

gência no usar dos poderes para salvaguardar a segurança (embora advertido o Estado do perigo), como ainda nos casos de deixar de fazer executar os preceitos regulamentares.”

8. Não tem recepção o apêlo que nesse sentido se faz ao art. 194 da Constituição. Se é exato que adotou a doutrina objetiva, relegando a culpa como elemento essencial à caracterização da responsabilidade civil das entidades de direito público, não é menos certo que o risco administrativo tem aplicação restrita à atividade da pessoa jurídica como tal e em função da relação de causa e efeito com o prejuízo do particular. Ora, decorrendo a responsabilidade regulada no art. 194 da Constituição Federal de concepção baseada, não obstante o seu objetivismo, a êsse nexos causal (sem o qual, diga-se de passagem, nem é possível assentar a responsabilidade civil) e não sendo imediata, mas remota a ligação possível entre o acontecimento danoso e a atividade administrativa, o que se há de concluir é que, pretendendo demandar a pessoa jurídica de direito público pelos danos verificados em consequência de desabamento de edifícios, o prejudicado tem que provar a culpa dos seus prepostos à fiscalização. Só através de prova de culpa se estabelece aquela relação de causa e efeito, suficiente para empenhar a responsabilidade das pessoas de direito público, porque, não existindo contigüidade entre essa atividade e o dano, o que estabeleceria a conexão causal, necessário se torna fixar a influência desempenhada pelo mau desempenho da fiscalização na produção do evento.

A responsabilidade dos órgãos de fiscalização, nesses casos, se situa em plano semelhante ao em que se coloca o dono da obra. Como a sua intervenção na construção não apresenta caráter de contigüidade e de imediatividade, é razoável aguardar, para responsabilizar a uns e a outros, que se apure não se haver resumido a sua intervenção ao em que ordinariamente se constitui, mas se ter empenhado em contribuição culposa para o dano.

De qualquer formá, como o dono da obra, os órgãos fiscalizadores serão, apurada a sua culpa, apenas responsáveis solidários com o construtor, pois é certo que, ainda que as instruções que acaso traduzam sua culpa tenham sido impugnadas pelo empreiteiro, o dever profissional dêste lhe impõe, antes que seguir o que reputa errado, ou desobedecer corajosamente às suas ordens ou renunciar ao contrato.

DA “ASSISTÊNCIA” NA EXECUÇÃO

ELIEZER ROSA

Juiz no Distrito Federal

PREMISSAS GERAIS

1. São o “litisconsórcio”, a “intervenção de terceiros” (a assistência, particularmente) e a “substituição processual” três institutos processuais afins, e por isso mesmo, costumam oferecer margem a algumas dificuldades, quando se pretende extremá-los, configurá-los de per si, em dadas posições subjetivas, dentro do processo.

O caráter comum que une aquelas figuras entre si é o de serem tôdas, e cada uma, mera posição subjetiva processual; todavia, cada qual tem suas linhas próprias, seu contôrno particular, de modo a se tornarem individuais, inconfundíveis, quando postas em confronto.

2. O fenômeno processual do litisconsórcio, da assistência ou da substituição, tomado em sentido material, objetivo, caracteriza-se pela presença de uma pluralidade de pessoas, nas três possíveis posições dentro de um dado processo; ou, em outras palavras, caracteriza-se por desviar o processo do seu tipo esquemático mais simples — *autor e réu*.

É verdade que, conceitualmente, qualquer que possa ser o número de pessoas em cada uma das *posições*, as partes serão sempre duas. (1) São duas posições contrapostas, de dois sujeitos em con-

(1) Cf. CARNELUTTI, *Sistema* (edição argentina), vol. I, pág. 34; vol. II, págs. 4 e 5. Para êste autor o termo — *parte* está referido a um *todo* que é uma *dupla* (*pareja*, diz o texto em língua castelhana).

A noção de dois sujeitos distintos é conceitual da de litígio, definido êste como conflito inter-subjetivo de interesses. *Parte* indica mais uma *posição* em relação à *lide*, ao conflito, do que mesmo a individualidade dos sujeitos do conflito, segundo CARNELUTTI.

flito; de um lado o autor, ou parte autora (aquêle que propõe a demanda); do outro lado o réu, ou parte ré (aquêle contra quem, ou em face de quem a demanda é proposta).

3. Em tôrno dêsse esquema elementar de qualquer processo judicial, formam-se outras figuras, que, no fundo, não passam de variedades ou modalidades daquelas posições fundamentais e originárias. Assim, o “litisconsórcio” outra coisa não é que uma pluralidade de pessoas na posição processual de *parte autora*, ou de *parte ré*, ou nas duas, ao mesmo tempo.

Essa pluralidade de pessoas na posição de qualquer das *partes* está indicando uma *cumulação de ações*, fenômeno material subjacente ao processual do litisconsórcio. É um processo formalmente único que abriga e esconde, na realidade, um conjunto de relações processuais, correspondendo cada qual a uma ação cumulada.

4. A “integração coativa” do art. 91 de nosso vigente Código de Processo Civil é um caso particular de *litisconsórcio necessário*. É só porque deriva de uma exigência de direito material é que pode ser obrigatoriamente ordenada pelo juiz, sem, contudo, atingir a liberdade da parte, já que esta fica livre de atender ou não, suportando as conseqüências de seu comportamento.

