentencia. Pg. 38 e ss.

(28) Cfr. CARLOS A. AYARRAGARAY — Op. cit. pg. 49.

tras palavras, a deficiência oriunda daí. Sem razão ZANOBINI ao ver no processo executivo mera forma de administração. Nem mesmo admitindo critérios judiciais ou jurisdicionais justificando o aspecto administrativo, a execução não teria este caráter apesar da satisfação do "império" do Estado forçando o cumprimento da sentença. Portanto, não devemos nos deixar levar pela simpatia da tese administrativista. (29)

A execução (e não importa se civil ou penal) encerra o processo como sua última fase estando no campo processual. Esta última fase vale como realização de ato do juízo, a sentença, e a ela se liga de maneira umbilical. E ao traduzir ato, a sentença, de maneira mais que evidente, é "fato" a significar o ato de direito material correspondente ao caso concreto que mereceu a mobilização da atividade de jurisdição pelos seus órgãos judiciais.

Mais: a sentença não é apenas ato processual. É também ato jurisdicional dependendo de sua execução o direito substantivo realizado. Tenhamos presente o ensinamento de PUGLIATTI (30):

"Se il processo si considera come una unità, per quanto assai complessa, soprattutto in relazione alle sue finalità ultime e con riferimento al rapporto giuridico sostanziale a cui si riconnette il diritto di azione dal quale il meccanismo processuale è mosso, non si può fare a meno di notare la funzione strumentale, si che, prescindendo dai fini pubblicistici che mira immediatamente a conseguire, esso appare come il mezzo di attuazione del diritto sostanziale".

E CARNELUTTI diria: "O processo não teria razão de ser sem o direito e... o direito não teria força de ser sem o processo".

(29) Veja-se, a propósito, o desenvolvimento feito sobre o assunto por MARIO ODERIGO em *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, pg. 257 e ss.

(30) SALVATORE PUGLIATTI — *Esecuzione Forzata e Diritto Sostanziale*. pg. 3.

9. O ressarcimento de danos que constituirá a razão de ser do que se denomina "execução civil em matéria penal", não seria possível se houvesse na sentença penal apenas uma significação "declaratória" (evidente que quanto a indicada accessoriedade ou consequência), porque, neste caso cairíamos no campo civil e mister se faria a sentença civil precisando o "quantum" de ressarcimento ou do "quantum" a ser objeto da execução.

A execução civil em matéria penal foge, como se vê, àquela indicação que apontamos na nota sob nº 4.

Feitas as distinções entre os processos executórios civil e penal, bem como as distinções das consequências (no sentido comum) das duas espécies de sentença, alcançamos a sentença penal como sentença exequível com horizontes amplos e atuando a jurisdição no seu sentido unitário com efetivos reflexos sobre a exata posição processual das ações civil e penal. Além disto há a aceitação da execução civil em matéria penal sob a égide do processo civil, de maneira simples e pura, seria negar o critério de título executivo à sentença penal que passaria a ser civil porque a sentença também o seria.

O preceituado no artigo 630, II do anteprojeto de Código de Processo Civil do professor ALFREDO BUZAID é matéria que, como vimos, merece a meditação dos estudiosos e ao mesmo tempo é a constatação do avanço que se revigora cada dia nos estudos dos temas processuais.

Bem acertadamente o ilustre mestre concorre de maneira definitiva para a sistematização científica do direito processual prático.