

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Volume III

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

46ª edição
revista e atualizada



DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [LeLivros.us](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados [neste link](#)

"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."



CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR
Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da UFMG.
Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.
Advogado. Parecerista.

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Volume III

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

46ª edição

Revista e atualizada



Rio de Janeiro

- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – Printed in Brazil

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2014 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ
Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896
forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

1ª edição – 1989

46ª edição – 2014

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

T289c

Theodoro Júnior, Humberto.

Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos especiais – vol. III – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Bibliografia

ISBN 978-85-309-5428-4

1. Processo civil. 2. Processo civil – Brasil. I. Título

CDU – 347.9

347.9(81)

/341.46/

Aos meus pais,

HUMBERTO THEODORO GOMES

e

ZENÓBIA FRATTARI GOMES,

*a homenagem da mais profunda
gratidão pela lição de vida que,
sabiamente, me prestaram e
continuam a prestar;*

e

*a tentativa modesta de externar
o verdadeiro afeto filial, em pálida
retribuição pelo irresgatável carinho
com que sempre me cercaram.*

Procedimentos Especiais

Parte XVI – Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa

Capítulo LVII – Procedimentos Especiais

§ 199. Generalidades

1.193. Conceito

1.194. Razão de ser dos procedimentos especiais

1.195. Técnicas de especialização procedimental

1.196. Complementação das regras procedimentais

1.197. Pressupostos dos procedimentos especiais

1.198. Erro na adoção do procedimento

Capítulo LVIII – Ação de Consignação em Pagamento

§ 200. Os Fundamentos do Depósito em Consignação

1.199. O direito de pagar

1.200. A liberação natural e a liberação forçada do devedor

1.201. A ação de consignação em pagamento

1.202. Histórico da consignação em pagamento

§ 201. O Procedimento da Consignação em Pagamento

1.203. Natureza do instituto da consignação

1.204. Natureza processual da ação de consignação

1.205. Prestações passíveis de consignação

1.206. Cabimento da consignação

1.207. Liquidez da prestação devida

1.208. Consignação principal e incidental

1.209. Legitimação *ad causam*

1.210. Competência

1.211. Consignação no local em que se acha a coisa devida

1.212. Oportunidade da consignatória

1.213. Objeto da consignação

1.214. Obrigação de prestações periódicas

1.215. Limite temporal da admissibilidade do depósito das prestações periódicas

1.216. Quebra da sequência de depósitos periódicos

1.217. O procedimento especial da consignatória

- 1.218. Obrigações alternativas e obrigações genéricas
- 1.219. Valor da causa
- 1.220. Resposta do demandado
- 1.221. Comparecimento do credor para receber
- 1.222. Não comparecimento e revelia do demandado
- 1.223. Levantamento do depósito pelo devedor
- 1.224. Contestação
- 1.225. Matéria de defesa
- 1.226. Complementação do depósito insuficiente
- 1.227. Sentença
- 1.228. Consignação em caso de dúvida quanto à titularidade do crédito
- 1.229. Particularidades da consignação por dúvida
- 1.230. A posição dos possíveis credores
- 1.231. Resgate da enfiteuse
 - 1.231-a. A consignação de aluguéis e outros encargos locatícios
 - 1.231-b. A consignação de obrigação em dinheiro
 - 1.231-c. Conflito entre consignação em pagamento e execução forçada

Capítulo LIX – Ação de Depósito

§ 202. O Depósito e sua Tutela Judicial

- 1.232. Conceito e espécies de depósito
- 1.233. Ação de depósito
- 1.234. Histórico
- 1.235. Natureza da ação
- 1.236. Objeto da pretensão

§ 203. O Procedimento da Ação de Depósito

- 1.237. Pressupostos da ação
- 1.238. Legitimação
- 1.239. Competência
- 1.240. Especialidade do procedimento
- 1.241. Caráter expedito do procedimento
- 1.242. Prisão civil
- 1.243. Resposta do demandado
- 1.244. Entrega da coisa
- 1.245. Consignação do equivalente econômico
- 1.246. Consignação da própria coisa
- 1.247. Contestação
- 1.248. Sentença e execução
- 1.249. Outras providências executivas
- 1.250. Depositário judicial
- 1.251. Penhor mercantil, industrial e rural

1.252. Alienação fiduciária em garantia

Capítulo LX – Ação de Anulação e Substituição de Títulos ao Portador

§ 204. Títulos ao Portador

1.253. Tutela processual do título ao portador

1.254. Títulos ao portador tuteláveis

§ 205. Procedimentos Destinados à Tutela dos Títulos ao Portador

1.255. Procedimentos especiais referentes aos títulos ao portador

1.256. Ação de reivindicação

1.257. Ação de anulação e substituição

1.258. Legitimação

1.259. Competência

1.260. Especialidade do procedimento (petição inicial e citações)

1.261. Justificação liminar

1.262. Contestação

1.263. Posição processual do devedor

1.264. Sentença

1.265. Ordem de substituição do título

1.266. Destruição do título

Capítulo LXI – Ação de Prestação de Contas

§ 206. Generalidades

1.267. Conceito

1.268. Ação de dar e ação de exigir contas

1.269. Natureza jurídica

1.270. Cabimento

1.270-a. Prestação de contas e prescrição

1.271. Legitimação e interesse

1.272. Prestação de contas dos administradores judiciais

1.273. Sociedade e prestação de contas

1.274. Ações matrimoniais e prestação de contas

1.275. Prestação de contas entre condôminos

1.276. Organização das contas

1.277. Prova das contas

§ 207. Ação de Exigir Contas

1.278. Ação de exigir contas

1.279. Procedimento da primeira fase

1.280. Reconvenção

1.281. Sentença da primeira fase

1.282. Procedimento da segunda fase

1.283. Contas elaboradas pelo autor

1.284. Sucumbência

§ 208. Ação de Dar Contas

1.285. Caráter unitário do procedimento

1.286. Procedimento

1.287. Sucumbência

§ 209. Execução Forçada no Procedimento da Prestação de Contas

1.288. Sentença e execução

Capítulo LXII – Ações Possessórias

§ 210. Generalidades

1.289. A posse e seus efeitos

1.290. A razão da tutela possessória

1.291. O instituto da posse e a paz social

1.292. O aspecto temporal da posse (fato duradouro e não transitório)

1.293. Natureza jurídica da posse

1.294. Requisitos da tutela possessória

§ 211. Os Interditos Possessórios de Manutenção, Reintegração e Proibição

1.295. Origem dos interditos possessórios

1.296. As ações possessórias

1.297. Competência

1.298. Legitimação ativa

1.299. Legitimação passiva

1.299-a. Petição inicial

1.300. Procedimento: as ações de força nova e força velha

1.301. Medida liminar

1.302. A decisão sobre a liminar

1.303. Posse de coisas e posse de direitos

1.304. O petitório e o possessório

1.305. A exceção de propriedade no juízo possessório

1.306. Esclarecimento de um equívoco histórico a propósito da *exceptio proprietatis* no direito luso-brasileiro

1.307. Natureza dúplice das ações possessórias

1.307-a. Liminar em favor do réu

1.308. Natureza real das ações possessórias

1.309. Natureza executiva do procedimento interdital

1.310. Cumulação de pedidos

1.311. Interdito proibitório

- § 212. Alguns Incidentes Registráveis nos Interditos
- 1.312. Embargos de terceiro
- 1.313. Medida liminar e mandado de segurança
- 1.314. Embargos de retenção
- 1.315. Nomeação à autoria e denunciação da lide

Capítulo LXIII – Ação de Nunciação de Obra Nova

- § 213. Generalidades
 - 1.316. O direito de vizinhança e o direito de construir
 - 1.317. Nunciação de obra nova
 - 1.318. Conceito de obra nova
-
- § 214. Procedimento da Nunciação de Obra Nova
 - 1.319. Competência
 - 1.320. Legitimação ativa
 - 1.321. Legitimação passiva
 - 1.322. Participação do cônjuge
 - 1.323. Embargo extrajudicial
 - 1.324. Cumulação de pedidos
 - 1.325. Embargo liminar
 - 1.326. Prosseguimento da obra
 - 1.327. Especialização do rito da nunciação de obra nova
 - 1.328. Sentença e execução

Capítulo LXIV – Ação de Usucapião de Terras Particulares

- § 215. Noções Gerais Sobre a Prescrição Aquisitiva
 - 1.329. Noção de usucapião
 - 1.330. Espécies de usucapião imobiliário no direito brasileiro
 - 1.331. Requisitos gerais do usucapião
 - 1.332. Requisitos do usucapião ordinário
 - 1.333. Requisitos do usucapião extraordinário
 - 1.334. Requisitos do usucapião especial
-
- § 216. Condições de Procedibilidade
 - 1.335. Legitimação ativa
 - 1.336. Legitimação passiva
 - 1.337. Competência
 - 1.338. Conexão e litispendência
-
- § 217. Procedimento

- 1.339. Procedimento
- 1.340. Petição inicial
- 1.341. Citação
- 1.342. Justificação preliminar
- 1.343. Contestação
- 1.344. Revelia
- 1.345. Pendência de possessória
- 1.346. Ministério Público
- 1.347. Instrução e julgamento
- 1.348. Sentença
- 1.349. Coisa julgada
- 1.350. Registro de imóveis
- 1.351. Usucapião como matéria de defesa

Capítulo LXV – Ação de Divisão e Demarcação de Terras Particulares

§ 218. Disciplina Geral do Procedimento Divisório e Demarcatório (Juízo Divisório)

- 1.352. Introito
- 1.353. Noções gerais
- 1.354. As ações divisórias
- 1.355. Objetivo do procedimento demarcatório e divisório
- 1.356. Caráter unitário do procedimento
- 1.357. Procedimento
- 1.358. Citação única
- 1.359. Natureza da ação
- 1.360. Competência
- 1.361. Competência em caso de cumulação de divisão e demarcação
- 1.362. Competência em caso de ações propostas separadamente

§ 219. Ação de Demarcação

- 1.363. Legitimação ativa para o procedimento demarcatório
- 1.364. Legitimação passiva para a demarcação
- 1.365. Cumulação de demarcatória e reivindicatória
- 1.366. Demarcatória cumulada com queixa de esbulho
- 1.367. Roteiro geral do procedimento demarcatório

§ 220. Ação de Divisão

- 1.368. Legitimação ativa para o procedimento divisório
- 1.369. Legitimação passiva para a divisão
- 1.370. Litisconsórcio passivo necessário
- 1.371. Posição dos confrontantes na divisão
- 1.372. Roteiro geral do procedimento divisório

- § 221. Questões Comuns à Divisão e Demarcação
- 1.373. Divisão e demarcação de posse
- 1.374. Questões possessórias
- 1.375. Coisa julgada
- 1.376. Rescisão do julgado divisório
- 1.377. Exceção de prescrição
- 1.378. Divisão e demarcação sumaríssimas (jurisdição voluntária)
- 1.379. Formalidades importantes no juízo divisório
- 1.380. Inépcia da petição inicial
- 1.381. Execução de sentença

Capítulo LXVI – Inventário e Partilha

- § 222. Disposições Gerais
- 1.382. Introito
- 1.383. Caráter contencioso do inventário
- 1.383-a. Inventário e partilha por via administrativa
- 1.383-b. Regulamentação baixada pelo Conselho Nacional de Justiça sobre o inventário extrajudicial
- 1.383-c. Execução da partilha por via administrativa
- 1.384. Inventário negativo
- 1.385. Competência
- 1.386. Universalidade do foro sucessório
- 1.387. Questões solucionáveis no juízo sucessório
- 1.388. Administração da herança
- 1.389. O inventariante
- 1.390. Encargos do inventariante
- 1.391. Remoção do inventariante
- 1.392. Legitimação para promover o inventário

- § 223. Inventário Judicial
- 1.393. Procedimento
- 1.394. Petição inicial
- 1.395. Primeiras declarações
- 1.396. Citações e interveniências
- 1.397. Impugnação dos citados
- 1.398. Herdeiro omitido nas declarações do inventariante
- 1.399. Avaliação
- 1.400. Últimas declarações
- 1.401. Cálculo do imposto *causa mortis*
- 1.402. Colações
- 1.403. Sonegados
- 1.404. Pagamento de dívidas do morto

§ 224. Partilha

- 1.405. Espécies de partilha
- 1.406. Partilha judicial. Deliberação
- 1.407. Esboço e lançamento da partilha
- 1.408. A sentença da partilha
- 1.409. O formal de partilha
- 1.410. Emenda ou retificação da partilha
- 1.411. Pacto de não partilhar

§ 225. Invalidação da Partilha

- 1.412. Ação de anulação e ação rescisória de partilha
- 1.413. Conceituação de partilha judicial
- 1.414. Conceituação de partilha amigável
- 1.415. Casuismo da rescisória de partilha
- 1.416. Ação de nulidade de partilha
- 1.416-a. Ação de petição de herança

§ 226. Arrolamento

- 1.417. Simplificação do inventário
- 1.418. Arrolamento sumário do art. 1.031
- 1.419. Arrolamento comum do art. 1.036
- 1.419-a. Lei nº 6.858, de 24.11.1980
- 1.419-b. Inventário administrativo

§ 227. Disposições Comuns

- 1.420. Medidas cautelares
- 1.421. Sobrepilha
- 1.422. Curatela especial ao herdeiro
- 1.423. Inventários cumulados
- 1.424. Honorários de advogado
- 1.425. Extinção do processo por paralisação da causa
- 1.426. Assistência judiciária
- 1.427. Terceiros prejudicados

Capítulo LXVII – Embargos de Terceiro

§ 228. Generalidades

- 1.428. Conceito
- 1.429. Natureza jurídica
- 1.430. Requisitos
- 1.431. Ato judicial atacável
- 1.432. Penhora de bem alienado em fraude contra credores

- 1.433. Casos especiais
- 1.434. Embargos a atos do juízo divisório
- 1.435. Embargos do credor com garantia real
- 1.435-a. Embargos e mandado de segurança

§ 229. Procedimento

- 1.436. Legitimação ativa
- 1.437. Legitimação passiva
- 1.438. Oportunidade
- 1.439. Competência
- 1.440. Procedimento
- 1.441. Sentença

Capítulo LXVIII – Habilitação

§ 230. Procedimento da Substituição da Parte Falecida

- 1.442. Conceito
- 1.443. Legitimidade para requerer a habilitação
- 1.444. Competência
- 1.445. Procedimento
- 1.446. Ação de habilitação
- 1.447. Habilitação do adquirente e do cessionário
- 1.448. Efeito do deferimento da habilitação
- 1.449. Habilitação direta nos autos do processo principal

Capítulo LXIX – Restauração de Autos

§ 231. Procedimento para Recuperar Autos Desaparecidos

- 1.450. Conceito
- 1.451. Objetivo do procedimento
- 1.452. Legitimidade
- 1.453. Competência
- 1.454. Procedimento
- 1.455. Julgamento da restauração
- 1.456. Autos extraviados no tribunal
- 1.457. Responsabilidade do causador do desaparecimento dos autos

Capítulo LXX – Vendas a Crédito com Reserva de Domínio

§ 232. Procedimentos Relativos ao Pacto de Reserva de Domínio

- 1.458. Conceito
- 1.459. Procedimento da execução do preço
- 1.460. Procedimento da recuperação da própria coisa

Capítulo LXXI – O Juízo Arbitral

§ 233. Procedimento da Arbitragem

1.461. O juízo arbitral no direito brasileiro

1.462. Disposições gerais

1.463. Convenção de arbitragem

1.464. Cláusula compromissória

1.465. Requisitos da cláusula compromissória

1.466. Execução da cláusula compromissória

1.466-a. Cláusula “cheia” e cláusula “vazia”

1.466-b. Direito intertemporal

1.467. Autonomia da cláusula compromissória

1.468. Compromisso arbitral

1.469. Extinção do compromisso arbitral

1.470. Os árbitros

1.471. O procedimento

1.472. Medidas cautelares

1.472-a. Sentença arbitral

1.472-b. Requisitos da sentença arbitral

1.472-c. Recursos

1.472-d. Nulidade da sentença arbitral

1.472-e. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras

1.472-f. Natureza jurídica do novo juízo arbitral brasileiro

1.472-g. Coexistência de arbitragem e execução judicial de título executivo negocial

Capítulo LXXII – Ação Monitória

§ 234. Noção Geral do Procedimento Monitório

1.473. Introito

1.474. Necessidade de facilitar o acesso do credor ao título executivo

1.475. Em que consiste o procedimento monitorio

§ 235. A Ação Monitória no Código de Processo Civil Brasileiro

1.476. Condições de admissibilidade da ação monitoria

1.477. O procedimento monitorio brasileiro

1.478. Objeto

1.478-a. Competência

1.479. Legitimidade ativa

1.480. Legitimidade passiva

1.481. Prova

1.482. Procedimento

1.482-a. Monitória contra a Fazenda Pública

- 1.483. Embargos à ação monitória
- 1.484. Coisa julgada

Parte XVII – Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária

Capítulo LXXIII – Jurisdição Voluntária

- § 236. Generalidades
- 1.485. Introito
- 1.486. Iniciativa do procedimento e participação dos interessados
- 1.486-a. Litigiosidade incidental
- 1.487. A função do juiz
- 1.488. Procedimentos

Capítulo LXXIV – Alienações Judiciais

- § 237. Procedimento das Alienações Judiciais
- 1.489. Alienações judiciais
- 1.490. Alienações cautelares
- 1.491. Iniciativa da medida
- 1.492. Casos de alienação judicial expressos em lei
- 1.493. Leilão
- 1.494. Avaliação prévia
- 1.495. Publicidade
- 1.496. Arrematação
- 1.497. Destino do produto da alienação
- 1.498. Custódia do produto
- 1.499. Outros bens alienáveis judicialmente
- 1.500. Bens indivisíveis em inventário e partilha
- 1.501. Bens de órfãos
- 1.502. Alienação forçada de bem indivisível como forma de extinção de condomínio
- 1.503. Alienação irregular do bem comum indivisível
- 1.504. Procedimento especial da adjudicação

Capítulo LXXV – Divórcio Consensual

- § 238. Procedimento do Divórcio Consensual
- 1.504-a. Advertência
- 1.505. Noções introdutórias
- 1.506. Natureza jurídica
- 1.507. Requisitos
- 1.508. Legitimação

- 1.509. Competência
- 1.510. Petição inicial
- 1.511. Procedimento
- 1.512. Sentença de homologação
- 1.513. Reconciliação do casal
- 1.514. Revisão e rescisão do acordo de separação ou divórcio
- 1.514-a. Separação consensual e divórcio consensual por via administrativa
- 1.514-b. Regulamentação baixada pelo Conselho Nacional de Justiça sobre separação e divórcio consensuais
- 1.514-c. Execução do acordo de separação ou divórcio ajustado por escritura pública

Capítulo LXXVI – Testamentos e Codicilos

- § 239. Procedimento da Apresentação dos Testamentos em Juízo
- 1.515. Objetivo do procedimento
- 1.516. Competência
- 1.517. Procedimento
- 1.518. Sentença
- 1.519. Efeitos
- 1.520. Busca e apreensão
- 1.521. Testamento público
- 1.522. Testamento particular
- 1.523. Procedimento
- 1.524. Testamentos marítimo e militar e codicilo
- 1.525. Testamenteiro

Capítulo LXXVII – Herança Jacente

- § 240. Procedimento da Arrecadação de Herança Jacente
- 1.526. Conceito moderno de jacência da herança
- 1.527. Competência
- 1.528. Legitimação
- 1.529. Procedimento
- 1.530. A administração da herança jacente
- 1.531. Habilitação
- 1.532. Declaração de vacância

Capítulo LXXVIII – Bens de Ausente

- § 241. Procedimento da Arrecadação de Bens de Ausente
- 1.533. Ausência
- 1.534. Pressupostos
- 1.535. Competência

- 1.536. Fases do procedimento
- 1.537. Procedimento da primeira fase
- 1.538. Procedimento da sucessão provisória
- 1.539. Conversão da sucessão provisória em definitiva

Capítulo LXXIX – Coisas Vagas

- § 242. Procedimento da Arrecadação das Coisas Vagas
- 1.540. Conceito
- 1.541. Legitimação
- 1.542. Competência
- 1.543. Cabimento
- 1.544. Procedimento

Capítulo LXXX – Curatela dos Interditos e Tutela dos Órfãos

- § 243. Procedimento da Interdição e da Tutela
- 1.545. Natureza jurídica da interdição
- 1.546. Legitimado passivo
- 1.547. Competência
- 1.548. Legitimidade para promover a interdição
- 1.549. Petição inicial
- 1.550. Procedimento
- 1.551. Sentença
- 1.552. Eficácia da sentença sobre atos do interditando
- 1.553. Rescisória
- 1.554. Levantamento da interdição
- 1.555. Investidura dos curadores
- 1.556. Remoção de curador
- 1.557. Disposições comuns à nomeação de tutor e curador

Capítulo LXXXI – Organização e Ficalização das Fundações

- § 244. Procedimento da Organização e Fiscalização das Fundações
- 1.558. Conceito de fundação
- 1.559. Procedimento da instituição da fundação
- 1.560. Estatutos confiados à elaboração de terceiro
- 1.561. Alteração do estatuto
- 1.562. Extinção da fundação

Capítulo LXXXII – Especialização da Hipoteca Legal

- § 245. Procedimento da Especialização da Hipoteca Legal

- 1.563. Conceito de hipoteca legal
- 1.564. Competência
- 1.565. Legitimação
- 1.566. Procedimento
- 1.567. Bens insuficientes
- 1.568. Especialização negocial
- 1.569. Eficácia da hipoteca

Parte XVIII – Juizado Especial Civil

Capítulo LXXXIII – As Pequenas Causas e o Acesso à Justiça

§ 246. Juizado Especial Civil ou Juizado de Pequenas Causas

1.570. Introito

1.571. Juizado Especial ou Juizado de Pequenas Causas?

1.572. O Juizado Especial Civil

1.573. Criação do Juizado Especial

1.574. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil

1.575. Princípios informativos

1.576. Princípio da oralidade

1.577. Outros critérios informativos do procedimento do Juizado Especial

1.578. Conciliação

1.579. A facultatividade do Juizado Especial

§ 247. O Órgão Judicante: Competência e Composição

1.580. Competência

1.581. Foro competente

1.581-a. Conflito de competência

1.582. Competência para execução forçada

1.583. Limitações à competência

1.584. O órgão judicante

1.585. Distribuição de funções: tarefa do juiz

1.586. Tarefa do juiz leigo e dos conciliadores

1.587. O juízo arbitral

§ 248. Partes

1.588. Legitimação *ad causam*

1.589. Legitimação *ad processum*

1.590. Litisconsórcio e intervenção de terceiros

1.591. Intervenção do Ministério Público

§ 249. Os Atos Processuais e o Procedimento

- 1.592. Os atos processuais e sua forma
- 1.593. O procedimento
- 1.594. A propositura da ação
- 1.595. Citações e intimações
- 1.596. Requisitos da citação
- 1.597. Intimações
- 1.598. A audiência de conciliação, instrução e julgamento
- 1.599. A resposta do réu
- 1.600. As provas

§ 250. A Sentença e os Recursos

- 1.601. A sentença
- 1.602. Recursos
- 1.602-a. Mandado de Segurança
- 1.602-b. Uniformização de jurisprudência
- 1.603. Extinção do processo

§ 251. Execução e Disposições Especiais

- 1.604. Execução forçada
- 1.605. As despesas processuais no Juizado Especial Civil
- 1.606. Curadorias e assistência judiciária
- 1.607. Acordos extrajudiciais
- 1.608. Ação rescisória
- 1.609. Disposições finais sobre a organização dos Juizados Especiais

Capítulo LXXXIV – O Juizado Especial Federal

§ 252. As Pequenas Causas na Justiça Federal

- 1.610. A instituição do Juizado Especial Federal
- 1.611. Disciplina legal
- 1.612. Princípios informativos
- 1.613. Competência absoluta
- 1.613-a. Conflito de competência

§ 253. Órgão Judicante

- 1.614. Composição do órgão judicante
- 1.615. Sessão de conciliação
- 1.616. Competência
- 1.617. Causas de competência dos Juizados Especiais Federais

§ 254. Partes

- 1.618. Legitimação
- 1.619. Intervenção de terceiros e litisconsórcio

- 1.620. Ministério Público
- 1.621. *Jus postulandi* e representação das partes

§ 255. Atos Processuais e Procedimento

- 1.622. Princípios
- 1.623. Atos de comunicação processual
- 1.624. Uso de meios eletrônicos
- 1.625. Prazos
- 1.626. Petição inicial
- 1.627. Resposta
- 1.628. Exceções
- 1.629. Sessão de conciliação
- 1.630. Instrução probatória
- 1.631. A sentença e as máximas de experiência
- 1.632. Reexame necessário

§ 256. Sistema Recursal

- 1.633. Recursos no Juizado Especial
- 1.634. Recurso especial e recurso extraordinário
- 1.635. Incidente de uniformização de jurisprudência

§ 257. Execução e Medidas Preventivas

- 1.636. Execução
- 1.637. Medidas cautelares
- 1.638. Antecipação de tutela

Capítulo LXXXV – Os Juizados Especiais da Fazenda Pública

§ 258 – As Pequenas Causas da Fazenda Pública no Âmbito dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios

- 1.638-a. A instituição dos Juizados Especiais da Fazenda Pública
- 1.638-b. Disciplina legal
- 1.638-c. Competência absoluta

§ 259. Órgão Judicante

- 1.638-d. Composição do órgão judicante
- 1.638-e. Competência

§ 260. Partes

- 1.638-f. Legitimação
- 1.638-g. Ministério Público
- 1.638-h. Representação das partes

- § 261. Atos Processuais e Procedimento
 - 1.638-i. Atos de comunicação processual e prazos
 - 1.638-j. Petição inicial, citação e resposta
 - 1.638-k. Audiência de conciliação
 - 1.638-l. Instrução probatória
 - 1.638-m. Sentença e recurso de ofício
 - 1.638-n. Tutela de urgência (medidas cautelares e antecipatórias)

- § 262. Sistema Recursal
 - 1.638-o. Recursos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública
 - 1.638-p. Uniformização de jurisprudência
 - 1.638-q. Causas repetitivas
 - 1.638-r. Medidas de urgência

- § 263. Sistema de Execução de Sentença nos Juizados Especiais da Fazenda Pública
 - 1.638-s. Cumprimento da sentença
 - 1.638-t. Obrigações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa
 - 1.638-u. Obrigações de quantia certa

Parte XIX – Alguns Procedimentos Especiais Disciplinados fora do Código de Processo Civil

Capítulo LXXXVI – Ações Constitucionais

- § 264. A Constituição e o Processo
 - 1.639. O direito processual constitucional
 - 1.640. Os fundamentos do direito processual constitucional
- § 265. Mandado de Segurança
 - 1.641. Conceito
 - 1.642. Natureza da ação
 - 1.643. Legitimação ativa
 - 1.644. Legitimação passiva
 - 1.644-a. Pessoas equiparadas às autoridades, para fins de mandado de segurança
 - 1.645. Ato de autoridade judicial
 - 1.645-a. Ato sujeito a recurso administrativo
 - 1.646. Litisconsórcio
 - 1.646-a. Assistência
 - 1.647. Pressuposto especial do mandado de segurança: direito líquido e certo
 - 1.648. Procedimento
 - 1.648-a. Instrução por meio de documentos ainda não obtidos pelo impetrante
 - 1.649. Liminar
 - 1.649-a. Suspensão da Segurança

- 1.650. Prazo decadencial para impetrar o mandado de segurança
- 1.651. Competência
 - 1.651-a. Desistência do mandado de segurança
- 1.652. Sentença e coisa julgada
 - 1.652-a. Inovações processuais da Lei nº 12.016, de 07.08.2009

§ 266. Mandado de Segurança Coletivo

- 1.653. Conceito
 - 1.653-a. Direitos coletivos e direitos difusos
 - 1.654. Legitimação ativa
 - 1.655. Legitimação passiva
 - 1.656. Procedimento e competência
 - 1.656-a. Liminar
- ## § 267. Mandado de Injunção
- 1.657. Conceito
 - 1.658. Objeto
 - 1.659. Pressupostos
 - 1.660. Legitimação
 - 1.661. Competência
 - 1.662. Procedimento

§ 268. *Habeas Data*

- 1.663. Conceito
- 1.664. Natureza jurídica
- 1.665. Legitimidade e interesse
- 1.666. Objeto do *habeas data*
- 1.667. Competência
- 1.668. Procedimento
- 1.669. Cumprimento da sentença
- 1.670. Coisa julgada

§ 269. Ação Popular

- 1.671. Conceito
- 1.672. Requisitos
- 1.673. Atos atacáveis pela ação popular
- 1.674. Legitimação
- 1.675. Procedimento
- 1.676. Sentença
- 1.677. Coisa julgada
- 1.678. Execução
 - 1.678-a. Prescrição

Capítulo LXXXVII – Ações Coletivas

§ 270. Ação Civil Pública e Outras Ações Coletivas

- 1.679. Histórico
- 1.680. Direito material coletivo e direito processual coletivo
- 1.681. Configuração dos direitos materiais tuteláveis pela ação civil pública
 - 1.681-a. Objeto da ação civil pública
- 1.682. Ações coletivas possíveis após o CDC
- 1.683. Legitimação
 - 1.683-a. Ação coletiva por meio de associação
 - 1.683-b. Ações coletivas promovidas por sindicatos
- 1.684. O Ministério Público e a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos
 - 1.684-a. Inquérito civil
- 1.685. Competência
- 1.686. Procedimento
- 1.687. Liminar
- 1.688. Coisa julgada
- 1.689. Execução
 - 1.689-a. Execução coletiva por meio de sindicato ou associação

Capítulo LXXXVIII – Ações Locatícias

§ 271. Generalidades

- 1.690. Dos procedimentos e suas disposições gerais
- 1.691. Tramitação durante as férias forenses
- 1.692. Competência do *forum rei sitae*
- 1.693. Valor da causa
- 1.694. Atos de comunicação processual
- 1.695. Ausência de efeito suspensivo da apelação nas ações locatícias

§ 272. Ação de Despejo

- 1.696. Natureza
- 1.697. A força executiva do procedimento
- 1.698. A liminar na ação de despejo
- 1.699. Legitimação
- 1.700. Documentação da petição inicial
- 1.701. Concordância do locatário com a pretensão do locador
- 1.702. Denúncia vazia
- 1.703. Denúncia cheia

§ 273. Ação de Despejo por Falta de Pagamento

- 1.704. Cabimento
- 1.705. Consequência da cumulação de pedidos

- 1.706. Purga da mora
- 1.707. Reiteração abusiva da purga da mora
- 1.708. Purga da mora e contestação

§ 274. Execução da Sentença de Despejo

- 1.709. Desocupação voluntária
- 1.710. Execução forçada
- 1.711. Execução em caso de despejo cumulado com cobrança de aluguel
- 1.712. Execução provisória e caução
- 1.713. Abandono do imóvel pelo locatário

§ 275. Ação de Consignação de Aluguel e Acessórios da Locação

- 1.714. Cabimento
- 1.715. Legitimação
- 1.716. Pressupostos
- 1.717. Procedimento
- 1.718. Petição inicial
- 1.719. Depósito judicial
- 1.720. Prestações vincendas
- 1.721. Revelia
- 1.722. Contestação
- 1.723. Reconvenção
- 1.724. Complementação do depósito após a contestação
- 1.725. Levantamento do depósito

§ 276. Ação Revisional de Aluguel

- 1.726. Cabimento
- 1.727. Natureza
- 1.728. Legitimação
- 1.729. Procedimento
- 1.730. Petição inicial
- 1.731. Aluguel provisório
- 1.732. Contestação
- 1.733. Sentença
- 1.734. Verbas de sucumbência
- 1.735. Execução de sentença
- 1.736. Acordo de desocupação

§ 277. Ação Renovatória

- 1.737. Cabimento
- 1.738. Natureza jurídica
- 1.739. Legitimação
- 1.740. Procedimento

- 1.741. Petição inicial
- 1.742. A defesa do locador
- 1.743. Defesa baseada na ausência dos pressupostos legais
- 1.744. Defesa baseada no valor real da locação
- 1.745. Defesa baseada em melhor proposta de terceiro
- 1.746. Retomada para construção ou reconstrução
- 1.747. Retomada para uso próprio
- 1.748. Aluguel provisório
- 1.749. Sentença
- 1.750. Sentença de retomada
- 1.751. Execução de sentença
- 1.752. Indenização de perdas e danos

Capítulo LXXXIX – Ações Decorrentes de *Leasing* e Alienação Fiduciária

§ 278. Alienação Fiduciária em Garantia

- 1.753. Introdução
- 1.754. Remédios processuais utilizáveis pelo credor fiduciário (coisas móveis)
- 1.755. Busca e apreensão
 - 1.755-a. Legitimação ativa para a ação de busca e apreensão
- 1.756. Ação de depósito
- 1.757. Ação de execução
- 1.758. Execução da alienação fiduciária de bem imóvel

§ 279. Arrendamento Mercantil (*Leasing*)

- 1.759. Noção de arrendamento mercantil
- 1.760. Ações decorrentes do *leasing*
- 1.761. Aspecto tributário

Bibliografia

Índice Onomástico

Índice Alfabético de Assuntos

Índice dos Fluxogramas

NOTAS SOBRE O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DO BRASIL

Continua sendo o Projeto de novo Código de Processo Civil, ora em tramitação pela Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010), sem dúvida, o tema de maior interesse no campo do Direito Processual brasileiro.

No Projeto já aprovado pelo Senado e emendado na Câmara dos Deputados, mas ainda pendente de votação no Plenário, os procedimentos especiais, tão numerosos no passado, deixarão de constituir um Livro próprio. Figurarão em título do Livro I reservado ao Processo de Conhecimento, em sequência ou complementação ao procedimento comum.

Vários dos antigos procedimentos especiais contenciosos foram abolidos, devendo o seu objeto doravante ser disputado pelo procedimento comum. É o caso da ação de usucapião, da ação de depósito, da ação de anulação de títulos ao portador, da ação de nunciação de obra nova e das ações relativas às vendas com reserva de domínio.

A ação monitoria, que havia sido extinta no Projeto do Senado, foi restabelecida pelo Substitutivo aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, com algumas disposições interessantes, como a que prevê sua admissibilidade em face da Fazenda Pública, tema que é atualmente objeto de controvérsia (art. 715, § 6º). Ampliou-se o cabimento da monitoria para abranger também as obrigações de fazer ou não fazer (art. 715, III). Admitiu-se a rescisória da decisão que defere a expedição do mandato de pagamento (art. 716, *caput*), quando ocorrer a constituição de pleno direito do título executivo judicial por falta de pagamento e de oposição de embargos (art. 716, § 3º). No caso de monitoria contra a Fazenda Pública não embargada, caberá a remessa necessária ao tribunal de segundo grau de jurisdição (art. 716, § 4º). Os embargos independerão de segurança prévia do juízo e se processarão nos próprios autos da ação monitoria (art. 717, *caput*), com efeito suspensivo sobre o curso desta (art. 717, § 4º). Foi prevista a reconvenção vedada, porém, a reconvenção à reconvenção (art. 717, § 6º). Instituiu-se multa de dez por cento, aplicável tanto ao autor como ao embargante para punir a conduta de má-fé na propositura da ação ou dos embargos (art. 717, §§ 10 e 11). Estendeu-se, finalmente, a possibilidade do parcelamento da dívida, quando a demandada a reconhece, não opondo embargos e deposita trinta por cento da obrigação, tal como ocorre nas execuções por quantia certa com base em título extrajudicial (art. 716, § 12).

O Projeto estabelece um procedimento especial para, no transporte marítimo, proceder à “regulação de avaria grossa” pela via judicial (arts. 722 a 726).

Outro procedimento especial foi criado pelo Substitutivo aprovado pela Comissão Especial, para as “ações de família”, entendidas como tais as que se processam de forma contenciosa em torno de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação (arts. 711 a 714). Manteve-se o procedimento traçado por lei própria para a ação de alimentos e para as demandas sobre interesse de criança ou adolescente, prevendo-se porém, a aplicação subsidiária das normas instituídas para as “ações de família” (art. 708, parágrafo único). Valorizou-se o papel da mediação e da conciliação em tais ações (art. 709). O respectivo procedimento principiará sempre pela citação para a “audiência de mediação e conciliação”

(art. 710, *caput*). Somente após frustração da busca de solução consensual da controvérsia, é que se abrirá o prazo para oferecimento de contestação (art. 712). A intervenção do Ministério Público, nas ações da espécie, somente se dará quando “houver interesse de incapaz” (art. 713). Nas causas em que se discutir fato “relacionado a abuso ou alienação parental”, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista (art. 714).

Na Parte Geral, há previsão do procedimento edital que impõe a necessidade de citação de terceiros interessados eventuais (incertos ou desconhecidos), como ocorre nas ações de usucapião, nas ações de recuperação ou substituição de título ao portador e em qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de interessados incertos ou desconhecidos (Projeto, art. 259). Prevê-se, também na Parte Geral, uma *tutela da evidência* em favor do depositante, a quem se assegura liminar para recuperar a coisa depositada, sob cominação de multa ao depositário infiel, “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito” (art. 306, III e parágrafo único). Esses provimentos particulares não chegam a constituir ações especiais, uma vez que não passam de meros incidentes inseridos eventualmente no procedimento comum, a exemplo do que se dá com as medidas de urgência cautelares ou antecipatórias. Esses pequenos acréscimos procedimentais não desnaturam o procedimento comum nem justificam, realmente, a existência de procedimentos especiais apartados do regime geral do processo de conhecimento, como é óbvio. Preenchem, por outro lado, a lacuna deixada pela abolição de procedimentos especiais, cujas peculiaridades no regime atual são pequenas e podem ser atendidas mediante poucos ajustes nas regras gerais do procedimento comum.

Conservam-se como objeto de procedimentos especiais no Projeto Substitutivo da Comissão Especial da Câmara: a ação de consignação em pagamento (arts. 553 a 563), a ação de exigir contas (arts. 564 a 567)¹ e as ações possessórias (arts. 568 a 582), as ações de divisão e de demarcação de terras particulares (arts. 583 a 613), a ação de dissolução parcial de sociedade (arts. 614 a 624), o inventário e a partilha *causa mortis* (arts. 625 a 688), os embargos de terceiro (arts. 689 a 696), a oposição (arts. 697 a 701), a habilitação (arts. 702 a 707), as ações de família (arts. 708 a 714), a ação monitória (arts. 715 a 717), a homologação do penhor legal (arts. 718 a 721), a regulação de avaria grossa (arts. 722 a 726), a restauração de autos (arts. 727 a 733). Em todos esses procedimentos a especialização de rito decorre de imposição do direito material, uma vez que sua tutela em juízo não seria adequada se submetido o litígio à tramitação do procedimento comum.

Por outro lado, nas Disposições Finais e Transitórias do Projeto restou ressalvado que permanecerão em vigor “as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis”, às quais o Código só se aplica supletivamente (art. 1.059, § 2o). É o que se passa, entre outros casos, com a ação popular (Lei no 4.717/1965), com a busca e apreensão de bens gravados de alienação fiduciária (Decreto-Lei no 911/1969), com as ações de desapropriação (Decreto-Lei no 3.365/1941), com a execução fiscal (Lei no 6.830/1980), com o *habeas data* (Lei no 9.507/1997), com as ações locatícias (Lei no 8.245/1991), com o mandado de segurança (Lei no 12.016/2009), com as ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade (Lei no 9.868/1999) etc.

Os procedimentos tradicionalmente nominados de “jurisdição voluntária” figurarão em Capítulo dos “Procedimentos Especiais”, dentro do Livro do Processo de Conhecimento (Capítulo

XV do Título III). O Projeto primitivo, fugindo da crítica que a doutrina costuma fazer ao *nomen iuris* “jurisdição voluntária”, preferia tratar os remédios utilizados na administração judicial de interesses privados singelamente como “Procedimentos não contenciosos” (arts. 685 a 729). O Substitutivo aprovado pela Comissão Especial, todavia, houve por bem restabelecer a nomenclatura atual do Código em vigor, qual seja, a de “procedimentos de jurisdição voluntária” (arts. 734 a 786).

Algumas ações especiais sofrerão redução de conteúdo e rito. A ação de prestação de contas, por exemplo, será especial quando se tratar de exigir contas (art. 564). Por isso, o nome da ação foi alterado, pelo Projeto, para “ação de exigir contas”. Sendo o caso de apresentar contas a quem se recusa a aceitá-las, a pretensão será processada segundo o procedimento comum.

Na ação demarcatória, é possível dispensar-se a perícia judicial se o imóvel tiver sido submetido a georreferenciamento, com averbação no Registro de Imóveis (Projeto, art. 588). Não haverá mais necessidade de três peritos nos juízos decisórios (um agrimensor e dois arbitradores). Caberá ao juiz, tanto nas ações de demarcação como de divisão, nomear “um ou mais peritos”, conforme as necessidades do caso concreto (art. 605).

Os embargos de terceiro restringir-se-ão à defesa contra constrição judicial indevida (art. 689), mas a defesa da posse esbulhada pode acontecer tanto em face de ato ocorrido no processo de conhecimento como no processo de execução (art. 690). O remédio se aplicará, segundo o Projeto, tanto para tutelar a posse como o direito do embargante que seja incompatível com o ato constritivo (art. 689). A citação somente será pessoal “se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal” (art. 692, § 3º), o que quer dizer que a regra geral será a citação do advogado da parte embargada. A hipótese aventada como exceção será rara, já que é difícil imaginar que alguém seja beneficiário de ato constritivo sem que o tenha requerido por meio de procurador, ou, como advogado, esteja atuando em causa própria.

No procedimento da restauração de autos, a referência contida no Projeto primitivo ao aproveitamento de autos suplementares para prosseguimento do processo (art. 628, parágrafo único) foi eliminada no substitutivo aprovado pelo Senado, a pretexto de que, segundo a Parte Geral, não haveria mais previsão de autos suplementares na sistemática projetada (art. 674). O texto aprovado pela Comissão Especial, todavia, restaura a norma do Código em vigor, estipulando que, verificado o desaparecimento dos autos principais, “havendo autos suplementares, nestes prosseguirá o processo” (art. 727, parágrafo único). O estranho é que, diversamente do que se passa com o CPC em vigor (art. 159), o Projeto Substitutivo não regula a formação de autos suplementares.

Registro, por fim, que a presente nota de apresentação das perspectivas do Projeto de um Novo Código de Processo Civil para o Brasil levou em consideração a *Emenda Aglutinativa Substitutiva Global* preparada e aprovada pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados para emitir parecer ao Projeto de Lei nº 8.046/2010 e outros. É esse Substitutivo ao Projeto originário do Senado Federal, ainda pendente de votação do Plenário da Câmara, o objeto ora analisado e sintetizado em suas linhas inovadoras mais marcantes.

-
- 1 O Projeto mantém como procedimento especial apenas a ação para exigir contas. Vale dizer que, para a apresentação de contas, o autor deverá observar o procedimento comum.

Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa

§ 199. GENERALIDADES

Sumário: 1.193. Conceito. 1.194. Razão de ser dos procedimentos especiais. 1.195. Técnicas de especialização procedimental. 1.196. Complementação das regras procedimentais. 1.197. Pressupostos dos procedimentos especiais. 1.198. Erro na adoção do procedimento.

1.193. Conceito

Prevê o atual Código de Processo Civil, em matéria de processo de conhecimento, um procedimento *ordinário* (Livro I, Título VIII), um procedimento *sumário* (Livro I, Título VII, Capítulo III) e vários procedimentos *especiais* (Livro IV, Título I).

O ordinário e o sumário foram apreciados no estudo do processo de conhecimento, objeto do volume I deste *Curso*. Agora, resta examinar os procedimentos especiais, que o Código divide em procedimentos especiais de “jurisdição contenciosa” e de “jurisdição voluntária”.

A primeira parte do volume III do *Curso* será dedicada aos procedimentos de jurisdição contenciosa, que são aqueles em que realmente se desenvolve função jurisdicional, ou seja, atividade estatal em busca de solução jurídica a ser imposta soberanamente na solução de situações litigiosas. A “jurisdição” dita voluntária ou graciosa nem mesmo é jurisdição, no sentido técnico da expressão. Através dela o que se dá é atividade administrativa desempenhada excepcionalmente pelos órgãos jurisdicionais. Sua presença nas leis processuais prende-se unicamente ao aspecto subjetivo dos agentes que dela se encarregam, e não à natureza da função. Substancialmente, a atividade é administrativa. Apenas subjetivamente é judicial.

Diante desse tipo de função, portanto, pode-se falar em “procedimento”, e nunca em “processo”, expressão que a ciência jurídica atual reserva, com propriedade, para o método específico de compor “litígios” através da soberania estatal.

Processo é, com efeito, o método jurídico utilizado pelo Estado para desempenhar a função jurisdicional. Consiste, intrinsecamente, numa relação jurídica de direito público, formada entre autor, réu e juiz. Objetivamente, compõe-se de uma sucessão de atos que se encadeiam desde a postulação das partes até o provimento final do órgão judicante, que porá fim ao litígio, tudo presidido pela obrigatória dinâmica do contraditório.

O procedimento é justamente a maneira de estipular os atos necessários e de concatená-los, de forma a estabelecer o *iter* a ser percorrido pelos litigantes e pelo juiz ao longo do desenrolar da relação processual.

Para o geral dos litígios, o Código prevê o procedimento *comum*, que, por sua vez, é

desdobrado em *ordinário* e *sumário*. Em razão da matéria ou do valor da causa, simplifica-se o rito e surge o sumário (arts. 275 a 281). E para todas as demais hipóteses, que não tenham sido contempladas pela lei nem com o sumário nem com algum procedimento especial, vigora o *ordinário* (art. 274).

A par do procedimento comum, regulado no interior do processo de conhecimento, disciplina o Código, em livro próprio, vários procedimentos destinados a orientar a tramitação judicial de certas pretensões que não encontrariam tratamento processual condizente dentro dos parâmetros do procedimento ordinário (Livro IV).

Procedimentos especiais contenciosos, portanto, na estrutura do Código de Processo Civil, são aqueles que se acham submetidos a trâmites específicos e que se revelam total ou parcialmente distintos do procedimento ordinário e do sumário.¹

1.194. Razão de ser dos procedimentos especiais

Por maior autonomia que se dê ao processo e à ação, o certo é que ditos institutos não existem por si nem se exaurem em si. Todo mecanismo processual nasceu e se aperfeiçoou em razão da necessidade de eliminar, no seio da sociedade, os conflitos jurídicos, o que se consegue por meio de definição e execução, feitas por agentes estatais, dos direitos materiais envolvidos no litígio. Em última análise, o objeto visado pela prestação jurisdicional é, pois, o direito subjetivo dos litigantes em nível substancial ou material.

Sem dúvida, a lei, adequada à ciência processual moderna, procura instituir sistema de tramitação das causas na Justiça que se mostre o mais simples e o mais universal possível, de maneira a permitir que o maior número imaginável de pretensões possa ser acolhido, apreendido e solucionado segundo um único rito.

Contudo, haverá sempre algum detalhe da mecânica do direito material que, eventualmente, reclamará forma especial de exercício no processo. O processo como disciplina *formal* não pode ignorar essas exigências de origem *substancial*, porque é da própria natureza das coisas que a *forma* se ajuste e se harmonize à *substância*.

Positivada, destarte, a realidade da insuficiência do procedimento comum, não consegue o legislador fugir do único caminho a seu alcance, que é o de criar procedimentos outros cuja índole específica seja a adequação às peculiaridades de certos direitos materiais a serem disputados em juízo. Os atos processuais são, aí, concebidos e coordenados segundo um plano ritualístico que tenha em vista unicamente a declaração e execução daquele direito subjetivo de que se cuida.

Assim, como anota José Alberto dos Reis, a criação de procedimentos especiais “obedece ao pensamento de ajustar a *forma* ao *objeto* da ação, de estabelecer correspondência harmônica entre os trâmites do processo e a configuração do direito que se pretende fazer reconhecer ou efetivar. É a *fisionomia especial do direito* que postula a forma especial do processo”.²

No direito positivo brasileiro há procedimentos especiais disciplinados no Código de Processo Civil e em leis extravagantes, como, v.g., o mandado de segurança, a ação popular, a busca e apreensão de bem gravado de alienação fiduciária, a execução fiscal etc.