5. Na “intervenção de terceiros”, dadas as suas modalidades, o interveniente pode assumir a configuração de *parte*, como, por exemplo, na *Oposição*. O *opoente*, passa, necessariamente, a ser a *parte autora*, porque, intervindo, obriga as partes originárias a assumirem a posição única de *parte ré*, pois o *opoente*, daí por diante, litigará contra ambas. É uma nova *relação processual* que se forma, expugnada a primitiva posição do autor, entre *opoente* e a *parte ré* agora constituída pelo autor e réu originários. Essa fungibilidade de posições, essa possibilidade de um terceiro, entrando num processo formado, converter autor e réu numa precedente relação processual em pleno curso, em réus de uma nova relação, que vem ocupar o lugar da primeira desfeita pelo ingresso do *opoente*, é uma conseqüência da indeterminação pessoal na direção das ações reais.

Nessa nova relação processual formada pela *oposição*, uma acurada análise poderá descobrir uma modalidade de *litisconsórcio passivo necessário*. Não há como enxergar-se na *Oposição* um caso particular de *assistência*, já que o *opoente* afirma um direito incompatível com o afirmado pelo autor e pelo réu, no processo em que,

afinal, se dá a *oposição*. Esta mira a excluir autor e réu (Cód. Proc. Civil, art. 102), postos em litisconsórcio necessário. (2)

6. No *chamamento à autoria*, na *nomeação à autoria* podem descobrir-se outros tantos casos de *litisconsórcio voluntário*, e bem assim na própria *assistência qualificada*, na qual nosso direito anterior via o meio de o terceiro defender direito próprio, a respeito do qual se operava também a *coisa julgada*.

Nem é para estranhar que até na *reconvenção* se tenha procurado encontrar um caso de litisconsórcio necessário, mesmo quando seja uma só pessoa o *autor-reconvindo* e uma só pessoa o *réu-reconvinte*. Há uma pluralidade ideal de partes e de modo necessário já que o *reconvindo* tem de ser necessariamente a mesma parte autora, litigando por direito próprio. (3)

7. A *assistência simples*, como lhe chamam na doutrina, em oposição à *qualificada*, é a única em que não se pode descobrir nenhuma ligação com a figura do *litisconsórcio*, dado que nela só há *adesão* do terceiro a uma das partes, para auxiliá-la, sem alteração da relação processual originária, sem interferência no alcance subjetivo da *coisa julgada*, sem alteração na posição das partes, que se conservam tais quais eram antes da intervenção.

Poderia, talvez, com grande dose de acêrto afirmar-se que a *assistência simples*, na sua feição histórica, não está acolhida em nosso vigente processo civil, contra sua permanência militando, a nosso ver, o princípio da economia processual, o da direção do processo pelo juiz, donde resulta o enunciado dos arts. 115 e 209. Até mesmo no instituto da *curatela à lide* estará uma razão contra a persistência da tão inútil *assistência simples*.

(2) LOPES DA COSTA sustenta a mesma opinião de, na oposição, autor e réu principais passarem à posição de parte ré, ligada em litisconsórcio necessário. Cf. *Da Intervenção de Terceiros no Processo*, São Paulo, 1930, pág. 151.

No regime das codificações estaduais do processo, houve textos que emprestavam à *oposição* caráter de *assistência*, uma vez que permitiam que o *opoente* viesse para excluir uma das partes apenas — ou autor ou réu, ou ambos.

(3) É muito significativa a concepção de um *litisconsórcio* na “reconvenção”, onde a pluralidade de partes é mera pluralidade de *posições*. Temos insistido nessa nota dominante de *processualidade* no litisconsórcio, porque nela vemos um seguro modo de explicar e distinguir o litisconsórcio “voluntário” do “necessário”, especialmente do “coativo”, espécie um tanto estranha, quando surge em posição *ativa*, como se o juiz pudesse constranger alguém a ser autor, a demandar outrem, tratando-se de mera relação de direito privado, por natureza disponível.

8. A “substituição processual”, que se define como o poder de agir em nome próprio, mas no interesse alheio, dá lugar à categoria carnelutiana de “parte em sentido formal”, isto é, aquela classe de sujeitos que, sendo-o do processo, podem não ser do direito material ajuizado. Nela, a nosso entender, não se descobre nem um caso de “litisconsórcio”, nem de “intervenção de terceiro”. Está a “substituição processual” muito mais próxima da “representação”, sem, contudo, com ela confundir-se. Será a “presença” de um “terceiro”, mas, não a “intervenção” de um “terceiro”, no processo. (4) e (5)

9. A noção de “parte” é processual e independe da nota de “legitimidade”, mas o conceito de “parte legítima” é de direito material, e indica *pertinência, titularidade* ativa ou passiva, da relação de direito de fundo.

Quando se fala em “legitimidade para o processo” usa-se uma expressão equívoca, tomando-a para com ela referir-se à “capacidade” de agir. Esta é requisito do processo; aquela, a legitimidade ativa ou passiva das partes, é requisito da ação.

A ciência moderna do processo está de inteiro acôrdo neste ponto. Entre nós, houve vacilação a princípio, quando entrou a vigor

(4) TULLIO ASCARELLI refere que a desgraça da ciência jurídica são as incertezas terminológicas, e CARNELUTTI, reclama como primeira exigência do progresso da ciência processual, a pureza dos conceitos e a propriedade dos vocábulos. Um dos grandes males da ciência do processo, entre nós, tem sido a imprecisão, a equivocidade dos termos e das expressões nominativos de institutos, posições e situações processuais. Nosso vigente Código está maculado a mais não poder da impropriedade de linguagem.

