

## ***Recurso de terceiro prejudicado e supressão de instância***

Raul Moreira Pinto  
Juiz aposentado

Em execução trabalhista, penhoraram-se imóveis já constribuídos anteriormente numa execução cível, promovida por uma empresa estranha à reclamação.

No dia imediatamente anterior à alienação judicial dos imóveis, noticiou a empresa ao juiz trabalhista a existência de penhora e de credores com a mesma preferência, com penhora no rosto dos autos da execução cível.

Manteve-se a realização da venda judicial, verificando-se a adjudicação dos imóveis pelo credor.

Assim decidiu o juiz porque entendeu, em razão da preferência do crédito trabalhista e por inexistir registro da penhora efetivada no juízo cível, além de ausente prova da existência de credores trabalhistas da dita empresa.

Dessa decisão, agravou de petição a empresa cível, bem como um dos credores dela, com alegações cujo teor não é pertinente à finalidade desses escritos.

O reclamante-exequente respondeu ao agravo, aduzindo razões próprias à manutenção da decisão.

O Tribunal não conheceu do agravo, ao argumento de que alegações postas pela agravante e pelo agravado não passaram pelo crivo do juízo de primeiro grau, o que fez com que o recurso se mostrasse “premature”. Sugeriu que tais questões deveriam ser examinadas previamente pela via dos embargos de terceiro ou dos embargos à arrematação.

Dois embargos de declaração da empresa, apontando contradição entre a não decretação da nulidade da sentença e a possibilidade aberta no sentido de oposição de futuros embargos de terceiro ou de embargos à adjudicação. Os segundos embargos não foram ainda examinados, sendo os primeiros não providos.

Como se percebe, em razão de louvável preocupação com uma mais ampla prestação jurisdicional, que seria submeter as alegações feitas posteriormente à decisão ao exame da instância *a quo*, acabou-se gerando uma situação de perplexidade: se a sentença não é nula, produzirá coisa julgada, formal e material, o que impedirá o exame das questões cuja dedução foi tida como prematura. Dentro do raciocínio do

acórdão – a causa não estaria madura - a decretação da nulidade era inevitável.

Na verdade, todo esse *imbroglio* teve origem em assentar-se o acórdão em premissas que se entende equivocadas.

Uma delas seria na convicção do julgado no sentido de que deveria existir um procedimento descrito na lei, próprio e adequado à pretensão do terceiro prejudicado, sugerindo incabíveis embargos de terceiro (inexiste domínio e posse por parte do terceiro; apenas promoveu a penhora) ou embargos à adjudicação (o terceiro não é devedor do reclamante-exequente).

Não há como se seguir a sinalização do acórdão, pois, já visto, as questões suscitadas na disputa não cabem no rígido formato das medidas judiciais sugeridas.

A solução, a essa altura, somente pode se dar através de medidas pouco ortodoxas, já aqui pressupondo-se o mesmo destino conferido aos primeiros embargos será dado aos segundos.

Doutrina mais atual vem sustentando que o mecanismo da fungibilidade não se restringe apenas ao campo dos recursos; pode ela – e deve - ser admitida relativamente a tipos de procedimento ou de “ação”.

Veja-se que, em algumas hipóteses, há até tratamento legal dessa fungibilidade, como ocorre nas ações possessórias, cuidadas no C.P.C.. Nessas, o juiz pode conferir a tutela pretendida, sem se amarrar a via procedimental eleita pelo autor.

Alteração de 2002 (Lei 10.444/02), do C.P.C. (parágrafo 7º, do artigo 273) prevê que o juiz poderá instituir medida cautelar, em lugar de postulada antecipação da tutela.

Pode-se também perceber a presença dessa fungibilidade nas “medidas de apoio”, assim denominadas por Cândido Dinamarco, previstas no parágrafo 5º, do artigo 461, do mesmo C.P.C..

Dúvidas sempre as há no espírito dos operadores do direito, lembrando-se sobre o uso da ação rescisória ou da ação anulatória, nos casos difíceis.

Na linha da fungibilidade, mas indo mais longe, caminha o futuro C.P.C., ora em gestação.

No novo diploma seria contemplada não somente a fungibilidade: amplia os poderes dos magistrados a fim de lhes tornar possível a adequação do procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo de forma a melhor atender a pretensão de quem se vale do Judiciário,

sem, assim, a cega submissão a rígidas fórmulas preestabelecidas na lei posta.

É verdade que essa futura regra tem assustado alguns processualistas, que vislumbram nela ameaça à segurança jurídica. Todavia, sem se afastar essa possibilidade, tem-se que os benefícios dessa diretriz suplantam, de longe, os riscos.

Em casos como o cuidado nestes escritos, o juiz, na nova disposição, não teria qualquer preocupação em descobrir um procedimento regulado na lei processual para acomodar a ação do terceiro prejudicado; seria um procedimento sem nome e sem um quadro pronto e definido; se assemelharia o juiz ao pretor romano, que estabelecia o rito das ações que iria julgar, na alva tábua (*album*).