Aqui e agora, o estudo ficará restrito aos “procedimentos especiais de jurisdição contenciosa” codificados, que são os seguintes:

- a) ação de consignação em pagamento (arts. 890-900);
- b) ação de depósito (arts. 901-906);
- c) ação de anulação e substituição de títulos ao portador (arts. 907-913);
- d) ação de prestação de contas (arts. 914-919);
- e) ações possessórias (arts. 920-933);
- f) ação de nunciação de obra nova (arts. 934-940);
- g) ação de usucapião de terras particulares (arts. 941-945);
- h) ação de divisão e de demarcação de terras particulares (arts. 946-981);
- i) inventário e partilha (arts. 982-1.045);
- j) embargos de terceiro (arts. 1.046-1.054);
- k) habilitação (arts. 1.055-1.062);
- l) restauração de autos (arts. 1.063-1.069);
- m) vendas a crédito com reserva de domínio (arts. 1.070-1.071);
- n) arbitragem (Lei no 9.307, de 23.09.1996);
- o) ação monitória (arts. 1.102a-1.102c).

Ao nomear o Livro IV e seus dois Títulos, o Código utilizou, adequadamente, a nomenclatura “procedimentos especiais”. Mas ao dar denominação a cada um dos procedimentos, em relação a muitos deles o legislador deixou-se levar pela antiga praxe de tratá-los como “ações especiais”. Essa impropriedade terminológica, num Código moderno como o nosso, poderia, perfeitamente, ter sido evitada.

Na verdade, sendo uma a jurisdição, como poder do Estado, uno também deve ser o direito de a ela se recorrer. O que variam são apenas as formas de exercitar esse mesmo direito, conforme a diversidade dos atos reclamados para adequar a forma à substância do direito subjetivo litigioso.

O uso de expressões como “ação de consignação”, “ação de depósito” etc. denotam apenas reminiscências do anacrônico e superado conceito civilístico de ação, segundo o qual a cada direito material corresponderia uma ação para protegê-lo na eventualidade de sua violação. Na verdade, porém, o que hoje se admite são procedimentos variados para deduzir pretensões relativas a certos direitos materiais, pelo que o correto seria dizer “procedimento da consignação em pagamento”, “procedimento do depósito”, “procedimento da prestação de contas” etc. em lugar de “ação de consignação em pagamento”, “ação de depósito”, “ação de prestação de contas” etc.

1.195. Técnicas de especialização procedimental

Além da criação de atos para a mais perfeita adequação do rito à pretensão da parte, os procedimentos especiais costumam inspirar-se em alguns outros objetivos, como, por exemplo:

- a) *simplicificação e agilização* dos trâmites processuais, por meio de expedientes como o da liminar antecipatória de efeitos da tutela, o da redução de prazos e o da eliminação de atos desnecessários;
- b) *delimitação do tema* que se pode deduzir na inicial e na contestação;
- c) *explicitação dos requisitos* materiais e processuais para que o procedimento especial seja eficazmente utilizado.

Uma outra característica de vários procedimentos especiais situa-se no fato de restar anulada a dicotomia entre ação de cognição e ação de execução. Numa única relação processual, procedimentos como o das ações possessórias, de depósito, dos embargos de terceiro, da nunciação de obra nova etc. permitem que as atividades de declaração do direito e de sua execução se façam, desde logo, tornando desnecessária a *actio iudicati* em processo autônomo posterior.

Tais procedimentos prestam-se, assim, a desenvolver método de compor lides tanto com o direito como com a força. 3 Compreendem, por isso, casos de “acertamento com preponderante função executiva”.⁴

Essa tônica das chamadas ações executivas *lato sensu* faz com que não se possa conceituar os procedimentos especiais como simples apêndice do processo de conhecimento. Mesclam-se em seu ritual, com efeito, as funções de declaração e realização do direito, o que explica e justifica o tratamento legislativo em livro próprio no código, fora do processo de conhecimento e do processo de execução, já que as fronteiras de ambos não são respeitadas no disciplinamento dos procedimentos ora cogitados.

Não cabe, outrossim, censura alguma a essa orientação unitária do legislador em tema de procedimentos especiais. Isto porque, segundo advertência de Ronaldo Cunha Campos, impõe-se reconhecer “um caráter artificial na suposta autonomia da execução de sentença. O processo de condenação é, na verdade, um só. O processo dito de condenação contém a lide onde a pretensão é contestada e também insatisfeita, de tal sorte que sua plenitude apenas se exaure quando, encerrada a execução, a pretensão é satisfeita. A prolação de sentença não esgota a função do processo quando encerre esta lide, pois, a um só tempo, contesta-se e lesa-se uma pretensão”. De tal sorte, e em essência, “a execução é sem dúvida uma parte do processo”, parte necessária, de modo que somente quando se executa é que propriamente se exercita a Justiça, segundo a velha e clássica lição de Pereira e Souza.⁵ Essa visão unitária do processo, no dizer de Ronaldo Cunha Campos, não representa uma posição de retorno ao passado do direito processual. É muito mais “a tentativa de superar inúteis e trabalhosas cisões no esforço único de entregar a prestação jurisdicional”.⁶

Sobre a atualidade do tema da unidade da jurisdição e da inconveniência de manter-se a dualidade do processo de condenação e de execução de sentença, ver nosso *A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*.⁷ Foi, aliás, esse sentido o que prevaleceu nas reformas impostas ao Código de Processo Civil nos últimos anos do século XX e nos primeiros do século XXI: a execução de sentença deixou de ser objeto de uma ação separada para tornar-se simples incidente ou complemento da ação em que se obtém a condenação de uma parte a realizar certa prestação em favor da outra (art. 475-I, com texto da Lei nº 11.232, de 22.12.05). Pode-se registrar que o unitarismo que caracteriza algumas ações especiais tornou-se regra geral aplicável a todos os procedimentos condenatórios, inclusive os que seguem o rito ordinário.

1.196. Complementação das regras procedimentais

As regras do Código sobre os procedimentos especiais não abrangem, evidentemente, todos os termos do processo. Cuidam, em princípio, apenas daquilo que especializa o rito para adequá-lo à pretensão a cuja disciplina em juízo se destina. Por isso, naquilo em que o procedimento

especial por omissão incidirão as regras do procedimento ordinário. É o que dispõe o art. 272, parágrafo único: “O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário”.

1.197. Pressupostos dos procedimentos especiais

Na busca de adequar a forma ao objeto da pretensão material do litigante, a lei, na realidade, impõe ao autor a satisfação de dois níveis de requisitos para o uso regular e eficaz do procedimento especial, a saber:

a) *requisitos materiais*: a *pretensão* tem de situar-se no plano de direito material a que corresponde o rito. Mas a inexistência ou não comprovação do suporte substancial dessa pretensão é matéria de mérito, que conduz à *improcedência do pedido* e não à carência de ação;

b) *requisitos processuais*: os dados formais do procedimento especial costumam ser ligados a requisitos que condicionam a forma e o desenvolvimento válidos do processo até o julgamento de mérito. A falta desses requisitos conduz à ineficácia da relação processual e à sua extinção prematura, sem julgamento de mérito, como, por exemplo, se dá com a ação de consignação em pagamento, em que o autor não promove o depósito no prazo legal, ou na ação de nunciação de obra nova, quando o promovente não justifica *in limine litis* o embargo etc.

1.198. Erro na adoção do procedimento

Não é fatal nem irremediável o erro na escolha do procedimento feito pelo autor ao propor a ação. No sistema do código, a regra a observar é a do art. 250, onde se dispõe que “competete ao juiz adequar a forma ao pedido”, anulando-se, na eventualidade de erro do litigante, apenas os atos incompatíveis com o procedimento necessário.

A boa doutrina entende, sobre a matéria, que, de fato, “o procedimento não fica à escolha da parte”; mas ao juiz toca o dever de “determinar a conversão, quando possível”.⁸ No mesmo sentido, também a jurisprudência preconiza que a errônea de ritos não conduz inapelavelmente à invalidade do processo e que ao juiz incumbe proceder à adequação ao procedimento regular no momento em que for detectada a irregularidade, aproveitando-se os atos já praticados, que sejam úteis.⁹

Naqueles casos em que o rito especial tenha por fito apenas abreviar a solução do litígio, a adoção do rito ordinário, em caráter de substituição facultativa, não é vedada às partes, mesmo porque a ampliação do debate não lhes causa prejuízo algum. Aliás, a submissão do caso ao rito ordinário, em hipótese de previsão legal de rito especial, consta de regra expressa do código, no que diz respeito à cumulação de pedidos: “Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o ordinário” (art. 292, § 2º). Logo, conclui-se que, para o nosso ordenamento jurídico, o procedimento especial, salvo hipóteses especialíssimas, não é imposição absoluta.

Correta, nessa ordem de ideias, a jurisprudência que admite, em havendo concordância das partes, a adoção do rito ordinário para pretensão a que a lei previu procedimento especial.¹⁰ Naturalmente, quando o procedimento especial corresponder a atos imprescindíveis ao

processamento lógico da pretensão, essa substituição não será admissível. É o que ocorre, por exemplo, com os termos próprios e insubstituíveis da ação de divisão e demarcação, ou do inventário e partilha, frente aos quais o rito ordinário revela-se totalmente inadequado.

Já o inverso é sempre impossível. Se o pedido não está previsto para algum procedimento especial, somente pelo comum haverá de ser processado em juízo. Se o ordinário é a vala comum onde deságuam todos os pedidos para os quais a lei não tenha cogitado de rito especial, o certo é que os procedimentos especiais somente podem ser utilizados nas hipóteses especificamente delimitadas pela lei. Não têm as partes o poder de desviá-los para litígios estranhos à previsão legal.

Deve-se, contudo, evitar o fetichismo do apego exagerado ao nome das ações. Hoje, o direito processual é totalmente avesso à antiga praxe de nominar as ações conforme o direito material questionado entre as partes. O que importa é o *pedido* e a possibilidade, em tese, de sua apreciação na Justiça. Assim, se o autor errou, dando à causa nome de alguma ação especial, mas formulou, de fato, pedido dentro de termos que configuram o procedimento ordinário, ou procedimento especial diverso, nenhuma nulidade se decretará.¹¹

Se, por exemplo, a parte apresentou ação com o nome de embargos de terceiro, quando por sua condição de codevedor deveria propor embargos à execução, nada impede que sua ação erroneamente denominada seja processada como aquela que corresponde à efetiva pretensão da parte, ou seja, como embargos de devedor. Isto é possível, naturalmente, desde que o ajuizamento tenha ocorrido em tempo útil e sob as demais condições de procedibilidade da ação incidental própria.¹²

É, enfim, o *pedido* que serve para definir a adoção correta, ou não, do procedimento especial. Se o pedido não corresponde à ação indicada pelo autor, cabe ao juiz ordenar a retificação do rito. Quando, porém, o pedido é impossível de ser atendido, porque o autor, materialmente, não detém o direito subjetivo arrolado na inicial, a hipótese não é de carência de ação, nem de inadequação do rito, mas simplesmente de improcedência do pedido. Assim, se alguém propõe ação especial possessória sem ser, realmente, possuidor, ou se reivindica posse de área que ainda depende juridicamente de demarcação ou divisão, dá-se a improcedência do pedido, porque na realidade o pedido foi formulado dentro dos limites e requisitos do procedimento escolhido. O que inexistia era o suporte fático-jurídico para a acolhida do pedido. A sentença será, destarte, de mérito, e não meramente terminativa.¹³

Há que se considerar, ainda, a hipótese de escolha de ação especial irredutível ao procedimento ordinário. Se o autor não atende aos requisitos de admissibilidade do remédio processual proposto, dar-se-á a carência de ação, porque a inadequação da tutela pretendida é considerada como hipótese de falta de interesse. Se, v.g., o demandante lança mão do mandado de segurança, sem a prova pré-constituída do pretense direito líquido e certo,¹⁴ será havido como carecedor da ação mandamental, já que esta não se presta ao accertamento de direito subjetivo que não se apóie em prova documental completa, desde logo deduzida em juízo.

- 1 PALACIO, Lino *Manual de Derecho Procesal Civil*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977, vol. II, n. 471, p. 307.
- 2 REIS, José Alberto dos. *Processos Especiais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, vol. I, n. 1, p. 2.
- 3 SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. trad. de Luiz Autuori, da. 7. ed. de Padova. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, vol. II, n. 449, p. 681.
- 4 SATTA, Salvatore. *Op. cit.*, vol. II, n. 450, p. 682.
- 5 PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, anotadas por Teixeira de Freitas. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Garnier, 1907, p. 305, nota 707.
- 6 Voto proferido na Apel. Civ. nº 20.873, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, ac. de 22.06.1982.
- 7 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*. Rio de Janeiro: Ed. AIDE, 1987.
- 8 NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 18. ed. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 148.
- 9 TJSP, AI n. 56.763-1, ac. de 13.03.1985, Rel. Des. Oliveira Lima, in RT 597/68. Mais importante que a submissão às formas procedimentais é a garantia constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF de 1988, art. 5º, nº XXXV). “O direito de ação é um direito subjetivo público, consequentemente nenhuma decisão pode impedir o acesso do cidadão às vias jurisdicionais” (*A Constituição na Visão dos Tribunais: Interpretação e Julgados Artigo por Artigo*, Brasília, Saraiva, 1997, p. 76). “A errônea denominação da ação não retira do autor o direito à prestação jurisdicional postulada” (STJ, 1ª T., REsp nº 402.390/SE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 04.11.2003, DJU de 24.11.2003, p. 217).
- 10 NEGRÃO, Theotônio. *Op. cit.*, p. 148; *Julgados* TACiv.SP, 47/65. “Não há nulidade na adoção do rito ordinário ao invés do sumário, salvo se demonstrado prejuízo, notadamente porque o ordinário é mais amplo do que o sumário e propicia maior dilação probatória” (STJ, 3ª T., REsp nº 737.260/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 21.06.2005, DJU de 1º.07.2005, p. 533).
- 11 “Desnecessário é nomear-se a ação, sendo mesmo irrelevante o nome que se lhe dê. A denominação da ação é fórmula convencional, que não prejudica os direitos das partes quando são expostos com precisão” (TJSP, AI nº 71.726-2, ac. de 04.04.1984, Rel. Des. Luiz Tâmbara, in RT 586/79). “O erro de nome não anula a ação, desde que o pedido foi formulado em termos hábeis” (STF, AI nº 91.528, ac. de 19.04.1983, Rel. Min. Alfredo Buzaid, in RTJ 107/646). No mesmo sentido: STF, RE nº 98.559, in RTJ 106/1/160; TJRS, Ap. nº 34.350, in RJTJRS 80/437; TJRS, Ap. nº 597.238.104, in RJTJRS 187/368; TJMT, Ap. nº 9.511, in RT 517/173; 2º TACiv. SP, Ap. nº 167.392, in RT 595/185; STJ, REsp. nº 33.157-6/RJ, in DJU de 16.08.1993, p. 15.983; STJ, REsp. nº 45.421-2/SP, in DJU de 05.05.1997, p. 17.046; STJ, REsp. nº 7.759, in DJU de 09.12.1991, p. 18.036; STJ, 4ª T., REsp nº 262.669/CE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 13.09.2000, DJU de 16.10.2000, p. 317; STJ, 1ª T., REsp

- no 402.390/SE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 04.11.2003, *DJU* de 24.11.2003, p. 217.
- 12 NEGRÃO, Theotônio. *Op. cit.*, p. 411, nota 7 ao art. 1.046.
- 13 REIS, José Alberto dos. *Op. cit.*, vol. I, n. 3, p. 15.
- 14 Lei no 12.016/2009, art. 1o.

§ 200. OS FUNDAMENTOS DO DEPÓSITO EM CONSIGNAÇÃO

Sumário: 1.199. O direito de pagar. 1.200. A liberação natural e a liberação forçada do devedor. 1.201. A ação de consignação em pagamento. 1.202. Histórico da consignação em pagamento.

1.199. O direito de pagar

A obrigação, na sua estrutura de direito material, é *vínculo*, é *sujeição coercitiva*; é, no dizer de Savigny, *limitação da liberdade do reus debendi*.

Por isso, o direito não a concebe senão como situação jurídica passageira ou transitória, que nasce já com o destino de ser cumprida e de extinguir-se ao ser cumprida. De tal sorte, sua própria extinção apresenta-se como seu efeito principal ou cabal, que se cumpre e acaba por meio do pagamento.

O fim da obrigação – lê-se em Crome – não é jamais a duração ilimitada do vínculo, mas a cessação dele mediante adimplemento; donde o adimplemento se manifesta como a forma natural de extinção da obrigação.¹

Por ser, dessa forma, um constrangimento jurídico necessariamente temporário, o libertar-se do vínculo obrigacional assume feição não de simples *dever* do sujeito passivo da obrigação, mas de verdadeiro *direito* dele.

É claro que o sujeito ativo tem grande interesse no cumprimento da obrigação, interesse que, obviamente, pode ser havido como principal, desde o momento da criação do vínculo entre devedor e credor. Para compelir o sujeito passivo e satisfazer dito interesse, a ordem jurídica põe à disposição do credor as sanções do inadimplemento, dentre as quais se avulta a execução forçada da responsabilidade patrimonial.

Mas é fora de dúvida que o devedor não pode ser deixado, indefinidamente, à mercê do credor malicioso ou displicente, nem pode permanecer para sempre sujeito ao capricho ou ao arbítrio deste. Vale dizer: a permanência do devedor sob a sujeição do vínculo obrigacional não pode eternizar-se, nem seus efeitos podem depender exclusivamente da vontade do credor.²

Daí por que a lei não só obriga o devedor ao pagamento, como também lhe assegura o direito de pagar.

Sendo, porém, a causa do não pagamento imputável ao credor, toca ao devedor a *faculdade* e não a *obrigação* de depositar, já que a *mora creditoris* exclui a *mora debitoris*.³ Em outras palavras: sendo a mora do credor, nenhuma sanção a lei aplica ao devedor caso ele não providencie o depósito em consignação. É justamente por isso que se afirma que tal depósito é

faculdade e não obrigação.

1.200. A liberação natural e a liberação forçada do devedor

No seu ciclo natural de existência jurídica, a obrigação nasce de um fato jurídico *lato sensu* e extingue-se pelo ato jurídico *stricto sensu* do pagamento, voluntariamente cumprido pelo devedor, perante o credor.

Nessa ordem de ideias, o pagamento voluntário é ato jurídico bilateral, que reclama a participação do devedor, que cumpre a obrigação (seja legal, seja convencional), e do credor, que recebe a prestação devida.

Dessa forma, só há pagamento em sentido estrito mediante acordo de vontades entre o *solvens* e o *accipiens*.

Uma vez, porém, que o vínculo obrigacional não pode perdurar eternamente, cuida a lei de instituir uma alternativa liberatória para o sujeito passivo, sempre que se torne inviável o acordo liberatório entre as partes. Esse caminho é o da consignação em pagamento:

“Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais” – dispõe o art. 334 do Novo Código Civil (CC de 1916, art. 972).

Quer isto dizer que a ordem jurídica, diante da impossibilidade do pagamento voluntário, põe à disposição do devedor uma forma indireta de liberação, que prescinde do acordo de vontades com o credor e que se apresenta com os mesmos efeitos práticos do adimplemento.

Esse sucedâneo do pagamento é a consignação, cuja forma consiste no depósito judicial da quantia ou da coisa devida. O uso dessa via liberatória é franqueado ao devedor, tanto quando o credor se recusa injustificadamente a receber a prestação como quando o devedor não consegue efetuar validamente o pagamento voluntário por desconhecimento ou incerteza quer em torno de quem seja o credor, quer em razão de sua ausência ou não localização ao tempo do cumprimento da obrigação (Cód. Civil de 1916, art. 973; CC de 2002, art. 335).

Confere-se ao devedor, assim, uma forma cômoda e prática para realizar uma espécie de pagamento, que, prescindindo da cooperação do credor, atinge todos os efeitos jurídicos do adimplemento.⁴

1.201. A ação de consignação em pagamento

Como modalidade de extinção da obrigação, o pagamento por consignação é disciplinado pelo direito material, onde se regulam os casos em que essa forma de liberação é admissível e quais são os requisitos de eficácia.

Ao direito processual, todavia, compete regular o procedimento para solução da pretensão de consignar, uma vez que, em nosso ordenamento jurídico, o depósito liberatório só é válido ou eficaz, em regra, quando feito judicialmente.⁵

No caso, porém, de dívida de dinheiro, permite-se o depósito bancário da soma devida, com notificação ao credor. Se não houver recusa, reputar-se-á liberado o devedor da obrigação (Lei nº 8.951, de 13.12.1994).

Recebe o *nomem iuris* de “ação de consignação em pagamento” o procedimento de

jurisdição contenciosa especialmente delineado pelo Código de Processo Civil para apreciação e solução do pedido consignatário (arts. 890 a 900).

1.202. Histórico da consignação em pagamento

As raízes da consignação situam-se no direito romano, onde o instituto se desdobrava em dois estágios fundamentais: a *oblatio* e a *obsignatio*.

A *oblatio* compreendia a oferta real da prestação ao credor, que deveria ser feita no local designado para o pagamento e na presença de testemunhas. Fazia-se a oferta com o fito expresso de libertar-se da obrigação, mas sua eficácia dependia de alguns requisitos como:

- a) sendo móvel a coisa devida, tinha de ser diretamente apresentada ao credor;
- b) em se tratando de dívida de dinheiro, tinha que compreender o capital e os juros devidos;
- c) o credor, a quem se fazia a oferta real, tinha que ter capacidade de receber.

A *obsignatio* completava a *oblatio*, para que o devedor, uma vez observadas todas as suas solenidades, alcançasse a extinção da obrigação. Tinha lugar quando se registrava a ausência do credor ou a sua recusa em aceitar a oferta real. Consistia basicamente no depósito da coisa ou importância devida, feito em templo ou local designado pelo magistrado, tudo em invólucro devidamente fechado e selado pela autoridade judicial. Quando a prestação se referia a um imóvel, o bem era confiado à guarda de um depositário especialmente nomeado.

Com a *obsignatio* operava-se a extinção da obrigação e a completa liberação dos devedores, tanto principais, como acessórios.⁶

Como se vê, já no direito romano, a consignação tinha feições bem semelhantes às que ostenta no direito atual, quais sejam, as de modalidade de pagamento compulsório, por meio de depósito judicial da *res debita*, com eficácia em tudo igual à do adimplemento, para o devedor.

O direito lusitano acolheu o instituto nas fontes romanas e no-lo transmitiu sem maiores transformações, conforme o testemunho de Corrêa Telles.⁷

A denominação *consignar*, usada na presente forma especial de pagamento, vem do latim *cum + signare*, derivada do fato de que o depósito liberatório se fazia, em Roma, por meio de um saco que era fechado e lacrado com sinete.⁸

§ 201. O PROCEDIMENTO DA CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

Sumário: 1.203. Natureza do instituto da consignação. 1.204. Natureza processual da ação de consignação. 1.205. Prestações passíveis de consignação. 1.206. Cabimento da consignação. 1.207. Liquidez da prestação devida. 1.208. Consignação principal e incidental. 1.209. Legitimação *ad causam*. 1.210. Competência. 1.211. Consignação no local em que se acha a coisa devida. 1.212. Oportunidade da consignatória. 1.213. Objeto da consignação. 1.214. Obrigação de prestações periódicas. 1.215. Limite temporal da admissibilidade do depósito das prestações periódicas. 1.216. Quebra da sequência de depósitos periódicos. 1.217. O procedimento especial da consignatória. 1.218. Obrigações alternativas e obrigações genéricas. 1.219. Valor da causa. 1.220. Resposta do demandado. 1.221. Comparecimento do credor para receber. 1.222. Não comparecimento e revelia do demandado. 1.223. Levantamento do depósito pelo devedor. 1.224. Contestação. 1.225. Matéria de defesa. 1.226. Complementação do depósito insuficiente. 1.227. Sentença. 1.228. Consignação em caso de dúvida quanto à titularidade do crédito. 1.229. Particularidades da consignação por dúvida. 1.230. A posição dos possíveis credores. 1.231. Resgate da enfiteuse. 1.231-a. A consignação de aluguéis e outros encargos locatícios. 1.231-b. A consignação de obrigação em dinheiro. 1.231-c. Conflito entre consignação em pagamento e execução forçada.

1.203. Natureza do instituto da consignação

Há antiga polêmica sobre a natureza jurídica da consignação: se seria um instituto de direito material ou de direito processual. A divergência era mais relevante ao tempo em que a competência legislativa era diversa para o direito substancial e para o instrumental. Com a unificação dessa competência em torno da União, tornou-se pequeno o interesse acerca do tema.

De qualquer maneira, urge distinguir a consignação como modalidade de extinção das obrigações, e a ação de consignação como procedimento através do qual se exercita em juízo a pretensão de consignar.

Naturalmente, todas as normas que cuidam da criação e extinção das obrigações são de direito material. A forma, contudo, de atuarem as regras materiais em juízo, diante de uma situação litigiosa, é evidentemente regida pelo direito processual.

Assim, as regras que cuidam da consignação como meio de liberar o devedor da obrigação, como sucedâneo do pagamento, estipulando condições de tempo, lugar e modo para sua eficácia,

bem como prevendo os casos de cabimento dessa especial forma liberatória, integram o campo do direito substancial. Enquanto ao direito processual pertence apenas a área do procedimento da ação consignatória.⁹

Uma vez que a pretensão de consignar ordinariamente se exercita em juízo, a consignação em pagamento envolverá, na prática, sempre regras promíscuas de conteúdo material e formal. O que leva doutrina abalizada a considerá-la “instituto de natureza híbrida”, ou seja, pertencente ao direito processual no que tange à forma pela qual se realiza; e ao direito substancial, quanto aos efeitos de direito civil que produz.¹⁰

Por outro lado, competindo ao mesmo Poder a atribuição de legislar tanto sobre o direito material como sobre o processual, é indiferente a inclusão de regras procedimentais em sede de direito substancial ou vice-versa. O que deve prevalecer é, de fato, o conteúdo da norma e não o rótulo que lhe dê o legislador. Assim, se alguma regra material em tema de consignação é incluída em código processual ou em lei extravagante destinada a regular matéria procedimental, essa regra, sendo posterior ao Código Civil ou a outra lei material reguladora do pagamento por consignação, deve prevalecer, porque oriunda de fonte competente para derrogar o direito civil, comercial, tributário etc.

1.204. Natureza processual da ação de consignação

Os procedimentos especiais quase nunca são institutos de natureza processual única, pois, na maioria das vezes, representam figuras híbridas, onde se somam atos executivos com atos cognitivos, em dosagens variáveis.

Na ação de consignação em pagamento vamos encontrar, segundo a estruturação que lhe dá o direito brasileiro, uma predominância de atividade de conhecimento, de conteúdo declaratório. Mas a executividade se mostra também presente em dosagem bastante significativa, pois o processo permite que atos materiais sejam praticados dentro da relação processual, com afetação de bens que migram de um patrimônio a outro, provocando a extinção, desde logo, da relação jurídica obrigacional deduzida em juízo. Não há condenação, mas permissão a que o devedor, numa execução às avessas, provoque o credor a vir receber o que lhe é devido, sob pena de extinguir-se a dívida mediante o depósito judicial da *res debita*. Não se dá uma execução em processo apartado, pois tudo ocorre dentro de uma só relação processual, cuja sentença final tem, no caso de procedência do pedido, a força de declarar a eficácia extintiva do depósito feito pelo devedor, após a citação do credor *in limine litis*.

Considera-se a ação predominantemente declarativa, porque o ato de depósito, objeto do julgamento final, é da parte e não do juízo. A sentença se limita a reconhecer a eficácia liberatória do depósito promovido pelo devedor. O que extingue, portanto, a dívida não é a sentença, mas o depósito do devedor. A sentença proclama apenas essa extinção.

A estrutura executiva, no entanto, está também presente, uma vez que o credor não é convocado apenas para discutir a pretensão do devedor, mas sim para, desde logo, receber o *bem devido*. A citação tem, destarte, a mesma natureza cominatória do preceito da ação executiva pura: “vir receber, sob pena de depósito”, equivale, sem dúvida, à mesma estrutura processual do “vir pagar sob pena de penhora”. A diferença localiza-se apenas na carga de compulsoriedade: na execução pura, o ato material da penhora já é ato de agressão estatal perpetrado pelo Poder

Público, enquanto o ato de depósito, na consignatória, é ainda ato de autonomia de vontade do autor, que pode revogá-lo a qualquer momento, enquanto não operada a *litis contestatio*. Daí a natureza predominantemente cognitiva da ação de pagamento por consignação.

1.205. Prestações passíveis de consignação

Lê-se no art. 890 do Cód. Proc. Civil que a ação de consignação tem força de liberar o devedor nos casos de depósito de *quantia* ou *coisa* devida.

Não apenas, pois, as dívidas de *dinheiro*, mas também as de *coisa*, certa ou incerta, fungível ou não fungível, móvel ou imóvel, podem autorizar o pagamento por consignação. Excluem-se de seu âmbito tão somente as obrigações negativas e as de puro *facere*.

Realmente, não se pode pensar em depósito da prestação, quando esta conste de uma abstenção do próprio devedor (obrigação de não fazer), posto que a execução *in casu* é puro ato do sujeito passivo, que independe de qualquer cooperação do credor no atingimento do respectivo adimplemento. Igualmente, não se pode cogitar do depósito quando o obrigado deva apenas uma prestação de fazer ao credor. O puro *facere*, obviamente, não dispõe de corporalidade necessária para permitir o seu depósito em juízo. Mas, se a prestação de fazer é daquelas em que a prestação de serviço redunde na criação de algum objeto corpóreo, já então o devedor terá meios de se utilizar da consignação para libertar-se, judicialmente, da obrigação contraída.

1.206. Cabimento da consignação

O art. 890 do Cód. de Proc. Civ. dispõe que, “*nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou coisa devida*”.

Vê-se, diante desse texto, que a legislação processual procurou restringir-se ao âmbito da atividade procedimental, resguardando para o direito civil e demais ramos do direito material a especificação dos casos em que se admite a extinção da obrigação pela via do depósito judicial.

As principais fontes do direito de consignar encontram-se no Código Civil de 1916, art. 973 (CC de 2002, art. 335) e no Código Tributário Nacional (art. 164).¹¹

Todos esses permissivos legais referem-se a embaraços enfrentados pelo devedor na busca de libertar-se da obrigação, de sorte a não conseguir efetuar o pagamento ou não lograr efetuar-lo com segurança jurídica de plena eficácia.

Ao permitir o depósito judicial liberatório, cuida a lei, pois, de contornar situações como:

a) a da *impossibilidade real* do pagamento voluntário:

1. por recusa injusta de receber a prestação por parte do credor; ou por
2. ausência, desconhecimento ou inacessibilidade do sujeito ativo da obrigação; e

b) a da *insegurança* ou *risco de ineficácia* do pagamento voluntário:

1. por recusa do credor de fornecer a quitação devida;
2. por dúvida fundada quanto à pessoa do credor;
3. por litigiosidade em torno da prestação entre terceiros;
4. por falta de quem represente legalmente o credor incapaz.

Procura a lei, dessa maneira, evitar que o devedor fique à mercê do arbítrio ou da malícia do credor, ou que corra o risco de pagar mal e não conseguir meios hábeis para a extinção da

obrigação, em casos de dúvidas quanto à pessoa e aos direitos do possível credor.

São, destarte, pressupostos do pagamento por consignação:

a) a mora do credor; ou

b) o risco de pagamento ineficaz.¹²

Incumbe ao autor da ação de consignação em pagamento demonstrar na petição inicial e provar na fase de instrução processual a ocorrência de alguma dessas hipóteses, sob pena de ser havido como improcedente o seu pedido, e como inoperante o depósito da *res debita* em juízo.

1.207. Liquidez da prestação devida

A consignação em pagamento não é, na realidade, mais do que uma *modalidade de pagamento*, ou seja, o pagamento feito em juízo, independentemente da anuência do credor, mediante depósito da *res debita*.

Disso decorre que somente quando é possível o pagamento voluntário (não praticado apenas em virtude de obstáculo de fato) é que admissível será a alternativa da ação consignatória para liberar o devedor que não encontra meios de pagar sua dívida na forma normal.

O art. 336 do Cód. Civil atual não deixa lugar a dúvidas quando dispõe que o pagamento por consignação se sujeita aos mesmos requisitos de eficácia do pagamento voluntário.

Lembra, então, o magistério de Luís Machado Guimarães que somente a dívida líquida e certa se mostra exigível, de modo a tornar cabível o respectivo pagamento. É que, enquanto não se apura o *quantum debeatur*, não há condições de exigir o respectivo pagamento. E, sem exigibilidade da dívida, inadmissível é a *mora creditoris*, que é, inquestionavelmente, um dos pressupostos fundamentais da ação consignatória.

Com efeito, dispõe o art. 960 do Cód. Civil (CC de 2002, art. 397) que “o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em *mora* o devedor”. Quer isto dizer que o conceito legal da mora envolve, necessariamente, os elementos da *liquidez* da prestação e do *vencimento* da obrigação. É certo que o texto legal cuida da *mora debitoris* e o que se exige para a consignação é a *mora creditoris*. Mas as duas figuras jurídicas são simétricas, de maneira que basta inverter-se a posição dos sujeitos da relação jurídica para ter-se, com os mesmos elementos, a configuração da *mora accipiendi*. E, assim, não há como cogitar-se de mora, seja do devedor, seja do credor, a não ser perante dívida líquida e vencida.¹³

O requisito da liquidez e certeza da obrigação, todavia, não equivale à indiscutibilidade da dívida, nem a simples contestação do credor à existência ou ao *quantum* da obrigação conduz necessariamente ao reconhecimento da sua iliquidez e gera a improcedência da consignação.

A liquidez e a certeza, tal como se passa na execução forçada, são dados objetivos, para exame do julgador *in limine litis*, em face do título jurídico invocado pelo autor para justificar sua pretensão de tutela jurisdicional.

A contestação do credor é dado unilateral e subjetivo, que, por si só, não tem o poder de tornar ilíquida ou incerta a obrigação. Instruída a causa, caberá ao juiz a apuração de se tratar ou não de dívida líquida e certa.

Só afinal, depois de exaurida a atividade probatória das partes, é que será possível a completa e definitiva apreciação da matéria articulada na resposta do credor. E, então, será no espírito do julgador que haverá de se formar o juízo definitivo em torno da liquidez e certeza da

obrigação litigiosa, de início executada por meio do depósito judicial.

O evidente, na espécie, é que não se pode realizar, na abertura do processo, qualquer depósito, para, mais tarde, *apurar e acertar* a existência da dívida e o respectivo *quantum*. Nesse sentido é que a melhor doutrina, seguida pela jurisprudência dominante, sempre afirmou que:

“Inadmissível é que, fazendo o depósito, se reserve o devedor o direito de discutir a substância da obrigação que, com o depósito, pretende solver. Nem tampouco é a consignação admissível com o fito de antecipar e desviar da ação, em processo próprio, a decisão de dúvidas e divergências ocorrentes entre as partes acerca de seus respectivos direitos.”¹⁴

O problema da liquidez como requisito da consignatória é, aliás, uma questão de pura lógica, dada a impossibilidade de se pagar o ilíquido.¹⁵ Se o depósito tem de ser feito de maneira completa, a tempo e modo, como consignar a coisa ou a quantia ainda não determinada de forma definitiva?

Principiando-se a consignatória pelo depósito da *res debita* e limitando-se o julgamento à declaração de eficácia ou não do mesmo depósito para extinguir a obrigação em mora, é mais do que lógico que só a prestação adrede liquidada pode ser objeto do procedimento especial de que se cogita.

Não se pode entrever nessa ação um caminho de acerto de relações jurídicas incertas ou imprecisas. Se o vínculo jurídico existente entre as partes não revela, *prima facie*, uma dívida líquida e certa, não tem condições o devedor de compelir o credor a aceitar ou reconhecer um depósito liminar como hábil a realizar a função de pagamento.

Assim como o credor não pode executar o devedor por obrigação ilíquida (CPC, art. 586), também não é juridicamente possível a consignação de obrigação da mesma natureza, posto que a ação consignatória não é nada mais do que uma execução forçada às avessas (ou seja, execução de obrigação movida pelo devedor contra o credor).

Se, pois, num determinado relacionamento jurídico, como, v.g., o de indenização de perdas e danos por ato ilícito ou de pagamento de obrigação contratual pendente de apuração de preço ou cotações variáveis, ainda não dispõe o devedor de um título jurídico que lhe precise o *quantum debeatur*, não se pode falar em obrigação líquida e certa, nem tampouco em mora, seja *solvendi*, seja *accipiendi*.

Então, “a lei só faculta ao credor a execução depois do acerto judicial da pretensão litigiosa por sentença exequível e, do mesmo modo, só depois é que é facultada ao devedor a consignação judicial”.¹⁶

Não se admite, portanto, que o autor da consignação venha a utilizar o procedimento especial dos arts. 890-900 para impor o depósito de uma prestação cuja existência jurídica pressuponha sentença constitutiva, como as oriundas de inadimplemento contratual ou de anulação de negócio jurídico por vício de consentimento ou vício social.¹⁷ Enquanto, pelas vias ordinárias, não se apurar a existência definitiva da obrigação e não se definir, com precisão, o seu montante, a iliquidez e incerteza afetarão o relacionamento jurídico das partes e inviabilizarão o depósito em consignação.

A sorte da ação consignatória, enfim, está ligada indissociavelmente ao depósito inicial da *res debita*. Se, portanto, na sentença prolatada após a discussão entre as partes e depois de convenientemente instruído o processo, tem o juiz elementos para reconhecer que o depósito feito pelo devedor corresponde, com exatidão, ao objeto ou à quantia devida, procedente será

declarado o seu pedido inicial. Se, por outro lado, após o debate da causa, o juízo formado no espírito do magistrado for o de imprecisão quanto à dívida ou ao seu respectivo *quantum*, a rejeição do pedido será imperativa.

Não é inteiramente correto, nem pode ser aceito sem reservas, o entendimento singelo de que a ação de consignação em pagamento não se presta para discutir a origem e qualidade da dívida, nem para solucionar dúvidas e controvérsias instaladas entre as partes, como consta de alguns arestos. O importante não é afastar do campo da consignação a possibilidade de toda e qualquer discussão em torno da obrigação: o que é realmente decisivo é apurar se há no relacionamento jurídico dos litigantes, desde logo, condições para o juiz de determinar a liquidez e certeza da obrigação e, principalmente, de comprovar se o depósito feito pelo devedor corresponde, no tempo, modo e montante, a essa mesma liquidez e certeza.

Não é, em suma, a discussão da dívida que gera sua iliquidez ou incerteza, mas é o próprio título jurídico do débito, apurado e bem definido após a instrução da causa, que há de convencer o juiz acerca de ser ou não líquida e certa a obrigação disputada nos autos.

Na realidade, tendo o juiz que reconhecer, para a procedência da consignatória, que o depósito foi feito a tempo e modo e pelo montante devido, jamais haverá como acolher-se consignação de obrigação ilíquida, por absoluta impraticabilidade de reconhecimento da *integralidade* ou não do depósito promovido *in limine litis*.¹⁸

As questões de alta indagação, em outras palavras, não se excluem da ação especial de consignação, por mais intrincadas e complexas que se mostrem, mas o que não pode faltar, como requisito preliminar de admissibilidade da causa, é a prévia comprovação, a cargo do autor, de uma relação jurídica *certa* quanto à sua existência, e *líquida* quanto ao seu objeto.¹⁹

Deve-se, portanto, considerar superada a antiga concepção da consignatória como “execução inversa”, que tornava inadmissível discussão sobre validade e interpretação de cláusulas contratuais.²⁰ A jurisprudência atual é firme no sentido de que a ação comporta ampla discussão sobre a natureza, a origem e o valor da obrigação, quando controvertidos, podendo o debate, de tal sorte, versar sobre o *an* e o *quantum debeatur*,²¹ “mesmo que se tenha que examinar intrincados aspectos de fato e complexas questões de direito”.²²

1.208. Consignação principal e incidental

O procedimento da ação de consignação em pagamento, tal como se acha regulado pelos arts. 890 a 900 do Cód. Proc. Civ., é um procedimento especial, subordinado e limitado a fundamentos restritos, tanto na propositura do pedido como na resposta do demandado.

Deve-se reconhecer, todavia, que, diante do permissivo do art. 292 do Cód. Proc. Civil, mostra-se perfeitamente admissível a cumulação do pedido consignatório com outros pedidos diferentes, num mesmo processo, desde que, desprezado o rito especial da ação de consignação em pagamento, e verificada a unidade de competência, observe-se o procedimento ordinário.

Daí falar-se, em doutrina, de ação consignatória *principal* e ação consignatória *incidente*. Por ação consignatória principal entende-se a que tem por único objetivo o depósito da *res debita* para extinção da dívida do autor.

O depósito em consignação, por outro lado, é *incidente*, quando postulado em pedido cumulado com outras pretensões do devedor. Assim, é perfeitamente possível pedir-se, por

exemplo, o depósito do preço para se obter acolhida do pedido principal relativo ao direito de preferência; ou, em qualquer contrato sinalagmático, é admissível o pedido de depósito da prestação própria, para se executar a outra a cargo do demandado; ou ainda, num caso de rescisão contratual, pode o autor, desde logo, requerer a declaração de dissolução do negócio, seguida do depósito da cláusula penal ou de qualquer encargo convencional que lhe caiba na extinção do vínculo.²³

O pedido de depósito incidente, conforme as circunstâncias, tanto pode referir-se a uma providência prévia como a uma medida final ou *a posteriori*. No primeiro caso, ocorrerá o denominado *depósito preparatório* da ação; e, no último, o depósito se apresentará, geralmente, como efeito da sentença e requisito de sua execução.

Em qualquer das hipóteses, porém, o pedido de depósito incidente tem como característica seu aspecto acessório e secundário. É pelo julgamento do pedido principal, cumulado ao de depósito, que se definirão a sorte e a eficácia da consignação, de maneira que, rejeitado aquele, não tem condições de subsistir o depósito por si só.

Sendo, outrossim, acessório o depósito, não é tão relevante, na espécie, a liquidez e certeza da obrigação, em caráter preliminar, pelo menos. É que, nestes casos de cumulação de pedidos, a certeza jurídica e a liquidez da obrigação serão alcançadas, via de regra, pela solução do pedido principal. Se o depósito foi preparatório e estiver menor do que o débito proclamado na sentença, oportunidade terá o autor de completar a consignação, na fase executória, se a tanto não se opuser algum preceito de direito material. Se o depósito for daqueles que, normalmente, se cumprem na fase de execução, o problema da liquidez e certeza inexistirá, porque, ao tempo da consignação, esse requisito já estará definitivamente acertado.

Note-se, por último que, na generalidade das prestações ilíquidas ou incertas, é sempre cabível a cumulação sucessiva de apuração e declaração do *quantum debeatur* com o pedido consequente de autorização para depósito liberatório *a posteriori*. Nessas ações, que seguem o rito ordinário, e não o da consignação em pagamento, nada impede, também, que o autor, desde logo, deposite em juízo o valor em que provisoriamente estima sua dívida, o qual estará sujeito a reajustes da sentença final, mas que poderá muito bem ser aceito pelo demandado, com antecipação para o desate da lide, em modalidade de autocomposição.²⁴

A propósito dessas duas modalidades de pretensão de depositar o *quantum debeatur*, Pontes de Miranda usa as denominações de ação de consignação proposta em *via principal* e *incidente*.²⁵

1.209. Legitimação *ad causam*

São sujeitos legítimos para figurar na relação processual as pessoas envolvidas na lide, isto é, os titulares dos interesses conflitantes.

No caso *sub cogitatione*, a lide envolve, do lado ativo, o devedor e, do lado passivo, o credor, ou os diversos pretensos credores, na hipótese de dúvida quanto ao legítimo titular do crédito. São, em suma, os sujeitos da lide as pessoas interessadas na obrigação e em sua extinção.

Aliás, ao cuidar da consignação como fato jurídico extintivo da obrigação, o direito material prevê que “para que a consignação tenha força de pagamento será mister concorram, em relação às *pessoas*, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o

pagamento”.

As condições subjetivas de eficácia da consignação são as mesmas do pagamento voluntário. Por isso, em primeiro plano, a legitimação ativa da ação toca ao *devedor*, ou a seus sucessores. Uma vez, porém, que o direito material confere também a *terceiros* a faculdade de realizar o pagamento, prevê, de forma expressa, o art. 890 do Código Processual a legitimidade ativa, igualmente, para esses terceiros, muito embora estranhos à relação obrigacional que se deduz em juízo.²⁶

O terceiro, *in casu*, tanto pode ser interessado direto na solução da dívida como não interessado (Cód. Civ. de 1916, art. 930 e seu parágrafo; CC de 2002, art. 304 e parágrafo único). A diferença está em que o interessado, após a consignação, irá sub-rogar-se nos direitos e ações do credor quitado frente ao devedor, o que não ocorrerá com o terceiro não interessado.

Quando o terceiro toma a iniciativa de promover a consignatória, fá-lo no exercício de direito subjetivo próprio, isto é, age em nome próprio e não do devedor. Não se trata de substituição processual, já que a parte processual não atua na defesa de direito ou interesse alheio.

Uma vez, porém, que a relação obrigacional básica envolve o devedor, lícito será ao credor demandado opor, ao terceiro consignante, matéria de defesa relacionada com obrigações e deveres assumidos ou convencionados com o legítimo devedor, muito embora este não seja nem parte nem litisconsorte da ação consignatória, na espécie.

Sobre a legitimação ativa do *devedor*, Ernane Fidelis dos Santos faz duas observações interessantes, que merecem acolhida:

- a) no regime de comunhão de bens, e perante as dívidas consideradas comuns, a mulher tem legitimidade para consignatória na qualidade de parte devedora e não como terceira;
- b) na consignação de bem imóvel, por importar ato de disposição, torna-se indispensável a anuência de ambos os cônjuges.²⁷

Do lado passivo, a legitimação é, ordinariamente, simples, por se referir ao credor que se recusou a receber o pagamento ou que se absteve de tomar as providências necessárias à sua concretização. E, no caso de incerteza, quanto à titularidade do crédito, são todos os possíveis interessados, havendo lugar até mesmo para a citação-edital de interessados incertos, quando o devedor não conseguir definir todos os possíveis pretensos credores.

Uma situação de controvérsia tem surgido nos foros dos grandes centros, a propósito dos administradores de imóveis locados. Uma vez que as “administradoras de imóveis” assumem amplos poderes de gestão dos imóveis de cuja locação se encarregam, inclusive os de receber e dar quitação, enquanto os próprios locadores se mantêm em plano não ostensivo e, não raras vezes, nem se tornam de fato conhecidos dos inquilinos, tem-se registrado uma certa tendência jurisprudencial de admitir-se possa a consignação dos aluguéis ser proposta diretamente contra a “administradora”.²⁸

De fato, se o pagamento da prestação é válido, quando feito perante esse representante do senhorio, parece razoável que também regular e eficaz teria de ser a consignação contra ele movimentada.

Acontece, todavia, que tais “administradoras” não são mais do que simples procuradores dos senhorios, de sorte que, quando recebem, não o fazem em nome próprio, mas em nome do verdadeiro locador, de quem são simples representantes convencionais.

Assim, ao se admitir que a ação consignatória fosse diretamente ajuizada contra o mandatário (e não contra o mandante), estar-se-ia admitindo a legitimidade daquele para litigar, em nome próprio, na defesa de interesses de outrem, fora de expressa autorização legal, e, por isso mesmo, com violação do disposto no art. 6º do Cód. Proc. Civil.

Assim, não me parece benemerita de aplausos e encorajamento esta corrente jurisprudencial, a que não faltam sérios opositores.²⁹

A censura que se faz, todavia, refere-se aos casos em que o locador tem domicílio certo e conhecido do locatário. Pois, se o seu domicílio é incerto ou desconhecido, incide a regra do art. 215, § 1º, que permite, excepcionalmente, a citação do mandatário ou administrador que ajustou o contrato em nome do réu.³⁰ A parte demandada, porém, será sempre o locador; apenas a citação é que se dará na pessoa do administrador, como seu representante.

Convém, outrossim, registrar que as regras excepcionais de representação processual previstas no art. 12 do Cód. Proc. Civil, relativas às massas necessárias ou às pessoas *formais*, como a massa falida, a herança jacente ou vacante, as sociedades de fato, o condomínio etc., são aplicáveis à consignação, seja no polo ativo, seja no polo passivo da relação processual.

1.210. Competência

Há regra específica de competência para a ação consignatória, no art. 891 do Cód. Proc. Civil, onde se determina que a consignação será requerida no *lugar do pagamento*.

Trata-se de regra especial mas não inovativa, posto que, em caráter geral, já consta do art. 100, no IV, letra *d*, do mesmo Código, que o foro do local onde deva ser satisfeita a obrigação é o competente para a ação relativa ao seu cumprimento.

O importante, todavia, da estipulação de uma regra especial e única para a competência, no caso da consignatória, está em que sua especificidade exclui a alternatividade, válida nos procedimentos comuns, pelo foro de eleição ou do domicílio do demandado. Isto quer dizer que o credor, na consignação, tem o direito de exigir que o depósito só se faça no local convencionado para pagamento, ainda que haja foro contratual diverso, e não obstante residir em outra circunscrição judiciária.³¹

Mas a competência do art. 891 continua sendo relativa, pelo que pode ser derogada por prorrogação, caso o credor, demandado fora do local de pagamento, não interponha, em tempo útil, a exceção de incompetência (CPC, art. 114).