PEREIRA BRAGA fez crítica vigorosa e arrazoada dos dislates, incertezas e impropriedades terminológicas do atual Código, no seu inacabado trabalho “Exegese do Código de Processo Civil”, vol. I, págs. 7 a 31. ALFREDO BUZÁID, no seu “Agravado de Petição”, discute o sentido de “lide” e “questão” tomados à obra de CARNELUTTI pelo legislador processual brasileiro, termos de significado técnico particular na obra do processualista italiano. MACHADO GUIMARÃES mostrou as variações de conteúdo no termo “instância”, imprecisão afortunada a tal ponto que vem atravessando, bifronte e vaga, nossas codificações processuais há mais de século. O mesmo MACHADO GUIMARÃES e o culto CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO dedicaram extensos escritos sobre a fórmula “carência de ação”, tendo o Dr. Oliveira Neto inventariado as dissidências dos nossos autores a propósito do significado técnico da expressão, em longo rol.

(5) LOPES DA COSTA vê na “substituição processual”, segundo sua afirmação, apoiado em CHIOVENDA, um caso de “assistência”. (Cf. *Da Intervenção de Terceiros no Processo*, S. Paulo, 1930, pág. 107). Em que pese a grande autoridade de ambos, não abundamos na lição dos dois. Técnica-mente é uma impossibilidade aproximar um instituto do outro. Sentimos muito mais próximos os conceitos de “substituição” e de “representação”, embora não se trate de representação, que é coisa diversa.

o atual Código, na interpretação do n.º I do art. 294. Hoje, parece, não há mais lugar para dúvidas.

10. A idéia de “terceiro” obtém-se, por exclusão, do conceito de “parte”: todo aquêl que não fôr “parte” no processo é “terceiro”.

Ponto, talvez, em que possa haver lugar para disputações é o de saber se o “terceiro” que entra, em intervenção, no processo, se torna, por isso, “parte”. Entendemos de nossa parte que o “terceiro”, como tal, nunca se torna “parte”, dada a exclusão que um termo implica em relação ao outro. A duplicidade de significado do termo “parte” ora significando “sujeito do processo”, ora “sujeito da lide”, é responsável pelo equívoco e pelo falso problema que surge, quando se pergunta se o “terceiro” se torna “parte”, ingressando no processo. A solução estará no separar-se um conceito do outro: se se quer saber se o “terceiro” é “parte” no processo em que intervém, há que primeiro indagar-se da sua participação na relação de direito material discutida no processo. Se êle “participa” da relação de fundo, só era êle “terceiro” em relação àquele processo, e enquanto estêve fora dêle. Mas, dada a sua penetração, na matéria de fundo discutida, sua “participação”, chamado, ou vindo de vontade própria ao feito, êle a rigor não se torna “parte”, porque “parte” já o era em referência ao direito ajuizado; todavia, torna-se “parte” na relação processual, isto é, parte em sentido formal, posição contraposta à que tinha antes de vir ao processo, mas só relativamente ao processo.

Quando se diz que o *interveniente coato*, o *opoente* são “partes”, mesmo com seu característico atraso em entrar no processo já formado, aí se tem a idéia da pertinência da relação de direito material com êles.

É necessário ver um pouco mais fundo, e desligarmo-nos, na matéria de “intervenção de terceiros” do aspecto puramente formal, para determo-nos mais na questão da pertinência do direito ajuizado. (6)

II

DA ASSISTÊNCIA E DO LITISCONSÓRCIO — SUAS DISTINÇÕES

11. Assentadas as premissas gerais, como acima se lê, poderemos descer às distinções concretas de cada instituto.

(6) Cf. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS, na sua dissertação a concurso — *Assistência*, págs. 15 e 16, principalmente.

Das Ordenações do Reino do Regulamento n.º 737, passando pela Lei n.º 221, pelas codificações estaduais, até o Código único que hoje nos rege, tudo foram incertezas, na legislação, na jurisprudência e na doutrina; foram tudo distinções inúteis, casuísmos legislativos e doutrinários, que nada esclareciam, porque, nas mais das vezes, confundiram “litisconsórcio” com “assistência”, numa enumeração empírica e defeituosa.

Procurou-se distinguir, a exemplo de lição vetusta, a “assistência” em *simples* e *qualificada*. Na primeira, bastava um *interesse* aparente; na segunda, havia de haver um *direito* próprio. Essa segunda espécie foi tratada sempre como “assistência”, quando, na realidade, mais denunciava hipóteses de “litisconsórcios”.

12. A qualificação do “interesse” (7) foi questão tormentosa, como tormentoso foi o problema do “momento” em que se poderia dar a “assistência”.

Uns códigos a permitiam até antes da sentença; outros, até na *execução*; outros ainda inclusive no *recurso*, acompanhando nisso a doutrina que via na “apelação do terceiro prejudicado” um caso de “assistência” na fase de *recursus*, mesmo que só o terceiro recorresse.

13. Mas, foi a Lei n.º 221, de 1894, que trouxe a mais profícua discussão em torno da “assistência” (8) e seu conceito, aproximando-se as conclusões a que então chegaram os eminentes julgadores da época (particularmente dois votos vencidos, no Supremo Tribunal Federal, de PEDRO LESSA e JOÃO MENDES JÚNIOR), da moderna concepção de assistência litisconsorcial. Foi uma valiosa contribuição que a doutrina desprezou.