A idéia não é nova e nem original.

Pontes de Miranda, nos comentários ao artigo 499, do C.P.C., leciona que o terceiro, que não foi parte, pode defender-se pela oposição, embargos de terceiro ou pela apelação ou outro recurso de terceiro, ou por outra ação, tudo dependendo das pretensões em causa e das circunstâncias. Conclui o jurista, *verbis*: “Aí está a solução técnica legislativa e, às vezes, após isso, de arte advocatícia”. (Comentários ao C.P.C., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999, 3ª edição, pag. 58.)

Não há, pois, como se apegar a procedimentos predeterminados, de rígidas fórmulas à moda do direito romano, onde a troca de uma palavra (como no conhecido episódio das *arboribus succisis*) poderia ser causa da perda da demanda. Na observação de Pontes de Miranda, a adoção da via processual pode depender até da “arte advocatícia”.

A alternativa de um procedimento não descrito formal e expressamente na lei processual se justifica pela simples razão da inexistência mesma do formato legal.

Anotando a insuficiência das formas de defesa, Barbosa Moreira, há mais de vinte anos, já alertava, de modo pioneiro, que “o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema.” (Notas sobre o problema da “efetividade” do processo; Temas de direito processual civil, terceira série, São Paulo, 1984, pag. 27)

Na mesma linha, Olavo Oliveira Neto sustenta que “não é aceitável que a falta de instrumento processual específico impeça alguém de proteger, de forma plena e em consonância com o princípio do

devido processo legal, o direito que entende ter sido atingido em execução alheia”, isso “porque as hipóteses de conflitos são infinitas e a legislação, com certeza, não consegue supri-las, por mais minuciosa que seja”, lembrando a célebre teoria sustentada por Rui Barbosa, no sentido de que os direitos pessoais poderiam ser defendidos mediante o uso de ações possessórias, numa época em que não se conhecia o mandado de segurança. (A defesa dos terceiros na execução forçada, *in* Aspectos polêmicos e atuais, obra conj., cordenação de Fredie Diddier Jr. e Tereza Arruda Alvim, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, pag. 747)

Verdadeiramente, se assim não se entender, no caso aqui relatado, ficaria a empresa prejudicada sem proteção de direito seu.

De fato: tendo-se como terceira prejudicada, recorreu ela da decisão que lhe foi desfavorável. O recurso foi adequado e interposto no prazo de lei e assim considerado por ambas as instâncias – mas não foi conhecido (embora não alcançado o tema pelos presentes escritos, observa-se que não era caso de não conhecimento, pois o apelo cumpria todos os requisitos de admissibilidade), por considerar o acórdão prematuro o exame de algumas questões postas.

Como já registrado, não conhecido o recurso – próprio e tempestivo, repita-se – restaram sem possibilidade de exame as alegações feitas no apelo e se inexistir via para renovar tais alegações, simplesmente o terceiro terá suprimido um legítimo direito, que é o de ver examinada a sua pretensão pela instância superior. Na verdade, por instância nenhuma - porque a primeira também não as enfrentou, pela óbvia razão de terem surgido após a prolação da decisão recorrida. Nessa hipótese, como se nota, não haveria mera supressão de instância, mas verdadeira negativa de prestação jurisdicional.

Poder-se-ia se cogitar de ação rescisória para sanar o grave problema. Entretanto, essa ação tem o nobilíssimo fim de fazer ressuscitar o direito já morto; mas nada justifica que se espere ele pereça, quando ainda não sepultado pela coisa julgada, para adoção daquela extrema medida. Deixar morrer para depois tentar a ressurreição é comportamento que não se compadece com a lógica da vida e nem com a do sistema jurídico.

De notar-se que, embora não repetido no atual Código Civil, a norma posta no artigo 75, do diploma anterior, se encontra viva, seja como princípio de direito, seja no plano da Constituição Federal, onde se garante a inafastabilidade da jurisdição.

Ademais, todo o direito há de possuir sua égide; sem essa proteção definitivamente não se classifica ele como tal.

Por isso, se a legislação não oferece um modelo pronto, acabado, para agasalhar a pretensão do terceiro, isso não se constitui em óbice ao exame dela, devendo o juiz dar formato que entender adequado para o processamento, observando obviamente os princípios básicos do processo.

O segundo equívoco do acórdão foi considerar que o exame das alegações dos contendores pelo Tribunal, sem prévio enfrentamento delas pela instância primeira, seria prematuro, com conseqüente supressão de instância; equívoco cujos efeitos foi agravado pela não decretação da nulidade da sentença de primeiro grau.

Se não estava a causa madura para enfrentamento do agravo de petição e conseqüentemente das questões nele postas, é porque – e isso é de indiscutível obviedade – faltaria julgamento, tempestivo e não prematuro, das referidas questões, vício que seria passível de correção apenas com uma nova sentença. Aí, tem-se o risco de se produzirem duas decisões sobre uma mesma lide e com possibilidade de se apresentarem contraditórias, o que causaria um problema simplesmente sem solução.