Note-se, outrossim, que a regra especial de que se trata é pertinente tão somente à ação consignatória *principal*. Se o depósito é requerido através de pretensão *incidente*, ou seja, em cumulação com outros pedidos, em ação ordinária, as regras de competência a observar serão as comuns (arts. 94-100) e não a específica da consignação (art. 891). A determinação do foro competente far-se-á com base na ação *principal*, que, *in casu*, não é a consignatória.³²

Nas relações de comércio é muito comum a obrigação de *remeter* o objeto negociado. Às vezes a remessa se faz por conta e risco do credor; outras vezes, do devedor. Nessas prestações de remeter, para efeito de determinar-se o *lugar de pagamento* e, consequentemente, o foro competente para a consignação, estes variarão conforme as condições da remessa:

a) se o devedor assume o risco de remeter por sua conta a mercadoria, o lugar de pagamento é o de *destino*;

b) se a remessa é feita por conta e risco do credor, então o lugar de pagamento é o da expedição.³³

1.211. Consignação no local em que se acha a coisa devida

Como se estipulasse uma exceção à regra da competência do local de pagamento, dispôs o parágrafo único do art. 891 que “quando a coisa devida for corpo que deva ser entregue no lugar em que está, poderá o devedor requerer a consignação no foro em que ela se encontra”.

Não há, contudo, nenhuma exceção na espécie, mas simples confirmação da própria regra do *caput* do artigo.

Se a coisa devida *deve ser entregue no lugar em que está*, esse local, necessariamente, é o do pagamento, de sorte que, ao determinar que ali se faça a consignação, está o parágrafo simplesmente reproduzindo a regra da cabeça do artigo.

O dispositivo legal, todavia, não é inútil ou ocioso. É que a regra do *caput* se funda na existência de uma convenção entre as partes sobre o local do pagamento; enquanto o parágrafo fixa o mesmo local de pagamento, não em função do acordo expresso de vontades, mas o deduz ou presume pela natureza da prestação mesma, sem que se exija cláusula ou condição especial na constituição da obrigação.

Assim, se o objeto da prestação é um imóvel, ou um rebanho apascentado em terras do vendedor, naturalmente o credor terá de receber o imóvel ou buscar os animais no local em que se acham. Não é preciso existir uma cláusula de local de pagamento para que incida, *in casu*, a regra do parágrafo único do art. 891.

Mesmo, portanto, que se estipule foro contratual diverso, ou que outro seja o domicílio do credor, terá o devedor direito de propor a consignatória no local em que se encontra a *res debita*, se a natureza dela indicar, independentemente de convenção, que lá deveria ser feito o pagamento voluntário.

O que não se pode pretender, diante do questionado dispositivo legal, é a faculdade do devedor de, à falta de convenção de lugar de pagamento, deslocar a coisa devida para o local que caprichosamente escolher, a fim de forçar escolha arbitrária de foro para a ação de consignação em pagamento. Esse poder jurídico não se inclui, de maneira alguma, na regra do parág. único do art. 891. A situação da *res debita* somente conduz à fixação de competência quando a própria natureza da obrigação e as circunstâncias mesmas do negócio jurídico determinem que outra não poderia ser a sede do cumprimento da prestação convencionada.

Se, portanto, inexistir cláusula expressa de praça de pagamento na convenção das partes, e se o bem a prestar é passível de natural e cômodo deslocamento, pouco importa onde ele tenha sido colocado pelo devedor. A ação consignatória, então, terá de ser proposta no local onde o pagamento deveria ocorrer, segundo as regras do direito material. Ali, sim, incidiriam na fixação de competência tanto a regra especial do art. 891, *caput*, como a regra geral do art. 100, no IV, *d*, todas do Cód. Proc. Civil.

A competência, para a consignação, é, em síntese, sempre a do lugar de pagamento, seja este previsto em cláusula expressa, deduzido da natureza ou circunstâncias do negócio, ou simplesmente apurado pelas regras de direito material a respeito do cumprimento das obrigações.

Essa competência, porém, em qualquer hipótese, sempre será relativa, pelo que admissível será, também, sua prorrogação, nos termos do art. 114 do Cód. Proc. Civil.³⁴

1.212. Oportunidade da consignatória

Para que a consignação tenha o efeito do pagamento, diz a lei que o depósito terá de ser promovido no tempo e modo exigidos para eficácia do próprio pagamento voluntário (Cód. Civil, de 1916, art. 974; CC de 2002, art. 336).

Com base nesse texto, houve uma certa corrente jurisprudencial que não reconhecia ao devedor em mora o direito de consignar e, por isso mesmo, a ação consignatória só poderia ser eficazmente proposta no primeiro dia útil subsequente ao vencimento da obrigação.

Se tal entendimento chegou a prevalecer em certa época, hoje acha-se inteiramente superado.

A consignação é um sucedâneo do pagamento, de sorte que enquanto for possível o pagamento haverá de ser, também, possível o depósito consignatório, para superar qualquer obstáculo injusto à realização do pagamento voluntário.

É certo que a *mora accipiendi* é, via de regra, o pressuposto necessário para lograr-se êxito na pretensão de consignar em pagamento; e que, ordinariamente, não se concebe que simultaneamente possam coexistir a mora do credor e a mora do devedor. Assim, se o devedor é que se acha em mora, inexistente seria a *mora creditoris* e, por via de consequência, inacessível se mostraria ao devedor moroso o remédio da consignação.

O argumento, na realidade, contém meias-verdades, pois manipula premissas que conduzem às citadas conclusões, mas não apenas a elas, desde que correlacionadas com outras situações que podem influir no tema e que impedem a generalização que se pretendeu estabelecer.

Em primeiro lugar, se as duas moras se repelem, enquanto subsistir a mora do credor, inviável será a configuração da mora do devedor. Por isso, se o obrigado tentou pagar no vencimento e foi injustamente obstaculizado pelo credor, a mora que se configurou é a *accipiendi* e não a *solvendi*. Daí por que não tem sentido falar-se em necessidade de propositura da consignação, na espécie, no primeiro dia útil subsequente ao termo da obrigação, para evitar a incidência do *solvens* em mora. Em nosso direito, a ideia de *mora* vem sempre ligada, indissociavelmente, ao elemento *culpa*. De sorte que, se a falta de pagamento decorre de ato culposo do próprio credor, lugar não há para responsabilizar-se o devedor pelo inadimplemento. Daí a exatidão do ensinamento de Carvalho Santos, no sentido de que “não incorre em mora o devedor, em hipótese alguma, quando o retardamento não lhe é imputável”.³⁵

O consectário da impossibilidade jurídica de coexistência das duas moras é que, configurada a *mora accipiendi*, não há mais de cogitar-se de tempo adequado para o devedor requerer a consignação. É que, não estando em mora, qualquer momento será tempo oportuno ou adequado para o pagamento e, *a fortiori*, para o depósito em consignação. Em outras palavras: enquanto perdurar a mora do credor, *sempre* será tempo de consignação pelo devedor.³⁶

Quanto ao devedor que culposamente não resgatou a dívida no vencimento, cumpre distinguir duas situações bem diversas: a da *mora solvendi* e a do inadimplemento absoluto.

Se ocorreu o inadimplemento absoluto, a prestação tornou-se imprestável para o credor e o

vínculo obrigacional está totalmente rompido. Não há mais condições para o devedor forçar um pagamento ao credor, nos termos ajustados na constituição da obrigação primitiva. A solução da pendência resvalará, necessariamente, para a dissolução do vínculo obrigacional, mediante reparação de perdas e danos. Inconcebível, pois, qualquer pretensão no rumo do depósito em consignação.

Mas, se o que se deu foi apenas a *mora solvendi*, a prestação ainda é útil ao credor e o devedor tem o direito de se furtar da situação incômoda gerada pela inadimplência, mediante a *emendatio morae*, que nada mais é do que o pagamento da prestação vencida, mais os acréscimos provocados pelo retardamento.

Se o devedor moroso pode, ainda, efetuar o pagamento, é evidente que, igualmente, pode promover o depósito em consignação, se o credor recusar a oferta do principal mais os prejuízos da mora (Cód. Civil de 1916, art. 959, II; CC de 2002, art. 401, II).

Como as duas moras (do credor e do devedor) não coexistem, e como o devedor purga a sua mora no momento em que oferece ao credor a prestação vencida mais os prejuízos decorrentes até o dia da oferta (Cód. Civil, art. cit.), a *emendatio morae*, por parte do *solvens*, acarreta, no caso de recusa do *accipiens*, a imediata conversão da *mora solvendi* em *mora accipiendi*.

A partir da oferta de pagamento, com força de purgação, e da rejeição do credor, quem passa a ser responsável pela falta de adimplemento não é mais o devedor, mas sim o credor. Daí por que desaparece qualquer obstáculo ao manuseio da ação consignatória, na hipótese, sem embargo de ser o depósito requerido fora do prazo normal de pagamento da dívida.

Pagamento no *devido tempo*, para efeitos da consignação, não é o mesmo que pagamento no *termo* ou *vencimento* da obrigação; é, isto sim, pagamento em tempo útil para cumprir a obrigação e alcançar a liberação do devedor.

É claro, pois, que se a lei assegura o direito de purgar a mora nos termos já referidos, não se pode ver na situação eventual da *mora solvendi* um obstáculo intransponível à admissão da ação consignatória. É de ser plenamente acolhida a lição de Orosimbo Nonato, respaldada em boa jurisprudência, no sentido de que “é válido o pagamento oferecido e consignado judicialmente com os juros legais da mora, embora depois de vencido o respectivo prazo, desde que tanto a oferta como o depósito foram efetuados antes de realizada a citação dos réus para ação de rescisão fundada na falta daquele pagamento”.³⁷

A consignação será sempre tempestiva enquanto for possível divisar a *mora accipiendi*, hipótese que poderá, em suma, ocorrer tanto pela recusa, por parte do credor, de aceitar o pagamento no tempo do vencimento da dívida, como pela rejeição da oferta idônea de purgação da mora, posterior ao termo da obrigação.³⁸

1.213. Objeto da consignação

Assim, como não pode o devedor impor ao credor um pagamento parcial, também não pode requerer a consignação a não ser pelo valor integral da prestação devida. Para validade da consignação exige, pois, a lei que o depósito judicial compreenda o mesmo objeto que seria preciso prestar para que o pagamento pudesse extinguir a obrigação (Cód. Civil de 1916, art. 974; CC de 2002, art. 336).

Nas dívidas de dinheiro, há uma certa confusão provocada por deficiência de textos legais, no que diz respeito aos juros da mora, de maneira que há uma insegurança em resolver o problema sobre a necessidade ou não de incluírem-se sempre tais acessórios na importância consignada, até o dia do próprio depósito.

Assim é que o art. 958 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 400) atribui à mora do credor a força de isentar o devedor pela responsabilidade de conservação da coisa devida. Logo, sendo a *mora accipiendi*, a partir de sua configuração não teria mais sentido obrigar o devedor a pagar os juros moratórios, o que permitiria a consignação apenas do principal, ou apenas do principal e juros até a data da configuração da mora do credor.

No entanto, o art. 976 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 337), ratificado pelo art. 891 do Cód. Proc. Civil, menciona como efeito do depósito em consignação justamente a cessação de fluência dos mencionados juros. Tem-se, destarte, a impressão de que o legislador teria imputado ao devedor, mesmo sendo a *mora accipiendi*, o encargo de depositar judicialmente os juros moratórios apurados até o dia do depósito em consignação.

A aparente contradição, todavia, já foi contornada, como nos revela Orosimbo Nonato, apoiado em sábia lição de Agostinho Alvim, mediante distinção entre duas espécies de consignação: a que pressupõe a prévia constituição do credor em *mora accipiendi* e a que o devedor promove sem condições de fazer, previamente, uma oferta de pagamento direta ao credor.

Configurada a *mora accipiendi*, a regra a observar será a do art. 958 (CC de 2002, art. 400). Já a norma do art. 976 (CC de 2002, art. 337), isto é, a de cessação dos juros apenas na data do depósito, esta só terá aplicação nas “situações excepcionais em que, de um lado, o pagamento é oportuno para o devedor e ele quer usar do direito de pagar, e, por outro, deixa de se verificar a mora do credor”.³⁹

No mesmo sentido, Ernane Fidelis dos Santos lembra a lição de Clóvis sobre a impossibilidade de exigirem-se juros do devedor na pendência da *mora creditoris*, e conclui:

“Pela lei, portanto, deverá haver uma situação determinada, onde juros e riscos só podem cessar com o depósito e com a posterior decisão de procedência. Mas, para que a ação seja julgada procedente, faz-se mister o reconhecimento da *mora creditoris*. Neste caso, a aplicação dos referidos preceitos de lei (arts. 891 do CPC e 976 do C. Civ. de 1916; CC de 2002, art. 337) só se justifica quando apenas a consignação pode liberar o devedor excepcionalmente, ou seja, quando a ação de consignação passa a ser preceito obrigatório que ao devedor se impõe, mesmo sem a ocorrência de mora. Tal se dá, por exemplo, quando o credor é desconhecido, ou haja razoável dúvida sobre quem deva receber, hipóteses em que só a ação consignatória é hábil ao pagamento.”⁴⁰

Fora, porém, dessa estrita excepcionalidade, a regra a observar é a de que a consignação pressupõe a *mora accipiendi* e, por isso, não é o depósito que faz cessar os juros da mora, mas a própria ocorrência da mora do credor. O sujeito passivo da obrigação terá, então, de consignar apenas a prestação, ou a prestação mais os juros contados até o momento em que o credor recusou a oferta real de pagamento voluntário (emenda da *mora solvendi*).

1.214. Obrigação de prestações periódicas

O art. 892 do atual Cód. de Proc. Civil introduziu no direito brasileiro uma regra que, mesmo sem texto expresso, já era objeto de praxe forense, por seu salutar conteúdo de economia processual.

Segundo o aludido dispositivo, que tem como fonte próxima o direito lusitano, o devedor pode se utilizar de um só processo para promover o depósito das diversas prestações em que se divide uma só obrigação.

Tratando-se de prestações periódicas – dispõe o art. 892 – “uma vez consignada a primeira, pode o devedor continuar a consignar, no mesmo processo, desde que os depósitos sejam efetuados até cinco dias, contados da data do vencimento”.

A incidência da regra pressupõe negócio jurídico material único com preço desdobrado em sucessivas prestações, como ocorre, frequentemente, com as vendas a crédito, com os aluguéis, foros, salários etc.

Para exercício dessa faculdade processual, não impõe a lei ao devedor maiores solenidades. Não há sequer necessidade de nova citação do credor, nem tampouco de requerimento ao juiz a cada prestação vencida. Ao fazer o depósito inicial da primeira prestação, o autor já pode obter a abertura da conta judicial onde serão repetidos os depósitos periódicos, a seu devido tempo. Assim, a cada vencimento seguir-se-á o depósito respectivo e, após, a juntada do comprovante aos autos, tudo por diligência da parte e do escrivão.

O permissivo legal tem apenas um requisito de ordem temporal: para que os diversos depósitos se cumulem sucessivamente no mesmo processo, exige o art. 892 que o autor os promova até o máximo de cinco dias após cada vencimento.

Esses cinco dias são destinados à efetivação do depósito da prestação periódica, e não ao requerimento de autorização judicial para fazê-lo, como pareceu a Ernane Fidelis dos Santos.⁴¹ O texto da lei é muito claro, ao dispor que o devedor pode continuar depositando as prestações periódicas, no mesmo processo, “desde que os depósitos sejam *efetuados* até cinco dias, contados da data do vencimento”.

Não basta, pois, requerer o depósito no prazo da lei; impõe-se efetivá-lo dentro do mesmo prazo.⁴²

1.215. Limite temporal da admissibilidade do depósito das prestações periódicas

Há ações consignatórias principais e ações consignatórias acessórias, cumulativas, ou incidentais.

Se a ação consignatória é *pura*, sua função é simplesmente de permitir ao devedor o depósito judicial da prestação devida e, a final, declarar que tal depósito liberou o interessado da obrigação.

Para essas ações é que a sentença deve ser considerada como dotada de eficácia apenas declaratória quanto ao efeito do depósito liberatório promovido pelo autor. Assim, tendo sido o pedido relacionado apenas com a prestação descrita na inicial, ao autor só será lícito depositar no mesmo processo as prestações periódicas que se vencerem até a prolação da sentença. Isto porque, extinto o processo, não haverá mais relação processual a ensejar novos atos das partes nem juízos outros do magistrado a respeito de novas pretensões dos litigantes.

Nada impede, porém, que outros pedidos sejam cumulados com o normal pedido de

declaração de eficácia do depósito promovido *in limine litis*. Assim, é perfeitamente lícito pretender-se que a sentença não só declare a eficácia liberatória dos depósitos já feitos, como também autorize depósitos de prestações futuras com igual eficácia ao tempo em que se concretizarem.

Merece ser lembrado a lição de Pontes de Miranda, segundo a qual “se o depósito ainda não foi feito e o juiz autorizou a sentença é declarativa *in futurum* e tem eficácia liberatória, a favor do devedor desde o momento em que o depósito se faça”.⁴³

Diante do exposto, o permissivo do depósito de prestações periódicas pode ter duração diferente, conforme os termos da propositura da ação de consignação:

a) se o devedor não pede, explicitamente, que a sentença autorize depósitos futuros, com força liberatória, não será admissível nenhum outro depósito após a decisão de mérito. Com ela, exaurida estará a função jurisdicional, cujos limites foram os da declaração de eficácia liberatória dos depósitos até então efetuados;⁴⁴

b) mas, se o devedor fizer constar da propositura da ação o pedido não só de declaração do efeito dos depósitos já efetuados ou a serem efetuados no curso do processo, como também pedir que, por sentença, seja autorizado a continuar depositando todas as prestações vincendas, aí então a possibilidade de depósitos liberatórios não encontrará limite no momento da sentença, e se projetará para o futuro, graças à eficácia condicional do julgado, lembrada por Pontes de Miranda.

1.216. Q uebra da sequência de depósitos periódicos

A *mora creditoris*, que autorizou o depósito da prestação inicial, subsiste mesmo após o estabelecimento do processo e a efetivação do aludido depósito. Por isso, a consignação das prestações periódicas continua sendo não uma obrigação do autor, mas uma simples faculdade dele.

Essa faculdade, todavia, só pode ser exercida no espaço de tempo prefixado em lei. Por isso, vencido o quinquídio de que fala o art. 892, ocorre a preclusão do direito de depositar a prestação vencida bem como o das que se lhe seguirem.

Essa interrupção da faculdade processual, todavia, não afeta o julgamento da ação consignatória, cuja sentença ficará restrita ao reconhecimento da eficácia liberatória dos depósitos feitos em tempo útil; nem impede que o devedor se utilize de outra ação consignatória para depositar as prestações que não chegaram a ser recolhidas judicialmente na causa primitiva.

O prazo do art. 892 é peremptório. Não é dado ao juiz, por isso, autorizar depósito além do quinquídio legal, nem deferir juntada aos autos de comprovante de depósito feito pela parte com o atraso. “Todavia, se, por inadvertência, isto vem a ocorrer, a sentença não deve, só por esse fato, dar pela improcedência da ação, pois, em casos tais, o que cabe é *declarar a insubsistência do depósito feito a destempo e dos que se lhe seguirem*.”⁴⁵

1.217. O procedimento especial da consignatória

Desde as origens romanas que o pagamento por consignação reclama a conjugação de duas

atividades fundamentais: a *oferta real* da prestação ao credor, feita pelo devedor, e a intervenção judicial para reconhecer a eficácia liberatória do depósito promovido após a recusa da oferta, por parte do credor.

Os sistemas legislativos não têm sido uniformes, todavia, quanto à forma exigida para a *oferta real*. Há casos em que a oferta tem de ser feita particularmente pelo devedor ao credor e, se recusada, caberá ao interessado, antes de ajuizar a ação de consignação, promover a *oblação* por via notarial ou administrativa. Nesse sistema, o depósito administrativo antecede à citação judicial. Em outros casos, não se reclama maior solenidade para a *oferta real*. A ação é iniciada com base em qualquer oferta prévia de pagamento que se tenha feito particularmente.

O sistema brasileiro exige que o devedor faça a oferta particular prévia ao credor, e, após sua recusa, terá de renovar a *oferta real* em juízo, no limiar do procedimento. Com a inovação da Lei nº 8.951, de 13.12.1994, que alterou o texto dos arts. 890, 893, 896 e 899 do CPC, o depósito precede à citação e já é requerido na inicial.⁴⁶

A citação requerida e promovida pelo devedor é, portanto, dotada de duplo objetivo:

- a) o de convocar o credor para receber a prestação devida, já sob depósito judicial; e
- b) o de ensejar-lhe oportunidade de contestar a ação, caso não aceite o depósito nos termos em que se deu.

A citação só será feita depois de aperfeiçoado o depósito,⁴⁷ que terá de ser completo, compreendendo, quando for o caso, juros, multa e correção monetária.⁴⁸ A falta do depósito inviabiliza a consignatória,⁴⁹ provocando sua extinção imediata, a qual não dependerá, na espécie, da prévia intimação do autor ordinariamente prevista no art. 267, § 1º, 50

A petição inicial, então, além de atender às exigências ordinárias previstas no art. 282, terá de conter pedido especial de depósito da quantia ou coisa devida, a ser efetivado no prazo de cinco dias contado do deferimento (art. 893, em sua nova redação).

O deferimento da inicial far-se-á por despacho em que o juiz determinará o depósito requerido pelo autor e ordenará a citação do credor para a dupla finalidade de receber o pagamento oferecido ou contestar a causa.

A aceitação da oferta real, por parte do credor, importa extinção do processo com solução de mérito, derivada de reconhecimento da procedência do pedido, de forma tácita, pelo réu (Cód. Proc. Civ., art. 897, parág. único).

Mas o prosseguimento do feito, seja com contestação, seja à revelia do credor, só é possível após a efetivação do depósito judicial. É que, com ou sem resposta do réu, a sentença final tem, no sistema da consignatória, uma função muito singela, qual seja, a de declarar a eficácia liberatória do depósito quando regularmente feito pelo devedor.

Daí por que o depósito se apresenta como elemento essencial do procedimento. Sem ele, a sentença não terá o que apreciar e declarar. A prestação jurisdicional, específica da ação de consignação, restará sem objeto.

Por isso mesmo, se o autor não recolhe em depósito judicial a prestação litigiosa, o caso é de imediata extinção do processo, sem julgamento de mérito, por ter-se tornado juridicamente impossível a tutela jurisdicional de início requerida, diante da ausência de um pressuposto indispensável ao seguimento do procedimento consignatório (Cód. Proc. Civ., art. 267, no IV).⁵¹

1.218. Obrigações alternativas e obrigações genéricas

O Código de Processo Civil, no art. 894, contém regra especial para a consignação derivada de obrigação genérica, que é aquela em que o objeto devido é indicado apenas pelo gênero e quantidade (Cód. Civ., art. 243). A norma processual, embora não mencione diretamente a obrigação alternativa, (ou seja, aquela em que a satisfação pode ser alcançada por prestações diferentes e variáveis), é de ser aplicada também a essa modalidade obrigacional, porque o problema da escolha do bem devido se resolve, processualmente, de maneira igual tanto na disciplina das obrigações genéricas como na das obrigações alternativas (Código Civil, art. 244 e 252).

Com efeito, há obrigação alternativa quando o vínculo jurídico obrigacional é único, mas o seu cumprimento pode ser atingido, opcionalmente, por mais de uma prestação. Tal como se passa com a obrigação de coisa indeterminada, a escolha dessa prestação, conforme os termos do negócio jurídico, tanto pode competir ao credor como ao devedor.

Se a escolha é do devedor, não há problema algum para o procedimento da consignatória: na petição inicial o autor diz qual foi a prestação eleita e a oferece ao credor.

Mas quando a escolha é do credor não é possível ao devedor promover a consignação sem antes obter a definição da *res debita*. Prevê, então, o art. 894 uma tramitação especial para o pedido consignatório, de modo que a citação, em lugar de ter a função dupla prevista no art. 893, passa a visar a triplice objetivo.

De acordo, pois, com o art. 894, o réu (credor) será citado para:

- a) exercer em cinco dias, no prazo da lei ou do contrato, o direito de escolha, sob pena de ser a faculdade devolvida ao autor (devedor);
- b) comparecer no dia, local e hora designados pelo juiz para receber a prestação escolhida, sob pena de depósito;
- c) contestar a ação, caso não aceite a oferta.

Ao deferir a inicial, deve o magistrado, num só despacho, ordenar a citação para escolha da prestação alternativa e designar dia, local e hora para o recebimento. Naturalmente, deverá fazê-lo com previsão de tempo suficiente para que a escolha seja comunicada nos autos e dela intimado o devedor, de modo a propiciar-lhe meios de promover a oblação judicial, oportuna e adequadamente.

O exercício do direito de opção pelo credor (réu) não importa reconhecimento da procedência do pedido de consignação formulado pelo devedor (autor). Pode perfeitamente fazer a escolha e, após, recusar a oferta, para contestar a ação, negando, por exemplo, a *mora accipiendi*, ou arguindo outro dos motivos previstos no art. 896 do Cód. Proc. Civil.⁵²

1.219. Valor da causa

Nas ações de consignação, o valor da causa, a figurar na petição inicial (Cód. Proc. Civil, art. 259), é o valor da prestação devida; principal e juros, nas dívidas de dinheiro; ou valor da coisa, nas obrigações de dar. O valor da coisa é, na verdade, igual à importância da consignação.

No caso de obrigação com prestações periódicas, o valor da causa será a soma das prestações, até o máximo do correspondente a uma anuidade (STF, Súmula no 449).

Non obstante a existência de pluralidade de prestações, pode a ação ser ajuizada visando apenas a uma delas especificamente, o que não ampliará o valor da causa além do *quantum* da

prestação apontada na petição inicial. A regra do art. 259, no V, não obriga a que a consignação tenha valor igual ao contrato inteiro, se o depósito pretendido é apenas de uma ou algumas prestações nele estipuladas.⁵³

1.220. Resposta do demandado

Diante da citação da ação consignatória, o demandado (credor) pode assumir várias condutas, que levarão o procedimento a rumos diferentes, a saber:

- a) pode aceitar a prestação oferecida;
- b) pode conservar-se inerte (revelia);
- c) pode contestar a ação ou responder à pretensão do autor.

1.221. Comparecimento do credor para receber

Havendo comparecimento do credor para receber a prestação que lhe é oferecida, o pagamento será efetuado mediante termo nos autos.

Esse recebimento importa reconhecimento tácito, pelo réu, da *mora accipiendi* que a petição inicial lhe atribuía. A consequência imediata dessa mora, confessada através do acolhimento do pagamento em juízo, é dupla:

- a) provoca o imediato e antecipado julgamento da lide, em sentença cujo conteúdo será o julgamento de procedência do pedido do devedor, mediante a declaração de extinção da obrigação;
- b) acarreta a condenação do demandado nos ônus processuais, ou seja, nas custas e honorários advocatícios do promovente.

Não se pode pretender dispensar o réu das despesas processuais sob o argumento de que o feito não teria alcançado o grau de litigiosidade diante do acolhimento da primeira opção oferecida pela citação (ou seja: receber ou contestar). A oferta judicial de pagamento pressupõe a recusa ou mora anterior do credor. E o efeito da mora é precisamente o de imputar ao culpado a responsabilidade por todos os prejuízos advindos do ato culposos para a parte inocente.

Aliás, o texto atual do parágrafo único do art. 897 do Cód. Proc. Civil não deixa lugar a dúvidas de que, quando o credor recebe e dá quitação, a ação findará através de sentença que “condenará o réu ao pagamento das custas e honorários advocatícios”.

Para evitar os percalços da execução de sentença, pode o devedor, ao apresentar a oferta de pagamento, pedir ao juiz que, desde logo, arbitre os honorários de advogado, para que o credor levante apenas o líquido da prestação, feitas a dedução e retenção dos encargos processuais.

Se, por outro lado, o credor entende que não deva responder pelos encargos processuais, por não configurada a injusta recusa ou a *mora accipiendi*, o caso será, então, de não aceitar a oferta judicial de pagamento e de produzir contestação, ainda que tão somente para evitar a sujeição aos ônus da sucumbência.

Finalmente, comparecendo o réu e recebendo a importância consignada, pouco importa a falta ou nulidade da citação. O fato em si da aceitação da oferta feita em juízo implica confissão da *mora accipiendi* e autoriza a extinção do processo, com a sucumbência do credor, tornando despicenda a realização do ato citatório.⁵⁴ Há, mesmo, verdadeira incompatibilidade entre o

levantamento do depósito e o propósito de se defender contra o pagamento por consignação.⁵⁵

Em conclusão: o levantamento do depósito, pelo credor (o réu), é o objetivo final da ação de consignação em pagamento. Uma vez ocorrido, exaure-se a utilidade do procedimento, impondo-se seu encerramento pelo juiz, pouco importando que a ocorrência se dê antes do julgamento do pedido ou após a sentença de mérito. Assim, podemos destacar as seguintes eventualidades do levantamento do depósito pelo réu:

a) após a sentença trânsita em julgado, é direito inconteste do credor levantar o depósito feito pelo devedor; mas deverá fazê-lo com dedução das custas e honorários advocatícios a que faz jus o autor;

b) se o réu levanta o depósito antes de julgada a causa, o processo deverá ser imediatamente extinto, com julgamento de mérito em favor do autor, porque o ato de credor importou reconhecimento da procedência do pedido do devedor;

c) ocorrendo o levantamento do depósito pelo réu, em qualquer estágio do processo, extingue-se o direito de recorrer, por parte do credor, para discutir a validade ou perfeição do depósito, em virtude do mecanismo da preclusão lógica, decorrente da incompatibilidade do ato praticado e do desejo de impugnar a sentença de acolhida do depósito (art. 503);

d) uma vez que é o depósito que opera a força de pagamento, todos os rendimentos e correções que venham a produzir ou sofrer pertencerão ao credor porque, “desde o momento do depósito, a importância recolhida à conta judicial pelo devedor já passou a pertencer ao credor, e com ela todos os seus rendimentos”.⁵⁶

Há um caso em que, com a Lei nº 8.951, de 13.12.1994, se tornou possível a cumulação do levantamento do depósito com a contestação. Trata-se da defesa baseada em insuficiência da quantia ou coisa depositada (v., adiante, o nº 1.226).

1.222. Não comparecimento e revelia do demandado

O não comparecimento do credor para receber a prestação que lhe é oferecida, no prazo de resposta, equivale à recusa tácita da oferta de pagamento. Essa recusa, porém, não tem força de contestação, nem de revelia.

Registrada a ausência do réu, o escrivão certificará a ocorrência nos autos e a *res debite* continuará sob custódia, à ordem do juiz da causa.

O processo só poderá ter seguimento normal se formalizado o depósito. Mas o prazo de contestação começa a fluir desde a citação. Essa regra é a mesma, quer o réu compareça para declarar sua recusa, quer simplesmente deixe de comparecer (Cód. Proc. Civil, art. 896).

O não comparecimento do réu no prazo assinado não impede que, mais tarde, venha, por advogado, a requerer nos autos o levantamento do depósito. A qualquer tempo, enquanto permanecer consignada judicialmente a prestação, será faculdade do credor o seu recebimento, posto que o depósito em consignação é precisamente depósito em favor do credor.

Sempre que se autorizar tal levantamento, o réu firmará nos autos o competente recibo, em termo lavrado pelo escrivão. Se o pedido do autor ainda não tiver sido julgado por sentença, à luz do recebimento do credor, o juiz decretará, de plano, a extinção do processo, com declaração de extinção da obrigação e com condenação do réu nas custas e honorários advocatícios.

A revelia do demandado, na consignatória, só ocorrerá quando o prazo de resposta

transcorrer sem que se produza contestação.

Da revelia decorrem a presunção de veracidade dos fatos arrolados pelo autor, na inicial (art. 319), e o julgamento antecipado da lide (art. 330, no II).

Daí o disposto no art. 897, *caput*, que recomenda seja julgado procedente o pedido e declarada extinta a obrigação quando não se oferece a contestação dentro do prazo previsto no procedimento da consignatória.

Essa regra, todavia, não deve ser admitida como inexorável, de molde a transformar o juiz num simples autômato que, diante da revelia, outra decisão não possa proferir que a da procedência do pedido. O preceito em questão tem de ser harmonizado com a sistemática geral da revelia, esposada pelo Código de Processo Civil (a nova redação do art. 897, pela Lei no 8.951, de 13.12.1994, deixa claro que o juiz somente julgará procedente a consignatória não contestada quando efetivamente verificados os “efeitos da revelia”).

O que a lei admite como verdadeiro diante da revelia é apenas o fato arrolado pelo autor, nunca o seu efeito jurídico. Na sentença da consignatória, o que o juiz faz é declarar o efeito liberatório do depósito feito pelo autor. Portanto, pode ocorrer muito bem que, sem embargo da ausência de contestação do réu, o fato narrado na inicial não seja, no aspecto jurídico, suficiente para autorizar o depósito liberatório. Em tal circunstância, apesar da revelia, o juiz não poderá decretar a procedência do pedido.

Reconhecida, porém, a força liberatória do depósito, terá o juiz de condenar o réu, revel ou não, ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Há, outrossim, casos em que legalmente a revelia não produz seus efeitos normais, como, por exemplo, o da citação por edital, em que, mesmo após o transcurso do prazo de resposta do réu, é-lhe nomeado curador à lide, com poderes para fazer sua defesa no processo. Numa consignação em pagamento, portanto, em que a citação se fez dessa maneira, não poderá o juiz proferir sentença de acolhimento do pedido sem antes ensejar oportunidade de defesa e prova ao curador especial do credor.

1.223. Levantamento do depósito pelo devedor

O depósito, na ação de consignação, é ato do promovente, e não ato judicial, como já se advertiu. Daí a possibilidade de sua revogação pelo autor. Uma vez que o objeto da ação é justamente o reconhecimento por sentença da eficácia liberatória do depósito, sua revogação, mediante levantamento promovido pelo próprio autor, equivale à desistência da ação, cuja regulamentação há de subordinar-se ao disposto no art. 267, no VIII, e § 4º. Quer isto dizer que, antes da citação ou da contestação, o autor pode livremente retirar o depósito e encerrar o procedimento. Mas, depois da contestação ou depois de decorrido o prazo de resposta, não será mais possível essa medida sem o consentimento do réu.⁵⁷

1.224. Contestação

Para sua resposta, o réu da ação consignatória dispõe do prazo comum de 15 dias (art. 896, com a redação da Lei no 8.951/94). Nesse prazo, admite-se a oposição de qualquer das defesas permitidas pelo código: contestação, exceção e reconvenção.

Em se tratando de contestação, o tema da resposta acha-se limitado pela lei, em face do caráter especial do procedimento, que se restringe à discussão em torno da eficácia ou não do depósito promovido pelo autor. Assim, os temas que o demandado pode utilizar para contrapor ao pedido do promovente são, segundo o art. 896, apenas os seguintes:

- a) inoccorrência de recusa ou mora em receber a prestação;
- b) houve a recusa, mas foi justa;
- c) depósito feito fora do prazo ou do lugar do pagamento;
- d) depósito não integral.

Na última hipótese, isto é, na arguição de depósito insuficiente, a defesa somente será admitida se o réu indicar, na contestação, “o montante que entende devido” (art. 896, parágrafo único, com a redação da Lei no 8.951, de 13.12.1994).

O prazo para contestar, depois da alteração introduzida pela Lei no 8.951/94, não mais segue a antiga regra que determinava sua fluência a partir da data estipulada para o recebimento em juízo da prestação consignanda. É único o prazo para receber ou contestar e conta-se normalmente da citação.

Se o réu não comparece nem contesta a ação, ou se comparece e aceita a prestação, o processo se encerra com julgamento antecipado da lide: “O juiz julgará procedente o pedido, declarará extinta a obrigação, e condenará o réu ao pagamento das custas e honorários advocatícios” (art. 897 e parág. único).

Uma vez contestada, a ação segue o rito ordinário, com observância do rito estabelecido nos arts. 323 e segs. Não se pode recusar o cabimento da reconvenção, quando presentes os seus pressupostos, como, por exemplo, quando o credor postula a rescisão do contrato com as cominações respectivas (TJSP, 16a CC, AI no 119.946-2, Rel. Des. Mariz de Oliveira, ac. de 19.08.1987, *RJTJESP* 111/314; TJSP, 16a CC, Ap. no 263.065-2, Rel. Des. Bueno Magano, ac. de 27.06.1995, *TJTJ* 172/38).

1.225. Matéria de defesa

Permite o art. 896, em primeiro lugar, a alegação de inoccorrência de recusa ou mora da parte do credor. A recusa pressupõe o dever do autor de oferecer a prestação ao credor em seu vencimento, o que se passa naqueles casos em que, pela natureza da obrigação ou pelos termos do negócio, incumbe ao devedor procurar o credor para o pagamento. Nessa conjuntura, toca ao autor o ônus da prova da recusa.⁵⁸ A simples mora do credor ocorre quando a dívida é *querable*, isto é, naqueles casos em que toca ao credor o encargo de procurar o devedor para o pagamento. Aí a circunstância do não comparecimento do réu é fato negativo que dispensa prova pelo autor. Basta afirmar sua ocorrência. Ao réu é que tocará a contraprova positiva, ou seja, a prova de seu comparecimento em presença do devedor, sem que esse se dispusesse a cumprir sua obrigação.

Nas duas situações do inciso I do art. 896, portanto, o pressuposto da defesa é a inoccorrência da *mora creditoris*.

Já o inciso II do art. 896 permite que o credor se defenda, mesmo quando reconheça a oferta da prestação e sua recusa. Deverá, no entanto, provar que sua recusa foi justa, entendendo-se como tal qualquer arguição que, nos termos da lei, o autorizasse a rejeitar o pagamento.

Aqui entram os mais variados temas, desde o descumprimento ou ineficácia do vínculo jurídico estabelecido entre as partes, como a própria negação da qualidade de credor imputada ao réu.⁵⁹ Nem se devem excluir as questões pertinentes à interpretação de cláusulas contratuais, conforme já se expôs no no 1.207, *supra*.⁶⁰

As defesas quanto ao tempo, lugar e importância do depósito (incisos III e IV do art. 896) referem-se, também, ao problema da “justiça” da recusa, por se relacionarem à inobservância de requisitos da validade da oferta de pagamento (Cód. Civ. de 1916, arts. 950, 955 e 960; CC de 2002, arts. 327, 394 e 397). Sobre a mesma matéria, vejam-se os nos 1.206, 1.212 e 1.224, *supra*.

1.226. Complementação do depósito insuficiente

O credor não é obrigado a receber prestação menor ou diversa daquela pela qual se obrigou o devedor. Por isso, o art. 896, no IV, arrola, entre as defesas úteis, a da insuficiência do depósito efetuado pelo promovente da consignatória. Provada essa defesa, a consequência natural seria a improcedência do pedido. A lei, no entanto, por política de economia processual e pela preocupação de eliminar o litígio, instituiu uma faculdade especial para o devedor, quando a defesa se referir apenas à insuficiência do depósito: em semelhante situação, faculta-se ao autor a complementação em 10 dias (art. 899).

É bom lembrar que esse depósito complementar não foi condicionado pela lei nem a erro nem a boa-fé do autor, de sorte que se mostra irrelevante o motivo da insuficiência do depósito. Desde que o devedor concorde com a alegação do réu e se disponha a complementar o depósito, aberta lhe será a faculdade do art. 899.

Há, todavia, dois requisitos traçados pelo conteúdo do próprio permissivo legal. Para que o depósito complementar seja eficaz, exige-se que:

a) seja feito no prazo de 10 dias, a contar da intimação ao autor dos termos da resposta do réu; e que

b) o negócio jurídico não esteja sujeito à cláusula comissória, isto é, não tenha se resolvido necessária e diretamente pelo inadimplemento.

A oferta de uma prestação insuficiente evidencia a *mora solvendi* e, portanto, só se torna cabível o depósito complementar quando seja ainda possível a emenda da mora.

Uma vez admitido o complemento do depósito, duas situações hão de ser consideradas: se a única defesa foi a da insuficiência da oferta, extinta estará a lide, e ao juiz caberá encerrar o processo, com a acolhida do pedido consignatório, para os fins de direito.

Se, porém, houver outras defesas formuladas pelo réu, o feito prosseguirá normalmente, apenas com redução do conteúdo da lide a solucionar afinal.

Na hipótese de ser o processo extinto em razão do depósito complementar, a questão da sucumbência não pode ser solucionada dentro dos padrões singelos do art. 20 do Código de Processo Civil. É que, entre as posições conflitantes geradas pela *litis contestatio*, a razão se situou ao lado do réu, de sorte que o autor, ao aquiescer no complemento do depósito, atuou em forma de verdadeiro “reconhecimento da procedência da contestação”. Se o pedido consignatório acabou sendo acolhido na sentença, tal somente se deveu à tolerância extraordinária do legislador em permitir a alteração ou emenda do pedido após a *litis contestatio*, contrariamente ao sistema geral que serve de fundamento à regra comum do art. 20. Logo, embora logrando acolhimento

do pedido, o autor se apresenta como a parte que, na fase normal da litiscontestação, foi a sucumbente. Daí que os encargos da sucumbência serão atribuídos ao devedor, e não ao credor.⁶¹

A Lei no 8.951/94 introduziu, por meio de parágrafos, duas novidades na regra do art. 899, que são as seguintes:

a) quando se argui a insuficiência do depósito, pode o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida (§ 1o);

b) se a sentença concluir pela insuficiência do depósito, determinará, sempre que possível, o montante devido e, nesse caso, valerá como título executivo, facultando ao credor a execução forçada nos próprios autos da consignatória (§ 2o).

As novidades em causa atendem a reclamos de economia processual e quebram sistemas e preconceitos antigos derivados do excessivo formalismo que sempre se manifestou na ação de consignação em pagamento, sem nenhuma justificativa plausível.

Pode-se, agora, então, cumular-se o levantamento do depósito com o prosseguimento da contestação, desde que o tema da resposta verse sobre o seu quantitativo apenas. E a sentença contrária ao autor, na mesma situação, deixará de ser mera declaratória negativa, para transformar-se, desde logo, em condenatória quanto à parcela não depositada.

Com essa nova feição jurídica, a consignatória assumiu, na hipótese do art. 899, o feito de *ação dúplice*, visto que o autor poderá ser condenado independentemente de manejo de reconvenção pelo réu.

Convém notar, contudo, que, mesmo depois da Lei no 8.951/94, a citação da ação consignatória continua sendo para que o réu, de forma alternativa, levante o depósito feito pelo autor ou apresente contestação. O levantamento de que fala o § 1o do art. 899, e que não prejudica a alternativa do art. 893, II, é um incidente que só pode ser posterior à contestação. Se o réu levanta o depósito logo após a citação e antes de responder à ação, o processo se extingue, com o reconhecimento imediato da procedência do depósito e da consequente liberação do devedor (art. 897, parágrafo único). O levantamento *in limine* funciona como prejudicial em face da contestação. Só não a prejudicará se for ulterior à resposta do demandado e se esta contiver apenas o questionamento em torno do *quantum* da obrigação. Somente após a contestação é que se pode ter como fixado o objeto da causa em torno tão apenas da diferença entre a oferta do autor e a resposta do réu. Aí, sim, o réu poderá levantar o depósito, porque a sentença, na especial situação em que a litiscontestação se deu, ficará restrita ao exame de ter ou não o autor de completar o depósito. O depósito existente, porém, nas circunstâncias do art. 899, § 1o, já teve sua acolhida, assegurada para liberar o devedor, nos limites de seu valor (“liberação parcial do autor”, conforme declara a referida disposição legal). Por isso, o credor pode levantá-lo sem prejuízo do julgamento da resposta no tocante à reclamada diferença. Antes da contestação de que cogita o art. 899, *caput*, o objeto da causa se mantém nos termos da citação: levantar o depósito e liberar o autor *ou* contestar para recusar o depósito como inidôneo à liberação pretendida.

Em qualquer situação a resposta do réu em que se alega insuficiência do depósito só será útil se o contestante declarar qual a importância que entende devida (art. 896, parágrafo único), pois só assim possibilitará que o autor complemente o depósito, na forma do art. 899.62 Não fica,

excluída, porém, a hipótese de a importância apontada pelo réu tornar-se objeto de controvérsia. A sentença, ao dirimi-la, pode reduzir o valor da diferença, condenando ao autor a uma complementação menor do que a pretendida na contestação. É possível, ainda, que os elementos instrutórios disponíveis sejam suficientes para evidenciar que o depósito feito pelo autor é menor do que seu débito, mas não sejam capazes de precisar o respectivo *quantum*. O caso será solucionado, então, por meio de sentença genérica, ficando relegado para posterior liquidação a definição da diferença reconhecida, mas não quantificada. É o procedimento que mais se harmoniza com os princípios da instrumentalidade das formas, da efetividade do processo e com o dever da justiça de buscar preferentemente a composição do mérito, dentro do menor prazo possível.

1.227. Sentença

Ao acolher o pedido do consignante, cumpre ao juiz *declarar* “extinta a obrigação” e condenar o réu ao “pagamento das custas e honorários advocatícios” (art. 897).

A estrutura do procedimento especial da ação de consignação em pagamento, portanto, conduz a uma *sentença declaratória*. Sobre o mérito da causa, não ocorre nem constituição, nem condenação. Não é o ato judicial do magistrado que extingue a obrigação, mas o depósito feito em juízo pelo autor. A sentença apenas reconhece a eficácia do ato da parte. E a única condenação que se dá é a pertinente aos encargos da sucumbência (custas e honorários de advogado), porque é lógico que as despesas do pagamento hão de ser suportadas por quem está em mora e, assim, deu causa à ação consignatória.

Excepcionalmente a sentença pode transformar-se em condenatória, quando se verificar a situação tratada no art. 899, § 2º (v. item 1.226, *retro*).

Tendo em vista o objetivo especial da consignatória, a coisa julgada nela formulada somente diz respeito à insuficiência ou não do depósito para produzir a liberação do devedor.⁶³ Se, pois, a demanda for rejeitada porque se depositou menos que o devido, não há empecilho a que o devedor mova outra ação oferecendo, já então, a quantia correta.⁶⁴

1.228. Consignação em caso de dúvida quanto à titularidade do crédito

Já vimos que as causas justificadoras da consignação tanto podem ser a *mora do credor* como o *risco de um pagamento ineficaz*. O devedor tem o direito de liberar-se da obrigação, mas só atingirá seu desiderato se efetuar o pagamento a quem de direito.

Sempre, portanto, que ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, poderá o devedor obter a sua liberação pela via judicial, através do procedimento da ação de consignação em pagamento, furtando-se, assim, ao risco do pagamento indevido (art. 895).

O cabimento da consignatória, nessa hipótese, funda-se, segundo o texto legal, na “dúvida” sobre a quem pagar. E essa dúvida existirá tanto quando se desconheça o credor atual (casos de sucessão do credor morto, com herdeiros não conhecidos, ou de títulos ao portador), como quando haja disputa entre vários pretendentes ao crédito (litígio).

Em se tratando de desconhecimento do credor, a citação terá de se fazer por editais, com

observância dos arts. 231 e 232, e com nomeação de curador especial, caso o feito venha a ocorrer à revelia (art. 90, no II). Um dos casos típicos de consignação por ignorância de a quem pagar é o do incapaz sem representação legal, caso em que a ação consignatória exigirá não só a participação do Ministério Público (art. 82, no I), como a nomeação de curador especial (art. 90, no I).

Quando a causa da consignação for a disputa de diversos pretendentes ao crédito, o devedor promoverá a ação citando aos que o disputam para “proverem o seu direito” (art. 895).

1.229. Particularidades da consignação por dúvida

O procedimento adequado à consignação por dúvida quanto a quem pagar oferece algumas particularidades que o distinguem do rito utilizado para o caso de *mora accipiendi*. A primeira delas é a que diz respeito ao depósito, que deve anteceder à citação. Feito o depósito preparatório, a citação será para que os interessados venham “provar o seu direito” no prazo da contestação. Se todos são conhecidos, a citação será pessoal; havendo desconhecimento ou incerteza quanto à identidade do interessado ou interessados, a citação far-se-á por editais.

Esse tipo de consignação, em princípio, não envolve uma controvérsia entre o devedor e o possível credor. O que há é uma insegurança jurídica para o devedor. Por isso, a citação não é para contestar o pedido, mas, sim, para “clarear” a situação jurídica em que o pagamento vai ocorrer.