14. Quando a unidade processual prometia, com apoio na lição da experiência histórica, afastar tôdas aquelas inúteis discussões e evitar os tropeços das codificações passadas, surge o nebuloso art. 93 do atual Código, mal ubiquado, englobando noções diversas e distintas, como as de “terceiro”, “intervenção”, assistência” e “litisconsórcio”. (9)

(7) Cf. JOÃO MENDES JÚNIOR — “O interesse da Assistência”, escrito publicado em mais de uma Revista, mas especialmente na *Revista dos Tribunais*, vol. 3.º, pág. 289.

(8) Cf. ALMEIDA AMAZONAS, *Assistência*; MUNIZ BARRETO, “Parecer”, in *Forum*, vol. V, págs. 129/132; Dr. ALVARO BITTENCOURT BERFORD, “Da Intervenção de Terceiros na Instância”, tese a concurso, Rio, 1919.

(9) PONTES DE MIRANDA chama de “assistente híbrido” a figura do art. 93 do Cód. Proc. Civil.

A propósito do interveniente do art. 93 referido, o insigne PONTES DE MIRANDA, a par de qualificá-lo como “novo litigante”, diz que é figura intercalar entre a do litisconsorte e a do interveniente, na intervenção principal. Por isso mesmo, continua êle, alguns a põem na classe das intervenções, e outros, na classe dos litisconsórcios. (10)

A observação é exata, porque o próprio legislador teria ficado indeciso sobre onde situar a figura do “assistente”, equiparado ao litisconsorte. (11)

15. No direito anterior, a “assistência simples” consistia em aderir o interveniente a uma das partes para ajudar-lhe a vitória contra o adversário.

A “assistência qualificada” consistia em vir o interveniente, ao lado de uma das partes, defender direito próprio, deduzindo um pedido seu, autônomo.

A disciplina da primeira era fácil, dada a simplicidade da figura do assistente que apenas auxiliava, sem nada pedir. Mas, já com a segunda, por isso mesmo que não se tratava de verdadeira “assistência”, as dificuldades recresciam.

O nosso vigente Código, com seu art. 93, continuou a figura do “assistente simples” do direito anterior, mas emprestou-lhe sentido e finalidade diversos. Aqui, o assistente conduz um processo com a mesma liberdade como se fôsse parte, trabalha por uma vitória que indiretamente se traduz em benefício seu, garantindo uma posição jurídica, que, por ser conexa com a do assistido, poderia ficar prejudicada com a sentença. Não deduz pedido próprio, porque não é parte; mas atua em proveito futuro, porém próprio; não mira a vitória do assistido, só para vê-lo triunfar contra o adversário; mas visa à vitória do assistido, coadjuva-o, porque, nessa vitória alheia, há uma vantagem própria do assistente; nela está

(10) PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, *Rev. Forense*, vol. I, pág. 356. Para êste autor o legislador brasileiro, na forma do art. 93, ficou com um pé no passado brasileiro e com outro no continente europeu, copiando a solução austríaca, indeciso entre o conceito de assistência do direito anterior e o de intervenção adesiva qualificada ou não qualificada do direito germânico (loc. cit.).

A Lei n.º 221 ministraria o texto, dispensando o empréstimo.

(11) Para LIEBMAN teria sido mais exato colocar o legislador a disposição do art. 93 no capítulo do Código que trata da intervenção dos terceiros, em vez de naquele que é dedicado aos litisconsortes — Cf. CHIOVENDA, *Instituições*, edic. brasil., São Paulo, 1943, pág. 328.

a consolidação de uma posição que, desde aí, fica definida. A *coisa julgada* operada sobre a lide entre o assistido e o seu adversário aproveita ao assistente, em razão da conexidade do seu direito com o do assistido. É certo que o assistente não poderá usar da coisa julgada em sua feição positiva, mas, em sua feição negativa, ela lhe é proveitosa.

O *direito* ajuizado não é o do assistente, é o do assistido; mas o *processo* é comum ao assistente e ao assistido. É em razão dessa comunidade processual, que dá ao assistente plena liberdade de movimentos, desligado do assistido, que lhe adveio a denominação do *assistente litisconsorcial*, ou equiparado ao litisconsorte.

Essa equiparação é puramente do ponto de vista do processo. (12)

O em que parece não haver discrepância é que o art. 93 contempla a figura da “assistência” e não a do “litisconsórcio”.

16. Se alguém é titular de um direito ajuizável, de duas uma: ou vai a juízo só, como parte singular, fazê-lo valer; ou se associa a outros, também titulares de idêntico direito, e, juntos, consorciados, propõem suas ações, utilizando todos, formalmente, um mesmo processo — é o *litisconsórcio*, é um “cacho” de ações cumuladas. (13)

Como se acaba de ver, não é possível confundir um caso de “assistência” com um de “litisconsórcio”, já que o *assistente* aguarda, em processo originariamente alheio, uma sentença que indiretamente defina uma posição jurídica em conexão com a de uma das “partes” chamada “assistida”; e o *litisconsorte* aguarda, em processo próprio, originariamente próprio, uma sentença que decida diretamente uma relação jurídica autônoma, sua, individual, em contraste com a parte adversária. Para o *assistente* só a sentença é eficaz; para o *litisconsorte* não só a sentença, mas também a coisa julgada.