É natural que o recurso de terceiro prejudicado traga questões até então não examinadas; isso é uma conseqüência, pois o direito que invoca não é de qualquer dos litigantes e pode até mesmo mesmo ser contrário aos interesses deles.

Imagine-se um recurso extraordinário de terceiro prejudicado; é impensável que o processo retorne à primeira instância para exame das novas questões, podendo tornar, com isso, quase perpétuo o feito, pois é possível – embora de remotíssima probabilidade – que surja um outro “terceiro” prejudicado, após esse improvável retorno, também em recurso extraordinário.

Também de boa lembrança é o fato de o terceiro prejudicado poder se valer da ação rescisória (inciso II, artigo 487, C.P.C.); mas um sem número de alegações, nessa hipótese, necessariamente fica sem exame pelo juízo singular e no respectivo grau de recurso, ante à limitação posta ao cabimento dessa medida extrema (incisos I a IX, do artigo 485, do mesmo diploma).

Igualmente digna de registro é a situação do revel, que vem participar do processo após a sentença de mérito; assume ele o feito no estado que se encontrar no momento de seu ingresso e suas alegações recursais, quaisquer que sejam elas, evidentemente não poderão ser examinadas pelo juízo primeiro.

No apelo para cassação da revelia não se cogita devolver o Tribunal ao exame da instância recorrida para que essa verifique, em primeiro lugar e pela primeira vez, a existência de vício no processo.

É natural que, no recurso de terceiro prejudicado, questões de direito e mesmo de fato, até então estranhas ao processo, venham surgir em recursos e contrarrazões.

Novamente, vale-se aqui do magistério de Pontes de Miranda: “O terceiro prejudicado recorre em intervenção recursal; a sua ação toma a forma do recurso. Ele opõe e ele se insere no processo, para que a sua oposição siga a relação jurídica processual na outra instância. Trata-se de ação que se acomoda ao grau em que vai estar o processo da ação de outrem.” (mesma obra citada, pag. 58)

Isto é, a “ação”, via recurso, do terceiro prejudicado corre na instância do juízo para o qual se recorre, não havendo cogitar-se de submissão das questões suscitadas ao juízo recorrido; aliás, se tal pudesse ocorrer, o juízo recorrido se armaria de *iudicium rescissorium* ou revisional, como já observado.

Francisco Glauber Pessoa Alves (Cabimento dos..., *in* “Sobre terceiros no processo civil, obra conj., cordenação de Fredie Diddier Jr. e Tereza Arruda Alvim, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, pag. 408) é enfático ao afirmar a inevitabilidade da discussão de matéria nova no recurso de terceiro interessado:

“A vedação do *ius novorum* (inovar na causa) em grau recursal há de ser entendida em termos, eis que o terceiro até então não havia sequer participado da demanda. E, *para admitir-se a invocativa de preservação do patrimônio do terceiro*, o que é o ponto crucial deste singelo ensaio, estará ele *necessariamente* inovando.” (destaques do autor)

O exame pelo Tribunal não significa que, nesse mister, esteja ele suprimindo instância; faz parte do sistema e até por força de lógica, nessa situação, a - por assim dizer - “redução” de instâncias.

Na verdade, o acórdão parece ter-se impressionado com o fato de as questões suscitadas pelos envolvidos terem surgido após a prolação da r. sentença agravada, o que, no seu entendimento, teria causado supressão de instância, como também ficou impressionado com ausência de um continente adequado para exame e desate das ditas questões, mandando sua discussão para procedimentos não apropriados.

O processo tem seus princípios; os mais importantes de nível constitucional. Eles, princípios, são de seguimento necessário e se realizam mesmo fora do formato de procedimentos estáticos descritos nas leis processuais.

Na intervenção do terceiro prejudicado devem estar presentes as garantias constitucionais e legais que sustentam o *due process of law*, como observância do contraditório e direito à prova, entre outros. Nem por isso é necessário o seu forçado enquadramento em algum tipo descrito na legislação processual, à moda do leito de Procusto, e nem buscar o “elo perdido” entre procedimento regulamentado e processo.

Não há uma forma particular para se discutir direito posto no recurso do terceiro prejudicado.

A intervenção dele pode fazer-se sem nome, sem modelo e sem *topos* definidos, até por “arte advocatícia”, no dizer de Pontes de Miranda; pode, simplesmente, se processar sob as diretrizes dos princípios processuais apontados, que, observados, darão cumprimento à cláusula do devido processo legal e emprestarão a necessária legitimidade ao provimento.

A solução final do intrincado feito está por vir; crê-se, contudo, que se terá um justo e coerente desate a ele, compatibilizando regras e princípios processuais que apenas aparentemente se antagonizam.