Isto, porém, não exclui a possibilidade de contestação. Basta lembrar que “a dúvida que justifica e autoriza a consignação em pagamento não é nem pode ser a dúvida infundada, mas a dúvida séria, que possa levar o devedor a um estado de perplexidade”. “A não se exigir a gravidade da dúvida, corre-se o risco de autorizar o devedor menos escrupuloso a valer-se da consignatória apenas para procrastinar indevidamente o cumprimento de uma obrigação.”⁶⁵

A matéria de falta de interesse, por inexistência de dúvida séria a justificar a ação de consignação, apresenta-se, portanto, como um dos temas que podem ser aventados em contestação a pedido formulado nos termos do art. 895, fora do elenco do art. 896, por se tratar de matéria específica de um procedimento também específico, que não se confunde com a generalidade das consignações em pagamento, quase sempre fundadas na *mora creditoris*.

Do condicionamento desse tipo de consignatória a um pressuposto especial, decorre que, “inexistindo dúvida séria e fundada quanto à pessoa que deva receber”, o devedor, decaindo do pedido, terá de suportar a condenação nos ônus da sucumbência.⁶⁶

O prazo de contestação, que é de 15 dias na ação consignatória, será contado a partir do cumprimento da citação do último demandado.

1.230. A posição dos possíveis credores

Após a citação dos credores incertos, podem ocorrer várias atitudes processuais da parte dos possíveis interessados, cujas consequências se acham reguladas, de maneira especificada, pelo art. 898, a saber:

- a) ausência de pretendentes;
- b) comparecimento de um só pretendente;

c) comparecimento de mais de um pretendente.

Analisemos a sistemática procedimental em cada uma dessas situações:

Ausência de pretendentes:

Se na época assinalada para o comparecimento dos interessados em juízo nenhuma presença se registra, a solução preconizada pelo art. 898 é a de dispensar ao depósito promovido pelo consignante o tratamento próprio dos bens de ausentes, isto é, o depósito será arrecadado por ordem judicial e confiado a um curador. Assim perdurará o depósito à ordem judicial, indefinidamente, até que um eventual interessado venha a provocar seu levantamento, mediante adequada comprovação de seu direito.

Para o devedor, o procedimento consignatório estará, porém, desde logo, encerrado, pois, ao determinar a arrecadação, caberá ao juiz declarar “extinta a obrigação”, tal como se passa na situação do art. 897.

Esse julgamento importa reconhecimento da procedência do pedido e, consequentemente, da existência de impossibilidade do pagamento direto ao credor. Logo, os ônus da sucumbência não devem ser suportados pelo autor, e as despesas do processo e os honorários de seu advogado poderão ser abatidos do depósito, antes da arrecadação, que, assim, se processará apenas sobre o líquido restante.⁶⁷

As providências em torno da arrecadação e da sentença de extinção da dívida do promovente dependem da configuração da revelia de todos os possíveis interessados. Não serão, por isso, tomadas de imediato. Após o dia designado para o comparecimento dos citandos em juízo, aguardar-se-á o transcurso do prazo de resposta, e só depois de configuradas a ausência de contestação e a preclusão da faculdade de promovê-la é que se terá condições de julgar o pedido do devedor e arrecadar o depósito como bem de ausente.⁶⁸

Comparecimento de um só pretendente:

Se apenas um pretendente comparece em juízo para se habilitar ao depósito feito pelo consignante, caberá ao juiz apreciar suas alegações e provas, para proferir, de *plano*, decisão em torno da pretensão de levantar o depósito (art. 898).

O direito ao levantamento não decorre do simples comparecimento. Se o interessado nada prova em torno do necessário para eliminar a dívida causadora da consignação, a consequência será a rejeição do pedido de levantamento do depósito, cujo destino será a arrecadação, tal como se dá quando nenhum pretendente comparece em juízo.

Em obediência ao princípio do contraditório, antes de decidir, incumbirá ao juiz ouvir o autor sobre o pedido do pretendente.

Comparecimento de mais de um pretendente:

Quando dois ou mais pretendentes se apresentam em juízo, cada um avocando para si o direito ao crédito que o autor procura solver, o processo sofre um verdadeiro desmembramento, de maneira a estabelecer uma relação processual entre o devedor e o bloco dos pretensos credores, e outra entre os diversos disputantes do pagamento.

A relação processual do autor não se imiscui na da disputa entre os credores. A simples circunstância de existirem diversos pretendentes em disputa, dentro do processo, é mais do que suficiente para demonstrar que o devedor tinha razão jurídica para lançar mão do pagamento por consignação. Por isso, seu pedido está, desde logo, em condições de ser apreciado e julgado, independentemente da solução do concurso instaurado entre os vários disputantes à qualidade de

credor.69

Dispõe, então, o art. 898 que “o juiz declarará efetuado o depósito e extinta a obrigação, continuando o processo a correr unicamente entre os credores”. Os encargos da sucumbência serão deduzidos do depósito já existente, pois o autor, sendo vitorioso, não deverá suportá-los.

Essa é, pode-se dizer, a situação comum, que, entretanto, não exclui a possibilidade de um ou todos os citados oferecerem contestação, como, por exemplo, em caso de insuficiência ou inadequação do depósito, bem como de inexistência de dúvida quanto ao verdadeiro credor (pode até mesmo ocorrer que todos os demandados estejam acordes em que somente um deles é o credor e que o autor não tinha motivo para justificar a consignatória). Acolhida a defesa, o sucumbente será o devedor, que terá de suportar o encargo das custas e honorários advocatícios.

Não havendo, porém, contestação, ou sendo repelida a defesa dos réus, passa-se à segunda fase do procedimento, reservada com exclusividade à disputa dos pretensos credores entre si. O rito determinado pela lei, para esse concurso, é o ordinário (art. 898, *in fine*). Julgada extinta a obrigação em face do consignante, o juiz determinará que, em 15 dias, os concorrentes contestem as pretensões em conflito, seguindo-se as etapas de saneamento, instrução e julgamento, segundo o procedimento traçado pelo Código para o processo de conhecimento de rito ordinário. Ao vencedor, a sentença do concurso autorizará o levantamento do depósito, cabendo ao vencido ou vencidos o ressarcimento de todos os gastos do processo efetuados ou suportados pelo verdadeiro credor.

Uma situação especial é a do prévio ajuizamento de ação entre os interessados a respeito da titularidade do crédito. Claro que, para segurança do devedor, o melhor caminho é o do pagamento por consignação (Cód. Civil de 1916, art. 973, V; CC de 2002, art. 335, V). Mas, aqui, a consignatória não terá a segunda fase, cogitada no art. 898 do Código de Processo Civil, porque aquilo que seria seu objeto já se acha *sub judice*, e, pelo sistema da litispendência, não é admissível que a mesma lide seja apreciada e julgada duas vezes, em processos diferentes. O juiz se restringirá à sentença de extinção da dívida do autor, e o levantamento do depósito ficará na dependência do que vier a ser julgado na causa anteriormente instaurada entre os credores.

Se ocorrer, todavia, intromissão de outro pretendente ao crédito, além dos que já figuravam na ação primitiva, ou se o depósito sofrer contestação, surgirá uma conexão de causas, que forçará a reunião dos dois processos, para julgamento simultâneo da consignatória e da ação de disputa do crédito, com ampliação e unificação do *thema decidendum* de cada um dos feitos.

1.231. Resgate da enfiteuse

O direito real de enfiteuse provoca desmembramento das faculdades inerentes ao domínio: o domínio útil cabe ao enfiteuta e ao senhorio direto apenas o direito ao foro anual e perpétuo (Cód. Civil de 1916, art. 678). No caso de venda do domínio útil, assiste preferência ao senhorio, e, pelo não uso dessa faculdade, surge-lhe o direito ao laudêmio, calculado sobre o preço da alienação (Cód. Civil de 1916, art. 686).

Embora de índole perpétua, não quer a lei que o foreiro fique subjugado, indefinidamente, a esse direito real sobre coisa alheia. Daí a instituição de uma faculdade que consiste no poder jurídico, atribuído ao titular do domínio útil, de resgatar a enfiteuse depois de transcorridos 10 anos da constituição do gravame, “mediante pagamento de um laudêmio, que será de dois e

meio por cento sobre o valor atual da propriedade plena, e de 10 pensões anuais” (art. 693 do Cód. Civil de 1916, com a redação da Lei nº 5.827, de 23.11.1972).70

Se o senhorio se recusa a aceitar o regaste, permite o art. 900 do Cód. de Proc. Civil que o foreiro se valha da ação de consignação em pagamento, para liberar seu imóvel do gravame existente. Nesse caso, a sentença não tem a força normal de declarar extinta a dívida do autor da consignatória, pois, na verdade, nada devia ele ao réu. O que se dá é o exercício de uma faculdade legal (a de liberar o imóvel de um ônus real), mediante resgate imposto ao titular do *ius in re*.

A sentença, incidindo sobre o depósito efetuado pelo foreiro à disposição do senhorio, declarará sua eficácia liberatória e servirá de título para cancelamento do direito real lançado no Registro de Imóveis (Lei nº 6.015/73, art. 250, nº I).

1.231-a. A consignação de aluguéis e outros encargos locatícios

A atual Lei do Inquilinato, Lei nº 8.245, de 18.10.1991, criou, para as obrigações locatícias, algumas inovações, de maneira que, agora, ter-se-á em boa parte um novo procedimento da consignatória, se o débito a solver tiver como origem a relação *ex locato*. Daí falar a atual Lei do Inquilinato em “ação de consignação de aluguel e acessórios da locação”. É, na verdade, um novo *nomen iuris* para um novo *procedimento especial*, como a seguir veremos.

Os casos, porém, de admissibilidade do pagamento por depósito judicial não foram modificados pela Lei nº 8.245/91. São os mesmos da legislação ordinária (Código Civil de 1916, art. 973; CC de 2002, art. 335). Apenas se acrescentou a hipótese especial do art. 24 da nova Lei do Inquilinato, onde se prevê um depósito *sui generis* de aluguéis, pelos inquilinos, para a eventualidade de moradias coletivas multifamiliares que se achem em condições precárias, declaradas pelo Poder Público. Tais depósitos liberam os inquilinos do débito locatício e só podem ser levantados pelo senhorio após regularização do imóvel (art. 24, § 1º, da Lei nº 8.245).

O procedimento previsto no art. 67 da Lei nº 8.245 não faz remissão alguma ao rito da consignação em pagamento regulado pelo Código de Processo Civil. Introduz várias inovações à sistemática do Código, mas não apresenta um *iter* procedimental completo, motivo pelo qual os preceitos da legislação codificada terão de ser utilizados como fonte subsidiária ou complementar, especialmente aqueles dos arts. 890 a 900 do Estatuto Processual Civil.

São, em síntese, as seguintes as inovações da consignatória locatícia:

a) Depósito judicial: deferida a citação do réu, o autor será intimado a depositar em vinte e quatro horas o valor da obrigação apontado na inicial. A falta desse depósito implicará imediata extinção do processo, sem julgamento de mérito (art. 67, II). Não há a designação de data, portanto, para o autor oferecer e para o réu vir receber a prestação.

b) Prestações vincendas: a ação compreenderá não apenas as prestações vencidas na data da inicial, mas abrangerá todas que se vencerem enquanto não julgada a ação em primeira instância. O direito de depositar as prestações supervenientes não depende de pedido expresso na inicial. Decorre de autorização da própria lei, mas tem duração temporal limitada, pois, uma vez proferida a sentença, não será mais possível efetuar depósito numa consignatória já julgada. É que a sentença, nesse tipo de ação, é declaratória quanto aos efeitos do depósito que aprecia. Portanto, apenas podem ocorrer depósitos incidentais enquanto não proferida a sentença de

primeiro grau, como, aliás, dispõe claramente o inciso III do art. 67 da nova Lei do Inquilinato.

c) Revelia: se não há contestação, ou se o locador aquiesce em receber as prestações depositadas, o pedido do locatário será desde logo julgado procedente, com a competente declaração de quitação. Ao locador imputar-se-á a responsabilidade pelas custas e honorários advocatícios de 20% sobre o valor dos depósitos (art. 67, IV). Há aqui uma outra inovação da Lei do Inquilinato, pois o critério a respeito da base de cálculo e do percentual fixo de honorários inexistia no sistema do Código de Processo Civil.

d) Contestação: sem inovar o que consta do Código de Processo Civil, a Lei nº 8.245 restringe o tema da contestação à consignatória a uma das seguintes objeções de ordem fática (art. 67, V): 1) não ter havido recusa ou mora em receber a quantia devida; 2) não ter sido injusta a recusa; 3) não ter efetuado o depósito no prazo ou no lugar do pagamento; 4) não ter sido o depósito integral.

Além disso, o mesmo dispositivo da Lei do Inquilinato prevê que qualquer defesa de direito pertinente à pretensão do autor poderá ser deduzida pelo réu em sua contestação.

O prazo de contestação, de que não cogitou a Lei nº 8.245, continua sendo o de 15 dias, previsto pelo art. 896 do CPC, para a ação consignatória pertinente às obrigações em geral, após a alteração da Lei nº 8.951, de 13.12.1994.

e) Reconvenção: a Lei nº 8.245 elimina qualquer dúvida que ainda pudesse existir acerca do cabimento da reconvenção na ação de consignação em pagamento. O inciso VI do art. 67 declara, expressamente, que ao locador é permitido lançar mão da reconvenção, *in casu*, para postular, entre outras coisas, o seguinte: 1) despejo do autor da consignatória; 2) cobrança dos valores objeto da consignatória ou da diferença do depósito inicial, quando não for integral. Na realidade, após a reforma da Lei nº 8.951, de 13.12.1994, que acrescentou o § 2º ao art. 899 do CPC, o recurso à reconvenção, para cobrar a diferença do depósito oferecido a menor, tornou-se despropositado. É que, nos casos de depósito insuficiente, o réu em simples contestação pode arguir a matéria, e a sentença da consignatória, acolhendo a objeção, condenará o consignante ao pagamento da diferença, tudo isto sem necessidade de reconvenção.

Quanto à cobrança reconvenicional, a lei a restringe às prestações versadas na ação consignatória e não a quaisquer outras acaso exigíveis entre as partes. Houve, sem dúvida, preocupação de economia processual, de modo a impedir que na improcedência da consignatória o locatário levantasse os depósitos feitos e o locador tivesse de propor outra ação para cobrar aqueles mesmos valores.

Contestação e reconvenção, embora sujeitas à apresentação simultânea, devem ser elaboradas em petições distintas (CPC, art. 299).

f) Complementação do depósito após a contestação: o Código de Processo Civil permite ao autor da consignatória a complementação do depósito inicial, nos termos do seu art. 899. A sistemática foi mantida pela Lei nº 8.245, mas com sensíveis inovações. Eis como resolver-se-á o incidente na consignatória de aluguéis e acessórios (art. 67, VII): 1) intimado da contestação em que se alega insuficiente o depósito, o autor terá cinco dias (prazo menor que o do art. 899 do CPC) para complementá-lo; 2) deverá, porém, recolher a diferença com um acréscimo de 10% (penalidade que inexistia no CPC); 3) mesmo saindo vitorioso na obtenção de quitação do débito, o autor ficará sujeito a pagar todas as custas do processo, bem como honorários advocatícios de

20% sobre o valor dos depósitos.

Apesar do texto do art. 67, VII, mencionar textualmente o autor-reconvindo como o que se sujeita à sua disciplina, claro é que sua aplicação também será feita ao caso do autor da consignatória em que não houve reconvenção.

g) **Levantamento do depósito:** o parágrafo único do art. 67 trouxe uma importante inovação, ao permitir que o réu possa levantar a qualquer momento as importâncias depositadas sobre as quais não penda controvérsia.

No regime codificado, até então, inexistia semelhante faculdade, e, por isso, qualquer pedido de levantamento pelo credor era interpretado como aceitação tácita de todo o depósito efetuado pelo consignante. No entanto, a Lei no 8.951/94 introduziu o § 1º ao art. 899 do Código, para ampliar o direito de levantamento da parte não controvertida do depósito a todas as ações de consignação.

Dessa maneira, tanto na consignatória locatícia como na comum, a lei atualmente franqueia o levantamento, pelo credor, da importância sobre a qual não se controverte, sem que isto prejudique a defesa quanto à verba discutida.

Em qualquer consignatória, portanto, a lei só não franqueou o levantamento da importância sobre a qual pende controvérsia. Todas as demais ficam à livre disponibilidade do réu, que as pode levantar, sem prejuízo de sua defesa.

Naturalmente, se o réu contesta a ação para dizer que não lhe cabe receber o pagamento de uma prestação já extinta por qualquer razão de direito, não terá condições de, posteriormente, levantar o depósito, sem renunciar à defesa manifestada e, conseqüentemente, sem aceitar a procedência do pedido do autor.

Mas, se são depositados dois meses de aluguel e a divergência se situa sobre o cálculo de um deles, ou sobre os acessórios apenas, nenhum prejuízo sofrerá o andamento normal do feito se o réu pleitear o levantamento das verbas incontroversas.

A regra legal em comentário aplica-se tanto ao depósito inicial como ao de prestações supervenientes, depositadas incidentalmente no curso da consignatória.

Já o levantamento do depósito por parte do autor importará desistência da pretensão consignatória e acarretará extinção do processo sem apreciação do mérito da causa. Isto, porém, somente ocorrerá com anuência do réu, se sua citação já se deu, em face de o art. 267, § 4º, do CPC, condicionar, na espécie, a desistência da ação ao assentimento do demandado.

1.231-b. A consignação de obrigação em dinheiro

Com a Lei no 8.951, de 13.12.1994, a consignatória relativa a obrigação em dinheiro passou a ensejar ao devedor dois ritos diferentes, quanto ao depósito da soma devida, quais sejam:

- a) o depósito em juízo antes da citação do réu, segundo o rito do art. 893; ou
- b) o depósito extrajudicial, de iniciativa do devedor, em estabelecimento bancário oficial situado no lugar do pagamento.

Cabe ao devedor optar entre uma e outra forma de depósito. Se escolher a via bancária, terá de notificar o credor, por carta com aviso de recepção (AR), assinando-lhe o prazo de dez dias para a manifestação de recusa (§ 1º do art. 890).71

Decorrido aquele prazo sem a manifestação de recusa, que poderá ser feita por escrito

perante o banco depositário (§ 3o), reputar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia recolhida na conta bancária (§ 2o).72

Ocorrendo recusa em tempo hábil, perante o banco, o depositante, no prazo de trinta dias, poderá propor a ação de consignação, instruindo a inicial com a prova do depósito bancário e da recusa do credor (§ 3o).

Se o depositante não propuser a consignatória nos trinta dias seguintes à recusa, o depósito bancário ficará sem efeito e poderá ser levantado por aquele que o promoveu (§ 4o).

Como se vê, a Lei nº 8.951/94 teve o objetivo de facilitar o depósito da soma devida, propiciando ao devedor meio de liberação sem obrigatoriamente passar pelo processo judicial. Se, todavia, a tentativa de solução extrajudicial frustrar-se, em nada estará prejudicado o *solvens*, posto que já iniciará o procedimento judicial aproveitando o depósito bancário preexistente.

Feita a citação, o feito prosseguirá dentro da sistemática comum da ação de consignação em pagamento.

A utilização do depósito bancário para realizar a consignação no caso de dívidas em dinheiro foi também prevista no novo Código Civil (art. 334).

1.231-c. Conflito entre consignação em pagamento e execução forçada

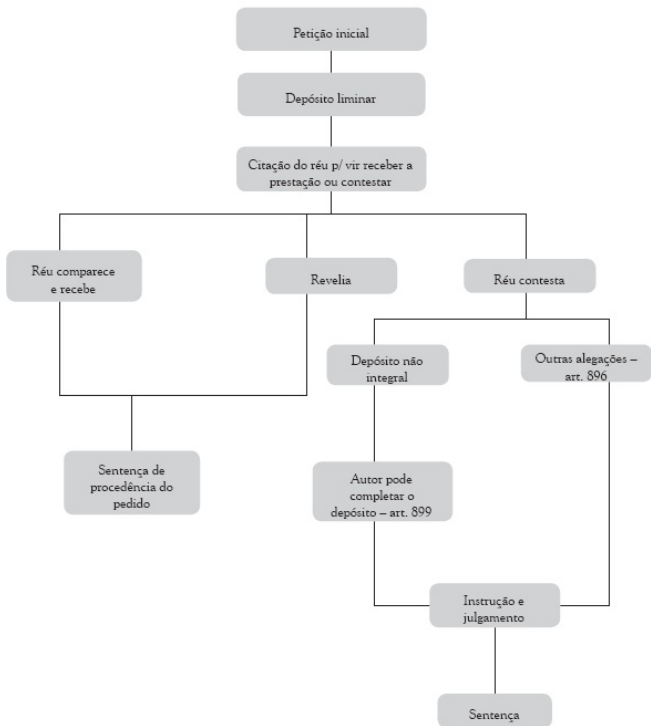
Segundo antiga concepção da ação de consignação em pagamento, seria ela uma forma de execução, cuja iniciativa partiria do devedor. Tal como a execução, intentada pelo credor, a consignatória tende à solução da dívida existente entre as partes. Essa identidade de objetivo poderia fazer com que o ajuizamento prévio de depósito liberatório impedisse, por prejudicialidade, a execução por parte do credor?

A resposta é negativa. Embora se possa entrever atividade executiva também na consignatória, seu maior peso situa-se na atividade cognitiva em torno do accertamento e declaração por sentença do efeito liberatório. Trata-se, portanto, de ação predominantemente cognitiva. Sua natureza jurídica não pode, então, ser confundida com a da execução forçada, já que esta nada tem de cognição e se concentra toda na atividade de realização de um direito, cuja liquidez e certeza decorrem do título aperfeiçoado antes do aforamento do feito executivo.

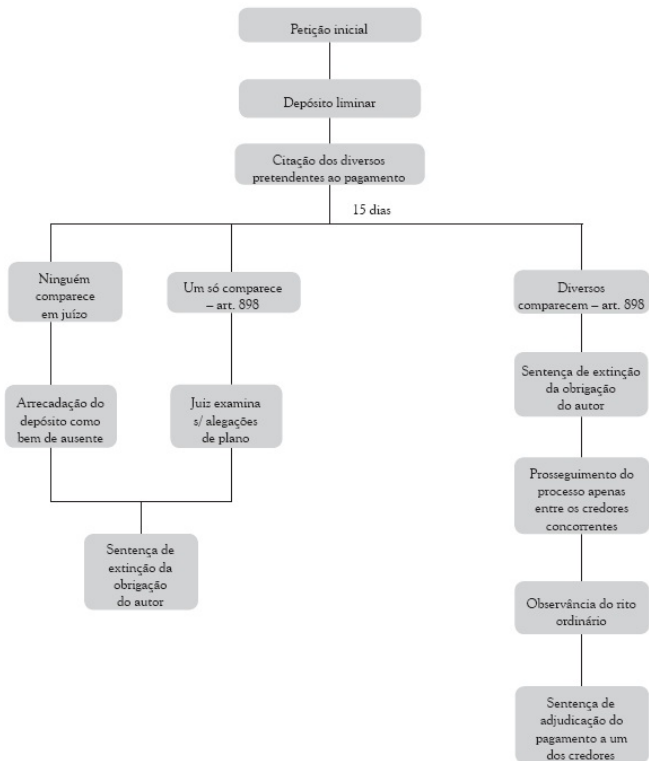
Aplica-se ao conflito em questão a norma do art. 585, § 1o, segundo a qual “a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução”.

O que se pode reconhecer é, após os embargos do devedor, a configuração de conexão entre eles e a ação de consignação em pagamento, submetendo os dois procedimentos cognitivos a julgamento conjunto. O que, todavia, não se admite é a imposição da paralisação do processo executivo apenas pelo fato de existir a consignatória e até que esta seja decidida.73

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – MORA ACCIPIENDI
(arts. 890-899)



CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – DÚVIDA SOBRE O CREDOR
(arts. 895-898)



- 1 NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1971, 3a parte, n. 1, p. 9.
- 2 NONATO, Orosimbo. *Op. cit.*, n. 1, p. 11.
- 3 “O devedor tem o *direito* de requerer o depósito; mas não tem a *obrigação* de depositar” (REIS, José Alberto dos. *Processos Especiais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, vol. I, p. 342).
- 4 LAFAILLE. *Obligaciones*. I, n. 387, p. 338, *apud* NONATO. *op. cit.*, n. 3, p. 14.
- 5 A possibilidade de a consignação ser feita extrajudicialmente por depósito bancário é prevista pelos arts. 890, § 1o, do CPC, e 334 do novo Código Civil (v. adiante no 1.231-b).
- 6 Martinho Garcez Neto, verbete “consignação”, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XI, p. 309; Orosimbo Nonato, *op. cit.*, no 2, p. 12; GUIMARÃES, Luís Machado. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, vol. IV, n. 313, p. 291.
- 7 TELLES, J. H. Corrêa. *Digesto Portuguez*. Lisboa: Liv. Classica, Livro I, Tit. XVI, Secção I, § 6o, 1909, p. 144/145.
- 8 LEITÃO, José Ribeiro. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, n. 2, p. 115.
- 9 SOUZA, Sebastião de. *Dos Processos Especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 39-40.
- 10 NETO, Martinho Garcez. *Op. cit.*, p. 309; NONATO. *Op. cit.*, n. 4, p. 16.
- 11 Novo Código Civil, art. 335: “A consignação tem lugar: I – se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma; II – se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos; III – se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil; IV – se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento; V – se pender litígio sobre o objeto do pagamento.” Cód. Trib. Nacional, art. 164: “A importância do crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos: I – de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória; II – de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigência administrativa sem fundamento legal; III – de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.” Há casos de consignação previstos em leis extravagantes, como, por exemplo, o Dec.-Lei no 58/37, art. 17, parág. único, e a Lei no 6.766/79, art. 33, ambos relativos a contratos de compromisso de compra e venda de terrenos loteados. O próprio Cód. de Proc. Civ., no art. 900, institui mais um caso legal de consignação em pagamento fora do elenco criado pelo direito material, destinando-a, também, a instrumento de resgate do aforamento, para os fins do art. 693 do Cód. Civil (CC de 2002, art. 2.038). No texto primitivo, o art. 900 permitia a consignação, ainda, para remição de hipoteca, penhor, anticrese e usufruto. A Lei no 5.925/73, no entanto, suprimiu tal permissivo, restringindo o alcance do art. 900 apenas ao resgate da enfiteuse.
- 12 Para Pontes de Miranda os dois pressupostos da consignação em pagamento são: a *mora accipiendi* (art. 896, I) ou a *incognição* do sujeito ativo da relação de direito material (art. 898) (*Comentários ao CPC*, ed. 1977, vol. XIII, p. 16).
- 13 “A consignatória só se presta à liberação de *quantia certa e líquida*, porque nela se imputa

- mora ao credor. E mora só se perfaz na liquidez e certeza de uma obrigação” (2^o TACiv. SP, Ap. no 147.104, ac. de 22.09.1982, Rel. Juiz Lacerda Madureira, *in RT* 567/155). Por isso já se decidiu que há impossibilidade jurídica da consignação de arras ou de multa contratual pelo vendedor que se arrepende do compromisso de compra e venda, “sem antes cuidar da rescisão do contrato” (TJRS, Ap. no 30.589, ac. de 17.10.1978, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, *in Rev. Jurisp. TJRS* 73/749). No mesmo sentido: TRF da 2^a Região, Ap. no 14.342/ES, ac. de 07.04.1992, *in JSTJ/TRFs* 54/463; TJBA, Ap. no 14.210-5, ac. de 08.06.1994, *in Adcoas* de 30.09.1994, no 144.919.
- 14 MACHADO GUIMARÃES, Luís. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, ed. 1942, vol. IV, n. 330, p. 316.
- 15 MACHADO GUIMARÃES, Luís. *Op. cit.*, p. 317.
- 16 Jair citado pelo TAMG, na Ap. no 10.029, de 07.03.1940, *in RF* 82/680-681.
- 17 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. XIII, p. 21-22.
- 18 A exigência de ser *integral* o depósito é condição *sine qua non* de procedência da consignação. “Daí a exigência de se tratar de dívida líquida e certa. Em se tratando de dívida *ilíquida*, não se pode recorrer ao depósito, que deve ser *integral*” (NONATO, Orosimbo. *Op. cit.*, p. 37). No mesmo sentido: Martinho Garcez Neto, *op. cit.*, p. 315. Por esse mesmo motivo, na ação especial de consignação em pagamento, “não é compatível formular-se pedido sucessivo, o que envolveria a oferta de dois valores distintos” (STJ, 2^a Seção, AR no 416/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 16.12.1994, *RSTJ* 69/17).
- 19 “A jurisprudência do STJ acolheu entendimento no sentido de que a ação de consignação em pagamento, como ação de natureza especial que é, não se presta à indagação e discussão de matéria outra que não a liberação de obrigação. Todavia, para o desempenho de tal *desideratum* muitas vezes se faz necessário ampliar-se-lhe o rito para questionar temas em torno da relação material ou acerca de quem seja o consignado, qual o valor da obrigação ou perquirir desta outros aspectos para esclarecimentos” (STJ, REsp. no 32.813-9, ac. de 04.05.1993, *in JSTJ/TRFs* 52/188). No mesmo sentido: STJ, REsp. no 35.926-0, ac. de 28.09.1993, *in RSTJ* 57/302.
- 20 TJPR, Ap. no 602/82, Rel. Des. Lima Lopes, ac. de 04.05.1983, *RT* 574/186.
- 21 STJ, 2^a T., REsp. no 256.275/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. de 19.02.2002, *DJU* de 08.04.2002, p. 171.
- 22 STJ, 4^a T., AI no 326.383/BA – AgRg., Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 21.03.2002, *DJU* de 03.06.2002, p. 211. O que se tem de manter, após a ampla discussão da causa, é o provimento judicial específico, ou seja, a “declaração de liberação (ou não) da dívida” (STJ, 4^a T., REsp. no 23.717/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 31.08.1992, *RSTJ* 46/282).
- 23 “Inexiste vedação alguma, de ordem legal, a que o pedido de consignação em pagamento seja cumulado com outras pretensões do autor” (TJMG, AI nos 17.614 e 17.616, Rel. Des. Paulo Gonçalves, ac. de 29.03.1985). Tanto é assim que se admite que “as ações conexas de execução e de consignação em pagamento devem ser reunidas para julgamento simultâneo, a modo de evitar decisões contraditórias. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp. no 16.884/ES, *in DJ* de 04.03.1996, *apud* STJ, REsp. no 78.996/PE, ac. de 09.06.1997, *in RT* 748/193).

- 24 Desde que utilizado o rito ordinário, “admite-se a cumulação dos pedidos de revisão de cláusulas do contrato e de consignação em pagamento das parcelas tidas como devidas por força do mesmo negócio jurídico” (STJ, 3a T., REsp. no 464.439/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 15.05.2003, DJU de 23.06.2003, p. 358).
- 25 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 18.
- 26 “Não é apenas o devedor que pode consignar. Quem pode pagar pode também consignar, porque a consignação nada mais é do que uma modalidade de pagamento” (TJMG, Ap. no 65.133, Rel. Des. Humberto Theodoro, in *Rev. Jurídica Mineira* 10/118). No mesmo sentido: TACiv.RJ, Ap. no 9.338/94, in *ADV*, de 16.07.1995, no 70.074.
- 27 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense vol. VI, n. 4, p. 3.
- 28 “A administradora que regularmente recebe os aluguéis, apresentando-se ao inquilino munida da competente quitação, é parte legítima para responder à ação de consignação em pagamento” (TAMG, Ap. no 20.416, ac. de 01.06.1982, Rel. Juiz Cunha Campos, in *Julgados do TAMG* 14/204). “Possui legitimização extraordinária, para responder no polo passivo da ação de consignação em pagamento, a administradora de imóveis encarregada de receber em nome do locador” (TAMG, Ap. no 50.341-1, ac. de 19.04.1990, Rel. Juiz Schalcher Ventura, in *RJTAMG* 42/110). No mesmo sentido: TJSP, Ap. no 153.453-2, ac. de 28.03.1990, in *RT* 656/96.
- 29 “O representante do condomínio é o síndico eleito pelos condôminos e não o administrador com atribuições delegadas, entre as quais não se inclui a representação judicial.” Daí “a ilegitimidade passiva”, quando a consignação em pagamento é “ajuizada contra o administrador de condomínio” (1o TACiv.SP, Ap. no 270.669, ac. de 01.10.1980, in *RT* 551/117). “Sendo a locação contrato que só vincula as próprias partes contratantes – locador e locatário – não pode a empresa administradora, que nele comparece apenas como representante do proprietário do imóvel, ser demandada em ação consignatória de pagamento, proposta pelo inquilino para desobrigar-se das prestações locatícias, pois que, agindo a mandatária em nome do mandante, somente este, como verdadeiro credor que é, será parte legítima para integrar a relação processual” (TAPR, Apel. no 913/79, ac. de 21.11.1979, Rel. Juiz Silva Wolff, in *RT* 549/200). No mesmo sentido: 2o TACiv.SP, Ap. no 360.950-00/0, ac. de 17.11.1993, in *JTACivSP*, 148/307; 2o TACiv.SP, Ap. no 430.658-00/0, ac. de 10.05.1995, in *RT* 719/197; 2o TACiv.SP, Ap. no 232.010-6, ac. de 18.04.1989, in *RT* 642/163; STJ, 5a T., REsp no 253.155/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, ac. 29.06.2000, DJU de 21.08.2000, p. 169; STJ, 6a T., REsp no 77.404/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, ac. 21.08.2001, DJU de 07.10.2002, p. 306. No entanto, devem ser ressalvadas as situações especiais previstas nos §§ 1o e 2o do art. 215 do CPC.
- 30 Em se tratando de locador domiciliado em outra unidade da Federação, já se decidiu: “Provado que o réu tem, como procurador do locador, a obrigação aparente de receber aluguéis, e sendo certo que as relações aparentes de direito têm de ser respeitadas até que se prove sua inexistência, é ele considerado parte legítima para ser demandada” (2o TACiv. SP, Ap. no 168.910, ac. de 02.05.1984, Rel. Juiz Octávio Cordeiro, in *RT* 586/140).
- 31 TAMG, Ag. no 1.620, ac. de 05.03.1976, Rel. Juiz Xavier Lopes, in *RT* 495/206, e *R. Forense*,

- 256/286. No mesmo sentido: 1º TACiv.SP, Ag. nº 640.010-0, ac. de 14.06.1975, in JTACiv.SP 155/30; TAMG, Ag. nº 105.869-1, ac. de 05.11.1990, in Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado*, 7ª ed., São Paulo, RT, 1998, vol. IV, p. 3.442; STJ, 2ª Seção, CC nº 1.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 11.09.1991, RSTJ 27/52; TJSP, Câ. Esp., AI nº 8.455-0, Rel. Des. Niceto Aliende, ac. de 07.04.1988, RSTJESP 112/295.
- 32 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. XIII, p. 18-19.
- 33 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 30.
- 34 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. VI, n. 5, p. 4.
- 35 *Cód. Civ. Interp.*, vol. XII, p. 376, apud MACHADO GUIMARÃES, Luís. *Op. cit.*, vol. IV, n. 318, p. 301.
- 36 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 22; MACHADO GUIMARÃES, Luís. *Op. cit.*, n. 318, p. 301-302.
- 37 NONATO, Orosimbo. *Op. cit.*, 3ª parte, p. 42. “A ação de consignação em pagamento pode ser exercitada em qualquer tempo, bastando ao devedor demonstrar haver oferecido o pagamento em tempo hábil, uma vez que descaracterizada fica a mora” (TAMG, Ap. nº 47.657-4, ac. de 11.10.1989, in *Adcoas* de 1990, nº 128.963). No mesmo sentido decidiu o TJMG, na Ap. nº 61.466, ac. da 4ª Câ. Civ., Rel. Des. Humberto Theodoro. Também, para Agostinho Alvim, a consignação pode ser feita “em qualquer tempo”, e não está o devedor obrigado a consignar no dia imediato ao do vencimento (*Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, 3ª ed., Rio, Jur. e Univ., 1965, nº 60, p. 87). Ainda nesse sentido: STJ, 2ª T., REsp nº 256.275/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 19.02.2002, DJU de 08.04.2002, p. 171.
- 38 TJMG, Ap. nº 61.446, ac. de 16.06.1983, Rel. Des. Humberto Theodoro, in DJMG de 25.11.1983. “A consignação serve não apenas a evitar, mas também a purgar a mora do devedor” (TJRS, Ap. nº 38.361, ac. de 15.09.1981, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, in R. Forense 284/283). No mesmo sentido: STJ, REsp nº 1.426, ac. de 13.03.1990, in LEX-JSTJ 11/76 e RSTJ 11/319; STJ, REsp. nº 39.862/SP, ac. de 30.11.1993, DJU de 07.02.1994, p. 1.182; STJ, REsp. nº 256.275/GO, ac. de 19.02.2002, DJU de 08.04.2002, p. 171.
- 39 ALVIM, Agostinho. *Op. cit.*, n. 76, p. 103; NONATO, Orosimbo. *Op. cit.*, p. 57.
- 40 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. VI, n. 6, p. 6.
- 41 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, n. 9, p. 8.
- 42 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, tomo III, n. 63, p. 88.
- 43 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. XIII, p. 37-38.
- 44 “Extinta a relação processual, há uma impossibilidade jurídica e lógica quanto a novas consignações nos mesmos autos” (TAMG, Ap. nos 19.649 e 18.401, Rel. Juiz Humberto Theodoro). Nesse sentido: Adroaldo Furtado Fabrício, *Comentários*, cit., nº 65, pp. 89-90; STF, RE nº 199.274-3, ac. de 16.12.1997, in DJU de 17.04.1998, p. 18; TACiv.RJ, Ag. nº 336/93, ac. de 25.05.1993, in RT 698/190; STJ, 4ª T., REsp nº 43.750/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho

- Júnior, ac. 10.10.2000, *DJU* de 27.11.2000, p. 164.
- 45 TARJ, Ap. nº 47.240, ac. de 06.11.1975, Rel. Juiz Narcizo Pinto, in *Rev. Forense* 254/283. No mesmo sentido: 2º TACiv.SP, Ap. nº 122.405, ac. de 27.10.1980, Rel. Juiz Silva Costa, in *RT* 546/147; TARJ, Ap. nº 1.370, ac. de 26.03.1990, in *COAD* 19/90 – 49.136/295; 2º TACiv.SP, 7ª Câm., Ap. c/rev. 377.776-00/2, Rel. Juiz Antonio Marcato, ac. 10.05.1994, *RT* 709/109.
- 46 “A lei não consente que o devedor use, sem necessidade, do processo de consignação em depósito; se depositar a coisa devida sem motivo justificado, isto é, sem tentar o pagamento extrajudicial ou sem encontrar resistência ou obstáculos nesse pagamento a ação de consignação em depósito improcede” (REIS, José Alberto dos. *Op. cit.*, vol. I, p. 341).
- 47 STJ, 3ª T., REsp. nº 124.676/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 16.06.1998, *RSTJ* 112/173; STJ, 3ª T., REsp nº 189.171/RO, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 04.11.1999, *DJU* de 17.12.1999, p. 354.
- 48 STJ, 1ª T., REsp. nº 369.773/ES, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. de 16.04.2002, *DJU* de 20.05.2002, p. 104.
- 49 STJ, 3ª T., REsp. nº 189.171/RO, Rel. Min. Menezes Direito, ac. de 04.11.1999, *DJU* de 17.12.1999, p. 354.
- 50 STJ, 3ª T., REsp. nº 396.222/SP, Rel. Min. Menezes Direito, ac. de 08.10.2001, *DJU* de 19.11.2001, p. 272.
- 51 1º TACiv.SP, Ag. nº 252.567, ac. de 07.02.1979, in *RT* 526/137; Ag. nº 265.353, ac. de 17.10.1979, in *RT* 537/139; TJSP, Ap. nº 189.284-2, ac. de 27.10.1992, in *JTJ* 142/43. Já se decidiu, porém, que se, mesmo após o momento processual adequado, o depósito veio a ser realizado pelo autor, sem prejuízo para a defesa do réu, não haverá causa para a extinção do processo sem julgamento do mérito (STJ, 3ª T., REsp nº 617.323/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 03.05.2005, *DJU* de 20.06.2005, p. 274).
- 52 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, vol. VI, 2. ed., n. 16, p. 12.
- 53 TJMG, AI nº 17.349, ac. de 22.09.1983, Des. Humberto Theodoro, in *DJMG* de 23.11.1983; TJRJ, AI nº 3.860, ac. de 27.02.1981, Rel. Des. Barbosa Moreira, in *PAULA*, Alexandre de. *O Proc. Civ. à Luz da Jurisp.* Nova Série. Rio de Janeiro: Forense, 1982, vol. III, n. 4.812-A, p. 46; *idem*, AI nº 2.522, in *Op. cit.*, vol. III, nº 4.906, p. 67; TFR, Ag. nº 59.837/BA, in *DJU* de 26.06.1989; TJSP, AI nº 115.846-2, ac. de 09.03.1987, in *RJTJESP* 107/322.
- 54 TJMG, Embs. Infr. na Apel. nº 61.413, Rel. Des. Capanema de Almeida, ac. de 13.10.1983, in *Rev. Jurídica Mineira* 3/88; 2º TACiv.SP, Ap. com Rev. nº 390.218, ac. de 31.05.1994, in *JTA (LEX)* 152/294.
- 55 “Ao aceitar a oferta, os réus desistiram do direito de contestar, confessaram a *mora creditoris*, ensejando o término da demanda. Pouco importa se tenha consignado no termo alegação dos réus de que jamais se recusaram a receber, pois não contestaram o pedido alegando tal circunstância” (STF, RE nº 81.244, Rel. Min. Cordeiro Guerra, ac. de 29.04.1985, in *RTJ* 74/895).
- 56 TAMG, Ap. nº 21.217, Rel. Juiz Humberto Theodoro. No mesmo sentido: TACiv.RJ, AI nº 24.207, ac. de 03.11.1983, in *JUIS – Saraiva* nº 14.
- 57 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. XIII, p. 45.
- 58 A prova da injusta recusa do pagamento pode ser inferida de maneira indireta, através dos

- próprios termos da contestação do credor, quando este, por exemplo, se defende exigindo os mesmos acréscimos que a inicial aponta como indevidos e como justificadores do recurso ao pagamento por consignação (TJMG, Ap. no 69.273, Rel. Des. Humberto Theodoro). No mesmo sentido: TAMG, Ap. no 26.823, Rel. Juiz Cláudio Costa, in *DJMG* de 27.02.1986; TFR, AC no 111.213/SP, ac. de 14.12.1988, in *DJU* de 19.04.1989, p. 5.751; 2º TACiv.SP, Emb. Inf. no 270.919-6/01, ac. de 28.02.1991, in *RT* 668/119.
- 59 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. XIII, p. 33. “A primeira condição para o manejo da consignatória é a de que o consignante seja devedor. Inexistindo título que comprove, por si mesmo, a relação jurídica afirmada na inicial, de tal forma que a recusa em receber se apresentasse injusta, inviável se torna a consignatória” (TJMG, Ap. no 62.815, ac. de 27.10.1983, Rel. Des. Freitas Barbosa). No mesmo sentido: TARS, Ap. no 190006072, ac. de 31.05.1990, in *JUIS – Saraiva no* 14.
- 60 “Injusta é a recusa que se funda em motivo injurídico, de sorte que quem condiciona o recebimento do pagamento a acréscimos ilegais pratica ato que, inquestionavelmente, configura esse permissivo da consignação em pagamento” (TJMG, Ap. no 63.602, ac. de 15.03.1984, Rel. Des. Humberto Theodoro). No mesmo sentido: TAMG, Ap. no 230.714-2, ac. de 21.05.1997, in *JUIS – Saraiva no* 14. Mas justa é a recusa de aluguéis comerciais, após a extinção do prazo do contrato, se o locador não deseja prorrogar a locação (TAMG, Apel. no 19.538, Rel. Juiz Humberto Theodoro); e justa também foi considerada a recusa de recebimento de prestação oriunda de compromisso de compra e venda, diante da circunstância de ter-se tornado inviável a outorga da escritura definitiva porque o imóvel compromissado foi desapropriado pelo Poder Público, ainda na posse e domínio do promitente vendedor (TAMG, Ap. no 7.250, Rel. Juiz Vaz de Mello, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Cód. de Proc. Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 202).
- 61 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. VIII, tomo III, n. 126, p. 150; SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. VI, n. 34, p. 28.
- 62 TJMG, 4ª CC, Ap. no 163.148-0/00, Rel. Des. Reynaldo Ximenes, ac. de 09.03.2000, *DOMG* de 02.08.2000, *RT* 783/392.
- 63 STJ, 3ª T., REsp. no 56.019/RJ, Rel. Min. Costa Leite, ac. de 28.04.1997, *RSTJ* 98/231; STJ, 3ª T., REsp. no 3.095/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 28.08.1990, *DJU* de 17.09.1990, p. 9.509; STJ, 4ª T., REsp. no 102.497/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 03.12.1997, *RSTJ* 96/330.
- 64 TJSP, 16ª CC, Ap. no 197.274-2, Rel. Des. Nelson Schiesari, ac. de 09.03.1993, *JTJ* 144/41. Contudo, se a improcedência da consignatória não se deveu apenas à insuficiência do depósito, mas se fundou, também, no descabimento dele, em virtude da ocorrência de mora do devedor, reconhecida no dispositivo da sentença, “não há como elidir, no particular, a coisa julgada” (STJ, 3ª T., REsp no 39.745-6/RS, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. 1º.06.1999, *DJU* de 28.06.1999, p. 101).
- 65 TJMG, Ap. no 60.377, ac. de 28.12.1982, Rel. Des. Paulo Tinoco, in *DJMG* de 18.05.1983; 2º TACiv. SP, Ap. com Rev. no 459.965, ac. de 19.08.1996, in *JTA (LEX)* 161/573.
- 66 TJMG, Emb. Inf. na Ap. no 60.502. ac. de 08.09.1983, Rel. Des. Paulo Gonçalves. “Quando a

consignação se fundar em dúvida sobre quem deva legitimamente receber (artigo 898 do Código de Processo Civil), a sentença da primeira fase deve determinar seja deduzido do valor consignado os ônus sucumbenciais arbitrados em prol do devedor consignante vencedor, relegando para a sentença da segunda fase a condenação do pretendente vencido a pagar a sucumbência dela e a repor a da primeira” (2o TACiv.SP, Ap. c/Rev. no 456.137, ac. de 13.08.1996, in *JUIS – Saraiva* no 14).

67 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Coments.* cit. 2. ed. n. 29, p. 24.

68 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 111, p. 134.

69 Código de Processo Civil, art. 898, *in fine*.

70 O atual Código Civil vedou a constituição de novas enfiteuses. Manteve, porém, em vigor, até que se extingam as existentes, as disposições pertinentes ao tema, do Código de 1916 (CC de 2002, art. 2.038).

71 O depósito bancário é cabível nas obrigações oriundas do contrato de locação (2o TACiv.SP, Ap. no 454.436-2/00, Rel. Juiz Fábio Gouvêa, ac. de 13.05.1996, *Lex-JTA* 160/246; 2o TACiv.SP, Ap. no 458.624-00/7, Rel. Juiz Luis de Carvalho, ac. de 29.08.1996, *Lex-JTA* 161/368; 2o TACiv.SP, Ap. no 469.417-00/6, Rel. Juiz Francisco Casconi, ac. de 13.11.1996, *Lex-JTA*, 163/386).

72 A presunção legal de quitação pressupõe regularidade no meio de cientificação do credor, ou seja, que o aviso contenha os elementos de identificação da prestação devida, e da força liberatória do depósito, devendo a correspondência ser entregue diretamente ao destinatário, que haverá de firmar o AR. As irregularidades do depósito, quando lhe afetem a validade, poderão ser apuradas a qualquer tempo em ação própria ou incidentalmente em processo onde se discuta o pagamento, como, v.g., na ação de despejo (2o TACiv.SP, 7a CC, Ap. no 471.831-1, Rel. Juiz Antonio Marcato, ac. de 17.12.1996, *RT* 739/318).

73 STJ, 3a T., REsp. no 2.790/MT, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 26.06.1990, *RSTJ* 12/416; STJ, 4a T., REsp. no 2.793/MT, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. de 02.10.1990, *RSTJ* 19/394; STJ, 4a T., REsp. no 155.132/MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. de 26.02.2002, *RSTJ* 157/405.

§ 202. O DEPÓSITO E SUA TUTELA JUDICIAL

Sumário: 1.232. Conceito e espécies de depósito. 1.233. Ação de depósito. 1.234. Histórico. 1.235. Natureza da ação. 1.236. Objeto da pretensão.

1.232. Conceito e espécies de depósito

Ocorre o vínculo jurídico do depósito quando alguém se encarrega da guarda de coisa corpórea alheia, com a obrigação de restituir.