A noção de “domínio” ou de “condomínio” da lide, no *litisconsórcio*; e a de “uso” da lide alheia, na *assistência*, talvez bastem

(12) É a lição de LIEBMAN: “nesses casos é justo permitir ao terceiro intervir no processo para *auxiliar* a parte, em cuja vitória se acha interessado, completando eventualmente a defesa que ela desenvolve e que pode ser, por qualquer razão, insuficiente; e realizar, com esse fim, uma atividade não simplesmente subordinada à da parte assistida, mas inteiramente autônoma: esta e não outra é a significação da equiparação do terceiro ao litisconsorte”. — *Instituições*, vol. II, pág. 328.

(13) Não se pode dizer que, nos casos de litisconsórcio, haja uma única relação processual, porque, na verdade, o que há é um feixe ideal de relações processuais, correspondendo, conceitualmente, a cada consorte da lide uma relação processual. Assim o é em nosso direito, como ressalta claramente do art. 89 do Cód. Proc. Civil.

para dar à justa, a nota diferencial entre os dois institutos. O eventual litisconsorte pode, a qualquer tempo, ajuizar seu direito; o assistente só pode estar em juízo havendo uma lide alheia. Um é independente, o outro é dependente. O assistente ou é assistente ou é terceiro estranho ao processo; ao passo que o litisconsorte tanto é parte em comum com outros, como o é singularmente, autônoma-mente, em demanda sua. (14)

O assistente tem *pretensão*; o litisconsorte tem *ação*.

Tem-se dito que o assistente “*adere*” à relação processual originariamente alheia; e que o litisconsorte “*se insere*” na relação processual alheia. Não reputamos exata a afirmação, quanto ao segundo membro da proposição. Que o assistente *adira* à relação processual alheia está correto; mas que o litisconsorte *se insira*, não, porque este se justapõe, se reúne, se põe em paralelo com os demais consortes, com relação processual própria, embora formalmente única, mas conceitualmente diversa, distinta da dos demais consortes.

O que puder ser litisconsorte poderá ser, querendo, assistente, pela máxima de que quem pode o mais pode o menos. É tão óbvia a proposição que dispensa ser demonstrada. O assistente, porém, nunca poderia ser litisconsorte.

Alguém que, titular de um direito ajuizável, só tivesse, entretanto, interesse na declaração daquele direito, poderia ingressar como assistente em processo alheio, renunciando a ser litisconsorte.

Mas, ao contrário, queira um assistente alçar-se à posição de litisconsorte e verá que nem tecnicamente, nem processualmente poderá fazê-lo, porque subjaz à configuração um problema de direito material indistigável e de demonstração objetiva.

Uma posição de direito processual poderá sofisticar-se, mas uma situação de direito material tem extremos tão objetivos que dificilmente se engendra e se improvisa de modo aceitável. Não se converte de um salto, arbitrariamente uma *pretensão* (15) numa *ação*.

(14) O terceiro pode aparecer autonomamente no processo, mas na qualidade de “terceiro prejudicado”, em apelação; ou como “terceiro embargante”, na execução. Aqui, nestas duas hipóteses, a posição do terceiro é bem diversa daquela que ele tem no processo de cognição. A sentença, declarando o direito das partes, pode criar uma lide nova relacionada com quem estava fora do processo. Se não cria, ao menos, põe a descoberto. E, na execução a atividade do órgão jurisdicional pode criar uma lide nova com terceiros, invadindo sua esfera jurídica, de fato. Nesses casos, o terceiro perde essa característica para ser “parte” numa nova relação jurídica oriunda da sentença.

(15) O termo *pretensão* está empregado neste escrito no sentido de faculdade de exigir de outrem uma obrigação, isto é, de exigir de outros o

Não é possível, pois, confundir-se um caso de *litisconsórcio*, com um caso de *assistência*, a menos que se esteja muito desaperecebido das noções conceituais que extremam um caso do outro, ou, então, propositadamente se queira, violando a técnica e o direito, confundi-lo.

III

DA “ASSISTÊNCIA” NA EXECUÇÃO

17. O superado regime processual era incoerente quanto ao ponto: Códigos havia que expressamente admitiam a “assistência” na execução; outros a negavam; outros silenciavam. (16)

A questão permanece em aberto, em face do silêncio do atual Código de Processo Civil. A doutrina não é uniforme e a jurisprudência se vai orientando no sentido de admitir a assistência na execução, a pretexto de que o silêncio da lei não vale proibição e ainda com fundamento no princípio da economia processual.

De nossa parte, entendemos que, na execução normal, nunca pode haver “assistência”, dada a natureza processual e atento o fim prático da “assistência”.

Evidentemente que se houver um incidente na execução, como “embargos de terceiro”, “concurso de credores”, aí, no incidente, poderá haver. Isso é muito claro, dispensa demonstração.

Dir-se-á o mesmo se houver execução provisória. (17)

Mas, tudo que o assistente pode querer no processo em que intervém é a formação da *coisa julgada*. Formada esta, nada mais pode querer ou fazer. Aí cessa seu interesse.

18. Se os casos ocorrentes e de que os repertórios de jurisprudência nos vêm dando conta desde a Lei 221 até hoje fôssem mesmo casos de “assistência” no sentido técnico processual nada justificaria um estudo a respeito do tema que deixaria de oferecer qualquer interesse doutrinário ou prático.