O depósito pode ser *contratual* ou *necessário*. O primeiro, também dito depósito “voluntário”, decorre do acordo de vontades segundo o qual “uma das partes, recebendo de outra uma coisa móvel, se obriga a guardá-la, temporária e gratuitamente, para restituí-la na ocasião aprazada ou quando lhe for exigida”, nos termos do art. 1.265 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 627).¹

Por depósito necessário entende-se o *extracontratual*, isto é, o que independe do acordo de vontade entre as partes e decorre ou da vontade direta da lei ou de circunstâncias imprevistas e imperiosas, como incêndio, calamidade, inundação, naufrágio ou saque (Cód. Civil de 1916, art. 1.282; CC de 2002, art. 647).

Ao depósito necessário decorrente de imposi  o da lei, como o da aliena  o fiduciária em garantia (Dec.-Lei n   911/69) ou o do inventor da coisa perdida (Cód. Civ. de 1916, art. 603, parág.   nico; CC de 2002, art. 1.233, parág.   nico), atribui-se a denomina  o *depósito legal*; e ao que provém de inopinada necessidade, a de *depósito miserável*.² Ao necessário equipara-se o da bagagem dos viajantes, hóspedes ou fregueses, nas hospedarias, estalagens ou casas de pensão, onde estes estiverem (Cód. Civ. de 1916, art. 1.284; CC de 2002, art. 649).

O depósito contratual, por sua vez, pode ser civil ou comercial, conforme o depositário seja ou n   comerciante. Enquanto o civil é, em regra, gratuito, o comercial é, por natureza, oneroso.

Sob outro aspecto, o depósito contratual pode ser *regular* ou *irregular*: o primeiro é o que tem por objeto coisas n   fungíveis, e o depositário se obriga a restituir especificamente a própria coisa depositada; e o irregular é o que incide sobre coisas fungíveis, e ajustado mediante transferência do domínio ao depositário, que pode usar e consumir os bens que lhe são confiados, com obriga  o apenas de restituí-los em objetos que sejam do mesmo g  nero, qualidade e quantidade.

O depósito irregular escapa do regulamento específico do depósito e sujeita-se à disciplina legal do mútuo (Cód. Civil de 1916, art. 1.280; CC de 2002, art. 645). Mas não é a natureza fungível da coisa depositada que transforma o depósito em mútuo. Isto somente ocorre quando o

contrato confira disponibilidade da coisa em favor do depositário. Se, portanto, ficar caracterizado no contrato que, embora fungível, a coisa deva ser restituída na mesma substância, o depósito será havido como regular.³ Mesmo, porém, que a fungibilidade esteja prevista nos termos contratuais, como se dá com o depósito bancário de dinheiro, o contrato não é totalmente absorvido pelo regime do mútuo, porque o depositário continua sujeito à obrigação de restituir “logo que lhe exija” (Cód. Civil 2002, art. 633), embora possa fazê-lo por meio do equivalente. Quer isto dizer que, no tocante à restituibilidade, o depósito irregular continua sob o regime próprio do contrato de depósito.⁴

A obrigação de restituir, por outro lado, é da essência do contrato de depósito, mas não é exclusiva desse tipo de negócio jurídico, de sorte que pode aparecer no bojo de outros contratos, que, naturalmente, não se sujeitam ao regime especial da *actio depositi*. Para que o negócio jurídico seja havido como contrato de depósito é indispensável a pureza da obrigação de restituir, sempre, a própria coisa depositada (Cód. Civil de 1916, art. 1.265; CC de 2002, art. 627). Daí a desnaturação do depósito naqueles casos em que ao guardião da coisa se permite uma prestação alternativa, diversa da restituição do próprio bem. Consequentemente, quando isso ocorrer, incabível será a ação de depósito.⁵

1.233. Ação de depósito

Da relação jurídica do depósito podem surgir diversas pretensões, tanto da parte do depositante como do depositário. O procedimento especial da “ação de depósito”, todavia, tal como se acha regulado pelos arts. 901 a 906, refere-se apenas à pretensão do depositante de lhe ser restituída a coisa depositada.⁶ O código não deixa lugar a dúvidas: “Esta ação tem por fim exigir a restituição da coisa depositada” (art. 901).

O regulamento legal da ação de depósito, no entanto, não exclui pretensões outras, de natureza acessória, que se podem acumular com a específica desse tipo de procedimento, tais como: o recebimento de uma soma de dinheiro, caso a coisa depositada tenha desaparecido; a prisão civil do depositário, como forma de coagi-lo a cumprimento específico da obrigação assumida; a expedição de mandado de busca e apreensão da coisa depositada; e a transformação numa execução por quantia certa, caso a sentença de restituição não seja cumprida pelo depositário (arts. 902, no I, § 1º; 905 e 906). Embora não tenha sido alterado o disposto no Código acerca da prisão civil do depositário, o STF passou a entender que a previsão legal deixou de vigorar em face dos tratados que vedam a prisão por dívidas, aos quais o Brasil aderiu.

1.234. Histórico

O direito romano conheceu tanto o depósito voluntário como o necessário, e qualificava o depositário como simples detentor, de sorte que o uso da coisa confiada à sua guarda lhe era proibido, sob pena de cometer furto (*furtum usus*). Ao depositante, qualquer que fosse o tipo de depósito, cabia a *actio depositi directa*, que era infamante e, no caso de *depositum miserabili*, acarretava a condenação em dobro, desde que apurado ter o depositário agido com dolo.⁷

Além dessa *actio*, similar em objetivo à atual ação de depósito do direito pátrio, houve também no direito romano a *actio depositi contraria*, que era manejável pelo depositário para

reclamar direitos relativos às despesas feitas com a guarda da coisa.⁸

Se o depositário se recusava sem motivo a restituir a coisa, a pretensão de obter uma indenização equivalente ao valor do bem sonegado poderia ser exercitada através de uma *actio in factum*, de criação pretoriana.⁹

No antigo direito lusitano, a ação de depósito era sumária e a controvérsia que se instalou foi sobre o seu cabimento ou não contra os herdeiros do depositário. No Brasil, o Regulamento nº 737, do Império, tomou partido da corrente que considerava personalíssima a ação de depósito (art. 268). O Código de Processo Civil de 1939, assim como o atual, manteve o feito de ação destinada apenas ao exercício da pretensão de recuperar a coisa depositada e eliminou qualquer menção que pudesse imprimir-lhe o caráter de ação personalíssima.¹⁰

A manutenção, outrossim, da ação de depósito, como instrumento de promoção da prisão civil do depositário infiel, que vinha merecendo não poucas censuras do pensamento jurídico moderno, era vista há bastante tempo como injustificável anacronismo e autêntica reminiscência do caráter infamante da velha *actio depositi directa* dos romanos.¹¹

1.235. Natureza da ação

A ação de depósito provoca, em juízo, a instauração de um processo de conhecimento, em busca de uma sentença condenatória que imponha ao réu a exigência de restituir o bem que lhe fora anteriormente confiado, pelo autor, com a obrigação de devolver.

Mas, ao estruturar o procedimento especial, o legislador não se limitou a prever a tramitação de um pedido condenatório. Desde a propositura da ação, a pretensão do autor e a citação do réu giram em torno de um ato concreto que se reclama do depositário, qual seja, a restituição da coisa que se acha em seu poder.

Finalmente, ao acolher a pretensão do autor, a sentença não se limita a extinguir a relação processual com uma declaração de ficar o réu condenado a devolver o bem custodiado. Desde logo, e por força da própria sentença, será expedido mandado judicial de entrega, em 24 horas, da coisa ou de seu equivalente em dinheiro (art. 904).

E, ainda, quando a coisa seja sonegada, caberá ao autor, independentemente de um procedimento apartado para executar a entrega de coisa certa, como o previsto nos arts. 621 a 628, obter um mandado de busca e apreensão, para que, de plano, possa reintegrar-se na posse do bem injustamente retido pelo depositário (art. 905).

Observa, então, Pontes de Miranda que “a ação de depósito contém elemento de condenação, a forte dose, mas é *ação executiva*”.¹²

Analisando o mesmo tema, destaca Adroaldo Furtado Fabrício que na classificação das ações especiais “o que importa é identificar o elemento preponderante entre o condenatório e o executivo”, uma vez que, em ações como a de depósito, “ninguém duvida de que ambos, como outros, estejam presentes”.¹³

Para atender a pretensão *real* do depositante, isto é, pretensão à *coisa depositada*, a lei processual joga com técnicas variadas, tanto de condenação como de coação e execução, mas o cunho marcante do sistema escolhido é, sem dúvida, voltado totalmente para um fim executivo típico, qual seja, o de dar realidade a uma *restituição forçada*.

E o procedimento tem de ser caracterizado como *executivo* porque todo o mecanismo com

que opera a ação de depósito para chegar ao ato material da restituição da coisa indevidamente retida pelo depositário dispensa “um outro processo posterior para tornar efetivo no mundo dos fatos (isto é, *executar*) o comando contido na sentença”.¹⁴

Diversamente do que se constata nas ações condenatórias, onde se busca um provimento judicial que, à sua vez, habilite o autor a promover o processo executório, a *ação executiva lato sensu*, como é o caso da ação de depósito, “contém, na mesma demanda, o pedido de execução, operando-se esta por eficácia direta da sentença e, pois, sem necessidade de nova demanda e novo processo”.¹⁵ É bom registrar que com a reforma do CPC realizada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, a ação de execução de sentença foi completamente abolida para as obrigações de entrega de coisa. Segundo o novo art. 461-A, § 2º, toda sentença que condene a parte a entregar ou restituir coisa cumpre-se, de plano, sem necessidade de recorrer à *actio iudicati*. Assim, o que era um regime peculiar a algumas ações especiais, como a ação de depósito, tornou-se regra geral. Toda e qualquer ação que condene à entrega de coisa cumpre-se segundo o regime das ações executivas *lato sensu*, e não mais segundo a ação de execução de sentença.

1.236. Objeto da pretensão

O fim visado pela ação de depósito é a *restituição da coisa depositada*, pouco importando que o depósito seja voluntário ou necessário. Apenas se exclui, portanto, da área de incidência desse procedimento especial, o depósito dito *irregular*, porque seu regime jurídico é, na verdade, o do mútuo, e não o do depósito propriamente dito (art. 1.280 do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 645). Aqui não cabe a ação de depósito porque a pretensão do depositante não é a da restituição da coisa depositada, e, sim, o seu equivalente qualitativo e quantitativo.

Pela natureza do depósito, a *coisa depositada* há de ser corpórea e móvel, pelo menos no chamado depósito voluntário ou contratual (Cód. Civil de 1916, art. 1.265; CC de 2002, art. 627). Uma vez, porém, que a ação de depósito se aplica igualmente ao depósito necessário ou extracontratual (Cód. Civil de 1916, art. 1.282; CC de 2002, art. 647), não se deve, *a priori*, restringir o seu objeto apenas às coisas mobiliárias. Isto porque nosso direito conhece e admite vários casos de *depósito legal* em que o gravame incide sobre bens imóveis, tais como o do terreno loteado (Dec.-Lei nº 58/37, art. 17) e o proveniente de medidas judiciais como a penhora, o arresto e o sequestro. Hoje, mesmo entre os civilistas, a tendência dominante é considerar injustificável a restrição do depósito, até mesmo voluntário, aos bens móveis.¹⁶

Muito se tem discutido a respeito do depósito de coisas fungíveis. A lei, no entanto, não proíbe sejam os bens desta natureza submetidos ao regime típico do depósito. O que desnatura o contrato de depósito é a outorga ao depositário do poder de usar e consumir a coisa confiada à sua guarda. Aí, sim, desaparecendo a obrigação de restituir a própria coisa depositada, para assumir apenas o dever de repor o seu equivalente qualitativo e quantitativo, desaparece também o suporte autorizador da ação de depósito, que tem por objetivo legal apenas e tão somente a restituição da *coisa depositada*.

Quando, porém, a coisa fungível por natureza é acolhida pelo depositário sem a faculdade de uso e consumo, e, pois, com o encargo de restituí-la em sua própria individualidade, tal como se passa com a guarda de mercadorias identificadas e individualizadas por elementos de sua embalagem, ninguém poderá duvidar que o caso é de *depósito regular*, passível, pois, de

reclamação através da típica ação de depósito, sem embargo da fungibilidade natural do bem.

O que impede a aplicação do procedimento especial da ação de depósito é, enfim, a natureza do contrato e não a natureza do bem depositado. Se o contrato é de depósito *irregular* (Cód. Civil de 1916, art. 1.280; CC de 2002, art. 645), não caberá a ação de depósito; mas, se o depósito é *regular*, aquela ação será sempre manejável, pouco importando sejam fungíveis ou não os bens confiados ao depositário.¹⁷

§ 203. O PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE DEPÓSITO

Sumário: 1.237. Pressupostos da ação. 1.238. Legitimação. 1.239. Competência. 1.240. Especialidade do procedimento. 1.241. Caráter expedito do procedimento. 1.242. Prisão civil. 1.243. Resposta do demandado. 1.244. Entrega da coisa. 1.245. Consignação do equivalente econômico. 1.246. Consignação da própria coisa. 1.247. Contestação. 1.248. Sentença e execução. 1.249. Outras providências executivas. 1.250. Depositário judicial. 1.251. Penhor mercantil, industrial e rural. 1.252. Alienação fiduciária em garantia.

1.237. Pressupostos da ação

A ação de depósito, como procedimento especial, está subordinada a pressupostos traçados e definidos pela lei, e que são:

a) a pretensão à restituição da coisa há de apoiar-se na relação jurídica de *depósito* (art. 901); e

b) a *prova literal* dessa relação jurídica há de vir, desde logo, com a petição inicial da causa (art. 902).

O contrato de depósito é daqueles que a lei exige sejam provados com um mínimo de solenidade, qual seja, a forma escrita (Cód. Civil de 1916, art. 1.281; CC de 2002, art. 646). A lei, no entanto, não impõe à prova do depósito formalidades sacramentais ou substanciais, de sorte que a escrita, *in casu*, apresenta-se tão apenas como exigência *ad probationem*. Não se trata, pois, de um escrito com conteúdo de contrato assinado, na forma do art. 135 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 221). Qualquer documento onde se ache claramente enunciado o vínculo do depósito e descrito o seu objeto é suficiente para os fins do art. 902. Assim, a *prova literal* reclamada pela lei tem apenas o sentido de *prova escrita*, que tanto pode ser um contrato particular como uma ficha, um cartão, um recibo de depósito etc.¹⁸ Esse entendimento se impõe principalmente porque a ação de depósito não se destina a solucionar apenas questões ligadas a *contrato* e seria sumamente difícil transpor para situações de depósito *necessário* o rigor de provas literais que se confundissem com a própria substância do ato jurídico.¹⁹

O certo, porém, é que a obrigação de depositário do réu tem de ser provada documentalmente com a petição inicial da ação de depósito, como requisito indispensável do procedimento especial. Não há oportunidade para produzir ou suprir essa prova na fase normal de instrução do processo. Se o autor não dispõe dela, na abertura do processo, sua pretensão não está impedida de ser deduzida em juízo; poderá fazê-lo em procedimento ordinário, mas nunca

no procedimento especial da ação de depósito.²⁰

Diante dos pressupostos específicos do procedimento especial da ação de depósito, sua petição inicial, além dos elementos comuns do art. 282, terá de conter (art. 902):

- a) a descrição completa da coisa depositada;
- b) a estimativa do seu valor (isto é, do seu equivalente em dinheiro);
- c) a prova literal do depósito; e
- d) o pedido, com as especificações do art. 902, nos I e II.

1.238. Legitimação

Cabe a propositura da ação de depósito, em regra, a quem confiou a coisa à custódia do depositário. Não há necessidade de ser o *donos*, porque a ação é pessoal e muitas vezes o contrato de custódia não é firmado pelo proprietário, mas sim por quem tem apenas a posse do bem, como o mandatário, o administrador, o locatário, o comodatário, o credor pignoratício etc.

Os herdeiros e sucessores do depositante também adquirem legitimidade para essa ação. E, de uma forma geral, pode-se dizer que pode manejá-la todo aquele que, segundo o direito material, tem a titularidade da pretensão à restituição da coisa depositada.

Sujeito passivo da ação é o depositário infiel ou seus herdeiros e sucessores. Não é correto pretender que a ação seja intransmissível e que, assim, não possa atingir outra pessoa além do próprio depositário. A obrigação de restituir a coisa depositada, objeto da ação de depósito, não pode ser evidentemente havida como personalíssima e, por isso, não escapa à regra geral de que toda obrigação patrimonial opera, assim entre as partes, como entre os seus herdeiros.²¹

Em matéria de depósito, a doutrina tradicional sempre entendeu que “o que não se herda é o efeito extracivil dos atos do depositário”, isto é, se o finado consumiu ou desviou o bem depositado, a pena de prisão não pode ser “transmitida” para seu herdeiro. No entanto, se foi o próprio herdeiro quem praticou o desvio, ciente da causa da posse (ou seja, ciente do depósito), até mesmo a pena civil de prisão poderá ser-lhe aplicada.²² Com a abolição da pena de prisão civil no âmbito do depósito, reconhecida pela jurisprudência do STF, não há mais distinção alguma a ser feita entre a ação de depósito intentada diretamente contra o depositário e aquela que se move contra seus herdeiros.

Não se exclui a pessoa jurídica da legitimação passiva das ações de depósito. O argumento de que o procedimento especial seria, *in casu*, inaplicável, porque a pessoa jurídica, como ente abstrato e distinto dos sócios, não se sujeitaria à prisão civil, sempre mereceu repulsa por duas razões tradicionais: primeira porque o objetivo essencial da ação de depósito nunca foi a prisão, e sim a restituição da coisa depositada (art. 901);²³ segunda porque a antiga jurisprudência, liderada pelo Supremo Tribunal Federal, assentou de maneira a não deixar dúvida, que “o contrato de depósito tanto pode ser lavrado entre pessoas físicas como entre pessoas jurídicas”. Nesta última hipótese, gerente e diretores, como órgãos ou representantes legais da pessoa jurídica, colocam-se na condição de depositários. Contra estes, pois, pode ser decretada medida coercitiva destinada à obtenção do bem... porquanto, como lembrava Pontes de Miranda, referindo-se à prisão do depositário, *tratar-se de efeito de pretensão civil e não criminal*.²⁴ No mesmo sentido firmou-se a lição da doutrina contemporânea.²⁵ Ademais, perdeu qualquer sentido a velha discussão em torno da prisão civil do administrador da pessoa jurídica depositária,

visto que nenhum cabimento se reconhece atualmente à aplicação de tal pena no âmbito do contrato de depósito (sobre a ilegitimidade da prisão do depositário, v. adiante o item 1.240).

1.239. Competência

A ação de depósito é ação pessoal e, por isso, sujeita-se à regra de competência comum do foro do domicílio do réu (art. 94). Há, no entanto, possibilidade de eventual incidência do foro do local da execução do contrato ou do foro de eleição, se cláusulas especiais existirem nesse sentido, no contexto do negócio jurídico (arts. 100, no IV, *d*, e 111).

1.240. Especialidade do procedimento

Fugindo aos padrões do procedimento ordinário, o Código traça, em síntese, o seguinte rito especial para a ação de depósito:

a) a petição inicial tem de, necessariamente, ser instruída com prova literal do depósito, e de conter a estimativa do valor da coisa depositada (art. 902, *caput*);

b) a citação será para que o réu, em cinco dias, entregue a coisa ao autor, deposite-a em juízo, ou consigne o seu equivalente em dinheiro; e, ainda, para que conteste a ação, em igual prazo (art. 902, nos I e II);

c) do pedido poderia constar, também, a cominação de pena de prisão do depositário, de até um ano, segundo texto expresso do art. 902, § 1º;

d) havendo entrega da coisa ou seu equivalente em dinheiro, extingue-se o processo;

e) ocorrendo contestação, prossegue-se conforme o rito ordinário (art. 903);

f) julgado procedente o pedido, ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega da coisa ou do seu equivalente em dinheiro, no prazo de 24 horas (art. 904);

g) para a hipótese de não cumprimento do mandado, o Código autorizava o decreto de prisão do depositário infiel (art. 904, parágrafo único). O STF, no entanto, considerou em decisão plenária ter sido derogado o dispositivo em questão por força de Tratados posteriores a que o Brasil deu adesão (Súmula Vinculante 25);

h) sem prejuízo do depósito, é lícito ao autor promover a busca e apreensão da coisa (art. 905);

i) frustradas as medidas de recuperação direta da coisa depositada, servirá a sentença ainda de título para a execução por quantia certa, para haver o depositante o valor do bem e demais cominações pecuniárias da condenação (art. 906).

Do exame global desse procedimento específico da ação de depósito podem-se destacar três características bem marcadas:

a) a *celeridade* do rito, com o fito de reduzir o prazo comum de resposta e, eventualmente, apressar a solução do processo através da pronta satisfação material do direito do autor (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, acrescido pela EC no 45, de 08.12.2004);

b) a possibilidade de aplicar ao depositário infiel a pena de *prisão civil*, excepcionalmente autorizada para o caso, pela Constituição (art. 5º, no LXVII); essa permissão, todavia, foi abolida segundo a atual orientação da jurisprudência do STF;

c) a natureza *executiva* do procedimento que, sem necessidade de uma separada ação de

execução de sentença, permite várias medidas de cunho satisfativo do direito material do autor, dentro da própria relação processual onde ocorre o acerto de seu direito contra o réu.

A legitimidade da prisão do depositário infiel tornou-se objeto de sérias controvérsias diante do banimento de tal espécie de sanção por tratados internacionais de Direitos Humanos aos quais o Brasil prestou adesão (entre eles o Pacto de São José da Costa Rica, que proíbe prisão por dívidas). Depois de muita resistência, o STF, em decisão plenária, declarou a ilegalidade da medida com que as leis brasileiras sancionavam o depositário, ao fundamento de que os tratados, na hierarquia normativa constitucional, ocupam posição superior às leis ordinárias (v.g., o Decreto-Lei 911/1969 e o Código de Processo Civil, onde se localizaria a regra disciplinadora da prisão civil). Estão, pois, derogados os arts. 902, § 1º, e 904, parágrafo único, do CPC,²⁶ de modo que não mais se pode aplicar a sanção da privação de liberdade ao depositário infiel, dentro do procedimento da ação civil de depósito.

1.241. Caráter expedito do procedimento

O Código marca o prazo de apenas cinco dias para a defesa do réu (art. 902). E, além disso, faz incluir na *in ius vocatio* o convite para que, no mesmo prazo, seja dado cumprimento à obrigação material de restituir o bem guardado em seu poder.

Há, destarte, não apenas a redução do prazo comum de contestação, como também a abertura de uma via para que o litígio se componha *in natura*, logo no início do processo, e através do adimplemento da prestação em atraso.

Portanto, se o réu comparece e restitui a coisa ou repara o direito do autor mediante recolhimento do equivalente em dinheiro, extinta estará a lide, e ao juiz não caberá senão ordenar o trancamento do processo, à luz do “auto de entrega e solução da dívida”.²⁷

Naturalmente, essa conduta do réu importará aceitação da procedência do pedido e redundará na atribuição a ele dos encargos normais da sucumbência.

Somente haverá necessidade de prosseguir pelo procedimento ordinário se a ação vier a ser contestada (art. 903).

1.242. Prisão civil

Antes da atual posição do STF já mencionada (no 1.240), Adroaldo Furtado Fabrício via como razão de ser da especificidade do procedimento da ação de depósito a necessidade de criar um mecanismo de aplicação ao depositário infiel da pena de prisão civil.

“Em existindo no Direito Constitucional a correspondente autorização, e tendo-se utilizado dela o legislador ordinário ainda na esfera do direito substancial, imprescindível tornou-se que a lei de processo, cumprindo seu papel instrumental, suprisse os meios procedimentais de imposição daquela sanção. É perfeitamente óbvio que o procedimento comum, em qualquer dos seus subtipos, sendo genérico por definição, não poderia conter regras sobre cominação e decretação de medida restritiva de liberdade física. E, pois, a instituição de procedimento especial é exigida pelas regras de direito material.”²⁸

Contudo, se a prisão civil do depositário infiel não poderia ser alcançada sem o concurso da ação de depósito, não era verdadeiro pensar que o objetivo dessa ação especial fosse, única e

exclusivamente, a imposição da medida restritiva ao réu. Na verdade, a prisão era, na estrutura da ação de depósito, uma simples faculdade do credor, que poderia dispensá-la, optando pela execução específica, ou pela execução do equivalente econômico, sem que o procedimento se desnaturasse.

Como faculdade da parte que era, o juiz não poderia *ex officio* decretar a prisão do depositário infiel, teria de aguardar a provocação do depositante, que tanto poderia ocorrer na petição inicial como em fase ulterior do processo, como, por exemplo, após a frustração do mandado de entrega expedido por força da sentença.²⁹

O pedido, em sentido técnico, na ação de depósito sempre foi de restituição da coisa depositada. A prisão era apenas um dos instrumentos manipuláveis, na fase executória do procedimento, para atingir-se o desiderato da prestação jurisdicional. Por isso, decidira o Supremo Tribunal Federal que o disposto no art. 902, § 1º, não obrigava o autor a pedir, na inicial, sob pena de preclusão, a prisão civil do réu. “Se esse requerimento não for feito na inicial, poderá sê-lo depois do não cumprimento de mandado de execução da sentença condenatória.” Segundo o aresto do Pretório Excelso, “prisão civil não é pena pública ou privada, mas mera técnica processual de coerção (meio indireto de execução). Consequentemente, não é correta a exegese literal dada ao § 1º do art. 902 do Código de Processo Civil no sentido de que, se da inicial não constar o pedido de prisão, haverá julgamento *extra petita* se a sentença aludir a ela para a hipótese de não cumprimento do mandado de execução da condenação. Não há, obviamente, condenação a meio indireto de execução de sentença condenatória”.³⁰

Havia, pois, que se distinguir entre aplicação concreta da medida e sua cominação abstrata na sentença. A cominação de prisão civil era decorrência automática da própria estrutura legal do depósito e, como tal, achava-se insita à ação de depósito. Por isso, ao julgar uma ação dessa espécie, com ou sem pedido expresso do autor, o juiz podia lançar na sentença a *cominação abstrata*: “Condeno o réu a restituir a coisa depositada sob pena de prisão civil.” A expedição do mandado de prisão é que dependeria de requerimento do autor.

É bom lembrar, outrossim, que tal medida restritiva da liberdade não tinha cunho satisfativo em relação ao direito do credor. Ela aparecia como simples meio de coação para compelir o depositário infiel a cumprir adequadamente a obrigação assumida por meio do depósito.³¹

Por conseguinte, ainda que a pena de prisão tivesse sido integralmente cumprida, sempre era lícito ao credor promover outros meios executivos tendentes a recuperar a coisa (art. 905) ou a cobrar seu equivalente em dinheiro (art. 906).

Note-se, por fim, que o limite máximo da prisão, a ser fixado pelo juiz, era de um ano (art. 902, § 1º), e a pena civil, assim estipulada e executada, tinha caráter exaustivo, isto é, só era imposta “uma única vez”,³² em cada caso.

Por não se tratar de pena propriamente dita, e sim de meio coercitivo, a prisão só deveria durar enquanto persistisse o inadimplemento da obrigação do depositário, de sorte que se, mesmo antes do término do prazo de duração assinalado pelo juiz, ocorresse a restituição da coisa depositada ou seu equivalente em dinheiro, suspensa seria, *incontinenti*, a medida restritiva de liberdade.

É de se configurar, ainda, que a prisão civil era admitida pela jurisprudência tanto no depósito regular como no irregular, de modo que a fungibilidade do objeto confiado ao depositário não o afastava da pena de infidelidade.³³

Toda a construção legal, doutrinária e jurisprudencial ora exposta perdeu sentido diante da tomada de posição do STF, que reconheceu a prevalência, sobre o direito interno, dos Tratados Internacionais que vedam a prisão por dívida (cf., *retro*, o no 1.240).

1.243. Resposta do demandado

Em face da especificidade da citação, na ação de depósito o demandado pode adotar várias atitudes processuais, a saber:

- a) pode entregar a coisa depositada;
- b) pode depositar a coisa em juízo;
- c) pode consignar o seu equivalente em dinheiro;
- d) pode tornar-se revel;
- e) pode contestar a ação.

A ausência de defesa, ou revelia, simplifica a marcha processual, porque importa reconhecimento presumido do réu em torno da veracidade dos fatos alegados pelo autor (art. 319). Essa eficácia, todavia, não dispensa o juiz do exame da regularidade jurídica da pretensão deduzida na inicial, pois a presunção é apenas sobre a matéria fática e não sobre a consequência jurídica dos fatos alegados.

Da revelia, em litígio patrimonial, decorre em princípio o julgamento antecipado da lide, segundo a regra do art. 330, no II, se não for o caso de carência de ação ou ausência insanável de pressuposto processual (art. 329). Essa sistemática, que é do procedimento ordinário, impõe-se, igualmente, ao procedimento especial da ação de depósito, por força do disposto no art. 273.

Entre as respostas admitidas pelo direito processual, figuram, além da contestação, a exceção e a reconvenção. Todas são, hoje, possíveis perante a ação de depósito. Não há mais a restrição de inaplicar-se a reconvenção às ações de procedimento especial. Mormente naqueles casos em que (como na ação de depósito), após a contestação, o feito assume o procedimento ordinário, unânime é o entendimento doutrinário e jurisprudencial da plena compatibilidade do procedimento especial com a ação reconvençional.³⁴

1.244. Entrega da coisa

No procedimento especial da ação de depósito, a preocupação maior é de atingir a execução do dever de restituir, até então descumprido pelo depositário. Por isso, a citação, antes de ser para que o réu conteste o pedido, é para que ele entregue a coisa indevidamente retida. Por isso, se o demandado adere à pretensão do autor e faz a restituição, ocorre a satisfação do direito material deste, e a relação processual fica sem objeto, porque a lide desaparece. Sem resistência não há mais lide e sem lide não mais se justifica o processo.

Com a entrega da coisa depositada, o réu reconhece, de maneira evidente, a procedência do pedido. A consequência dessa atitude será a lavratura do termo de entrega, se esta se fizer judicialmente, e a decretação de extinção do processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, no II. Ao depositário, como parte sucumbente, tocará o encargo das despesas processuais e honorários do advogado do autor.

A oferta da coisa, pelo réu, nem sempre obriga o autor à sua imediata e irrestrita aceitação.

Pode enjeitá-la, por exemplo, quando não houver identidade entre a coisa devolvida e a depositada, ou quando estiver danificada ou desfalcada.

No caso de não ser a coisa restituída a mesma depositada, a recusa será definitiva. Quanto aos danos e desfalques, e outras situações similares, a rejeição do autor só pode ser para que se vistorie a coisa e se comprove exatamente o estado em que irá ocorrer a restituição. A recusa, portanto, será dilatória e não peremptória, porque a ação especial de depósito não comporta a solução de outras pretensões (como a de indenização de perdas e danos), como deixa claro o art. 901. Apuradas as danificações, o depositante levantará a coisa, ficando ressalvado o seu direito ao adequado ressarcimento, a ser demandado por ação indenizatória comum.³⁵ Mediante depósito judicial, destarte, pode o réu provocar a extinção do processo, mesmo quando o autor se oponha a receber a coisa por danos ou desfalques.

1.245. Consignação do equivalente econômico

A citação do depositário é feita, segundo o art. 902, no I, para “entregar a coisa depositada em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro”. Tendo a ação, contudo, o fito de executar a obrigação do depositário, que é fundamentalmente a de restituir a coisa sob sua guarda, não institui o dispositivo processual em destaque uma verdadeira alternativa em prol do demandado. A consignação (depósito em juízo) do valor da coisa custodiada é, assim, *alternativa secundária*, no sentido de que não cabe ao réu a livre escolha entre uma e outra das prestações sugeridas na citação.

Na verdade, a prestação que cumpre ao depositário, antes de tudo, é efetuar a “entrega da coisa depositada em juízo”. O seu equivalente em dinheiro só poderá ser consignado quando ocorrer a impossibilidade de restituir a própria coisa.³⁶ A não ser assim estar-se-ia transformando o contrato de depósito em instrumento de aquisição forçada ou compulsória da coisa pertencente ao depositante, porque ao depositário seria facultado reter a coisa e adquirir-lhe a propriedade independentemente da vontade do depositante.³⁷ Esse, evidentemente, não foi o objetivo do legislador processual ao redigir o art. 902, no I.

Existindo, ainda, a coisa, caberá sempre ao autor, portanto, o direito de exigir sua restituição *in natura*.

O desaparecimento da coisa devida, por sua vez, nem sempre sujeitará o depositário ao dever de consignar o equivalente, pois, se tiver sido provocado por força maior, a própria obrigação principal, que é a de restituir, terá sido extinta (Cód. Civil de 2002, art. 642; CC de 1916, art. 1.277). Mas, para obter o reconhecimento da exoneração de sua responsabilidade, incumbir-lhe-á o ônus da prova, visto que o caso fortuito ou força maior não se presume.

De maneira alguma pode o depositário cumprir a citação oferecendo em lugar da coisa depositada outro bem que não seja o equivalente em dinheiro. Esta é a única substituição que a lei lhe permite. A oferta de qualquer outro bem não elide a infidelidade praticada pelo depositário e não afasta, portanto, o risco da sanção respectiva, “visto que o seu encargo dirige-se à guarda e conservação de bens certos e determinados”.³⁸

1.246. Consignação da própria coisa

Entre as providências que a citação sugere ao depositário, figura o depósito judicial da coisa a restituir. Essa providência, na moderna regulamentação da ação de depósito, não figura mais como requisito ou condição para o exercício do direito de defesa do demandado. Com ou sem a consignação da coisa ou seu equivalente em dinheiro, livre será ao réu o direito de produzir sua contestação.³⁹

O depósito judicial, no entanto, é ainda medida de interesse prático relevante e pode ocorrer em situações de natureza diversa. Assim, por exemplo, se o réu tenta a entrega e o autor recusa a oferta, o depósito se apresentará como o caminho necessário para fazer cessar, para o depositário, a responsabilidade pelos riscos da coisa.

Esse depósito tanto poderá ser feito como medida final, tendente a dar cumprimento à obrigação do depositário, como providência de salvaguarda de interesses do réu, que pretende se defender contra os termos da ação que lhe é movida. Na primeira hipótese, o depósito é de natureza satisfativa e, uma vez comprovada sua regularidade, caberá ao juiz extinguir o processo com julgamento de mérito pondo a coisa à disposição do autor, e atribuindo ao réu os ônus da sucumbência.

Na segunda hipótese, o depósito tem a função de evitar que, com a entrega pura e simples, viesse o réu a sucumbir na causa por atitude que representaria reconhecimento da procedência do pedido. Lançando mão do depósito judicial, em lugar da restituição, o réu preserva o seu direito de discutir os fundamentos da ação, sem ficar em mora quanto à obrigação de restituir. É o que se passa, por exemplo, quando o depositário pretende contestar a ação ao argumento de que o uso da ação de depósito foi abusivo, por não ter sido a entrega da coisa reclamada em momento algum antes do ingresso em juízo.⁴⁰

Outra situação em que o réu se vê compelido a lançar mão do depósito judicial é aquela em que pretenda se defender através do direito de retenção, para reclamar ressarcimento de despesas feitas com a coisa ou dos prejuízos acarretados por sua guarda (Cód. Civil de 1916, arts. 1.278 e 1.279; CC de 2002, arts. 643 e 644).

1.247. Contestação

Diz o art. 902, § 2º, que, na sua resposta, “o réu poderá alegar, além da nulidade ou falsidade do título e da extinção das obrigações, as defesas previstas na lei civil”. O dispositivo é completamente inócuo, porque não limitou a área de defesa para o procedimento especial da ação de depósito e apenas reafirmou o óbvio. Assim, a resposta do réu pode versar sobre toda e qualquer matéria tendente a excluir ou restringir a obrigação reclamada pelo autor, bem como aos temas de defesa processual ligados às condições da ação e aos pressupostos do processo.

Entre as defesas mais comuns, nesse tipo de ação, podem-se citar:

a) a extinção da obrigação de restituir, porque já cumprida ou por alteração do título da posse, ou, ainda, por perecimento da coisa depositada, sem culpa do depositário (Cód. Civ. de 1916, art. 1.277; CC de 2002, art. 642);

b) a compensação, mas apenas se fundada em outro depósito (Cód. Civ. de 1916, art. 1.273; CC de 2002, art. 638);

c) a divisibilidade do depósito e a inexistência de solidariedade, no caso de depósito sob a guarda de várias pessoas (Cód. Civ. de 1916, art. 1.274; CC de 2002, art. 639);

d) o direito de retenção por gastos e prejuízos provenientes do depósito (Cód. Civil de 1916, art. 1.278; CC de 2002, art. 643). Neste caso, a defesa é meramente dilatória. Se acolhida, não dispensa o depositário da obrigação de restituir; apenas condiciona a entrega ao prévio ressarcimento do crédito do depositário, conforme se apurar e liquidar no processo.⁴¹

Quanto à defesa de ineficácia do negócio jurídico, urge distinguir entre a nulidade (Cód. Civil de 1916, art. 145; CC de 2002, art. 166) e a anulabilidade (Cód. Civil de 1916, art. 147; CC de 2002, art. 171). A primeira é arguível em simples contestação, mas a segunda exige reconvenção.⁴²

A falsidade do título configura situação de inexistência da relação jurídica e, como tal, equipara-se à nulidade absoluta, podendo, por isso, ser alegada através de contestação.

1.248. Sentença e execução

A sentença que acolhe o pedido do depositante é sentença condenatória, pois impõe ao depositário o comando de restituir a coisa depositada ou seu equivalente em dinheiro. Sua especificidade, no entanto, reside na *força executiva imediata*. Diversamente do que se passava com as condenações comuns, que só eram exequíveis por meio de outro processo, a da ação de depósito implicou sempre a ordem de pronta *expedição de mandado de entrega* (art. 904), o que se cumpria de imediato, dentro do próprio processo condenatório (vide, *supra*, o no 1.235).⁴³ Essa natureza *executiva* da sentença da ação de depósito atualmente não é mais um apanágio de seu procedimento especial. Após a introdução no CPC do art. 461-A, pela Lei no 10.444, de 07.05.2002, todas as sentenças que condenam à entrega de coisa passaram a contar com a força executiva imediata. Cumprem-se por expedição de simples mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, caso o condenado não realize a prestação no prazo assinado na sentença, sem depender da instauração da *actio iudicati* (art.461-A, § 2º).

Quando houver depósito judicial da coisa ou consignação de seu valor em dinheiro, e essas providências tiverem sofrido impugnação do autor, caberá à sentença dirimir a controvérsia instaurada entre as partes. Se o caso for de alegação de extinção do vínculo de depósito, e a defesa vier a ser acolhida, o decisório determinará o levantamento do eventual depósito, mas em favor do réu.

O acolhimento do pedido de retenção provoca sentença condenatória condicionada: o mandado de entrega só será expedido após o pagamento ou depósito do crédito reconhecido em favor do depositário.

Diante do conteúdo que a lei determina para o mandado de entrega, terá sempre o juiz de, na sentença condenatória, arbitrar o valor da coisa a ser restituída. Isto porque o comando dessa ordem judicial haverá de ser para “a entrega, em 24 horas, da *coisa* ou do *equivalente em dinheiro*” (art. 904).

Consoante o disposto no art. 902, esse valor será o fixado no título do depósito e, na sua falta, o que o autor houver estimado na petição inicial. Havendo impugnação, terá o juiz de arbitrá-lo conforme a prova dos autos.⁴⁴ Sendo, porém, o ônus da prova atribuído ao depositário, na dúvida, o que prevalece é a estimativa do autor, que só será desprezada quando manifestamente exagerada.⁴⁵

Quanto à pena de prisão civil para o depositário infiel, sanção vetada atualmente pelo STF,

não era ela aplicada desde logo na sentença de procedência do pedido. Primeiro haveria de ser expedido o mandado de entrega e somente depois de comprovado seu descumprimento pelo réu é que, em outra decisão (de caráter interlocutório), estaria o juiz em condições de decretar a medida coercitiva, como deixava bem claro o parágrafo único do art. 904 (sobre o tema, v. o nº 1.242, *supra*).46

Dessa duplicidade de decisões decorria também a duplicidade de recursos interponíveis, na espécie: contra a sentença, cabia apelação (art. 513); contra a decisão decretatória da prisão civil, o caso era de agravo de instrumento, a que, excepcionalmente, se podia atribuir o efeito suspensivo (art. 558).47

1.249. Outras providências executivas

Além do mandado de entrega em 24 horas, prevê o código mais duas medidas de caráter executivo de que se pode valer o autor, no caso de frustração da ordem judicial de restituição: o mandado de busca e apreensão (art. 905) e a execução por quantia certa (art. 906).

Assim, mesmo que tenha havido depósito do equivalente, se se descobrir a coisa depositada, lícito será ao autor a obtenção de mandado de busca e apreensão para que a sentença seja executada *in natura*, como é de seu direito. Tão logo cumprida a diligência, que é sumária e não depende do processo normal de execução para entrega de coisa certa, o objeto do depósito será liberado ao exequente. O depósito do valor do bem, acaso consignado pelo depositário, ser-lhe-á restituído, descontados os encargos processuais que deva suportar.

Essa medida autorizada pelo art. 905 evidencia que o objeto do direito do autor é, realmente, *coisa certa* (isto é, a coisa depositada), e que as outras providências nada mais são do que veículos para chegar a essa prestação. Por isso, uma vez atingida a meta, devem cessar ou extinguir-se.

Quando, finalmente, não consegue o autor, pelas vias expeditas e enérgicas da ação de depósito, obter nem a entrega da coisa nem o seu equivalente em dinheiro, resta-lhe ainda um último remédio: o de promover a execução por quantia certa, para haver o que lhe foi reconhecido pela sentença, ou seja, o valor da coisa depositada, segundo o valor fixado na sentença, mais os encargos da sucumbência (art. 906). Não cabe aqui a exigência de perdas e danos ou outras reparações decorrentes do inadimplemento, que só poderão ser exigidas através de ação própria, conforme já se expôs (v. nº 1.233, *retro*).

O rito do cumprimento da sentença, na hipótese do art. 906, será o comum das obrigações de quantia certa (arts. 475-J e segs.).

1.250. Depositário judicial

O depositário judicial (caso de penhora, sequestro, arresto etc.) não exerce depósito contratual, mas depósito necessário (*legal*). Sua função está diretamente vinculada ao juiz, e não às partes do processo, pois desempenha atividade auxiliar do juízo (atividade pública especial). Não se pode, entretanto, negar o interesse que ambas as partes têm no fiel desempenho das funções a cargo do depositário judicial: como mais frequentemente ocorre, o executado é o dono do objeto depositado em juízo, e o exequente conta com esse mesmo objeto para realizar seu

crédito ajuizado.⁴⁸ Em outras circunstâncias, existe uma ordem judicial para que o bem seja entregue a uma determinada pessoa. Em todos os casos, evidente é o interesse do particular em exigir do depositário judicial a restituição da coisa indevidamente retida ou desviada, segundo as regras próprias da ação de depósito.⁴⁹

Sempre houve, entretanto, grande divergência sobre o cabimento da prisão civil como medida coercitiva contra o depositário judicial, independentemente da ação de depósito. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵⁰ e do Supremo Tribunal Federal,⁵¹ no entanto, se inclinava por admitir a sanção, como exercício do poder de polícia do juiz da causa, praticado incidentalmente no processo em que o depósito se aperfeiçoara. Outros tribunais, porém, resistiam a esse entendimento.⁵²

A Lei nº 11.382/2006 pôs fim ao dissídio, adotando no § 3º do art. 666 a orientação que vinha prevalecendo no STJ e no STF. Portanto, passou a constar de disposição expressa do Código de Processo Civil a autorização ao juiz para decretar a prisão civil do depositário judicial infiel, sem depender da existência da ação especial de depósito.⁵³

Sem embargo de permitido o decreto incidental da prisão civil do depositário judicial que não restitui os bens sob sua custódia, não cabe ao juiz fazê-lo sem antes ensinar-lhe o direito de defesa e esclarecimento sobre o desaparecimento dos objetos penhorados. A garantia do contraditório e ampla defesa não lhe pode ser negada, sob pena de grave ofensa aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição. Até mesmo a possibilidade de depositar o preço do bem penhorado era admitida como defesa capaz de evitar a prisão, na espécie.⁵⁴

Uma reviravolta completa, enfim, ocorreu na jurisprudência do STF, cujo plenário decidiu, no HC 87.585/TO, não ser mais admissível a prisão civil do depositário infiel, por completa incompatibilidade da legislação ordinária que a previa com os tratados internacionais dos Direitos do Homem, a que o Brasil aderiu. A Súmula nº 619, por isso, foi revogada pelo STF (ver, *retro*, o nº 1.240).

1.251. Penhor mercantil, industrial e rural

O sistema bancário utiliza frequentemente a garantia do penhor mercantil de mercadorias em operações de financiamento ao comércio e à indústria. Por dificuldade prática de remoção dos bens apenhadados, costuma-se convencionar que o próprio devedor, ou algum administrador da empresa financiada, encarregue-se da guarda do penhor como depositário. Esse mecanismo jurídico, sem embargo de sua grande utilidade e evidente eficácia prática, tem sido, às vezes, questionado ao pretexto dogmático de que “o penhor mercantil pressupõe a tradição da coisa apenhada” e que, por isso mesmo, “sem tradição, não há penhor mercantil”.⁵⁵

Da ineficácia do penhor mercantil ajustado sem tradição efetiva decorreria o descabimento da ação de depósito para que o credor pignoratício pudesse reclamar a restituição dos bens da garantia deixados em custódia junto ao devedor ou algum administrador da sociedade financiada.

Sobre o tema, ensina Pontes de Miranda que, de fato, “o penhor mercantil não se estabelece se ao acordo de constituição não se junta a posse”. Adverte, porém, que a tradição, *in casu*, não precisa ser real, podendo ser efetivada, eficazmente, através do *constituto possessório*.⁵⁶

O STF, julgando causa em que a questão foi suscitada, considerou que, se um dos diretores da sociedade devedora assume a condição de depositário da mercadoria apenhada, o caso não é

nem mesmo de tradição simbólica ou constituto possessório, mas sim de “entrega efetiva, não, é certo, ao credor, mas – o que é o mesmo – à pessoa por ele designada”.⁵⁷ Em outra oportunidade, o mesmo STF voltou a examinar caso análogo, em cujo julgamento ficou bem acentuado:

“O penhor mercantil admite a entrega simbólica dos objetos. Uma vez celebrado o penhor mercantil e nomeado depositário para os bens respectivos, a aceitação do encargo faz presumir a tradição dos objetos dados em garantia, e a falta de sua entrega caracterizará a infidelidade do depositário, que assim fica sujeito às sanções previstas.”⁵⁸

A doutrina moderna, espelhada na lição de Rubens Requião e Miranda Valverde, também é no sentido de que “no penhor mercantil tem-se admitido a validade da cláusula *constituti*, isto é, a tradição do objeto ou coisa móvel sem o ato material, continuando ele em poder do devedor, que o detém como depositário”.⁵⁹ É que “as atividades mercantis, para cujo sucesso se impõe o informalismo, não suportam as exigências da tradição real das mercadorias empenhadas em mãos do credor, que, no mais das vezes, não se encontra aparelhado para recebê-las como depositário. A admissibilidade da cláusula *constituti* contorna, assim, sérios problemas na prática mercantil”.⁶⁰

Disso se conclui:

a) tanto a tradição real como a tradição simbólica se prestam ao aperfeiçoamento do penhor mercantil;

b) a nomeação de depositário, no próprio contrato de penhor, para as mercadorias empenhadas, representa forma de tradição real, porque o depositário passa à condição de possuidor à ordem do credor;

c) a falta de entrega dos bens pelo depositário, quando reclamada pelo credor pignoratício, importa infidelidade, cuja apuração e solução podem ser buscadas através da ação de depósito.⁶¹

O Código Civil de 2002 encerrou a controvérsia, ao submeter o penhor mercantil ao mesmo regime já adotado para o penhor rural e industrial, onde a tradição não se exige como requisito de aperfeiçoamento da garantia real. Eis o que dispõe, a respeito, o atual Código Civil: “No penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar” (art. 1.431, parágrafo único). Tem-se, portanto, nessas hipóteses, depósito legal da garantia em poder do devedor.⁶²

1.252. Alienação fiduciária em garantia

Hoje, graças à equiparação, procedida pela legislação do mercado de capitais, do contrato de alienação fiduciária em garantia ao de depósito, a ação especial de depósito tornou-se das mais frequentes no foro.

O mecanismo procedimental da excussão desse tipo de garantia real, disciplinado pelo Dec.-Lei nº 911/69, impõe certos condicionamentos ao credor fiduciário para o manejo da ação de depósito.