Ocorre, todavia, que, travestidos em assistentes, usufruindo as vantagens processuais da assistência, instituto de contornos mal definidos, vêm surgindo, mal embuçados nas dobras duma suposta

que, em virtude de uma norma, é devido. É um momento do direito subjetivo, antes da sua lesão ou violação. Cf. ICÍLIO VANNI, *Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo, 1916, pág. 74.

(16) Cf. JORGE LAFAYETTE PINTO GUIMARÃES — “Assistência” in *Reper-tório*, de CARVALHO SANTOS, *sub voce*, vol. IV. ALMEIDA AMAZONAS, “Assis-tência”, pág. 43.

assistência, autênticos casos de *litisconsórcio* na execução, supri-mindo, pelo artifício, parasitariamente tôda uma instância. E, sob color de *assistirem* a autores contra a parte ré, empolgam e se apropriam da *coisa julgada* operada entre outras partes.

E aqui se esconde o terrível sofisma processual que é força desfazer a bem da dignidade científica do processo civil.

19. O que, com ocasião no art. 93 do vigente Código do Pro-cesso, está sucedendo, não chega a ser uma novidade. Novidade é, sem dúvida, a solução dos casos surgidos com inadequado funda-mento naquele referido artigo.

Com a Lei 221, de 1894, surgiram casos concretos idênticos aos atuais de suposta assistência, mas, na realidade, casos de possíveis *litisconsórcios*, que o Supremo tentou repelir, em memoráveis disputas entre alguns dos seus mais altos membros, valendo ressaltar os votos (vencidos, diga-se, em obséquio da verdade) dos ministros PEDRO LESSA e JOÃO MENDES JÚNIOR. (17)

IV

OBJEÇÕES A CHAMADA “ASSISTÊNCIA NA EXECUÇÃO”

20. *Primeira objeção*: a estrutura do processo de cognição é o primeiro obstáculo que se ergue contra a anomalia processual da chamada “assistência” na execução. O processo de cognição é, antes de tudo, como se sabe, um processo de *partes*, princípio que se expressa na conhecida fórmula — *nemo iudex sine actore*, ou, por outras palavras: não há jurisdição sem ação, tomada esta no sentido de condição para atuar a jurisdição.

Não pode haver sentença sem pedido de parte. A obrigação que tem o Estado de prestar sua tutela (já que proíbe a auto defesa privada) nasce com o pedido da parte, devendo ser a sentença (forma com que o Estado responde ao pedido) conforme com o pedido (*sententia debet esse conformis libello*).

(17) A apelação de terceiro prejudicado, especialmente se houver execução provisória, pode levar alguém mais desprevenido a pensar num caso de “assistência” na execução. Já noutra nota antes deixamos claro nosso ponto de vista. O “terceiro prejudicado” recorrendo, ou embargando é “parte” na nova relação jurídica criada pela sentença ou pela execução. Atente-se na profunda lição contida no voto de João Mendes Júnior, transcrito, em re-sumo, em ALMEIDA AMAZONAS, *Assistência*, págs. 37 a 41.

O órgão jurisdicional só desenvolve sua atividade mediante iniciativa do particular e sobre os elementos (de fato) oferecidos por êste. É a isto que se chama *princípio dispositivo do processo*. (18)

No processo de cognição, a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico. Ele deve conhecer, isto é, estudar o caso submetido ao seu exame, investigar os fatos, escolher e aplicar as normas legais adequadas, fazendo, em suma, um trabalho intelectual que não difere, sob certos pontos de vista, do que faz um historiador, quando reconstrói os fatos do passado. (19)

O resultado dessa atividade vai ter diretamente na sentença que, declarando, no caso submetido a julgamento, a vontade concreta da lei, regula as relações das partes, cobrindo-se, afinal, aquela declaração com a autoridade da *coisa julgada*, isto é, tornando-se, entre partes, imutável.

É essa atividade desenvolvida dentro do processo de cognição que serve de suporte à sentença, legitima sua existência, e torna possível a execução.

Não seria nunca possível começar-se pela execução — *ab executione non est incoandum* —, sendo necessário se comece pelo processo de acerto, pelo conhecimento e julgamento da lide.

Seria o império do arbítrio, despido o processo de sua augusta função de garantia de defesa das partes, iniciar-se uma execução que não se apoiasse num julgamento precedido de uma regular discussão das razões das partes. (20) A cognição está a serviço da execução.

Mesmo quando o ordenamento jurídico permite certas medidas executórias antecipadas, como ocorre nas nossas *ações executivas*, onde parece haver uma inversão violenta de momentos jurisdicionais, a ordem jurídica o permite em obséquio da natureza do título, mas exige, todavia, no curso da ação, uma cognição comprobatória do direito ajuizado, já que o processo executivo é o mesmo processo ordinário apenas qualificado por uma medida inicial acautelatória. (21)

(18) Cf. ALFREDO ROCCO, *La Interpretación de las Leyes Procesales*, apêndice da tradução mexicana de *La Sentencia Civil*, México, D. F., Editorial Stylo.

(19) Cf. LIEBMAN, *Estudos*, págs. 40/41.

(20) Cf. LIEBMAN, *Processo de Execução*. Saraiva, São Paulo.

(21) No sentido do texto, cf. MACHADO GUILMARÃES, *Comentários ao Cód. Proce. Civil*, Rev. F'or., vol. IV. Em sentido contrário, cf. LIEBMAN, *Estudos*, pág. 60.

Mas, quer no *processo de execução*, quer no *processo executivo* a regra é a imprescindibilidade do *título* e, acrescente-se, da *titularidade* do exequente.

A titularidade nasce da sentença, ou, melhor, da declaração contida na sentença proferida em processo regular, promovido por partes legitimamente contraditoras. Titularidade e legitimidade de parte na execução são termos equivalentes.

O estado de insatisfação do direito dá nascimento à ação, mas nunca à execução, que exige *causa jurídica*. O estado de insatisfação é uma *causa de fato* que engendra o processo de cognição que vai finalizar na sentença, cujo esquema fundamental está na petição inicial. (23)

Está posta a execução para a atuação de uma sanção justificada pelos fatos ocorridos entre as partes, isto é, está posta para satisfazer direito efetivamente existente, pelo que não pode proceder-se à execução, a não ser depois de legalmente verificada a existência dos fatos que a justificam, e que constituem a sua causa em sentido jurídico. (24)

Assim, nada mais regular que exigir de quem pretenda *executar* que antes demonstre a procedência da ação.

Cabe, pois, suscitar-se essa incomodativa questão: onde, nessa anômala “assistência” na execução, o percurso prévio daquele acerto do direito insatisfeito, se se suprimiu toda uma instância, exatamente a destinada àquele acerto? Onde, em consequência, a causa jurídica da execução, em hipóteses, como a combatida neste escrito, se não há sentença que decidisse pedido próprio dos assistentes-exequentes?

Há, sem dúvida, uma contundente *petição de princípio*, vício lógico evitável, que se torna incompatível com a severidade do raciocínio judicial.

É isso que acontece toda vez que se dá por demonstrado aquilo exatamente que ainda se deveria demonstrar. É o que ocorre nessa teratológica “assistência” na execução, pela qual o menos que acontece é a supressão indevida de toda a primeira instância.

O sábio JOÃO MENDES JÚNIOR lembrou, com apoio em julgados antigos, para hipóteses semelhantes, o uso da *actio indicati*. Todavia,

(23) Cf. CALAMANDREI, *Instituições*, tradução em língua espanhola por SÉNTIS MELENDO, Editorial Depalma, B. Aires, 1943, págs. 157 a 159.

(24) Cf. LIEBMAN, *Processo de Execução*.

De modo necessário, cognição e execução completam-se, sendo indeligiáveis uma da outra.

O processo de cognição, pois, supõe necessariamente “partes” que *peçam, pedido* formulado com possibilidade jurídica, *acertamento e sentença*.

É a indefectível precedência da cognição à execução que os antigos expressavam na máxima — *primo intentanda est actio* —, fórmula, ao mesmo passo, da necessidade lógica do juízo, para o juiz, e de garantia jurídica e de justiça, para as partes.

Como se vê, é indispensável a fase do acertamento dos fatos e do direito, pois, constitui ela tódia a primeira instância, que, no regime do *duplo grau*, como é o nosso, não pode faltar.

E, quando, na execução, surgem sob a denominação de “assistentes” verdadeiros litisconsortes, com pedido próprio, com relação material individual autônoma, o que pretendem, do ponto de vista processual, é a supressão da fase fundamental de todo juízo, a supressão de tódia a primeira instância, o que, como já se disse acima, entre nós, é uma impossibilidade político-jurídica, em face do regime do *duplo grau*.

É isto a negação do processo na sua função lógica de acertamento e julgamento, e na sua augusta função jurídica de garantia expressa no *princípio do formalismo*.

21. *Segunda objeção*: o segundo obstáculo à chamada “assistência” na execução, a nosso ver, reside na *estrutura e finalidade* do processo de execução.

Nulla executio sine titulo é máxima de vigência irrestrita. Por ela se quer significar que é necessário haver sentença legalmente pronunciada, condenada a parte ré em “pedido” da parte autora, para que possa haver execução, ou outro título qualificado por sua virtude de conter *aparelhada a execução*. É a *causa jurídica* da execução.

Há um direito à execução, que é o mesmo que foi objeto da cognição, mas aquêlo declarado, que nasce da sentença condenatória. É com base nessa afirmação que se pode sustentar a impossibilidade de uma execução de sentença sem *título executório*, que, em nosso direito, é a sentença. (22)

(22) Impõe-se distinguir *título executório* (sentença) de *título executivo*, que, entre nós, é qualquer dos enumerados no art. 298 do Cód. Proc. Civil. A propósito, consulte-se LIEBMAN, *Processo de Execução*, Saraiva, São Paulo.

não temos a ação *iudicati*. (25) Só as sentenças ilíquidas comportam, na sua liquidação, uma cognição incidente de fatos que devam servir de base à liquidação. Mesmo assim precede a essa liquidação uma condenação genérica. E essa condenação, mesmo genérica, não poderia faltar para que fôsse iniciada a fase executória.

22. *Terceira objeção*: a terceira e última objeção que se ergue contra a chamada “assistência” na execução estaria nos *limites subjetivos da coisa julgada*.

Que a eficácia natural da sentença pode alcançar terceiros estranhos à ação ninguém o contesta, e, aí, estão os institutos da “intervenção de terceiros” e da “apelação de terceiro” para o comprovar.