Em primeiro lugar, não está o credor autorizado a ingressar diretamente em juízo com *actio depositi*, pelo simples fato da mora ou inadimplemento do devedor fiduciante. Antes terá de recorrer à ação de busca e apreensão e somente depois de comprovado em seu bojo o desvio do

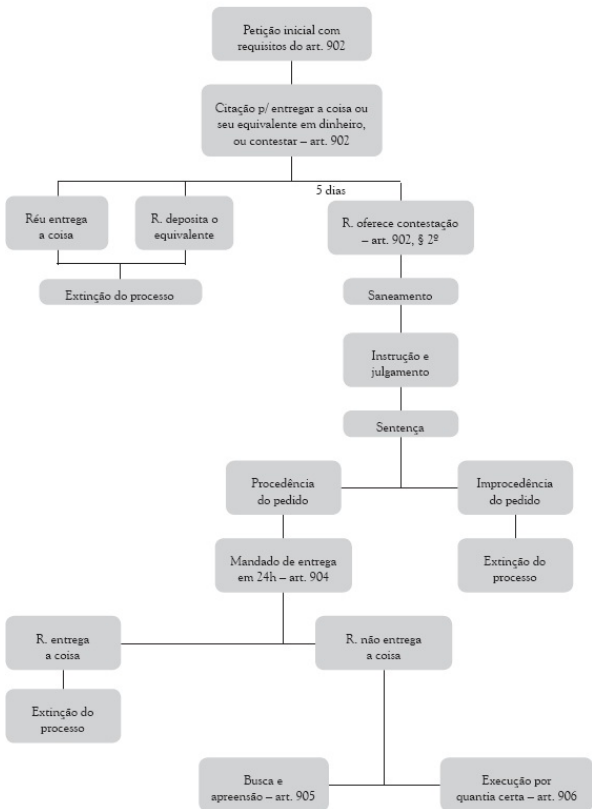
bem gravado é que se poderá pretender a *conversão* em ação de depósito (Dec.-Lei no 911, art. 4o).⁶³

Por outro lado, uma vez apurado o insucesso da busca e apreensão, não há necessidade de iniciar-se um novo processo para exercitar a pretensão de depositante. Através de requerimento do credor, a própria ação de busca e apreensão será *convertida* em ação de depósito. Tal, entretanto, não pode ser deliberado *ex officio* pelo juiz; dependerá sempre de requerimento expresso do autor, em cujos termos deverão figurar os requisitos legais da petição inicial da *actio depositi*;⁶⁴ e provocará a realização de nova diligência citatória, nos termos e com os preceitos específicos da ação de depósito.

Uma outra adaptação que se impõe, em face da estrutura própria da alienação fiduciária em garantia, ocorre no pertinente à restituição do equivalente econômico da coisa depositada. No depósito comum, o direito principal do depositante é a própria coisa custodiada; já na alienação fiduciária em garantia, o depósito existe como veículo de realização do direito creditório do depositante. Logo, o demandado, para cumprir a alternativa de restituir a coisa ou seu equivalente em dinheiro, não se sujeitará à consignação do valor integral do bem depositado, mas terá de repor apenas o que for correspondente ao *quantum* do crédito, se este for menor do que o preço da coisa vinculada.⁶⁵

Fluxograma no 57

AÇÃO DE DEPÓSITO
(arts. 901-906)



- 1 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, vol. II, p. 218; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, vol. III, n. 247, p. 313.
- 2 MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 233.
- 3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, n. 247, p. 316.
- 4 A jurisprudência do STJ é no sentido de que “a ação de depósito é adequada para o cumprimento da obrigação de devolver coisas fungíveis, objeto de contrato clássico, ainda que seja o irregular, e não o propriamente dito” (STJ, 4a T., REsp. nº 50.830/PR, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. de 07.10.1997, *RSTJ* 106/313). No mesmo sentido: STJ, 3a T., REsp. nº 418.973/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 04.06.2002, *DJU* de 25.11.2002, p. 231; STJ, 4a T., REsp. nº 68.024/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 23.11.2000, *DJU* de 30.04.2001, p. 136. Em sentido contrário, há um acórdão não unânime e mais antigo da 3a Turma do STJ (REsp. nº 137.616/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 08.08.2000, *DJU* de 04.12.2000, p. 64). Já se decidiu, porém, que, versando o contrato sobre “cabeças de gado bovino, identificadas apenas por quantidade, sexo e raça”, seu objeto será “coisa fungível”, de sorte que “descabida a ação de depósito”, tornando-se aplicáveis “as regras do mútuo” (STJ, 4a T., REsp. nº 299.658/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. de 13.02.2007, *DJU* de 05.03.2007, p. 287).
- 5 “Ação de depósito. Se a obrigação é de restituir a mercadoria ou o equivalente em dinheiro, tipificou-se contrato de venda condicional, e não o de depósito. Improvimento, pelo fundamento da carência de ação reconhecida recursalmente, e afirmação de extinção do processo” (TJRS, Ap. nº 33.854, ac. de 20.10.1979, Rel. Des. Cristovam Daiello Moreira, *in Rev. Jurisp.* TJRS 81/320). Da mesma maneira, se a tradição da coisa não chegou a ocorrer entre os contratantes, falta cabimento à ação de depósito (STJ, REsp. 15.991-0/RJ, ac. de 30.05.1995 *in RSTJ* 82/195). No mesmo sentido: TJPR, Ag. nº 3.203-3, ac. de 06.06.1990, *in Paraná Judiciário* 34/42.
- 6 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. XIII, 1977, p. 62.
- 7 MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, vol. IV, n. 548, p. 625-626.
- 8 MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, n. 232, p. 140.
- 9 MOREIRA ALVES, José Carlos. *Op. cit.*, *loc. cit.*
- 10 LEITÃO, José Ribeiro. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 123.
- 11 MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Op. cit.*, n. 549, p. 626-627. João Edson de Melo lembra e endossa a crítica de Matírollo, para quem a prisão civil é sempre um “expediente vexatório”, de “flagrante violação dos princípios fundamentais do direito” e “um absurdo econômico” (“Aspectos da Ação de Depósito”, *in Rev. Bras. de Dir. Proc.* 10/79).
- 12 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. XIII, p. 63.

- 13 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. VIII, t. III, n. 140, p. 164, nota 206.
- 14 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 140, p. 163.
- 15 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 140, p. 164.
- 16 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, vol. III, n. 247, p. 315.
- 17 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 63; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 146, p. 169.
- 18 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 69; SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. VI, n. 41, p. 35-37; COUTO E SILVA, Clóvis do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1977, vol. XI, t. I, n. 48, p. 62.
- 19 “Ainda que o CPC fale em ‘prova literal do depósito’ (art. 902), entende-se que a prova se faz por escrito. Mas escrito não é da substância do ato. Consequentemente, à vista do que dispõe o art. 135, parág. único, do Cód. Civ., o instrumento do depósito poderá ser suprido por outras provas” (1o TACiv.SP, Ap. no 328.590, ac. de 04.09.1984, Rel. Juiz Regis de Oliveira, in RT 591/129). No mesmo sentido: STJ REsp. 2.579/RS, ac. de 14.05.1990, in DJU de 11.06.1990, p. 5.362; STJ, REsp. 50.830, ac. de 07.10.1997, in RSTJ 106/313.
- 20 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 153, p. 185.
- 21 Tanto não desaparece a obrigação de restituir por parte do herdeiro do depositário que quando alienar de boa-fé a coisa depositada, o Código Civil lhe impõe o dever de assistir o depositante na reivindicação (art. 637, CC de 2002). E no caso de venda de má-fé, responderá por perdas e danos (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, vol. III, n. 11.3, p. 250).
- 22 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. XIII, p. 66; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 145, p. 168.
- 23 2o TACiv. SP, Ap. no 51.165, ac. de 22.12.1976, Rel. Juiz Álvares Cruz, in RT 501/148; 1o TACiv.SP, Ag. no 646.336-3, ac. de 26.10.1995, in JTACiv.SP 157/45.
- 24 STF, RHC no 54.328, ac. de 23.04.1976, Rel. Min. Leitão de Abreu, in RTJ 77/799; STF, HC no 70.101/PR, ac. de 25.05.1993, in RTJ 149/164; STF, HC 71.038-7/MG, ac. de 15.03.1994, in DJU de 13.05.1994, p. 11.339.
- 25 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 67; SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, n. 47, p. 42; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 145, p. 169.
- 26 STF, Pleno, RE 349.703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, ac. 03.12.2008; Pleno, RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; Pleno, HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 03.12.2008.
- 27 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 71.
- 28 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 141, p. 165.
- 29 STF, RE no 85.755, ac. de 19.04.1977, Rel. Min. Moreira Alves, in RTJ 83/270; RE no 106.111, ac. de 27.08.1985, Rel. Min. Rafael Mayer, in RTJ 115/473.
- 30 STF, Pleno, Emb. de Div. no RE no 92.847, ac. de 03.05.1984, Rel. Min. Moreira Alves, in RTJ 113/626.
- 31 A medida coercitiva da prisão civil só tem cabimento para assegurar o cumprimento da obrigação principal do depositário, que é a entrega da coisa. Não pode ser utilizada para forçar a execução de perdas e danos, de outros ajustes avençados em transação para

- extinguir a ação de depósito, ou das verbas decorrentes da sucumbência, como os honorários de advogado e as custas processuais (TJMG, Ag. no 13.976, ac. de 25.08.1975, Rel. Des. Hélio Costa, in *DJMG* de 11.09.1975). No mesmo sentido: STF, *HC* 75.180-6/MG, ac. de 10.06.1997, in *DJU* de 01.08.1997, p. 33.467.
- 32 RISTEIFFE NETO, Paulo. “A Nova Ação de Depósito”, in *Rev. Forense* 246/327.
- 33 STJ, 4^a T., REsp no 68.024/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 23.11.2000, *DJU* de 30.04.2001, p. 136; STJ, 3^a T., REsp no 418.973/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 04.06.2002, *DJU* de 21.11.2002, p. 231.
- 34 COUTO E SILVA, Clóvis do. *Op. cit.*, n. 57, p. 69; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 74.
- 35 MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Op. cit.*, n. 571, p. 655; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 72; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 160, p. 195. “Na ação de depósito, verificado que o objeto é o mesmo, não cabe mais qualquer indagação sobre o seu estado” (2^o TACiv.SP, ac. de 26.09.1973, in *RT* 458/178). No mesmo sentido: 1^o TACiv.SP, Ag. 569.901/6, ac. de 01.03.1994, in *RT* 709/99.
- 36 COUTO E SILVA, Clóvis do. *Op. cit.*, n. 49, p. 63.
- 37 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 159, p. 193.
- 38 STJ, 4^a T., *HC* 70.440/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 27.11.2007, *DJU* 17.12.2007, p. 172.
- 39 TJMG, Ap. no 38.762, Rel. Des. Horta Pereira, in Sálvio de Figueiredo, *Código de Processo Civil*, Forense, 2^a ed., pp. 203-204.
- 40 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, n. 57, p. 51.
- 41 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, n. 54, p. 49.
- 42 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 163, p. 198.
- 43 COUTO E SILVA, Clóvis do. *Op. cit.*, n. 61, p. 73.
- 44 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *op. cit.*, n. 172, p. 211.
- 45 O TJMG, na Ap. no 65.101, decidiu que, mesmo silenciando-se a sentença sobre o valor dos bens depositados, não pode o réu pretender liquidação para seu cálculo, se da inicial constou a estimativa feita pelo autor, sem impugnação do réu, e em consonância com o valor constante das notas fiscais da mercadoria depositada (voto do Des. Humberto Theodoro).
- 46 Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 10^a ed., p. 258; Sálvio de Figueiredo Teixeira, *op. cit.*, p. 204. A prisão civil não pode mais ser aplicada ao depositário infiel, como decidiu o STF no *HC no* 87.585/TO (ver, *retro*, o item no 1.240).
- 47 NEGRÃO, Theotônio. *Op. cit.*, *loc. cit.*
- 48 A ideia de restituição do bem depositado, que se contém na finalidade da ação de depósito, não é incompatível com o interesse da parte em que a coisa penhorada seja restituída ao processo e ao controle da autoridade judiciária (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 149, p. 176-177).
- 49 Se há ordem judicial de entrega do bem a determinada pessoa, não se pode sequer duvidar da legitimidade ativa dessa pessoa para pedir a entrega da coisa depositada, através da ação de depósito. O destinatário do mandado é justamente aquele a quem, no momento, corresponde o direito à entrega da coisa (AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed., 1959, vol. II, p. 175; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n.

- 144, p. 167).
- 50 STJ, 3a T., REsp. 149.102/RS, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 17.02.1998, *RSTJ* 111/200. “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito” (STF, Súmula nº 619).
- 51 STF, 2a T., RE 103.164-SP, Rel. Min Carlos Madeira, ac. 07.03.1986, *RTJ* 118/228; STF, 1a T., HC 71.038.7-MG, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 15.03.1994, *DJU* 13.05.1994, *RT* 708/243.
- 52 TJSP, 2a Câ. Civ., HC 169.671-1/9, Rel. Des. Cezar Peluso, ac. 17.03.1992, *RT* 690/77; TJRS, 3a Câ. Civ. AI 595062472, Rel. Des. Araken de Assis, ac. 25.05.1995, *RJTJERS* 173/242.
- 53 “No depósito judicial, o depositário representa a *longa manus* do juízo da execução, seu auxiliar e órgão do processo executório, com poderes e deveres próprios no exercício de suas atribuições, cumprindo-lhe, no exercício do mister, guardar e conservar os bens apreendidos, estando sempre pronto a apresentá-los em juízo. A falta de argumentos plausíveis a justificar o descumprimento do dever de guarda legítima a prisão civil do depositário judicial” (STJ, 2a T., AgRg. no HC nº 30.045/SP, Rel. Min. João Otávio Noronha, ac. 26.08.2003, *DJU* de 06.10.2003, *RT* 823/156).
- 54 “Precipitada a expedição de mandado prisional”, antes da intimação do depositário “para apresentar os bens que estão sob sua guarda, ou o valor equivalente” (STJ, 2a T., HC 31.466-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 09.12.2003, *DJU* 14.06.2004, p. 186. No mesmo sentido: STJ, 4a T., HC 30.099-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, ac. 02.10.2003, *DJU* 10.11.2003, *RT* 824/158; STJ, 4a T., HC 23.880-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 19.11.2002, *DJU* 16.12.2002, p. 339).
- 55 TARJ, Ap. nº 51.468, ac. de 15.06.1976, Rel. Juiz Renato Maneschy, in *R. Forense* 259/188; 1o TACiv. SP, Ap. nº 406.999-1/00, ac. de 21.08.1989, in *JTA* 118/224; 1o TACiv.SP, Ap. nº 473.110-8/00, ac. de 20.04.1993, in *JUIS – Saraiva* nº 14; TAMG, Ap. nº 5.348-9, ac. de 21.05.1990, in *JUIS – Saraiva* nº 14.
- 56 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, vol. 20, § 2.575, p. 432.
- 57 STF, RE nº 74.177, ac. de 26.10.1973, Rel. Min. Antônio Nêder, in *RTJ* 68/142 e 145; TAMG, Ap. nº 207.553-8, ac. de 08.12.1996, in *JUIS – Saraiva* nº 14.
- 58 STF, RE nº 72.500, ac. de 30.04.1974, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, in *RT* 476/235; STJ, REsp. nº 7.187/SP, ac. de 12.05.1992, in *RSTJ* 39/370; TACiv.RJ, Ap. nº 8.194/1995, ac. de 29.11.1995, in *JUIS – Saraiva* nº 14.
- 59 MIRANDA VALVERDE, Trajano. *Comentários à Lei de Falências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, vol. II, n. 626, p. 301.
- 60 REQUIÃO, Rubens. “Comentário”, in *Rev. de Dir. Mercantil*, nova série, São Paulo: RT, 1971, vol. I, p. 88.
- 61 TJMG, Ap. nº 68.614, ac. de 26.09.1985, Rel. Des. Humberto Theodoro; TAMG, Ap. nº 48.082, ac. de 12.10.1989, in *DMG* de 02.10.1990.
- 62 Há divergência jurisprudencial quanto à aplicação da prisão civil nos casos de depósito constituído como instrumento de garantia do mútuo ou de outro contrato. O STF entende que é legítima a prisão civil em caso, por exemplo, de penhor rural, alienação fiduciária e penhor mercantil, “ainda que se trate de depósito ou de coisa fungível” (STF, 1a T., HC nº 75.900-

- 9/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. de 23.06.1998, *DJU* de 21.08.1998, p. 2, *RT* 759/137; STF, Pleno, *HC* nº 72.131/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, ac. de 23.11.1995, *DJU* de 01.08.2003, p. 103; STF, 2ª T., *HC* nº 74.473/PR, Rel. Min. Francisco Rezek, ac. de 03.12.1996, *RTJ* 163/696). Já o STJ tem decidido que no penhor de coisas fungíveis, aplicando-se as regras do mútuo, “não cabe a ação de depósito com pedido de prisão do devedor” (STJ, 3ª T., REsp. nº 11.108/RS, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. de 08.10.1991, *RSTJ* 39/438). Embora cabível a ação de depósito, *in casu*, fica excluída “a cominação de caráter pessoal” (STJ, 4ª T., REsp. nº 12.507-0/RS, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. de 01.12.1992, *DJU* de 01.02.1993, p. 465). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp. nº 188.462/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 26.10.1999, *DJU* de 15.05.2000, p. 165. Não cabe, para o STJ, prisão civil do devedor de contrato de alienação fiduciária (STJ, 6ª T., *HC* nº 2.155/SP, Rel. Min. Vicente Cernichiaro, ac. de 22.03.1994, *RSTJ* 67/145; STJ, Corte Especial, Emb. Div. no REsp. nº 149.518/GO, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 05.05.1999, *RT* 777/145). Não mais admite o STF a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a natureza do depósito (STF, Pleno, *HC* 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 03.12.2008).
- 63 1º TACiv.SP, Ap. nº 289.174, ac. de 21.09.1982, Rel. Juiz Nelson Altemani, in *Rev. Forense* 285/192; Adroaldo Furtado Fabrício, *op. cit.*, nº 151, p. 179; STJ, REsp. nº 164.858/SP, 4ª T., ac. de 03.11.1998, in *DJU* de 15.03.1999, p. 235.
- 64 RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia Fiduciária*. São Paulo: Ed. RT, 1975, p. 507.
- 65 TJSP, Ap. nº 44.378, ac. de 10.06.1976, Rel. Des. Maércio Sampaio, in *RT* 495/149; 1º TACiv.SP, Ap. nº 289.211, ac. de 31.10.1982, Rel. Juiz Álvaro Lazzarini, in *RT* 560/114; STJ, REsp. nº 6.380/PR, ac. de 04.12.1990, in *DJU* de 04.02.1991, p. 578; STJ, REsp. nº 49.649-7/MG, ac. de 23.08.1994, in *DJU* de 26.09.1994, p. 25.656. Adroaldo Furtado Fabrício, *op. cit.*, nº 151, p. 180; Paulo Restiffe Neto, “A Nova Ação de Depósito”, in *Rev. Forense* 246/320; STJ, 4ª T., REsp nº 285.209/MT, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 17.04.2001, *DJU* de 13.08.2001, p. 165; STJ, 3ª T., REsp nº 466.923/MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, ac. 22.05.2003, *DJU* de 23.06.2003, p. 358.

§ 204. TÍTULOS AO PORTADOR

Sumário: 1.253. Tutela processual do título ao portador. 1.254. Títulos ao portador tuteláveis.

1.253. Tutela processual do título ao portador

Título ao portador é o que resulta do negócio jurídico em que o devedor se compromete a realizar a prestação a qualquer pessoa que, no momento devido, lhe apresente o instrumento da obrigação.¹

O direito à prestação prometida, portanto, fica condicionado à apresentação física do título, de sorte que o documento é mais do que instrumento ou prova do direito subjetivo: é o próprio objeto da relação jurídica, visto que, sem ele, a pretensão ao recebimento da prestação prometida não se mostra exercitável perante o devedor.²

Há, por isso, relevância jurídica na posse ou propriedade do *papel*, sem o qual ninguém, em princípio, poderá agir contra o devedor. Daí a existência de remédios processuais para a defesa da *posse* e *propriedade* do título ao portador, em casos como o de perda, extravio, inutilização ou desapossamento injusto, sofridos pelo legítimo dono ou possuidor.³

1.254. Títulos ao portador tuteláveis

Nos diversos ramos do direito, e não apenas no direito civil, nota-se a presença de títulos ao portador, sendo, aliás, muito mais frequente a presença destes papéis no direito comercial e no direito público.

Em matéria de direito mercantil, as ações de sociedades anônimas podiam ser emitidas ao portador e, no caso de extravio, perda ou destruição, sujeitavam-se ao tratamento processual dos arts. 907 a 913 (Lei nº 6.404/76, art. 38).⁴ Já, porém, quanto aos títulos cambiários, a Lei nº 2.044/1908 prevê procedimento próprio para a respectiva recuperação (art. 36). O mesmo se passa em relação ao *warrant* (Dec. nº 1.102/1903, art. 27) e ao conhecimento de frete ou de transporte ao portador (Dec. nº 19.473/30, art. 90). Disso resulta que os arts. 907 a 913 não se aplicam à anulação e recuperação nem dos títulos cambiários nem dos *warrants* e conhecimentos de frete ou de transporte ao portador.⁵

Os títulos da dívida pública ao portador também escapam ao regime da ação de recuperação regulado pelo Código de Processo Civil, de acordo com a Lei nº 4.728/65, art. 71. O Tesouro paga suas obrigações sem outra preocupação que a apresentação do título, de sorte que

“isto significa, pura e simplesmente, que os títulos da dívida pública não são recuperáveis, na hipótese de perda ou extravio”. Seu regime, em última análise, é equivalente ao do papel-moeda.⁶

Entre os papéis que se beneficiam da ação de recuperação, porém, não figuram apenas os que ostentem a solene denominação oficial de “título ao portador”. Qualquer escrito que corporifique uma obrigação realizável em prol do portador, mesmo que não assinado pelo expedidor, como, por exemplo, bilhete de ingresso a teatros ou a meios de transporte, pode submeter-se, em caso de perda ou desapossamento injusto, ao procedimento recuperatório.

Para esse fim, também não é indispensável que o título tenha sido, desde a origem, lançado como ao portador. Para os fins de que se cuida, o título a recuperar pode ter sido criado como nominativo, tornando-se ao portador, mais tarde, através de endosso em branco.

Nem se reclama a perfeição formal do título perdido ou subtraído. Títulos incompletos, com dados em branco, podem extraviar-se, gerando legítima pretensão à anulação ou recuperação. O procedimento, *in casu*, é bom lembrar, não se destina a definir a validade e eficácia da cártula, em face da legislação especial que a regula, mas a defender a posse do documento, no estado em que se achava.

§ 205. PROCEDIMENTOS DESTINADOS À TUTELA DOS TÍTULOS AO PORTADOR

Sumário: 1.255. Procedimentos especiais referentes aos títulos ao portador. 1.256. Ação de reivindicação. 1.257. Ação de anulação e substituição. 1.258. Legitimação. 1.259. Competência. 1.260. Especialidade do procedimento (petição inicial e citações). 1.261. Justificação liminar. 1.262. Contestação. 1.263. Posição processual do devedor. 1.264. Sentença. 1.265. Ordem de substituição do título. 1.266. Destruição do título.

1.255. Procedimentos especiais referentes aos títulos ao portador

Sob o rótulo de “ação de anulação e substituição de títulos ao portador”, o Código de Processo Civil, nos arts. 907 a 913, cuida de remédios processuais para solução de três pretensões distintas, relacionadas com a posse e propriedade de título ao portador, a saber: a pretensão *reivindicatória*, a pretensão *anulatória* e a pretensão *substitutória*.

Especificando os objetivos dos procedimentos especiais reunidos sob a epígrafe de “ação de anulação e substituição de títulos ao portador”, dispõe o art. 907 que “aquele que tiver perdido título ao portador ou dele houver sido injustamente desapossado poderá: I – reivindicá-lo da pessoa que o detiver; II – requerer-lhe a anulação e substituição por outro”.

Há, é certo, outras pretensões derivadas dos mesmos títulos que também merecem tutela processual. Seu tratamento em juízo, no entanto, não se dará no âmbito dos procedimentos ora em cogitação.

Nota-se, outrossim, que o título da ação especial, adotado pelo Código – “Ação de anulação e substituição de títulos ao portador” – é menor do que o conteúdo regulamentado, já que, logo de início, o art. 907 cogita também da “ação de reivindicação”. O legislador talvez tenha sido levado a restringir o nome da ação porque, de fato, a tramitação especial criada não se refira ao pedido reivindicatório, que praticamente será processado e julgado segundo o procedimento comum, ou seja, o ordinário ou sumário, conforme o valor do título. Na verdade, o que houve foi apenas a lembrança no art. 907, no I, da possibilidade de acolher-se, processualmente, a pretensão reivindicatória em torno de título ao portador; mas sem instituir-se rito especial para tanto.

1.256. Ação de reivindicação

A ação de reivindicação do título ao portador pressupõe posse atual do demandado e perda anterior dela pelo autor, de maneira “injusta”. No direito lusitano, entende-se que a injustiça do

desapossamento tem de completar-se com a má-fé do atual possuidor, de tal maneira que nunca seria manejável a reivindicatória contra subadquirentes da cártula que a tivessem negociado de boa-fé.⁷ Aqui, também, entre nós, já se adotou semelhante posicionamento em doutrina⁸ e jurisprudência.⁹ A aparência, no entanto, só consolida a aquisição do terceiro de boa-fé, de maneira absoluta, quando se trata de título cambiário ou cambiariforme; não em face dos demais títulos ao portador.¹⁰

Para o direito civil, se a perda da posse se deu contra direito, é irrelevante a aquisição de boa-fé por terceiro.¹¹ A análise da injustiça da perda da posse é feita apenas com relação ao que sofre o desapossamento. “Trata-se, no dizer de Pontes de Miranda, de qualquer desapossamento injusto, quer tenha havido violência, erro, dolo, quer tenha havido abuso por parte de outrem; e.g., abuso da representação.”¹² Nem se pode restringir a reivindicação contra o terceiro de boa-fé à hipótese de perda ou furto.¹³ Os arts. 1.509 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 909) e 907 do Cód. Proc. Civil conferem ao dono do título poderes mais amplos do que os que eram enunciados no art. 521 do antigo Estatuto Civil.¹⁴ No campo do direito civil, portanto, para prosperar a reivindicação do título ao portador, basta que o desapossado comprove a transferência de posse sem o concurso de sua vontade.¹⁵

Em tema de reivindicação, o rito a prevalecer é o comum, já que no capítulo da ação especial de recuperação e anulação do título ao portador não se estipulou procedimento específico para essa pretensão.

Há, no entanto, uma norma especial, de cunho mais substancial que processual, no art. 913, onde se prevê que o reivindicante, mesmo vitorioso, terá de indenizar o réu pelo preço pago pelo título, se a aquisição de boa-fé tiver se dado em bolsa ou leilão público.

Nesse caso, o autor recupera a posse do título, mas se vê compelido a adiantar ao réu a indenização correspondente à evicção, sub-rogando-se no direito regressivo do evicto contra o alienante.

Se o autor, ao propor a reivindicatória, já tem ciência de que o título foi negociado em bolsa ou leilão público, deverá lançar mão do incidente da denunciação da lide para fazer atuar, desde logo, o direito de garantia da evicção contra o terceiro alienante. Se, porém, só vem a saber da origem do direito do réu, após a litiscontestação, outro caminho não lhe restará que o de exercer o direito regressivo em ação à parte.¹⁶

1.257. Ação de anulação e substituição

O segundo remédio processual que o art. 907 põe à disposição do *desapossado* de título ao portador é a chamada *ação de anulação e substituição*. Sua razão de ser encontra-se no art. 909 do Novo Código Civil (CC de 1916, art. 1.509), onde se dispõe que, por meio de intervenção judicial, o proprietário injustamente desapossado de título ao portador pode impedir que o seu valor seja pago ao ilegítimo detentor e obter novo título em juízo. Essa regra de direito material é completada pelo parágrafo único do mesmo artigo, onde se prevê que “o pagamento, feito antes de ter ciência da ação referida neste artigo, exonera o devedor, salvo se se provar que ele tinha conhecimento do fato”.

Com esse procedimento, busca-se a dupla tutela dos interesses do credor e do devedor, restituindo àquele o documento indispensável ao exercício de seu direito e garantindo a este a

possibilidade de pagar ao credor primitivo, sem o risco de ter de renovar a prestação perante terceiro que eventualmente venha a se apresentar como portador da antiga cártula.

Assim, a sentença que acolhe a pretensão do credor desapossado de seu título, a um só tempo, “anula” ou “invalida” o título primitivo e ordena a sua substituição por outro. A missão fundamental do procedimento é, pois, o aniquilamento jurídico do título que fugiu à posse do credor, para, em segunda etapa, restaurar a documentação indispensável ao exercício do seu direito perante o devedor.

A especialidade do procedimento consta de providências impostas pela lei em matéria de petição inicial, citação e de condicionamento da contestação (arts. 908 a 910). A partir da resposta, a causa toma o caminho normal do procedimento ordinário (art. 910, parágrafo único).

1.258. Legitimação

Legitimado ativo tanto para a ação reivindicatória como para a anulatória do título ao portador é aquele que possuía a cártula e a perdeu contra a vontade.

Legitimado passivo, na ação reivindicatória, é o atual detentor do título, cuja posse o autor considera injustamente perdida. Na ação de anulação e substituição, os réus são o detentor, seja ele conhecido ou não, e, ainda, os terceiros interessados, porque a ação aqui toma feição de procedimento edital, de sorte a atingir qualquer pessoa que venha a possuir o título ou tenha interesse a resguardar em face de sua circulação pretérita e futura.

Dessa maneira, todo e qualquer direito ou pretensão referente à cártula disputada terá de ser manifestado no curso da ação anulatória, sob pena de prejuízo irremediável. Isto porque, ao cancelar o título, a sentença do procedimento edital estará *ipso facto* inviabilizando todo e qualquer direito eventual de terceiro, nascido da cártula e que tenha permanecido à margem do processo.

O devedor, ordinariamente, não é réu, nem na ação reivindicatória nem na de anulação e substituição do título. Eventualmente, poderá assumir essa posição processual se, além de responsável pela emissão da cártula, vier a assumir também a posição de possuidor atual. Na ação de substituição de título parcialmente destruído (art. 912), o devedor é sempre o réu, porque é de sua recusa que nasce a pretensão de obter em juízo a recuperação do documento danificado.

1.259. Competência

Para a ação reivindicatória, o foro competente segue a regra geral do domicílio do réu (art. 94). No caso de ação de anulação e substituição do título, prevalece a regra especial do art. 100, no III, que atribui a competência ao foro do domicílio do devedor (emitente), mesmo que não seja ele réu no processo.

1.260. Especialidade do procedimento (petição inicial e citações)

A ação reivindicatória de título ao portador submete-se, integralmente, ao rito comum, como já se afirmou (no 1.256). Dessa forma, a especialidade procedimental de que cuidam os

arts. 908 a 910 só diz respeito à ação de anulação e substituição (art. 907, no II).

A primeira nota de especialidade manifesta-se quanto à petição inicial, que, além dos requisitos comuns do art. 282, terá de indicar, com relação ao título por recuperar, todos os seus elementos individualizadores (valor, espécie, quantidade, numeração, se houver, data, vencimento, local de emissão etc.) Exige-se ainda que sejam especificados o local de aquisição do título, as circunstâncias em que se deu a perda, bem como a época em que se receberam os últimos juros e dividendos (arts. 908, *caput*).

O valor da causa, a figurar na inicial, será o do título, ou seja, o seu valor nominal (art. 295, V).

Quanto ao ato citatório, determina a lei que deva se endereçar ao *detentor do título* e aos *terceiros interessados*. Se conhecido, o detentor terá de ser citado pessoalmente. Já os terceiros interessados são citados por edital (art. 908, no I). Quando se desconhece o paradeiro do título, o eventual detentor se inclui na citação-edital dos terceiros interessados.

Todos, detentor e eventuais interessados, assumem, com o procedimento-edital, a categoria de sujeitos passivos do processo anulatório (isto é, são *réus*). Qualquer defesa que pretendam opor à pretensão do autor será por via de contestação, e nunca por meio de “intervenção de terceiro”. A lei é meridianamente clara no sentido de que o detentor e os terceiros interessados recebem citação “para contestar o pedido” (art. 908, no I).

A par das necessárias citações, impõe ainda a lei duas intimações a serem promovidas na abertura da ação anulatória, ou seja, a do *devedor* e a da *Bolsa de Valores* (art. 908, nos II e III).

Nem o devedor nem a Bolsa, porém, são réus. A finalidade da intimação, na espécie, é de caráter preventivo, apenas para evitar atos que possam vir a comprometer ou complicar o relacionamento do autor com outras pessoas que, no curso do processo, possam eventualmente adquirir a cártula.

O devedor, assim, é intimado a depositar em juízo, ao tempo do vencimento, o valor do capital e dos juros. Essa diligência tende a impedir que, por desconhecimento do extravio do título, o devedor venha a efetuar pagamentos ao detentor ilegítimo. Por isso se a apresentação ocorre antes da diligência intimatória, o pagamento eventualmente feito ao portador há de ser considerado válido, em prejuízo do autor. É que o próprio mecanismo da circulação do título ao portador obriga o devedor a cumprir a prestação, perante quem quer que seja o apresentador da cártula, no respectivo vencimento. Daí a necessidade de exonerá-lo dessa obrigação de sujeito indeterminado, o que só se consegue mediante a intimação prevista no art. 908, no II.

Para o depósito, outrossim, não está o devedor sujeito a procedimento contencioso ou complexo. Tudo se resolve sumariamente, através de seu comparecimento em juízo, onde obterá guia para o recolhimento da soma devida em depósito judicial. Nem mesmo a intervenção de advogado será necessária para tanto.

A intimação da Bolsa de Valores tem, por seu turno, apenas a preocupação de impedir a venda do título em pregão, o que somente se aplicará aos casos de títulos bursáteis, como é natural.

1.261. Justificação liminar

Outra nota de especialidade da ação anulatória está na exigência do art. 909 de que o

alegado na inicial seja *justificado* liminarmente, como requisito indispensável ao deferimento da citação.

Esse adiantamento de cognição se justifica pela preocupação do legislador de evitar percalços infundados ao regime jurídico da livre circulação dos títulos ao portador. Não se deve esquecer que a base desse instituto jurídico reside justamente na garantia que se confere a qualquer portador de obter a prestação mediante simples exibição física da cártula. Aceitar que essa garantia pudesse ser aniquilada ou conturbada apenas pela palavra de quem se diz injustamente desapossado da cártula equivaleria a arruinar todo o mecanismo operacional do título ao portador, que tão relevantes préstimos realiza na economia moderna.

Daí ter o legislador instituído um pressuposto processual específico para o processamento da pretensão anulatória do título ao portador, que é a justificação *in limine litis* de todo o alegado na inicial: posse do título pelo autor, suas características, circunstâncias em que se deu o extravio, injustiça do desapossamento etc. A lei não se contenta com a demonstração inicial de um ou alguns dos fatos narrados pelo autor. O art. 909 diz claramente que há de se justificar “o alegado”, ou seja, o conteúdo da peça com que se propõe a ação.

Não se trata, evidentemente, de impor ao demandante uma prova pré-constituída completa, cabal, definitiva. A prova necessária ao acolhimento do pedido pela sentença terá lugar na fase de instrução processual, após a *litis contestatio*, como ocorre com a generalidade dos procedimentos contenciosos de natureza cognitiva. O que se entende por *justificar o alegado*, para os fins do art. 909, é fazer com que a petição inicial seja acompanhada de algum elemento de convicção suficiente para autorizar um sumário juízo de *plausibilidade*, que, segundo o melhor entendimento doutrinário, é superior ao da simples possibilidade abstrata ou mesmo ao da verossimilhança da versão reproduzida na petição inicial. Justificar *quantum satis* é, destarte, produzir documentos ou testemunhas que, desde logo, façam com que “o espírito do juiz se incline de modo seguro e firme, naquele momento e naqueles dados, pela afirmativa”.¹⁷ A prova, para efeito da justificação, portanto, será sumária,¹⁸ mas terá de constar pelo menos de indícios convincentes da veracidade dos fatos autorizadores da anulação pretendida.

A ausência de justificação ou a carência de força de convencimento dos elementos produzidos liminarmente pelo autor conduzem ao indeferimento da citação e à extinção do processo por falta de pressuposto processual.

1.262. Contestação

Na ação anulatória de título ao portador há, segundo o art. 910, uma outra especialidade no que toca ao exercício da faculdade de contestar o pedido. Trata-se de procedimento edital, ao qual, por isso, a *in ius vocatio* se endereça *erga omnes*. Mas, entre os eventuais detentores da cártula, a lei só confere legitimidade para contestar a ação àquele que exhibir o título disputado: “Só se admitirá a contestação quando acompanhada do título reclamado” – diz, textualmente, o art. 910.

A ação anulatória implica necessidade de afastar o título da circulação. A medida do depósito dele em juízo vem complementar as providências de natureza cautelar antes apontadas pelo art. 908, nos II e III.

Essa exigência legal diz respeito apenas à ação anulatória, pois, como já se expôs

anteriormente, a ação reivindicatória segue o rito ordinário e não o especial, criado pelos arts. 908 a 911.19

Mesmo na ação anulatória hão de ser feitas algumas distinções, para efeito de aplicação do art. 910. Seu endereço natural é o atual detentor do título, que, naturalmente, queira defender seu direito e negar o pretendido pelo autor. Outros interessados, também citados como réus, poderão ter interesses diversos a defender, que nada têm a ver com a disputa de posse. Tome-se por exemplo o caso daquele que é apontado como autor da apropriação indevida do título mas que já o transferiu a outrem, e que, inegavelmente, tem legítimo interesse em contestar a ação anulatória para demonstrar a improcedência do alegado pelo promovente. Sua contestação jamais teria possibilidade de ser acompanhada da exibição do título. O mesmo pode-se dizer de quem é tido, pela ação, como detentor e que, na realidade, nunca o foi. Sua defesa, como é lógico, não há de submeter-se ao condicionamento do art. 910.

Em suma, a exigência em questão é de entender-se como limitada apenas “ao caso em que a defesa verse exclusivamente sobre a disputa da posse legítima do título”.20

A contestação do detentor autoriza, outrossim, o exercício da denunciação da lide, para garantir-se da evicção contra aquele de quem houve o título disputado (art. 70).

Já a reconvenção não tem cabimento na espécie, tendo em vista a especialidade do rito e a sua característica de procedimento edital.21

Finalmente, é bom lembrar que, uma vez recebida a contestação, observar-se-á o rito ordinário (art. 910, parágrafo único).

1.263. Posição processual do devedor

Em face do disposto no art. 908, no II, o devedor, responsável pelo título ao portador extraviado, não é réu da ação anulatória. Não é ele citado, mas apenas intimado, com objetivos de natureza preventiva ou cautelar. Por isso não lhe cabe legitimidade para contestar a ação, salvo se acumular a posição de atual detentor da cártula. Aí, porém, sua defesa será em função da posse do título e não, propriamente, de devedor.

Sobre questões ligadas à obrigação do devedor corporificada no título, é bom lembrar que semelhante matéria não se inclui entre as discutíveis na ação de que ora se cuida. O que se busca na ação anulatória do título ao portador “é apenas a restauração de seu valor formal, tal como era no momento de seu extravio, tornando ineficaz o documento originário, onde quer que se ache”. Por isso, “não se admite (por parte do devedor) discussão estranha ao extravio do título e à perfeição dele no aspecto formal. Matérias como pagamento, cobrança indevida, prescrição etc. não se comportam no âmbito da anulatória”.22 Se pretender discutilas, terá o devedor de valer-se de ação à parte.

1.264. Sentença

Julgado procedente o pedido anulatório, a sentença conterá dois provimentos, segundo o art. 911, a saber:

- a) declarará caduco o título reclamado; e
- b) ordenará ao devedor que lavre outro em substituição.

A declaração de caducidade é determinada pela lei sem distinguir entre a hipótese de título totalmente desaparecido e a de apresentação dele junto com a contestação. Há, no entanto, opiniões doutrinárias que ressalvam a segunda hipótese, para admitir que, estando a cártula em juízo, não haveria necessidade de invalidá-la para expedir outra em seu lugar; bastaria, então, ao juiz ordenar seu desentranhamento e entregar ao autor.²³ Outros, porém, se apegam ao sentido literal da lei e defendem a imperatividade do comando anulatório em qualquer situação, não havendo meio de fugir o juiz de seu acatamento, sob pena de julgar *extra petita* e *contra legem*.²⁴

Tendo em vista, porém, o caráter finalístico e instrumental do processo, não concebemos que a letra de um dispositivo formal possa se sobrepor à utilidade que as partes e, sobretudo, a sociedade esperam da tutela jurisdicional. As normas instrumentárias não podem, à evidência, transformar-se em obstáculo à realização do direito material e em veículos de complicação e eternização dos litígios. Sua função e sua destinação, sem dúvida, são a pronta pacificação das lides. E se esse desiderato é mais facilmente atingível dentro de uma certa exegese legal do que através daquela a que se chega apenas por apego exagerado ao tecnicismo jurídico, parece-me evidente que se deva preferir a primeira opção.

Nessa ordem de ideias, cumpre indagar: por que a lei criou a faculdade de anular-se o título extraviado? A resposta será: porque, sem a sua apresentação física, o credor não teria meios de exercitar seu direito perante o devedor; e porque, para substituí-lo por um novo exemplar, ter-se-ia que invalidar o primitivo, a fim de assegurar ao devedor condições de não se sentir compelido a pagar duas vezes a mesma obrigação.

Ora, se, com a contestação, o título que se pretendia invalidar e substituir veio a cair em poder do juiz, que sentido prático teriam sua anulação e substituição?

Perfeitamente plausível, dentro da ótica instrumental do processo, se me afigura, portanto, a tese de Pontes de Miranda, segundo a qual a função constitutiva, exercida pela anulação da cártula extraviada, seria de fato predominante nesse tipo de ação, mas não exclusiva. Prevaleceria enquanto não estivesse ao alcance do autor a posse física do título, mas cederia lugar à reintegração do documento primitivo em sua esfera de disponibilidade sempre que tal se tornasse viável no curso do processo sem necessidade de se recorrer à criação de novo título para ocupar seu lugar e função.

Merece, destarte, acolhida a lição que vê no fato do depósito do título disputado à ordem judicial um evento processual capaz de transformar o rumo da atividade jurisdicional: a *constitutividade*, que era apenas *instrumento* da defesa da pretensão creditória do autor, transforma-se em *condenatoriedade*:

“A ação é constitutiva – afirma Pontes de Miranda –, mas, com a contestação, *transforma-se* em ação condenatória. A eficácia preponderante, que seria de constituição, passa a ser de condenação. Ou se restituem ao autor os títulos ao portador ou o título ao portador, ou, uma vez que não houve apresentação verídica do título ou dos títulos ao portador, se constituem em cártula.”²⁵

Na realidade, não há ilogicidade nem inconveniência alguma em considerar-se a pretensão de recuperação *in natura* do título extraviado como compreendida subsidiariamente, dentro da pretensão de anulá-lo para substituí-lo por um novo exemplar. Pelo que não configura julgamento *extra petita* a ordem judicial de entrega ao autor do título depositado pelo réu em

lugar de ordenar, ao ensejo da procedência da ação anulatória, que outro seja expedido em seu lugar.

Os óbices à circulação do título extraviado, decorrentes das intimações feitas ao devedor e à Bolsa de Valores (art. 908, nos II e III), não representam empecilho à medida *supra*, porque são facilmente removíveis por meio de simples contraintimação.²⁶

Estranho à relação processual, jamais responderá o devedor pelos encargos da sucumbência. A condenação nas custas e honorários advocatícios somente terá lugar contra aquele que oferecer contestação e vier a ser derrotado, ou contra o autor, se seu pedido, afinal, for havido como improcedente.

1.265. Ordem de substituição do título

Não sendo o devedor réu na ação anulatória, a ordem que o juiz expede, na sentença, para que o título extraviado e anulado seja substituído, dentro de determinado prazo, não tem a natureza de uma condenação. É apenas o reconhecimento da existência de uma obrigação legal.

Não há, por isso mesmo, que se pensar em ação de execução de sentença, na espécie. O seu eventual descumprimento não será diverso do que ocorre com as obrigações em geral, uma vez definidas em juízo (art. 475-N, inc. I). Apenas autorizará o autor a se valer das medidas próprias de cumprimento das obrigações de fazer, sob feitiço cominatório, além das exigências de perdas e danos, se for o caso (art. 475-I).

O exercício dos direitos creditícios contra o devedor, que nascem do título extraviado, não depende da recriação da cártula. Anulado por sentença o título ao portador, já está automaticamente constituído o direito do promovente à cobrança da prestação devida, que até então só se mostrava exigível mediante apresentação do título, e que, agora, a lei permite fazer-se, sem risco para o devedor, e independentemente da exibição da cártula (Cód. Civil de 1916, art. 1.508; CC de 2002, arts. 905 e 909, parágrafo único).

Não há lugar, também, para a recriação do título quando seu vencimento ocorre no curso do processo e o seu valor é consignado em juízo. Operada a anulação por sentença, o interesse do credor não vai além do levantamento da soma depositada pelo devedor.

1.266. Destruição do título

Quando o título ao portador, por acidente fortuito ou por ação humana, sofre destruição, fica o possuidor em situação análoga à do extravio, porque não dispõe do instrumento indispensável à cobrança da prestação prometida pelo devedor.

A destruição física da cártula poderá ser total ou parcial. No primeiro caso a situação será tratada como de título furtado ou perdido, segundo o rito especial dos arts. 908 a 911.²⁷ No segundo, a posição do credor é ainda a de quem pode demonstrar a posse da cártula, através dos fragmentos ou resíduos disponíveis. Para semelhante conjuntura, há um outro procedimento especial, que é o do art. 912.

Demonstrada ao devedor a adulteração da cártula, o natural seria que a substituição se desse voluntariamente. A resistência à troca, portanto, configurará uma lide suficiente para autorizar a instauração de processo com o fito de compelir o devedor a cumprir, em juízo, aquilo a que não

se dispõe pelas vias consensuais.

A relação processual, todavia, não tem aqui o feitiço de procedimento-edital (com oposição *erga omnes*); a controvérsia e, conseqüentemente, o processo têm como sujeitos apenas o possuidor e o devedor. O remanescente do título é a prova de sua posse pelo autor, que exclui a citação de terceiros interessados e restringe a relação jurídica controvertida tão somente às pessoas já indicadas: o que pretende a troca do título danificado por um perfeito e o que resiste a essa pretensão.

Para a solução desse litígio, o portador exhibirá, com a inicial, o que restou do título, e promoverá a citação do devedor para, em 10 (dez) dias, substituí-lo ou contestar a ação (art. 912).

Se ocorre contestação, o feito prossegue segundo o rito ordinário; se o demandado permanece inerte durante o decêndio legal, o juiz desde logo proferirá a sentença, acolhendo o pedido do autor (art. 912, parágrafo único).

O fragmento do título é peça indispensável à instrução da petição inicial. A lei não diz até onde pode ir a destruição. É intuitivo, porém, que os resíduos tenham conteúdo suficiente para demonstrar e identificar o título do autor. Caso contrário, correr-se-ia o risco de a parte principal dele estar em circulação e em poder de outrem, que assim se legitimaria também a pretender sua recuperação perante o devedor.

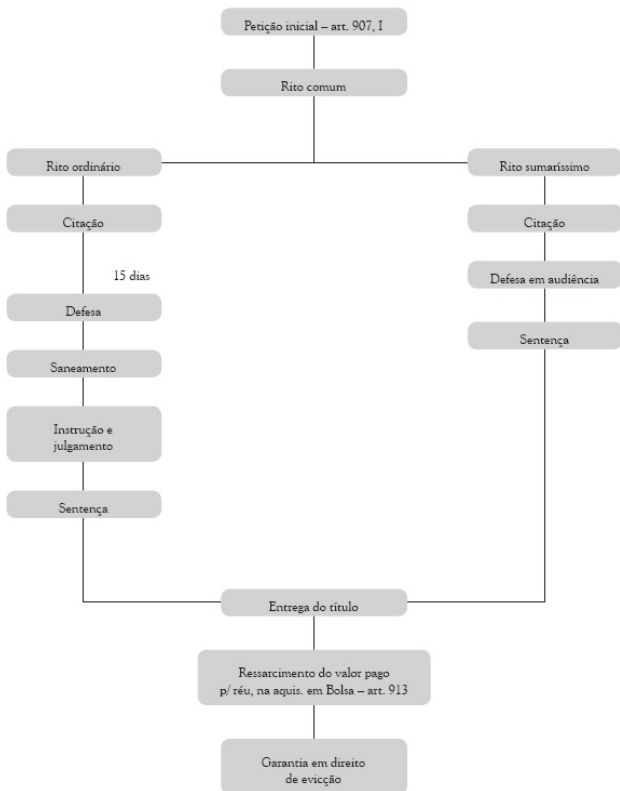
Se a parte desaparecida é tão grande que absorva os elementos principais da cártula, o remédio adequado será não o procedimento do art. 912, mas sim o dos arts. 908 a 911, referentes a perda ou desapossamento injusto.