Se é falso, (26) ou discutível, o princípio da eficácia só *inter partes da sentença*, outro tanto não ocorre com a *coisa julgada*, cuja eficácia só opera entre as partes, não prejudicando, nem favorecendo diretamente aos terceiros, que não estiveram no processo.

Por que razão a procedência da ação favoreceria aquêles terceiros que, na execução, intervêm para se beneficiarem do julgado alcançado em causa alheia, e a improcedência não os prejudicaria? A ser exata a opinião de que aquêles terceiros podem intervir como assistentes, dada a identidade de situação fática ou jurídica com a dos vencedores, deveria também ser exata a consequência contrária, isto é, a de que seria oponível a *exceção de coisa julgada* pela parte vencedora, quando fôsse, doutra feita, chamada a juízo por qualquer do mesmo grupo dos vencidos, como assistentes, ou por qualquer outro que não tivesse estado no processo, mas viesse, fundado na mesma relação jurídica, demandar, com idêntico pedido, o vencedor.

Entretanto, ninguém admitiria a possibilidade de tal exceção, clamando logo pela regra “*inter alios non*”. A consequência apontada na *exceção seria de absoluto rigor lógico*.

CHIOVENDA tem lá nas suas *Instituições* êste trecho: “Pode haver relações com diversos sujeitos jurídicos de uma parte, ou de ambas as partes; e pode dar-se que uma causa seja conduzida por um só dos sujeitos, ou contra um só. Há quem entenda que, nesses casos, a sentença tem efeito igualmente, em referência aos sujeitos da relação jurídica que não participaram da causa; outros opinam

(25) Cf. LIEBMAN: “no direito vigente não têm mais razão de ser nem a *actio iudicati* romana, nem a medieval. *Estudos*, pág. 53.

(26) Cf. PONTES DE MIRANDA — *Comentários*, vol. I, pág. 359.

em contrário; e, há, ainda, uma concepção intermédia, segundo a qual a sentença teria efeito a *favor* e *não contra* os sujeitos participantes da lide. Rejeita-se a opinião eclética; pois, como vemos acima, a coisa julgada tem efeito não *secundum eventum litis*, mas para ambas as partes. Uma vez, portanto, que o próprio vencido pode opor a coisa julgada a todos quantos lhe estão sujeitos, não pode depender da vontade de um interessado, sequer estranho à lide, fazer valer ou não a coisa julgada, conforme lhe convenha. Logo, a coisa julgada deve obrigar ou não obrigar os cointeressados não participantes” (*Instituições*, n.º 135).

Isto escrevia CHIOVENDA a propósito do litisconsórcio necessário, e, pois, com mais razão se aplicará ao litisconsórcio voluntário, espécie exata a que pertenceria, no rigor técnico, essa artificiosa “assistência” na execução, que, como caso típico de litisconsórcio que é (afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito) não poderá jamais ocorrer na fase da execução sem que tenha ocorrido, antes, na fase da cognição.

V

CONCLUSÃO

23. As três objeções acima expostas talvez bastem para pôr de manifesto o prejudicial sofisma processual que, em verdade, é essa vitanda “assistência” na execução, que, contrariando o sentido do processo de cognição, negando a causa jurídica do processo de execução, e suprimindo, em plena vigência do duplo grau, tôda a primeira instância, aniquila a dignidade do processo judicial, máximo penhor que êle é da garantia dos direitos ajuizados, através do princípio fecundo do *formalismo* e do tranqüilizador princípio da eficácia *inter partes* da coisa julgada, ambos iludidos no ilogismo peculiar dos propugnadores da doutrina contrária, a quem, daqui, rendemos nossa homenagem pelo esforço inútil, por êles dispendido no desejo de demonstrar o acerto duvidoso de suas concepções, mas, sobretudo, pelo ensejarem, com sua erronia, o progresso dos estudos processuais entre nós.

O ARTIGO 1.572 DO CÓDIGO CIVIL EM FACE DOS HERDEIROS E DO FISCO

LINO SA PEREIRA
1.º Procurador da PDF

Tem-se visto, ultimamente, decisões de alguns dos nossos Juizes asseverando que, em face do art. 1.572 do Código Civil, os herdeiros recebem desde a morte do *de cuius* os bens e que, portanto, o impôsto de transmissão *causa-mortis*, por êles devido, só se pode computar sôbre os valores que os bens tinham no dia do falecimento, de vez que, por força dêsse mesmo artigo, nesse mesmo dia, no mesmo momento da morte, os bens passaram à propriedade dos herdeiros.

Data venia dos prolatores dos despachos a que nos referimos, nada menos certo e menos de acôrdo com todos os princípios legais e com a doutrina, do que semelhante assertiva.

O art. 1.572 do nosso Código Civil assim redigido

“Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

é preciso ser interpretado e analisado com serenidade e de acôrdo com os outros textos da nossa lei civil.

Êsse dispositivo não é nenhuma inovação nem no nosso direito nem no estrangeiro.

Nada mais representa do que o mesmo princípio consagrado desde o Alvará de 9 de novembro de 1754 e do Assento de 16 de fevereiro de 1786 e que tinha em mira evitar que pessoas estranhas à sucessão se apossassem dos bens do defunto:

“impedir o enorme abuso que se fazia de se apossarem dos bens pessoas estranhas... a quem, verdadeiramente,