Para que, enfim, o procedimento se restrinja aos moldes do art. 912, é preciso que o conflito de recuperação do título fique, efetivamente, limitado ao portador e ao devedor.

A sentença que, *in casu*, acolher o pedido de substituição será de natureza eminentemente condenatória, pois imporá ao réu a condenação de, em prazo assinado pelo juiz, promover a troca do título danificado por outro equivalente. Admitirá execução forçada, no caso de inadimplemento, segundo as regras próprias das obrigações de fazer. A situação será, assim, diversa da ação de perda ou desapossamento injusto, onde o devedor não é parte e não sofre, por isso, uma condenação propriamente dita.

Quanto aos encargos da sucumbência, por eles responderá o devedor, sempre que o pedido de substituição for acolhido em juízo. Mesmo quando não contesta a ação e procede à troca do título danificado no prazo de resposta, a hipótese é de sucumbência, porque tal comportamento representa reconhecimento pelo réu da procedência do pedido. Se o devedor entende que foi desnecessário o ingresso em juízo por parte do autor, por ter agido sem prévia manifestação pessoal junto a ele, o caso será de contestar a ação por falta de interesse, pois somente dessa maneira conseguirá o demandado furtar-se aos consectários da sucumbência no processo que é contencioso por natureza.

AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO DE TÍTULO AO PORTADOR
(arts. 907-913)



Fluxograma nº 59

ACÇÃO DE ANULAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DE TÍTULOS
AO PORTADOR EXTRAVIADOS
(arts. 907-911)

Petição inicial – art. 908, *caput*

Justificação – art. 909

Citações
Mandado: detentor
Edital: terceiros
interessados

Intimações:
devedor e Bolsa
de Valores

Revelia

Depósito judicial dos
títulos – Requisito legal
de defesa – art. 910

Contestação

Rito ordinário

Sentença

Procedência
do pedido

Declaração de caducidade
dos títulos extraviados

Ordem ao devedor p/ emitir
títulos novos em 10 dias

Sentença vale como título
para cobrar do devedor

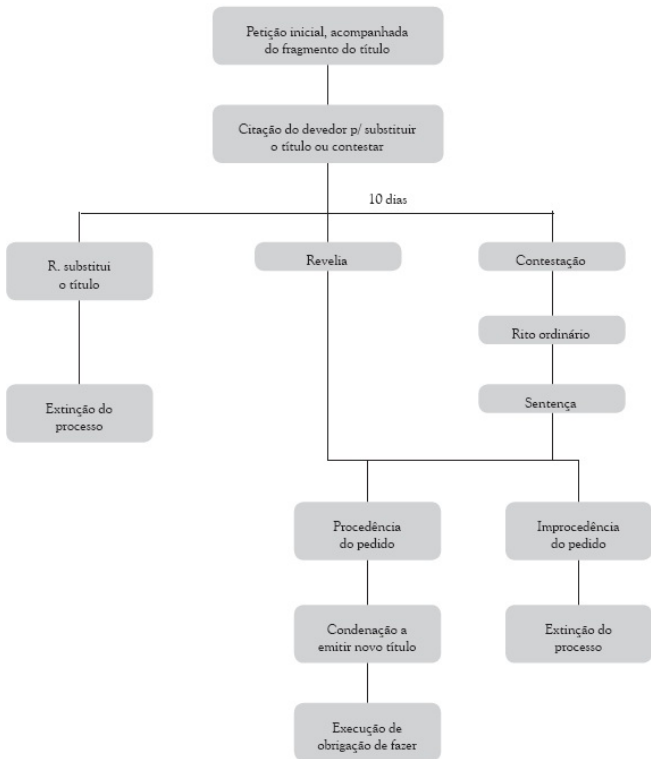
Improcedência
do pedido

Devolução dos títulos
ao contestante

Extinção do processo

Fluxograma nº 60

AÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO TÍTULO PARCIALMENTE DESTRUÍDO
(art. 912)



- 1 “Título ao portador é a declaração unilateral de vontade, pela qual a quem apresente o escrito se promete a prestação” (Pontes de Miranda, *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, Forense, Rio, 1977, vol. XIII, p. 81).
- 2 Em face do art. 1.505, do Cód. Civil, “credor é aquele que com o título se apresentar” (Machado Guimarães, *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, Forense, Rio, 1942, vol. IV, no 416, p. 412).
- 3 Com a nova redação da Lei no 6.404/76, dada pela Lei no 8.021, de 12.04.90, não há mais ações ao portador.
- 4 Com a nova redação do art. 20 da Lei no 6.404/76, dada pela Lei no 8.021, de 12.04.1990, não há mais ações ao portador nas sociedades anônimas.
- 5 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 83-90; SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. VI, n. 70, p. 61. “Seguem em vigor as disposições do art. 36 da Lei Cambial (Dec. no 2.044/1908), assim as de caráter substancial, como as de natureza formal ou proces-sual... Pela mesma e fundamental razão, há de ter-se por nulo o processo em que o Juiz o afeiçoa ao rito previsto nos arts. 907 e segs. do CPC, adequado a outras espécies de títulos, que não aqueles expressamente regulados na Lei Cambial” (TJMG, Ag. Inst. no 17.378, ac. de 18.10.83, Rel. Des. Costa Loures, in *DJMG* de 12.04.1984).
- 6 TACiv. SP, Ap. 208.975, ac. de 15.04.75, Rel. Evaristo dos Santos, in PRATA, Edson Gonçalves. *Repertório de Jurisp. do CPC*. São Paulo: LEUD, 1978, vol. 15, n. 3.865, p. 4.811-2.
- 7 REIS, José Alberto dos. *Processos Especiais*. Coimbra Editora: Coimbra, 1982, vol. II, p. 66.
- 8 Couto e Silva entende que, em princípio, não caberia reivindicação de título ao portador contra possuidor de boa-fé. E que, para introdução desse tipo de medida no direito brasileiro, teria sido a boa-fé compensada pela obrigação do reivindicante de reparar os prejuízos do terceiro adquirente do título em Bolsa de Valores (COUTO E SILVA, Clóvis do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1977, vol. XI, t. I, n. 70, p. 82).
- 9 Ac. do TJDF, de 25.09.51, cit. por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 92.
- 10 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 92.
- 11 Para Adroaldo Furtado Fabrício, “se não estava na sua intenção transferir a posse, ou desfazer-se dela, e ainda assim a perdeu, colocou-se na situação a que se referem os arts. 1.509 da Lei Civil e 907 do Código comentado” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio, 2a ed., 1984, vol. VIII, t. III, no 200, p. 244). Para Machado Guimarães, também, a exemplo de Pontes de Miranda, só importa o aspecto da injustiça do desapossamento, quando encarado do lado do que perdeu o título: “Alguém pode perder ou ser furtado de alguma coisa, que outrem vende a um terceiro. O dono foi injustamente desapossado, se bem que o atual possuidor, quando de boa-fé, tenha posse justa” (*op. cit.*, no 418, p. 416).
- 12 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 99.

- 13 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, n. 73, p. 63.
- 14 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 99.
- 15 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 200, p. 244.
- 16 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 248, p. 303.
- 17 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 217, p. 266.
- 18 REIS, José Alberto dos. *Op. cit.*, vol. II, p. 71. Não é, outrossim, necessário um procedimento apartado e especial, como o cautelar, para a justificação. Ela será sempre de caráter incidente, isto é, “feita nos próprios autos da ação de recuperação do título ao portador” (MACHADO GUIMARÃES, Luiz *Op. cit.*, n. 423, p. 422).
- 19 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 221, p. 271-272. Contra: SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, n. 81, p. 68.
- 20 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, n. 81, p. 68.
- 21 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, n. 84, p. 68; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 222, p. 272.
- 22 TJMG, Ap. nº 64.069, ac. de 10.05.1984, Rel. Des. Humberto Theodoro, in THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Títulos de Crédito e outros Títulos Executivos*. São Paulo: Saraiva, 1986, n. 39, p. 80.
- 23 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 82-3; SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, n. 87, p. 70.
- 24 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 235, p. 287-9; COUTO E SILVA, Clóvis do. *Op. cit.*, n. 84, p. 100-1.
- 25 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 83.
- 26 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, n. 87, p. 70.
- 27 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 113; COUTO E SILVA, Clóvis do. *Op. cit.*, n. 83, p. 98; SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, n. 90, p. 72. Adroaldo Furtado Fabrício, contrariamente, entende que não se aplica o procedimento especial ao caso da perda total do título, mas sim o procedimento comum (*Op. cit.*, n. 239, p. 293).

§ 206. GENERALIDADES

Sumário: 1.267. Conceito. 1.268. Ação de dar e ação de exigir contas. 1.269. Natureza jurídica. 1.270. Cabimento. 1.270-a. Prestação de contas e prescrição. 1.271. Legitimação e interesse. 1.272. Prestação de contas dos administradores judiciais. 1.273. Sociedade e prestação de contas. 1.274. Ações matrimoniais e prestação de contas. 1.275. Prestação de contas entre condôminos. 1.276. Organização das contas. 1.277. Prova das contas.

1.267. Conceito

Consiste a prestação de contas no relacionamento e na documentação comprobatória de todas as receitas e de todas as despesas referentes a uma administração de bens, valores ou interesses de outrem, realizada por força de relação jurídica emergente da lei ou do contrato.¹

Seu objetivo é liquidar dito relacionamento jurídico existente entre as partes no seu aspecto econômico, de tal modo que, afinal, se determine, com exatidão, a existência ou não de um saldo, fixando, no caso positivo, o seu montante, com efeito de condenação judicial contra a parte que se qualifica como devedora.

Não se trata, assim, de um simples acerto aritmético de débito e crédito, já que na formação do balanço econômico discute-se e soluciona-se tudo o que possa determinar a existência do dever de prestar contas como tudo o que possa influir na formação das diversas parcelas e, conseqüentemente, no saldo final.

O montante fixado no saldo será conteúdo de título executivo judicial: “O saldo credor declarado na sentença – dispõe o art. 918 do CPC – poderá ser cobrado em execução forçada.”

Diante desse singular aspecto da ação, Rocco considera como seu principal objetivo o de obter a condenação do pagamento da soma que resultar a débito de qualquer das partes no acerto das contas. Procede-se, destarte, à discussão incidental das contas em suas diversas parcelas, mas a ação principal é mesmo de acerto e condenação quanto ao resultado final do relacionamento jurídico-patrimonial existente entre as partes.²

1.268. Ação de dar e ação de exigir contas

A obrigação de prestar contas, derivadas de qualquer relação jurídico-patrimonial, pode ter caráter *unilateral*, ou seja, pode sujeitar uma só das partes – como se dá com o mandatário, o administrador do condomínio, o síndico, o curador etc. – ou pode ter o caráter *bilateral*, a teor do

que se dá com o contrato de conta corrente.

Qualquer um, porém, dos sujeitos da relação patrimonial que envolve a obrigação de prestar contas dos atos praticados no interesse comum ou de outrem pode ser forçado ao procedimento da ação de prestação de contas.

Nesse sentido, dispõe, textualmente, o art. 914 do CPC que “a ação de prestação de contas competirá a quem tiver: I – o direito de exigi-las; II – a obrigação de prestá-las”.

Vê-se, assim, que a demanda para provocar a apresentação, discussão e aprovação das contas tanto pode partir da iniciativa de quem tem a obrigação de dar contas como daquele a quem cabe o direito de exigi-las. Diz-se, por isso, que se trata de ação dúplice, já que qualquer dos sujeitos da relação litigiosa pode ocupar indistintamente a posição ativa ou passiva da relação processual. Ou, mais precisamente, durante o desenvolvimento do processo, tanto o autor como o réu podem formular pedidos no tocante às verbas e respectivos montantes, sem depender de reconvenção. É nesse sentido que se pode considerar dúplice a ação de prestação de contas, seja ela intentada para apresentar ou exigir as contas. Na ação simples, as posições das partes são completamente distintas: só o autor formula pedido e o réu apenas resiste, passivamente, ao pedido do autor. Nas dúplices, como as de prestação de contas, a formulação de pedidos é comum ao autor e ao réu. Daí afirma-se que não há distinção entre as posições processuais dos litigantes em tais ações. Ambos atuam, a todo tempo, como autores e réus.

Quando a demanda provém do devedor das contas, a ação se inicia com a exibição das contas elaboradas pelo autor, seguida da convocação do credor para aceitá-las ou discuti-las. Nessa conjuntura, a causa se apresenta bastante simplificada, porquanto o voluntário ou espontâneo reconhecimento da obrigação de dar contas, assim como sua elaboração, eliminam, desde logo, toda controvérsia em torno da obrigação de prestar contas.³ Tudo se resumirá, praticamente, na discussão das verbas e do saldo das contas exibidas com a inicial.

No caso, entretanto, em que a ação é proposta pela parte que invoca para si o direito de exigir contas, a causa torna-se mais complexa, provocando o desdobramento do objeto processual em duas questões distintas. Em primeiro lugar, ter-se-á que solucionar a questão prejudicial sobre a existência ou não do dever de prestar contas, por parte do réu. Somente quando for positiva a sentença quanto a essa primeira questão é que o procedimento prosseguirá com a condenação do demandado a cumprir uma obrigação de fazer, qual seja, a de elaborar as contas a que tem direito o autor. Exibidas as contas, abre-se uma nova fase procedimental destinada à discussão de suas verbas e à fixação do saldo final do relacionamento patrimonial existente entre os litigantes. Descumprida a condenação, incide um efeito cominatório que transfere do réu para o autor a faculdade de elaborar as contas, ficando o inadimplente da obrigação de dar contas privado do direito de discutir as que o autor organizou (CPC, art. 915, § 2º).

Há, portanto, sempre duas pretensões: a de exercitar o direito à prestação de contas e a de acertar o conteúdo patrimonial das contas. Se, porém, dupla é a pretensão, una é a ação, porque o que se demanda através da tutela jurisdicional é, realmente, o acerto final do relacionamento econômico estabelecido entre os litigantes. A elaboração e aprovação das contas é apenas o caminho para atingir-se a meta final.

1.269. Natureza jurídica

A ação de prestação de contas é uma ação especial de conhecimento com predominante função condenatória, porque a meta última de sua sentença é dotar aquele a que se reconhecer a qualidade de credor, segundo o saldo final do balanço aprovado em juízo, de título executivo-judicial para executar o devedor, nos moldes da execução por quantia certa (CPC, art. 918).

Não há duas prestações jurisdicionais distintas, ou seja, uma de acerto das parcelas que compõem o acerto de contas entre os litigantes, e outra para condenar o devedor ao pagamento do saldo apurado. A demanda é única. Toda a atividade jurisdicional é, a um só tempo, voltada para a definição das contas com o propósito de tornar o seu resultado apto a desaguar nas vias operacionais da execução forçada.

Somente quando inexistir saldo devedor no acerto de contas é que o procedimento não redundará na formação imediata de título executivo, por inexistir, evidentemente, o que executar.

Pode-se, destarte, concluir que o procedimento especial da ação de prestação de contas tem, em regra, a força de tornar certa a expressão numérica de uma relação jurídica, com o fim de impor uma condenação à parte devedora pelo saldo apurado; e, às vezes, apenas a força de acertar o relacionamento jurídico e econômico entre as partes.

1.270. Cabimento

O procedimento especial da ação de prestação de contas foi concebido em direito processual com a destinação específica de compor os litígios em que a pretensão, no fundo, se volte para o esclarecimento de certas situações resultantes, no geral, da administração de bens alheios.⁴

Na verdade, todos aqueles que têm ou tiveram bens alheios sob sua guarda e administração devem prestar contas,⁵ isto é, devem “apresentar a relação discriminada das importâncias recebidas e dispendidas, em ordem a fixar o saldo credor, se as despesas superam a receita, ou o saldo devedor, na hipótese contrária”,⁶ ou até mesmo a inexistência de saldo, caso as despesas tenham se igualado às receitas.

Não importa, outrossim, a posição do autor quanto ao saldo. Tanto o credor como o devedor têm igual direito a exigir ou prestar as contas (Cód. Proc. Civ., art. 914). Quer isto dizer que o gestor de valores ou recursos alheios que se acha sujeito a prestar contas tem não só a *obrigação* como também o *direito* de prestá-las.⁷

Se é certo que a obrigação de prestar contas resulta do princípio universal de que todos aqueles que administram ou têm sob sua guarda bens alheios têm o dever de acertar o fruto de sua gestão com o titular dos direitos administrados, não menos certo é que, de antemão, é impossível determinar todos os casos em que uma pessoa se considera administrador de bens alheios.

Há situações interessantes em que os recursos investidos não são propriamente do terceiro, mas embora sendo do gestor são aplicados no interesse contratual de terceiro. Uma abertura de crédito, por exemplo, em que o credor aplica recursos no custeio de obrigações do devedor; ou o prestador de serviços que aplica bens e valores próprios na realização de obra de outrem; ou o banco que periodicamente efetua lançamentos na conta de depósito de seu cliente são casos em que a ação de prestação de contas tem cabimento, não obstante os recursos manejados sejam daquele que faz os lançamentos. O importante é que o resultado dessas operações afeta a esfera

jurídica de outrem e, surgindo dúvida, reclamam acerto através de procedimento próprio para apuração de contas.⁸

A parceria agrícola ou pecuária representa, também, caso típico de cabimento da ação de que ora se cuida. Não pode haver dúvida quanto ao direito de exigir e o dever de prestar contas, sempre que em jogo estiver uma relação contratual em que há, de um lado, a administração dos bens que ensejam a repartição posterior das rendas, como na espécie. Não importa de quem sejam os recursos aplicados pelos parceiros, se o resultado da operação interessa a ambos os contratantes. Há, em suma, de prestar contas todo aquele que efetua e recebe pagamentos por conta de outrem, movimentando recursos próprios, ou daqueles em cujo interesse se realizam os pagamentos.⁹

Diante da dificuldade de especificar com exatidão as hipóteses de cabimento do procedimento especial em exame, tem a jurisprudência reconhecido que “muitas são as relações jurídicas das quais emana o dever de prestar contas. Casos existem em que as relações não cabem na mera conceituação de administração, mas, assim mesmo, podem gerar a obrigação de prestar contas, quando, por exemplo, uma das partes relaciona mensalmente o que entende ser devido pela outra à guisa de material aplicado, mão de obra consumida e comissão devida, remetendo o respectivo extrato, mas, ao que se alega, dispensando-se de esclarecer particularidades conducentes aos resultados apresentados”.¹⁰

Entende, por isso, a jurisprudência citada que “a ação de prestação de contas, embora alicerçando-se, de modo geral, na administração de bens alheios, é própria, também, para a verificação de parcelas relacionadas em extratos encaminhados por um contratante ou outro, uma vez que, em substância, o que se colima é o *exame de receitas e despesas* relativas a um determinado negócio jurídico”.¹¹

Qualquer contrato, enfim, que gere múltiplas e complexas operações de débito e crédito entre as partes reclama prestação de contas se não há constante e expresso reconhecimento dos lançamentos que um contratante faz à conta do outro.

O objeto do procedimento especial, no entanto, não abrange definição de situações complexas com as de decretação de rescisão ou resolução contratual ou de anulação de negócios jurídicos, e tampouco a condenação por atos ilícitos. Esses acertos não devem ser realizados pelas vias ordinárias, relegando-se à ação especial de prestação de contas apenas as questões de puro levantamento de débitos e créditos gerados durante a gestão de bens e negócios alheios.¹²

1.270-a. Prestação de contas e prescrição

Em regra, a pretensão de acertar contas tem em mira definir por sentença o saldo final de uma gestão de bens alheios. Com dito acerto forma-se um título de força executiva em favor daquele que for titular do direito de exigir o pagamento da soma apurada na sentença.

Como se aplica a prescrição em ações da espécie? Verifica-se a natureza da obrigação – cujo saldo se pretende apurar na sentença – e, conforme ela, busca-se a definição do prazo que, no direito substancial, se acha estabelecido para exercício da respectiva pretensão. Se a parte já ultrapassou o prazo de exigir o pagamento da dívida, não terá sentido demandar sua certificação judicial. Faltar-lhe-á, sem dúvida, interesse jurídico, para submeter o réu a ação de prestação de contas, se o desejado acerto jurídico nenhuma vantagem concreta proporcionará ao

promovente.¹³

Ademais, seria desleal a atitude de quem deixasse transcorrer prazo superior ao da prescrição da pretensão, para só então exigir a demonstração de contas, gerando considerável dificuldade à contraparte para reunir e concatenar todos os antigos elementos comprobatórios dos pagamentos e acertos ocorridos em tempos remotos.¹⁴

1.271. Legitimação e interesse

Na estrutura de nosso direito positivo, a iniciativa do procedimento de prestação de contas, como já restou demonstrado, compete indiferentemente tanto ao que tem a obrigação de dá-las como ao que tem o direito de exigí-las (CPC, art. 914).

O autor, por isso, pode vir a juízo, seja para exibir as contas e pedir sua aprovação por sentença, seja para compelir o réu a apresentá-las e sujeitá-las à deliberação judicial.

Esse caráter dúplice da ação faz com que não seja importante a distinção entre a legitimação ativa e passiva, desde que qualquer dos sujeitos da relação jurídica material, geradora da obrigação de prestar contas, pode indistintamente ocupar o polo ativo ou passivo da relação processual tendente ao acerto das mesmas.

O importante é, na espécie, a indagação, no que concerne aos termos da relação material, da existência efetiva do poder daquele que se diz credor das contas de sujeitar o demandado a prestá-las. Há, é bom lembrar, vários casos em que o contrato ou a lei dispõe sobre o destinatário das contas, limitando-o a certos órgãos de representação coletiva, como se dá nas sociedades e nos condomínios. Nessa situação, o sócio ou condômino, embora titular do interesse gerido por outrem, não tem legitimidade para, individualmente, reclamar contas do administrador social ou do síndico (ver, *infra*, nos 1.273 e 1.275).¹⁵

Quanto ao *interesse* que justifica o procedimento judicial, na espécie, é bom lembrar que não decorre pura e simplesmente de uma relação jurídica material de gestão de bens ou interesses alheios. Aqui, como diante de qualquer ação, torna-se necessário apurar se há *necessidade* da intervenção judicial para compor um litígio real entre as partes.

Quem, de fato, administra bens de outrem fica obrigado a prestar contas de sua administração, o que, entretanto, não quer dizer que essa prestação tenha que ser invariavelmente feita em juízo.

Se a parte se dispõe ao acerto direto ou extrajudicial, não pode a outra, por puro capricho, impor o acerto de contas em juízo. Falta-lhe interesse legítimo para tanto, porque o mesmo resultado seria facilmente atingível sem a intervenção do Judiciário e sem os incômodos e ônus da sucumbência processual. O caso é, portanto, de carência de ação, por desrespeito ao art. 2º do CPC, que condiciona a prestação jurisdicional tanto à legitimidade como ao interesse.

Interesse, na hipótese de ação de prestação de contas, existe quando haja recusa na dação ou aceitação das contas particulares ou quando ocorra controvérsia quanto à composição das verbas que hajam de integrar o acerto de contas.

Não importa a posição da parte em relação ao saldo das contas. Para que se considere presente a condição de interesse é preciso apenas que ocorra a sujeição de alguém ao ônus de um acerto de gestão de bens alheios, sem o qual não consegue o interessado nem cobrar nem pagar o respectivo saldo.¹⁶

Há, é certo, casos em que, pela própria lei, a prestação de contas só pode ser feita em juízo, como se passa com o inventariante, o tutor ou o curador. Mas tais prestações não provocam, via de regra, um procedimento contencioso, e costumam resolver-se através de expedientes de natureza de jurisdição voluntária ou graciosa.

Há, por fim, casos outros em que a prestação de contas se apresenta lógica e juridicamente impossível para aquele de quem se reclama o seu cumprimento. Por exemplo, o TJMG certa vez enfrentou uma controvérsia em que o empreiteiro, dizendo-se prejudicado pelo dono da obra que impedira seu prosseguimento, propusera ação para exigir contas deste sobre os prejuízos sofridos em relação aos serviços interrompidos.

Ora, se não era o dono da obra que geria os bens do empreiteiro, como exigir dele que prestasse contas do insucesso da empreitada? Como condenar alguém a contabilizar parcelas e saldo de uma gestão que não desempenhou? Decidiu, então, com acerto, o TJMG que havia incontornável carência de ação (Ap. nº 67.691).

1.272. Prestação de contas dos administradores judiciais

De acordo com o art. 919, as contas devidas pelos administradores judiciais (inventariante, tutor, curador, depositário etc.) devem ser prestadas em apenso ao processo em que tiver ocorrido a nomeação.

A competência do juízo da causa originária para a prestação de contas é de natureza funcional, e por isso irrecusável e improrrogável.

Para essas prestações tanto se pode agir por via de ação como por meio de deliberação *ex officio* do próprio juiz. Quando, por exemplo, o juiz age, por força da hierarquia, para exigir as contas do tutor ou curador, não há que se cogitar de *ação* no sentido técnico, mas de procedimento administrativo. Quando, porém, é o herdeiro que demanda as contas do inventariante, a hipótese é tipicamente de ação e de procedimento judicial contencioso.

A regra especial do art. 919 tem dupla função: primeiro, fixar a competência, para a tomada de contas dos órgãos auxiliares do juízo; e, segundo, definir sanções para os administradores judiciais que descumprem a sentença de julgamento de suas contas.

Quanto ao aspecto sancionatório, estatui a norma legal que, julgadas as contas, com a condenação do administrador, a pagar o saldo, e não sendo cumprida a sentença no prazo legal, sujeitar-se-á a: a) destituição do cargo; b) sequestro dos bens sob sua guarda; c) glosa do prêmio ou gratificação a que teria direito (art. 919, 2ª parte).

As sanções em tela não eliminam o cabimento da execução forçada a que alude o art. 918, nem incidem automaticamente, podendo, conforme as circunstâncias, ser relevadas pelo juiz, segundo seu prudente arbítrio.¹⁷

Não se trata, outrossim, de administração judicial, de modo a impor a observância do art. 919, a que deriva da indevida inclusão, entre os bens da herança, de imóvel estranho à sucessão. O terceiro que, assim, tiver bem próprio irregularmente gerido pelo inventariante pode sujeitá-lo à comum ação de prestação de contas, no juízo ordinário (TJMG, Ap. 67.945).

1.273. Sociedade e prestação de contas

As sociedades importam sempre a instituição de organismos de gestão de bens alheios e, como tais, os gestores do patrimônio social acham-se sujeitos a prestar contas da administração desenvolvidas. Acontece que, por lei ou pelos estatutos, costuma-se estabelecer órgãos internos da sociedade a que se atribui a função de apreciar e julgar as contas dos seus administradores. Nessa conjuntura, uma vez aprovadas as contas pela assembleia geral ou órgão equivalente, quitado se acha o gestor de sua obrigação de prestar contas, e descabível será a pretensão de algum sócio individualmente de acioná-lo para exigir novo acerto de contas em juízo.¹⁸

Fora da situação em que se atribui a determinado órgão a tomada de contas do administrador do patrimônio social, sempre haverá a obrigação de que tais contas sejam prestadas aos sócios diretamente. Pela subscrição dos balanços e documentos contábeis de encerramento de exercício social opera-se, normalmente, o periódico acerto de contas entre os gestores e os demais sócios, elidindo o dever de sua prestação judicial. No caso de cabimento da ação de prestação de contas decorrente de gestão social, a legitimidade passiva caberá aos sócios administradores, e não à sociedade.¹⁹

Para admissibilidade da ação de prestação de contas é, em tema de sociedade, indiferente a situação de regularidade ou irregularidade da instituição da sociedade.

É verdade que o art. 1.366 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 987) impõe aos sócios a prova legal da sociedade regular, para qualquer ação que se proponha entre eles a propósito da execução ou cumprimento do contrato social.

Mas está assente, tanto na doutrina como na jurisprudência, que se impõe distinguir entre a execução do contrato de sociedade, para o futuro, e a extração de eficácia dos atos já praticados e consumados, no passado, em função da sociedade irregular ou de fato.

Para o futuro, não tendo a sociedade irregular personalidade jurídica e sendo inoponível o contrato irregular, não é mesmo possível continuarem os sócios a cumprir aquilo que, sem eficácia jurídica, se ajustou entre eles. “Mas – ensina Carvalho Santos –, quanto ao passado, a coisa é diferente: houve um fato consumado, a comunhão de bens e interesses, que precisa ser juridicamente protegida, em homenagem ao princípio universal de ética jurídica, segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se com o alheio, enriquecendo ilegalmente”.²⁰

“Os sócios – escreve Carvalho de Mendonça – desde que se fundem em título diverso do contrato social, não estão privados de se demandarem reciprocamente, com o fim de evitar que uns se locupletem à custa dos outros... os sócios não estão proibidos de reclamar, uns dos outros, o que, como *donos, condôminos ou credores*, lhes é devido”.²¹

Seja, pois, regular ou não, uma sociedade nunca poderá negar às partes o direito de reclamar ou reivindicar suas cotas no capital comum, bem como a participação nos lucros que esse capital gerou. Na espécie, segundo Carvalho Santos, “não se trata de provar propriamente a sociedade, mas apenas a *comunhão de fato*, que, como é da melhor doutrina, será regida pelos princípios gerais de direito”.²²

Na jurisprudência, a orientação é a mesma: “Ações entre os sócios, nas sociedades irregulares, são admitidas para que eles se demandem reciprocamente pela restituição dos bens que entraram para a sociedade, pela partilha dos lucros havidos em comum e pela *prestação de contas*.”²³

Na verdade, não é propriamente a sociedade de fato que fundamenta a ação de prestação de contas, mas a *comunhão de bens e interesses* decorrente do relacionamento patrimonial

estabelecido entre os parceiros. Isto provoca, na prática, em toda sociedade, regular ou não, a administração de bens alheios por parte daquele que gere o acervo comum.

Daí a conclusão de que, entre as ações cabíveis entre os sócios, nas sociedades irregulares, cabem perfeitamente as destinadas à prestação de contas.²⁴

1.274. Ações matrimoniais e prestação de contas

Na vigência da comunhão de bens, cônjuges entre si não se acham jungidos ao dever de prestação de contas. A comunhão de bens é a mais ampla possível e não permite a separação de cotas, nem mesmo ideal, entre os consortes. Não há, pois, como cogitar-se de prestação de contas de um cônjuge ao outro.

Uma vez dissolvida a sociedade conjugal, desaparece a comunhão universal e os bens comuns devem ser partilhados como em qualquer comunhão que se extingue. Havendo, porém, um interregno entre a dissolução da sociedade conjugal e a partilha, aquele que conservar a posse dos bens do casal estará sujeito à prestação de contas como qualquer consorte de comunhão ordinária. *In casu*, não é preciso demonstrar a existência de autorização ou mandato entre os ex-cônjuges em torno da administração do patrimônio comum para justificar o pleito judicial de acerto de contas.

É que a ação de prestação de contas não se subordina sempre e invariavelmente a um mandato entre as partes. Ao contrário, o princípio universal que domina a matéria é que “todos aqueles que administram, ou têm sob sua guarda, bens alheios devem prestar contas”.²⁵ Daí que basta o fato de um bem achar-se, temporariamente, sob administração de outrem que não o dono, para que esse detentor tenha que dar contas da gestão eventualmente desempenhada, ainda que não precedida de acordo ou autorização por parte do proprietário.

A gestão de negócios, um dos principais fundamentos do dever de prestar contas, ocorre à revelia do dono, segundo a definição do art. 1.331 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 861), razão pela qual não se pode negar ao comunheiro o direito a exigir contas do consorte que explora com exclusividade os bens comuns a pretexto de inexistência de mandato ou outro negócio jurídico entre os interessados.

Sobre o tema, decidiu o TJMG que “enquanto o marido retém os bens comuns do casal e não os submete à partilha, após a dissolução da sociedade conjugal, a sua posição é a de gestor de bens alheios, o que o torna sujeito à obrigação de prestar contas, sempre que a mulher as exigir”.²⁶ Para o STJ, desde a separação de fato, o cônjuge, que reter todo o patrimônio comum do casal, se sujeitará a prestar contas, como acontece com qualquer gestor de bens alheios, evitando-se, com isso, prejuízos ao outro consorte na futura partilha.²⁷

1.275. Prestação de contas entre condôminos

Urge distinguir, inicialmente, entre o condomínio ordinário e o condomínio por propriedade horizontal.

No condomínio por propriedade horizontal incide a regulamentação da Lei nº 4.864, de 29.11.65, que prevê um sistema específico de administração através do síndico, ao qual incumbe o dever de prestar contas à assembleia geral dos condôminos. Uma vez cumprido o dever legal e

obtida a aprovação da assembleia, nenhum direito resta aos condôminos, individualmente, de reclamar do síndico prestação judicial de contas. Se algum comunheiro considera irregular a aprovação da assembleia, o que lhe compete é a ação de anulação da deliberação social. Enquanto tal não ocorrer, quitado estará o síndico da obrigação de prestar contas.

No condomínio ordinário, o dever de prestar contas aos demais consortes é inegável, sempre que a exploração do bem comum é feita por um dos comunheiros, com ou sem anuência dos demais, salvo a hipótese de comunhão *pro divisio*.

1.276. Organização das contas

As contas, tanto prestadas pelo autor (art. 916) como pelo réu (art. 915), devem ser elaboradas em forma mercantil, especificando-se as receitas e aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo (art. 917).

Essa forma mercantil ou contábil exige a organização das diversas parcelas que compõem as contas em colunas distintas para *débito* e *crédito*, fazendo-se todo o lançamento por meio de *histórico* que indique e esclareça a origem de todos os recebimentos e o destino de todos os pagamentos. Outro dado importante é a sequência cronológica dos dados lançados.²⁸

O demonstrativo contábil tanto pode ser elaborado em documento à parte como pode ser incluído no próprio corpo da petição do interessado.

As irregularidades formais da organização das contas não geram nulidade do processo. Ao juiz caberá ordenar o saneamento dos defeitos formais e as diligências necessárias ao efetivo levantamento do saldo existente.²⁹

1.277. Prova das contas

Dispõe a lei que as contas devem ser “instruídas com os documentos justificativos” (art. 917).

Isto não quer dizer que toda conta só possa ser fundamentada em prova documental pré-constituída. A intenção do legislador foi a de determinar o momento da produção da prova documental por aquele que presta contas em juízo.

A parte deverá, portanto, seguir as regras do procedimento próprio da prova por documentos, e especialmente deverá cuidar para que seus elementos de prova escrita sejam produzidos juntamente com as contas.

Não é empecilho à apresentação das contas a inexistência de prova documental para uma, algumas ou todas as parcelas arroladas. Outros meios probatórios podem existir ao alcance da parte, e o próprio Código, em mais de uma oportunidade, refere-se, por exemplo, à possibilidade de perícia contábil (arts. 915, §§ 1º e 3º; 916, § 2º).

O que importa é que as parcelas, se não determinadas, sejam pelo menos *determináveis* no curso da instrução probatória. Diante da controvérsia sobre parcelas não inteiramente comprovadas ou esclarecidas por documentos, procederá o juiz, para sua definição, como se faz para o accertamento de qualquer direito de crédito quando, em juízo, se veja envolvido em contestação em torno do *quantum* devido.³⁰

Impugnada alguma parcela por falta ou deficiência de prova a solução será encontrada, ao

longo do processo, segundo as regras gerais do ônus da prova (CPC, art. 333) e não pela sujeição do prestador de contas, ao rigor inflexível de um sistema legal de prova obrigatória que não transija com outro elemento de convicção que o documental.

Um caso em que as contas quase nunca poderão ser acompanhadas de completa prova documental é aquele em que, por inércia do réu, a elaboração delas se transfere para o autor (art. 915, § 3º). Claro é que, em se tratando de gestão realizada pelo réu, praticamente impossível será ao autor dispor dos documentos que comprovem, com precisão, as receitas e despesas efetuadas por outrem.

§ 207. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS

Sumário: 1.278. Ação de exigir contas. 1.279. Procedimento da primeira fase. 1.280. Reconvenção. 1.281. Sentença da primeira fase. 1.282. Procedimento da segunda fase. 1.283. Contas elaboradas pelo autor. 1.284. Sucumbência.

1.278. Ação de exigir contas

A ação para exigir contas acha-se regulada pelo art. 915 e seus parágrafos, onde se traça um procedimento composto de duas fases, com objetivos bem distintos: na primeira busca-se apurar se existe ou não a obrigação de prestar contas que o autor atribui ao réu; na segunda, que pressupõe solução positiva no julgamento da primeira, desenvolvem-se as operações de exame das diversas parcelas das contas, com o fito de alcançar-se o saldo final do relacionamento econômico discutido entre as partes.

1.279. Procedimento da primeira fase

Deferida a inicial, realiza-se a citação do réu, assinando-lhe o prazo de *cinco dias* para a alternativa: *a)* “apresentar as contas”; ou *b)* “contestar a ação” (art. 915; *caput*).

Diante do ato citatório, ao réu caberá, na verdade, uma das seguintes atitudes: *a)* apresentar as contas; *b)* apresentar as contas e contestar a ação; *c)* manter-se revel; *d)* contestar ação sem negar a obrigação de prestar contas; *e)* contestar ação negando a obrigação de prestar contas. Examinem-se-las separadamente:

I – Apresentação das contas

Se o réu atende à citação mediante exibição das contas reclamadas pelo autor, opera-se o reconhecimento do pedido, provocando o desaparecimento da lide quanto à questão que deveria ser solucionada na primeira fase do procedimento. Queima-se uma etapa procedimental passando-se, sem sentença, aos atos próprios da segunda fase, ou seja, aos pertinentes ao exame das contas e determinação do saldo.

Facultar-se-á, então, ao autor manifestar sobre as contas em cinco dias, aceitando-as ou impugnando-as. Ocorrendo a aceitação expressa ou tácita (esta deduzida da falta de impugnação), o processo será logo encerrado por sentença que aprovará as contas do réu (CPC, art. 330, II).

Se houver impugnação, caberá verificar se a questão suscitada depende de prova para deliberar sobre a necessidade ou não de audiência de instrução e julgamento. Se a matéria

ventilada for apenas de direito ou se puder ser deslindada à luz dos elementos já constantes dos autos, a sentença será desde logo proferida. Caso contrário, ocorrerá a designação de audiência (art. 915, § 1º).

II – Apresentação das contas e contestação

A lei faz sugerir que o réu deva sempre optar entre contestar ou apresentar as contas. Há, porém, a hipótese lembrada por Adroaldo Furtado Fabrício em que a divergência instalada entre as partes diz respeito não ao dever de prestar contas, mas ao seu conteúdo.

Prestando-as em juízo, lícito será ao réu contestar a ação para demonstrar a injustiça da atitude do autor na recusa pré-processual das parcelas elaboradas e, em consequência, pleitear a aprovação de suas contas e a sujeição do demandante aos encargos da sucumbência,³¹ o que será possível independentemente de reconvenção, já que a ação tem o caráter dúplice por sua própria natureza.

III – Revelia

Da ausência de contestação do réu decorre, para o juiz, a possibilidade de julgamento antecipado da lide, independentemente de prova dos fatos alegados pelo autor, que, *in casu*, se presumem verdadeiros (arts. 330 e 915, § 2º).

A sentença da primeira fase será, então, para impor ao réu revel a condenação de prestar as contas reclamadas na inicial, no prazo de 48 horas, sob pena de autorizar-se o próprio autor a elaborá-las, sem que o condenado as possa impugnar (art. 915, § 2º, *in fine*).

A revelia, no entanto, nem sempre obriga à sentença de acolhida do pedido, pois seus efeitos em alguns casos acham-se excluídos pela própria Lei (art. 320, nos II e III) e nunca importam suprimento dos pressupostos processuais e condições da ação (art. 267, nos IV e VI).

IV – Contestação sem negar a obrigação de prestar contas

Se o réu contesta apenas por questões preliminares, ao rejeitá-las, o juiz desde logo condená-lo-á a apresentar as contas, na forma e sob as cominações do art. 915, § 2º. Tudo se fará de imediato, em julgamento antecipado da lide, sem dependência de instrução e debate em audiência.

V – Contestação com negativa da obrigação de prestar contas

Contestado o pedido com a negativa da existência de obrigação de apresentar contas, a primeira fase da ação deve assumir o rito ordinário, diante da regra geral do art. 273.

Aliás, apenas a exibição das contas pelo réu, no prazo de resposta, sem contestação, é que mantém o rito especial para a causa. Todas as demais atitudes do sujeito passivo supraexaminadas levam primeira fase da ação de prestação de contas à observância do procedimento ordinário, em suas diversas alternativas.³²

1.280. Reconvenção

Para se contrapor ao conteúdo das contas não é preciso usar a via reconvenicional, pois que a ação de prestação é dúplice e, assim, permite a qualquer das partes agir como autor durante toda a marcha processual, independentemente de reconvenção.

Mas questões conexas podem autorizar pretensões que, embora não incluídas no âmbito das contas propriamente ditas, sejam tratáveis no campo da reconvenção. Se o rito, após a contestação, é o ordinário, nada impede que o réu proponha ação reconvenicional, por exemplo,

para pedir rescisão de contrato ou impor perdas e danos ao autor etc.³³

1.281. Sentença da primeira fase

A sentença que denega a pretensão a contas ou que reconhece a carência de ação ou a falta de pressuposto processual extingue o processo, encerrando-o na primeira fase procedimental.

Já a sentença que acolhe o pedido de contas (art. 915, § 2º) tem a eficácia condenatória: condena o réu a uma prestação de fazer sob especial cominação. Dispõe, textualmente, a Lei: “A sentença que julgar procedente a ação condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar”.³⁴

A sentença é evidentemente condenatória, mas traz em si, também, a carga de executividade, já que tem a força de atuar por si mesma o comando que expressa, independentemente do processo de execução forçada. Essa imediata executividade se concretiza por meio da cominação que transfere para o autor a faculdade de elaborar as contas, sem impugnação da parte contrária, caso o réu não as preste nas 48 horas que a sentença lhe assinou.

Como se vê, essa sentença não extingue o processo, mas instaura a segunda fase do procedimento, em que se acertarão as contas devidas e se fixará o saldo respectivo.

Por isso, admissível seria a sua classificação como decisão interlocutória, dentro da sistemática do art. 162 do CPC. O caso, porém, é de um procedimento especial, que não pode se sujeitar aos parâmetros da regulamentação própria do procedimento ordinário. Aqui, o decisório da primeira fase da ação não se limita a solucionar *questão incidente* como aquela a que se reporta o § 2º do art. 162. O que se dá é o desdobramento do *mérito* em estágios sucessivos. Primeiro se aprecia uma questão de mérito, que é a existência ou não do dever de prestar contas, e depois se julga o conteúdo das contas.

Daí a opção do Código pela classificação de *sentença* tanto do julgamento da primeira como da segunda fase (art. 915, §§ 1º e 2º).

Tratando-se, inquestionavelmente, de sentença, o recurso manejável *in casu* só poderá ser a apelação,³⁵ com o duplo efeito devolutivo e suspensivo.³⁶

1.282. Procedimento da segunda fase

Após a sentença condenatória da primeira fase, passa-se ao exame e julgamento das contas que, se não forem elaboradas pelo réu, se-lo-ão pelo autor, sem oportunidade de impugnação pelo primeiro.

Antes de passar-se a faculdade para o autor, o réu tem duas oportunidades para cumprir sua obrigação de apresentar as contas devidas: nos cinco dias que se seguem à citação (art. 915, *caput*) e nas 48 horas após a sentença condenatória (art. 915, § 2º).

Apresentadas as contas pelo réu, em qualquer das duas oportunidades, segue-se um mesmo procedimento:

- a) abre-se o prazo de cinco dias ao autor para impugná-las;
- b) não havendo impugnação, seguir-se-á, de plano, a sentença de aprovação das contas e fixação do saldo;
- c) havendo impugnação, caberá ao juiz, à luz do seu conteúdo, examinar se há ou não

necessidade de provas. Observará, outrossim, as regras do procedimento ordinário, para proferir julgamento antecipado da lide ou determinar a produção das provas cabíveis e a realização da audiência de instrução e julgamento, se necessária;

d) a sentença é *condenatória* quanto ao saldo fixado e, em virtude do caráter *dúplice* da ação, poderá voltar-se tanto contra o réu como contra o autor;

e) o recurso cabível é a *apelação*, no duplo efeito legal.

Quanto ao prazo de 48 horas, que se abre ao réu para cumprir a condenação da primeira fase do procedimento, sua contagem é de ser feita a partir do trânsito em julgado da sentença, independentemente de citação ou intimação especial. A própria sentença, ao ser intimada à parte, através de seu advogado, já produz a eficácia de dar início à fluência do prazo de execução do seu comando.³⁷

Havendo, porém, *apelação*, com suspensão da sentença e subida dos autos ao Tribunal, não se poderá pretender que o prazo de prestar contas comece a fluir automaticamente do trânsito em julgado do acórdão de segunda instância. É que dito prazo só correrá perante o juízo da causa, ao qual o réu terá o ônus de se dirigir para apresentar suas contas.

Assim, enquanto os autos não retornarem ao juízo de primeiro grau, impossível será cogitar-se do prazo do art. 915, § 2º, por um evidente embaraço de ordem judicial. Sendo inviável a prestação de contas sem a presença dos autos, o prazo de 48 horas de que cuida o dispositivo em apreciação só poderá ter início a partir da baixa do processo. Entre o trânsito em julgado em segunda instância e o retorno dos autos ao juízo da causa, haverá, como se vê, um espaço de tempo em que, por força maior, ficará suspensa a fluência do prazo assinado ao réu (art. 183).

Por outro lado, sendo impreciso o tempo da baixa, é indispensável a intimação das partes acerca do retorno dos autos para que a partir de então se torne exequível o acórdão que manteve ou impôs a condenação a prestar contas. É, destarte, a partir da intimação da chegada dos autos à primeira instância que se contará o prazo do § 2º do art. 915.

1.283. Contas elaboradas pelo autor

A inércia do réu no cumprimento da condenação transfere para o autor a faculdade de elaborar, em dez dias, as contas devidas pelo primeiro (art. 915, § 3º). Além disso, a lei impõe ao inadimplente uma sanção processual grave, que é a interdição do direito de impugnar as contas do autor.

Essa restrição, todavia, não importa franquia ao autor para agir arbitrária e incontroladamente. Ao juiz recomenda a lei que julgue tais contas “segundo prudente arbítrio”, cabendo-lhe ordenar, se necessário, “a realização do exame pericial contábil” (art. 915, § 3º, *in fine*).

Se, de fato, o § 2º do art. 915 prevê a possibilidade de o réu, na recalcitrância em cumprir a condenação, ser privado da faculdade de impugnar as contas que o autor elaborou, a sanção se faz cabível justamente para suprir-lhe a omissão, diante de um dever processual. “Contudo – ensina Adroaldo Furtado Fabrício – o rigor da lei não chegou ao extremo de colocar o juiz, em tal emergência, na posição de simples homólogo das contas oferecidas pelo autor. Com efeito, se assim fosse, este facilmente poderia beneficiar-se da interdição em que se acha o réu para elaborar contas desconformes à verdade, abusando do direito e buscando injusto locupletamento.

Ao juiz se impõe, para bloquear essa possibilidade, um papel sumamente ativo na fiscalização da regularidade das contas do autor, e qualquer dúvida que se lhe apresente ao espírito deverá ser dirimida através de perícia contábil. De outro modo, a aplicação da sanção processual cominada poderia levar à mais gritante injustiça, contra cuja consumação seria impotente o juiz, mesmo consciente dela. Aqui, como em tantas outras passagens, o Código, mesmo construindo um sistema de verdades formais, não renuncia de todo à apuração da verdade real, ou de algo que dela se aproxima mais. A fórmula é expressa no ‘prudente arbítrio do juiz’, locução algo vaga e sem dúvida elástica, mas que de modo algum dispensa o julgador de fundamentar suas conclusões e, por outro lado, não o inibe com as peias de uma fórmula demasiado rígida”.³⁸

O juiz há de examinar as contas do réu sob o crivo de um juízo crítico, atento à sua razoabilidade e verossimilhança. O espírito da norma acha-se revelado no § 3º do referido art. 915, quando prevê que o julgamento ocorrerá “segundo prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil”.

Correta, portanto, a interpretação a que chegou o TAMG: “o direito que o art. 915, § 3º, do CPC confere ao autor é o de prestar contas admissíveis segundo o critério da lei e do bom senso; não, porém, de presunção de veracidade para quaisquer contas cuja exatidão não fique configurada”.³⁹

A regra sancionadora do § 2º do art. 915, quando cotejada com o § 3º do mesmo dispositivo, revela que sua interpretação não pode ser feita de modo a divorciá-la dos princípios fundamentais acolhidos pelo Código quanto à faculdade de iniciativa probatória que ele confere ao magistrado.⁴⁰ Quer dizer: o juiz está compromissado com a verdade real a ser apurada diante de todo o material probatório disponível nos autos e daqueles cuja produção ordenaria, de ofício, sempre que entender necessário ao esclarecimento dos fatos do processo (arts. 128, 130 e 131).

O regime do art. 915, portanto, não conduz a julgamento imediato, e sem maior análise, das contas que o réu não pode impugnar. Ao contrário, o que se deduz do dispositivo, especialmente de seu § 3º, é que as contas do autor “haverão de ser submetidas a prova, nomeadamente pericial”.⁴¹ Se assim é, evidente é também que o juiz não poderá ignorar os demais elementos probatórios existentes nos autos no exame que fará sobre as contas do autor. É justamente porque ocorrerá a possibilidade de contradição ou dúvida em face de outros documentos ou outras provas, que o juiz, se necessário, promoverá a perícia contábil sobre o levantamento feito unilateralmente pelo autor.

E uma vez admitida a produção de provas, dela não poderá ser eliminado o caráter contraditório.⁴² Ou seja: a vedação do art. 915, § 2º, há de ser interpretada como abrangente apenas do direito de contestar as parcelas contidas no demonstrativo contábil organizado pelo autor, “sem que tal limitação do contraditório impeça sua participação nos procedimentos probatórios porventura determinados pelo magistrado”.⁴³

Não há razão de direito para ampliar a interdição de impugnar contas até o ponto de impedir o acompanhamento, pelo autor, da produção da perícia ou de outras provas acaso admitidas pelo juiz, segundo a autorização do § 3º do art. 915. As normas restritivas de direito são sempre de interpretação estrita. E participar da produção da prova técnica ordenada *ex officio* pelo juiz não é, evidentemente, o mesmo que impugnar as contas do autor.⁴⁴

1.284. Sucumbência

Compondo-se a ação de prestação forçada de contas de duas fases com objetos distintos, a questão da sucumbência (custas e honorários advocatícios) também pode desdobrar-se em duas decisões diferentes.

Quando o processo se extingue na primeira fase, a situação é singela, posto que a parte então vencida arcará com todos os encargos de sua derrota processual.

Quando, porém, o procedimento percorre todos os seus trâmites regulares e se sujeita a duas sentenças (uma em cada fase), a situação torna-se um pouco mais complicada, porque o vitorioso no primeiro julgamento pode sair derrotado no segundo.

Na verdade, a circunstância de ser o saldo apurado na fase final contrário ao autor não implica necessariamente sucumbência de sua parte. A vitória, *in casu*, situa-se, com maior propriedade, na acolhida do pedido de condenar o réu a prestar suas contas, pouco importando a quem venha a desfavorecer o saldo final.

Por isso, não é o saldo das contas um parâmetro que ordinariamente se preste ao cálculo da sucumbência em benefício do autor. Diante da possibilidade de ser ele apontado como devedor na segunda fase, sem incorrer nas penas da sucumbência, a solução preconizada pela doutrina e jurisprudência é a de arbitrar-se os honorários advocatícios na sentença que julga a primeira fase do procedimento, segundo o critério do art. 20, § 4º, e não com apoio no valor de uma condenação (art. 20, § 3º), que ainda se revela inestimável e mesmo imprevisível diante da incerteza do resultado final a que poderão chegar as contas a serem apuradas.⁴⁵

Passando-se à segunda fase, pode tudo transcorrer sem novas controvérsias entre os litigantes, caso em que prevalecerão os encargos da sucumbência inalterados, tal como definidos na fase inicial. Podem, porém, surgir impugnações às contas produzidas e ao saldo pretendido. Ao dirimir as novas controvérsias, a sentença da segunda fase imporá, então, novas verbas de sucumbência segundo a posição em que forem localizados os litigantes. Assim, tanto poderá ocorrer acréscimo à condenação da primeira fase como imposição de encargos em sentido contrário, o que conduziria a uma sucumbência recíproca, com a necessidade de promover-se a necessária compensação.⁴⁶

Em suma, o critério prevalente é este: “Na primeira fase da ação de prestação de contas, a sentença condenará o vencido ao pagamento de honorários de advogado, conforme considere a ação procedente ou improcedente (RJTJSP 9/228); na segunda fase, essa condenação dependerá da conduta das partes (JTA 94/59).”⁴⁷ Sendo vencedora a mesma parte nas duas fases do procedimento, caber-lhes-á o direito à ampliação da verba advocatícia, mas aconselha-se, para evitar exageros, que se respeite, em regra, o limite total de 20% sobre o valor da causa ou da condenação, conforme o caso.⁴⁸ Não haverá, outrossim, vencido ou vencedor na segunda fase se as contas apresentadas não forem objeto de qualquer impugnação. Nesse caso, a sucumbência será única, ou seja, será apenas a estabelecida na primeira fase. É, pois, a decisão de impugnações que levará à configuração de sucumbência e não o saldo devedor final.

§ 208. AÇÃO DE DAR CONTAS

Sumário: 1.285. Caráter unitário do procedimento. 1.286. Procedimento. 1.287. Sucumbência.

1.285. Caráter unitário do procedimento

Quem se acha sujeito a prestar contas tem não apenas a obrigação, mas também o direito de liberar-se dessa sujeição. Daí a previsão de um procedimento especial para que possa judicialmente realizar a prestação devida, e, conseqüentemente, exonerar-se do vínculo obrigacional.

Para justificar o recurso ao procedimento judicial, o devedor de contas deverá demonstrar interesse, ou seja, a necessidade de fazer sua prestação em juízo, já que não se pode por simples capricho sujeitar a outra parte aos ônus do processo. Salvo os casos em que a própria lei reclama a prestação de contas em juízo (inventariantes, curadores, depositários etc.), o interessado só pode valer-se das vias judiciais quando o destinatário das contas se recusar a recebê-las extrajudicialmente. Como a iniciativa do processo parte do que se acha obrigado a dar contas, o procedimento torna-se bastante mais simples do que o da ação de exigir contas. Não há a duplicidade de fases para exame separado da obrigação de prestar contas e do conteúdo das contas. Agora, a inicial já vem instruída com as contas que o autor oferece ao réu, de sorte que se propõe desde logo discutir as verbas e o saldo, dando por implicitamente confessada a obrigação de prestá-las.

Esse feito unitário do procedimento, no entanto, não exclui a possibilidade de questionamento em torno da obrigação de prestar contas. O que ocorre é que não há necessidade de destacar essa matéria para uma fase e uma sentença especiais. Bastará, se for o caso, a suscitação do tema em caráter de preliminar dentro da fase única que a estrutura simples do procedimento ostenta.

Inexistindo, porém, impugnação do réu ao cabimento da prestação espontânea de contas, o objeto da causa e, por isso, da sentença, será unicamente o conteúdo das parcelas e do saldo das contas elaboradas pelo autor.

1.286. Procedimento

O que especifica a petição inicial, nesse procedimento, é a necessidade de vir, desde logo, acompanhada das contas e documentos que comprovam seus lançamentos (arts. 916 e 917).

O instrumento do negócio jurídico de que deriva a obrigação de contas (procuração, contrato etc.) também deve instruir a petição (sobre a prova documental necessária nesse tipo de ação, veja-se o nº 1.277, retro).

A citação, segundo o *caput* do art. 916, é para, em cinco dias, *aceitar as contas* ou *contestar a ação*. Na verdade, porém, pode o réu adotar outras reações como não contestar a ação nem aceitar o conteúdo das contas, como pode também aceitar o seu conteúdo mas contestar o seu cabimento em juízo, por falta de recusa ao recebimento extrajudicial.

Podemos, esquematicamente, prever as seguintes atitudes do réu diante da citação: *a)* contestação da ação; *b)* impugnação das contas; *c)* aceitação das contas; *d)* revelia. Analisemo-las em suas peculiaridades.

I – Contestação

Conforme se vê do art. 916, § 2º, a lei considera hipóteses distintas a *contestação da ação* e a *impugnação das contas*.

A impugnação refere-se ao conteúdo das contas, às verbas que as compõem e ao saldo delas resultantes. À contestação caberão os temas tendentes a negar a pretensão do autor, no mérito (descabimento da prestação de contas entre as partes), ou em preliminar (falta de condições da ação ou de pressupostos processuais). Assim, ter-se-á contestação de mérito quando, por exemplo, já existir acerto extrajudicial entre as partes, e contestação de preliminar quando se arguir ilegitimidade *ad causam*, litispendência, inépcia da inicial, coisa julgada etc. (art. 301).

Além da contestação, pode-se produzir também exceção e reconvenção. O rito torna-se ordinário após a resposta do réu.⁴⁹ Mas, para excluir ou incluir verba, reduzir ou ampliar o montante de alguma parcela, corrigir erros de cálculo e outras pretensões similares, não há necessidade de reconvenção, porque a ação, na espécie, é dúplice. Tudo isso é possível, portanto, através de simples contestação ou impugnação.⁵⁰ Sobre o cabimento da reconvenção, veja-se o nº 1.280, retro.

A audiência de instrução e julgamento só ocorrerá quando houver coleta de prova oral que o justifique.

II – Impugnação das contas

Dá-se a impugnação das contas quando a resposta do réu limita-se à discordância relativa a uma ou algumas parcelas, ou todas elas, ou, ainda, quanto ao saldo. A impugnação pode ser feita mediante indicação dos erros cometidos pelo autor ou através da elaboração de outro demonstrativo onde se contenham as parcelas corretas e sua justificativa.

Não se tolera impugnação por negativa geral porque se trata de uma espécie de contestação vaga e imotivada e nosso sistema processual não reconhece validade alguma à contestação que não seja fundamentada e específica (arts. 300 e 302).⁵¹

Pode, outrossim, a impugnação referir-se a aspectos formais das contas, caso em que não se recomenda a extinção do processo sem antes tentar-se sanear os defeitos sanáveis, segundo o salutar princípio de economia processual.

Não há impedimento a que o réu, pelo princípio da eventualidade, cumule a contestação ao cabimento da prestação de contas e a impugnação ao seu conteúdo.

Segue-se pelo procedimento ordinário, após a impugnação das contas, realizando-se a audiência de instrução e julgamento, se necessária.

III – Aceitação das contas

Manifestando-se o réu expressamente no sentido de concordar com as contas do autor, nada restará ao juiz senão homologar o acordo de vontade consolidado em juízo (art. 916, § 1º). Irrelevantes serão eventuais irregularidades formais ou deficiências de natureza comprobatória. Tudo estará relevado pelo reconhecimento do demandado. O julgamento será, na verdade, de natureza homologatória, visto que a lide terá desaparecido diante do reconhecimento do pedido por parte do réu. Isto, é claro, pressupõe livre disponibilidade de direito envolvido na lide. Se se tratar, evidentemente, de interesses de incapazes ou de outros direitos insuscetíveis de renúncia ou transação, as contas não poderão ser aprovadas sem a adequada comprovação, ainda que não impugnadas.

IV – Revelia

A falta de contestação produz a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor na inicial (art. 319). Por isso, a revelia do demandado autoriza o juiz a prolatar, de plano, a sentença de mérito, independentemente da coleta de prova em torno dos fundamentos fáticos do pedido do autor (arts. 330, no II, e 916, § 1º).

O efeito da revelia, porém, não é o mesmo do reconhecimento do pedido (aceitação expressa das contas). É que, embora havendo como verdadeiros os fatos narrados pelo autor, pode ocorrer que os efeitos desses mesmos fatos não sejam, no plano jurídico, aqueles que a parte pretendeu extrair. O juiz, portanto, não deverá exigir prova desses fatos, mas poderá dar-lhes eficácia distinta da indicada na petição inicial. Em outras palavras, a sentença se aterá ao direito e não à pretensão do autor. Até mesmo a iniciativa probatória do juiz para esclarecer fatos obscuros ou inconcludentes não deverá ser descartada na situação de prestação de contas não contestada nem impugnada.⁵²

1.287. Sucumbência

Se a ação se encerra à base de acolhida das contas do autor, seja por revelia, por reconhecimento expresso do pedido pelo réu, ou pela rejeição da contestação ou impugnação do demandado, os ônus da sucumbência serão, por inteiro, imputados ao réu. Se a resposta for acolhida por inteiro, de modo a eliminar a pretensão do autor, por inteiro, a sucumbência atingi-lo-á totalmente.

Há, porém, casos de sucumbência recíproca, quando, por exemplo, a impugnação acolhida atinge apenas parte das contas. Deve-se, outrossim, atribuir ao autor a responsabilidade pelas custas e honorários quando, embora aprovadas suas contas, tenha se reconhecido que não havia necessidade de recorrer à Justiça para o acerto entre as partes.⁵³

Sumário: 1.288. Sentença e execução.

1.288. Sentença e execução

A sentença final da ação de prestação de contas (tanto na prestação forçada como na espontânea) deverá, segundo o art. 918 do CPC, declarar o *saldo* das contas deduzidas em juízo. Não teria sentido, no campo do procedimento especial de que se cuida, uma sentença que se limitasse, por exemplo, a considerar não prestada as contas devidas ou simplesmente cumprido o dever de prestar contas. A meta traçada pela lei, como objetivo último e necessário, é a definição do saldo resultante das contas que uma parte deve à outra.

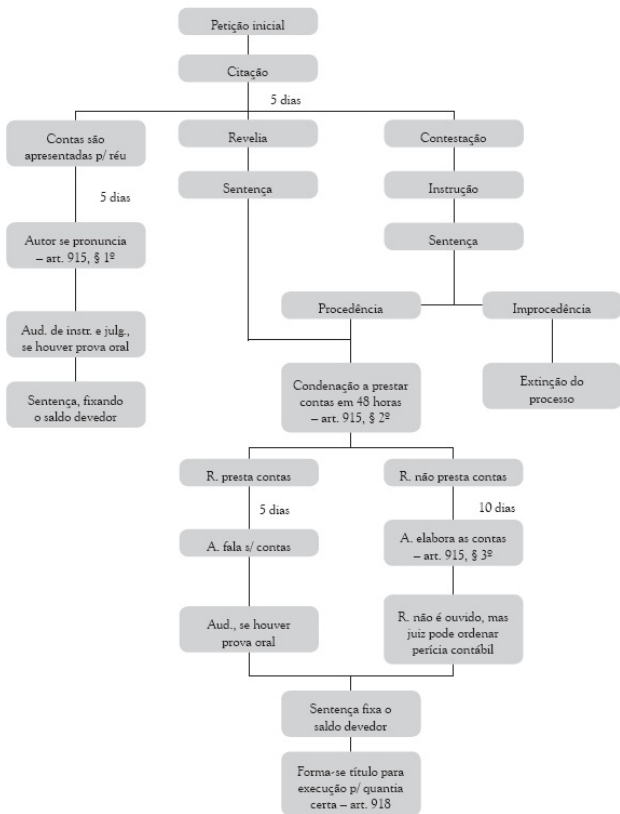
Diz, outrossim, o art. 918 que a sentença não só *declarará* o saldo credor como atribuirá à parte beneficiária da declaração título para cobrá-lo em execução *forçada*.

Não se trata, portanto, de uma sentença puramente declaratória. O escopo principal da estrutura procedimental é, como se vê, o de atingir uma condenação, mesmo que a lei não utilize explicitamente tal vocábulo.⁵⁴ As sentenças, todas elas, são na base declaratórias, mas devem ser classificadas por sua eficácia mais relevante, e assim sendo não se pode recusar a qualidade de condenatória à sentença que declara o saldo das contas prestadas em juízo.⁵⁵

Cuidando-se, outrossim, de *ação dúplice*, não importa de quem tenha partido a iniciativa do processo: a sentença gerará título executivo pelo saldo apurado contra qualquer dos litigantes que venha a se colocar na posição final de devedor.⁵⁶

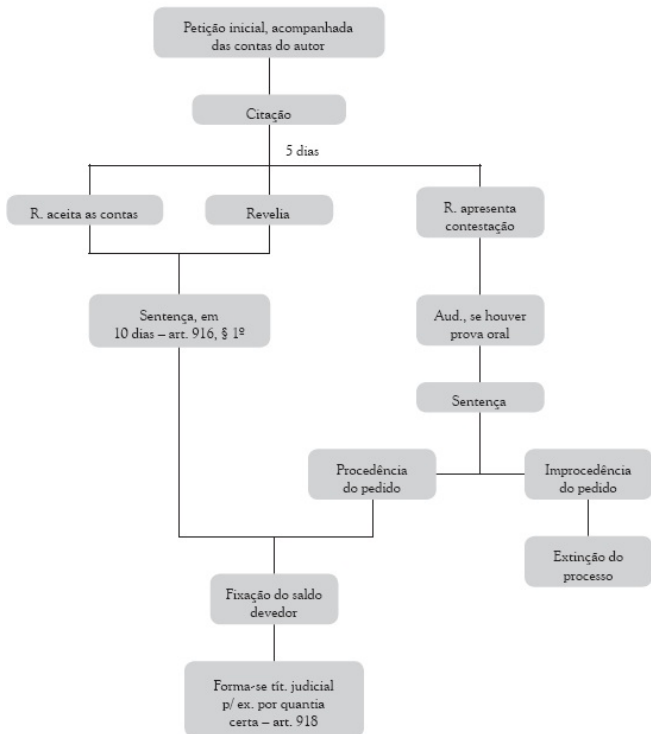
A execução forçada obedecerá ao procedimento das execuções por quantia certa e dependerá do trânsito em julgado, porquanto a apelação tem, *in casu*, o duplo efeito legal. Não há, porém, necessidade de propor uma *ação executiva*. Na sistemática implantada pela Lei nº 11.232, de 22.12.05, o cumprimento da sentença dá-se na sequência do procedimento cognitivo, como um simples incidente da relação processual em que a condenação foi pronunciada. Isto quer dizer que, após o trânsito em julgado, a parte em débito terá de cumprir a prestação em quinze dias. Não o fazendo espontaneamente, será expedido o mandado de penhora e avaliação, a pedido do credor, independentemente de nova citação ou intimação do devedor (CPC, art. 475-J). Sujeitar-se-á à multa legal de 10% e os atos expropriatórios seguirão as regras comuns dos arts. 646 e seguintes.

AÇÃO PARA EXIGIR CONTAS
(art. 915)



Fluxograma nº 62

AÇÃO PARA APRESENTAR CONTAS
(art. 916)



- 1 “Há o dever de prestar contas a quem efetua e recebe pagamentos por conta de outrem, movimentando recursos próprios ou daquele em cujo interesse se realizam os pagamentos e recebimentos” (STJ, 4a T., AGA no 45.515/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 27.06.1996, *RSTJ* 90/213). “Ao correntista de instituição financeira que discorda dos lançamentos constantes de seus extratos bancários, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando obter pronunciamento judicial acerca de sua correção ou incorreção” (STJ, 3a T., AgRg no Ag no 402.420/SE, Rel. Min. Castro Filho, ac. 05.09.2002, *DJU* de 04.11.2002, p. 201). Nesse sentido: STJ, 3a T., AgRg no REsp no 1.171.847/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 15.04.2010, *DJe* de 05.05.2010; Súmula 259/STJ.
- 2 Ugo Rocco, “Rendimento dei conti”, verbete in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1968, vol. 15, p. 433. Tem-se como nula a sentença que encerra a ação de prestação de contas sem declarar o saldo, seja a favor do autor ou do réu (TJES, 2a CC, Ap. no 21.976, Rel. Des. Antonio José Miguel Feu Rosa, ac. de 23.03.1993, RT 695/159), salvo se este, não tendo sido quantificado expressamente, possa ser deduzido de elementos explicitados pela sentença, por meio de interpretação lógica do julgado (STJ, 4a T., REsp. no 10.022/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 03.12.1991, *DJU* de 03.02.1992, p. 470).
- 3 ROCCO, Ugo. *Op. cit.*, p. 434.
- 4 COUTO E SILVA, Clóvis do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1977, vol. XI, t. I, n. 89, p. 107. Cabe a ação de prestação de contas em todas as situações em que haja necessidade “de acertar-se, em face de um negócio jurídico, a existência de um débito ou de um crédito” (TJSP, 15a CC, Ap. no 226.857-2, Rel. Des. Quaglia Barbosa, ac. de 12.04.1994, *JTJ* 162/117). Entre os casos de cabimento da ação de prestação de contas inclui-se a conta-corrente bancária (Súmula 259/STJ).
- 5 Devem prestar contas “quantos administram bens de terceiros, ainda que não exista mandato” (STJ, 3a T., AgRg. no Ag. no 33.211-6/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 13.04.1993, *DJU* de 03.05.1993, p. 7.798). Entre os casos de exigibilidade de contas figura a relação travada entre comitente e comissário, por força de contrato de comissão (1o TACivSP, 1a CC, Ap. no 536.378-6, Rel. Juiz Paulo Eduardo Razuk, ac. de 20.12.1993, *Lex-JTA* 145/147; *Lex-JTA* 146/99). Outrossim, “a circunstância de extratos serem remetidos ao correntista ou por ele extraídos não impede o manejo da ação de prestação de contas, porque os extratos se destinam a simples conferência” (TJPR, 5a Câ. Cív., Ap. Cív. no 41.294-8, Rel. Des. Ulysses Lopes, ac. 20.06.1995, *Revista Jurídica* 220/66. No mesmo sentido: STJ, 3a T., REsp no 1.060.217/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 11.08.2008, *DJe* de 20.11.2008).
- 6 MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, vol. IV, n. 195, p. 186.
- 7 MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Op. cit.*, n. 196, p. 186.
- 8 “Hoje está sendo assente que a ação de prestação de contas é adequada para que o cliente a exija do estabelecimento bancário, com o qual mantém contrato de financiamento” (TJRJ, Ap. no 7.074/96, ac. de 05.06.1997, in *ADV-COAD* 19/98, ementa no 82924, p. 303). No mesmo sentido: STJ, REsp. 170.253/RJ, 4a T., ac. de 24.06.1998, in *DJU* de 14.09.1998, p. 82;

- TJRGS, Ap. nº 591.036.488, ac. de 27.06.1991, in *RJTJRS* 154/385. Nem mesmo as contas de depósito bancário se excluem do alcance do procedimento dos arts. 914 e segs. do CPC: “A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária” (STJ, Súmula nº 259) (v., a propósito, *RSTJ* 110/216; 60/219; 103/213 e 155/197 a 235). A essa prestação de contas para esclarecer lançamentos efetuados na conta-corrente pelo banco não se aplica o prazo decadencial previsto no art. 26 do CDC, mas o de prescrição regulado pelo Código Civil (STJ, 2ª Seção, REsp nº 1.117.614/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, ac. 10.08.2011, *DJe* de 10.10.2011).
- 9 2º TACiv. SP, Ap. nº 170.389-5, ac. de 16.05.1984, in *RT* 587/160; STJ, AgRg no Ag. 45.515-7/MG, ac. de 27.06.1996, in *RSTJ* 90/213.
- 10 TJSP, Ap. nº 47.394-2, ac. de 21.06.1983, in *RT* 576/92; STJ, REsp. 12.393-0, ac. de 22.02.1994, in *RSTJ* 60/219; STJ, REsp. 198.071/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 18.02.1999, in *DJU* de 24.05.99, p. 177; STJ, AgRg. no AI 162.038/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. de 07.05.1998, in *DJU* de 29.06.1998, p. 176. A despeito das atribuições cometidas legalmente à Comissão de Representantes, “os adquirentes das unidades habitacionais detêm legitimidade para a propositura de ação de prestação de contas em face do construtor ou incorporador” (STJ, 3ª T., REsp. nº 233.001/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 26.11.2001, *RSTJ* 152/321).
- 11 TJSP, Ap. nº 47.394-2 cit., *loc. cit.*; STJ, REsp. 92.386/RS, 3ª T., ac. de 17.03.1998, in *RSTJ* 110/216. No caso de lojas de *shopping center*, os locatários têm o direito de exigir contas à administração do condomínio (TJSP, 12ª CC, Ap. nº 211.353-2/I, Rel. Des. Scarance Fernandes, ac. de 21.09.1993, *RT* 709/79).
- 12 Tem-se decidido não ser cabível a ação de prestação de contas para “discutir a validade de cláusulas contratuais” (STJ, 4ª T., Ag. nº 276.180/MG – AgRg., Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. de 21.06.2001, *DJU* de 05.11.2001, p. 116) nem para exercer “pretensões ilícitas, vinculadas a contrato de exegese eminentemente discutida” (TJRS, 1ª CC, Ap. nº 583019724, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, ac. de 02.04.1985, *RT* 599/180). As restrições procedem quando se trate usualmente de anular negócio jurídico ou de aplicar cláusulas de sentido polêmico ou duvidoso. Quanto às cláusulas contaminadas de nulidade não há empecilho algum ao seu reconhecimento no curso da ação de prestação de contas, já que cabe ao juiz conhecer desse tipo de invalidade a qualquer tempo, independentemente de ação, e sempre que tiver de conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos, devendo pronunciá-la até mesmo de ofício (Código Civil, art. 168, parágrafo único).
- 13 Se é a recuperação de verbas indevidamente apropriadas pelo gestor que o autor deseja alcançar por meio do resultado final da ação de prestação de contas, sua prescrição não pode ser, como já decidiu o STJ, aquela geral aplicável às obrigações pessoais (10 anos), mas terá de ser a especial para as pretensões de repressão ao enriquecimento sem causas (art. 206, § 3º, do Código Civil) (STJ, 3ª T., REsp 1.238.737/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 08.11.2011, *DJe* 17.11.2011).
- 14 “A explicitação das tarifas debitadas em conta-corrente do consumidor, assim como dos demais tipos de lançamentos a crédito e a débito efetuados, por meio de prestação de contas, destina-se à verificação da legalidade da cobrança (ou do direito à repetição ou compensação) [grifamos], direito pessoal, portanto, que tem como prazo de prescrição (e não

- de decadência) o mesmo da ação de prestação de contas em que solicitada esta explicitação e também o mesmo prazo da ação de cobrança correspondente [grifamos]” (STJ, 2a Seção, REsp 1.117.614/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, ac. 10.08.2011, DJe 10.10.2011). Nesse sentido, decidiu também a 2a Turma: que a ação de prestação de contas compreende necessariamente duas fases – uma de accertamento do dever de apresentar contas e outra de fixação do saldo a ser cobrado com base nas contas – de modo que “as duas etapas somente podem ser cindidas para fins de análise teórica, pois, na prática processualista, *devem ser examinadas como dois aspectos indissociáveis do mesmo procedimento* [grifamos]” (STJ, 2a Turma, REsp 1.148.486/SP, Rel. Min. Castro Meira, ac. 24.11.2009, DJe 02.12.2009).
- 15 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. VIII, t. III, n. 254, p. 312. Também os agentes políticos, submetidos às regras do direito público, não se sujeitam à prestação de contas em juízo, dentro dos moldes dos arts. 914 e segs. do CPC (STJ, 2a T., REsp. nº 101.530/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. de 05.11.1998, DJU de 14.12.1998, p. 199).
- 16 MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, n. 196, p. 187. Entendeu o TAMG que é incabível a pura e simples ação de cobrança, quando a liquidação do relacionamento jurídico com o devedor esteja a reclamar “uma prestação de contas em que se acolham os direitos de uma parte e de outra, apurando-se o saldo, se houver” (Ap. nº 5.985, Rel. Oliveira Leite, in *Jurispr. Mineira* 58/202). Pela mesma razão, ensina-se que ao devedor não é lícito “usar de outro procedimento especial, como o de consignação em pagamento, nas hipóteses em que a ação teria de ser prestação de contas (RT 394/177)” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1977, vol. XI, t. I, n. 89, p. 107). O TJSP, no entanto, já decidiu que, se o credor tiver elementos para definir, desde logo, o seu crédito, pode dispensar a ação de prestação de contas e ajuizar diretamente a ação ordinária de cobrança (TJSP, 2a CC, Ap. nº 88.501-1, Rel. Des. Walter Moraes, ac. de 29.09.1987, RJTJESP 111/56). Naturalmente, terá de descrever adequadamente as verbas que compõem o seu pretendido crédito, a fim de proporcionar condições de ampla defesa ao demandado. Aliás, quando as contas são oferecidas pelo autor, mesmo no rito especial do art. 916, não há a primeira fase da ação de prestação de contas, de sorte que o procedimento se limita à discussão e accertamento das contas propostas pelo autor. Se este lança mão do rito ordinário e faz incluir analiticamente na inicial todas as verbas que constituiriam o seu crédito, nada impedirá a definição do saldo delas fora do procedimento especial, já que os objetivos deste estariam assegurados.
- 17 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 294, p. 353.
- 18 “Não detém um integrante de sindicato legitimação e interesse processual para reclamar contas do mesmo sindicato. Este a prestará à assembleia geral e não a seus integrantes individualmente” (TJSP, 11a CC, Ap. nº 221.033-2, Rel. Des. Pinheiro Franco, ac. de 14.04.1994, JTJ 157/158; RT 707/71). Também não cabe ao acionista de sociedade anônima, mover ação de prestação de contas, individualmente, contra o administrador, se já foram elas aprovadas em assembleia-geral (STJ, 3a T., REsp nº 792.660/SP, Rel. Min. Castro Filho, ac. 16.03.2006, DJU de 10.04.2006, p. 191). O mesmo se dá entre os cooperados e a administração da cooperativa (STJ, 4a T., REsp nº 401.692/DF Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 25.11.2003, DJU de 08.03.2004, p.

- 258).
- 19 STJ, 4^a T., Ag. nº 115.405/GO-AgRg., Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 13.05.1997, *DJU* de 25.08.1997, p. 39.381; STJ, 3^a T., REsp. nº 178.423/GO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 26.06.2000, *DJU* de 04.09.2000, p. 148.
- 20 CARVALHO SANTOS, J. M. *Cód. Civ. Brasileiro Interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1958, vol. XIX, p. 17.
- 21 CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, vol. III, n. 667, p. 134-135.
- 22 CARVALHO SANTOS, J. M. *Op. cit.*, p. 24.
- 23 TJSP, Ap. nº 46.887, Rel. Des. Edgard Bittencourt, in *Rev. Forense*, 141/299; STJ, REsp. nº 57.139/RJ, ac. de 26.11.96, in *RT* 740/254; TJSP, Ap. nº 261.860-2, ac. de 19.06.1995, in *JTJSP* 172/129.
- 24 CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Op. cit.*, n. 667, p. 134, nota 1; BORTOLARI, Edson Cosac. *Da Ação de Prestação de Contas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 65.
- 25 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1969, vol. II, n. 58, p. 370.
- 26 Aps. 66.156 e 62.988, Rel. Des. Humberto Theodoro; STF, RE 78.748, ac. de 19.02.1975, in PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. 7. ed. São Paulo: RT, 1998, vol. IV, p. 3550; TJSP, E. Ap. nº 98846-1, ac. de 06.02.1990, in *COAD* 18/90, nº 49030, p. 278; TJSP, 9^a Câm. Civ., Ap. nº 116.462-2, Rel. Des. Ferreira da Cruz, ac. 09.04.1987, *RT* 623/77; TJSP, 7^a Câm. Civ., Ap. nº 136.048-4/0-00, Rel. Des. Oswaldo Breviglieri, ac. 29.01.2003, *RT* 815/238.
- 27 STJ, 3^a T., REsp 1.300.250/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, ac. 27.03.2012, *DJe* 19.04.2012.
- 28 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 282, p. 341. TJSP, 11^a CC, AI nº 256.095-2, Rel. Des. Mohamed Amaro, ac. de 23.03.1995, *JTJ* 171/209; 2^o TACivSP, 3^a CC, Ap. nº 610780-00/1, Rel. Juiz Milton Sanseverino, ac. de 23.10.2001, *RT* 799/276.
- 29 NEGRÃO, Theotônio. *Op. cit.*, nota n. 1 ao art. 917, p. 348; RTJSP 90/272; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 286, p. 344-346.
- 30 ROCCO, Ugo. *Op. cit.*, p. 441.
- 31 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 262, p. 320-321; MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Ed. RT, 1986, n. 55.1.2. p. 68; SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. VI, n. 102, p. 83.
- 32 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, nº 265, p. 324.
- 33 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, n. 103, p. 83; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 266, ps. 324-325. STF, 2^a T., RE nº 31.102/GO, Rel. Min. Décio Miranda, ac. de 15.06.1979, *RTJ* 91/365; STJ, 4^a T., REsp. nº 239.311/CE, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 15.02.2000, *DJU* de 08.05.2000, p. 101.
- 34 “O prazo de 48 horas disposto no art. 915, § 2^o, do CPC, não é peremptório, permitindo flexibilização pelo julgador, conforme a complexidade das contas a serem prestadas” (STJ, 3^a T., REsp 1.194.493/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigli, ac. 23.10.2012, *DJe* 30.10.2012).
- 35 NEGRÃO, Theotônio. *Cód. de Proc. Civ. e Legislação Processual em Vigor*. 17. ed. São

- Paulo: Ed. RT, 1987, p. 347; *RT* 512/238; *RP* 2/343; BORTOLAI, Edson Cosac. *Da ação de prestação de contas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, n. 5.3, p. 117-119; STJ, Ag. 837 – AgRg/RJ, ac. de 12.12.1989, in *DJU* de 05.03.1990, p. 1409; TJGO, Ap. no 37.669-4/188 in *ADCOAS* de 30.01.1996 no 8148720.
- 36 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 268, p. 327; *RT* 495/233.
- 37 Pela necessidade de intimação pessoal à parte, e não ao advogado: Theotônio Negrão, *op. cit.*, nota 5 ao art. 915, p. 348; JTA 62/117; RJTJSP 89/211; TJSP, Ap. no 203.367-1/8, ac. de 25.08.1993, in *ADCOAS* de 28.02.1994, no 142.936; 2o TACiv.SP, Ap. no 445.388/0-6, ac. de 03.02.1996, in *JTACiv.SP* 159/352. Não havendo, porém, expressa determinação legal, não há como exigir que a intimação se faça na pessoa do réu, porque a regra é que “a intimação é ao advogado e não à parte, salvo quando a lei determina o contrário” (Theotônio Negrão, *op. cit.*, nota 2 ao art. 238, p. 133). Nesse sentido: TJSP, AgI 263.510-1, ac. de 27.12.1995, in *JUIS – Saraiva* no 14; TAMG, AgI 146.159-6, ac. de 03.12.1992, in *JUIS – Saraiva* no 14. “Não é necessária a intimação pessoal da ré, na segunda fase do procedimento de prestação de contas, ante a ausência de amparo legal, devendo igualmente ser aceita a intimação de seu causídico, desde que devidamente representado no feito” (STJ, 4a T., REsp. 961.439/CE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 16.04.2009, *DJe* 27.04.2009).
- 38 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. VIII, t. III, n. 282, p. 349-350.
- 39 TAMG, 1a Câm. Cív., AI 5.031, Rel. Juiz Bernardino Godinho, *RJTAMG*, 29/75. Sobre o poder do juiz de determinar provas, mesmo na hipótese do § 2o do art. 915 do CPC, veja-se: STJ, 4a T., REsp no 961.439/CE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 16.04.2009, *DJe* de 27.04.2009; STJ, 4a T., REsp no 167.718/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 21.11.2000, *DJU* de 05.03.2001, p. 167.
- 40 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, n. 1.701, p. 40; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 13, p. 181-182.
- 41 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Op. cit.*, p. 182.
- 42 “Condenado a prestar contas, e permanecendo inerte, o réu não poderá impugnar as contas apresentadas pelo autor (CPC, art. 915, § 2o). Porém, poderá participar da perícia, determinada pelo juiz, prevista na parte final do art. 915, § 3o, pois o órgão judiciário não se encontra constrangido a homologar as contas do autor sem maiores exames” (TJRS, 5a CC., AI 596.058.982, Rel. Des. Araken de Assis, ac. 27.06.1996, *Revista Jurídica*, 233/72).
- 43 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários cit.*, p. 182. Também Adroaldo Furtado Fabricio entende que a privação do direito de impugnar as contas do autor não interfere na participação normal do réu na realização da prova determinada pelo juiz (*Comentários cit.*, n. 282, p. 350). A par disso, Ovídio A. Baptista da Silva, tal como Ernane Fidélis dos Santos, é de opinião que, no quadro delineado pelo art. 915, § 3o, a limitação da prova apenas à perícia contábil é só aparente, pois o julgamento segundo o “prudente arbítrio” do juiz pode revelar-lhe a necessidade de outras provas, como as documentais, e até mesmo as orais a serem colhidas em audiência, caso em que sempre será de preceito a observância do contraditório (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários cit.*, p. 181-182).
- 44 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, no 271, p. 331; José Alberto dos Reis, *Processos*

- Especiais*, Coimbra, 1982, vol. I, p. 322.
- 45 BORTOLAI, Edson Cosac. *Da ação de prestação de contas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 121; TJMG, Ap. nº 67.570, Rel. Des. Humberto Theodoro; TARS, Ap. nº 196146468, ac. 17.06.1997, in *JUIS – Saraiva* nº 14; 1º TACiv.SP, Ap. nº 63040-3, ac. de 28.08.1997, in *JUIS – Saraiva* nº 14.
- 46 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 273, p. 332-333.
- 47 NEGRÃO, Theotônio. *Op. cit.*, nota 3-a ao art. 915, p. 347; STJ, REsp. 10.147/SP, ac. de 18.06.1991, in *DJU* de 05.08.1991, p. 10.001; TJSP, Ap. nº 209.417-2/4, ac. de 17.08.1993, in *ADCOAS* de 28.02.1994, nº 142927; TJSC, Ap. nº 45.302, in *ADV* de 01.10.1995, nº 71012; STJ, 3ª T., REsp nº 258.964/PR, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 1º.03.2001. *DJU* de 11.06.2001, p. 205; STJ, 4ª T., REsp nº 240.925/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 26.09.2000, *DJU* de 06.11.2000, p. 208.
- 48 STJ, 4ª T., REsp. nº 154.925/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 17.03.1998, *DJU* de 12.04.1999, p. 158.
- 49 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 278, p. 338.
- 50 NEGRÃO, Theotônio. *Op. cit.*, nota 2 ao art. 918, p. 348; *Rev. Amagis* 3/176; *RP* 6/300; TJSP, Ap. nº 226.857-2, ac. de 12.04.1994, in *JTSP* 162/117. A ação é dúplice e dispensa reconvenção, mas para formular pedidos contrapostos do autor, o réu, sob pena de preclusão, deverá explicitá-los na contestação (STJ, 2ª T., REsp nº 476.783/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 18.10.2007, *DJU* de 13.11.2007, p. 520).
- 51 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 279, p. 339.
- 52 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 281, p. 340.
- 53 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, n. 112, p. 89.
- 54 “... lo scopo principale è di ottenere una condanna al pagamento di quelle somme, che risulteranno a debito di una delle parti ed a credito dell’ altra, secondo le risultanze del conto” (Rocco, *op. cit.*, p. 433).
- 55 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 288, p. 348.
- 56 “Reconhecida por sentença a existência de saldo em favor de qualquer das partes, o devedor será condenado a pagá-lo (art. 918)” (MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Ed. RT; 1986, n. 57.4, p. 72; no mesmo sentido: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 289, p. 348).

§ 210. GENERALIDADES

Sumário: 1.289. A posse e seus efeitos. 1.290. A razão da tutela possessória. 1.291. O instituto da posse e a paz social. 1.292. O aspecto temporal da posse (fato duradouro e não transitório). 1.293. Natureza jurídica da posse. 1.294. Requisitos da tutela possessória.

1.289. A posse e seus efeitos

Sente-se, intuitivamente, o que é a posse, mas não tem sido fácil conceituá-la juridicamente, com a precisão necessária.

Lembra Astolfo Rezende que antes de Savigny existiam mais de 70 teorias que tentavam explicar a posse, das maneiras mais diversas e conflitantes.

Foi o grande jurista alemão quem realmente sistematizou, em bases científicas, a ideia de posse, divisando nela dois elementos constitutivos básicos: o *corpus* e o *animus domini*.

Essa teoria, apelada *clássica* ou *subjektiva*, fundava-se na distinção entre posse e detenção, feita à luz do elemento psicológico. Assim, para Savigny “é a vontade de possuir para si que origina a posse jurídica, e quem possui por outro é detentor. Assim, o representante não possui porque *non habet animum possidentis*; o locatário também não possui porque *conducenti non sit animus possessionis adipiscendi*”.¹

A posse assim conceituada reclamaria, portanto, um elemento *ético* (*o animus*) e outro *material* (*o corpus*), sendo este entendido como “a possibilidade física de dispor da coisa com exclusão de qualquer outra pessoa de exercer sobre ela os poderes inerentes ao domínio”.²

O pensamento de Savigny foi combatido e suplantado por outro grande jusfilósofo alemão, Jhering, através da teoria denominada *objetiva*, que, entre nós, foi ostensivamente esposada pelo Código Civil.

Segundo tal posicionamento, o que é decisivo é a regulamentação do direito objetivo e não a vontade individual para alcançar-se a noção de posse. O elemento objetivo e não o subjetivo é que caracteriza a posse.

Fiel à postura de Jhering, nosso direito codificado vê na posse simplesmente “a exteriorização da propriedade e dos poderes a ela inerentes”.³ Superada a conceituação de Savigny, nosso Código admite a posse, com ou sem o *animus rem sibi habendi*. “A posse existe com a intenção de dono, mas também pode existir sem ela, e até com o reconhecimento de outro dono, e bem assim com o poder físico de dispor da coisa, como sem ele; e se em geral sua defesa é exercida contra as agressões de terceiro não raro o é contra as do dono, reconhecido

como tal pelo próprio possuidor.⁴

Daí a possibilidade de, por exemplo, o arrendatário exercer posse e defendê-la até mesmo contra os ataques do proprietário locador; e, ainda, a admissibilidade da coexistência de posses diretas e indiretas sobre a mesma coisa, em situações como a do usufruto e da locação (Cód. Civ. de 1916, art. 486; CC de 2002, art. 1.197).

A diferença prática maior entre o pensamento de Savigny e Jhering situa-se, finalmente, na conceituação de detenção, pois, enquanto o primeiro a assenta na ausência do *animus domini*, o último a situa objetivamente no vínculo contratual ou legal que define a posição de alguém que age em nome de outrem. Assim, para a teoria de Savigny, o preposto passaria a possuidor, com o direito à proteção interdita, no exato momento em que descumprisse a ordem de restituir a coisa ao preponente. Já na teoria de Jhering, seguida por nosso Código, isso não é possível porque o preponente lhe oporia o título causal de detenção (Cód. Civil de 1916, art. 487; CC de 2002, art. 1.198).

A posse, em conclusão, pode ser definida, segundo Clóvis, como o exercício, de fato, dos poderes constitutivos do domínio, ou propriedade, ou de algum deles somente.⁵

Conceituado o que seja posse, cumpre indagar qual sua eficácia no mundo jurídico.

A propósito do tema divergem os doutrinadores, mas a opinião mais aceitável continua sendo, a nosso ver, a de Clóvis e Astolfo Rezende, segundo os quais “a posse tem os efeitos que a lei lhe atribuir”. Assim, em nosso direito positivo, ela pode produzir: o direito à tutela possessória (Cód. Civil de 1916, arts. 499 a 509; CC de 2002, arts. 1.210 a 1.213), a percepção dos frutos (CC de 1916, arts. 510 a 513; CC de 2002, arts. 1.214 a 1.216), a indenização pelas benfeitorias, o direito de retenção, a responsabilidade pela perda e deterioração da coisa (CC de 1916, arts. 514 a 519; CC de 2002, arts. 1.217 a 1.222) e o usucapião (CC de 1916, arts. 550 a 553; CC de 2002, arts. 1.238 a 1.244).

Ao nosso trabalho, porém, interessa, por enquanto, o seu efeito direto e imediato, que é o direito à tutela interdita contra os ataques ao fato da posse, núcleo e essência de todo o instituto possessório dentro do direito civil.

1.290. A razão da tutela possessória

Dispõe o art. 1.210 do Código Civil de 2002 (CC de 1916, art. 499) que “o possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbção, restituído, no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”, sem perquirir qual o título que lhe deu causa.

A razão de ser dessa proteção legal a uma situação simplesmente de fato, sem indagar de sua origem jurídica, está em que, segundo Kohler, “ao lado da ordem jurídica existe a ordem da paz, que, por muitos anos, tem-se confundido, não obstante o direito ser movimento e a paz, tranquilidade. A essa ordem da paz pertence a posse, instituto social, que não se regula pelos princípios do direito individualista. A posse não é instituto individual, é social; não é instituto de ordem jurídica, e sim da ordem da paz. Mas a ordem jurídica protege a ordem da paz, dando ação contra a turbção e a privação da posse”.⁶

“No Estado de Direito” – lembra Ronaldo Cunha Campos –, “a ordem pública, a paz social, o respeito à soberania do Estado são interesses públicos básicos, de cuja tutela cuida

precipuaamente o poder judiciário”.

“A posse é a situação de fato e uma componente da *estabilidade social*. Se a posse muda de titular, tal mudança não pode resultar em desequilíbrio social, em perturbação da ordem. Impõe-se que a passagem da posse de um para outro titular se dê *sem quebra da harmonia social*, e.g., pelo contrato, pela sucessão. Quando a disputa pela posse se acende, urge que cesse *através do processo*, e não pelo exercício da justiça privada. Esta última produz a ruptura da paz social e viola a soberania do Estado, representa a usurpação de um de seus poderes. Neste sentido, Carnelutti.”⁷

Por isso, conclui o jurista mineiro:

“Destarte, não entendemos o juízo possessório apenas sob o ângulo da tutela da posse ou da propriedade. Nele vemos principalmente o interesse estatal na repressão do esbulho(...)”, visto este como “manifestação de ruptura do equilíbrio social e como ameaça à ordem jurídica”.⁸

Na mesma ordem de ideias, é a lição de Azevedo Marques:

“O fundamento filosófico da posse é, em resumo, o respeito à personalidade humana, aliado ao princípio social que não permite a ninguém fazer justiça por suas próprias mãos. Estando uma coisa sob a atuação material da pessoa, esta deve ser respeitada, como personalidade racional, de modo a não poder uma outra pessoa, fora da justiça, obrigar aquela a abrir mão da coisa possuída. Daí a proteção provisória ao fato da posse, sem cogitar preliminarmente do *direito* em que ela se estriba.”⁹

1.291. O instituto da posse e a paz social

Jhering, é verdade, procurou criticar a tutela da posse como instrumento de paz social e de repulsa à justiça pelas próprias mãos, para explicar a proteção possessória simplesmente como proteção da propriedade, em sua aparência imediata.

O certo, porém, é que a explicação de Jhering não satisfaz filosoficamente, máxime porque o direito admite que o possuidor faça prevalecer sua posse até mesmo contra o proprietário, quando este seja o autor de esbulho e turbação contra a situação de fato estabelecida em prol do primeiro.

Daí que a corrente mais volumosa no direito atual, liderada historicamente por Savigny, é a que vê mesmo na tutela jurídica da posse um relevante instrumento de preservação da paz social e de coibição da justiça privada ou justiça pelas próprias mãos.

Vejamos as principais opiniões da doutrina.

Para Savigny, a existência dos interditos possessórios só pode ser compreendida da seguinte maneira:

“A posse, não constituindo, por si mesma, um direito, a ofensa que se lhe faça não é, a rigor, uma violação de um direito; esta poderá acontecer apenas quando se viole, de uma só vez, a posse e algum direito. Então, o que acontece quando se ofende a posse é o fato da violência: toda violência, com efeito, é contrária ao direito, e é contra essa ilegalidade que se dirige o interdito.”

“Todos os interditos possessórios têm um ponto em comum: supõem um ato que, por sua própria forma, é ilegal.”¹⁰

Henri de Page, depois de anotar que o possuidor é protegido como tal, independentemente da apuração da existência ou não do direito de possuir, e até mesmo em detrimento do

verdadeiro proprietário, conclui que essa tutela jurídica se assenta sobre uma *imperiosa exigência social*:

“A organização da sociedade exige, em primeiro lugar, a *exclusão de toda violência*. A vida em sociedade realmente não é possível sem que as vias de fato sejam inutilizadas, sem que aqueles que queiram delas se valer sejam *previamente desencorajados*. Os procedimentos violentos – *já que a proteção possessória não é senão uma questão de procedimento* –, quaisquer que sejam eles, *quem quer que sejam os seus autores*, não podem se tolerados. Em outros termos, nem mesmo o proprietário mais legítimo e mais respeitável do mundo pode recorrer a tais procedimentos. Ainda que esteja convicto de seu direito, é necessário que não manifeste sua convicção por meios que a lei reprova. A lei *toma o cuidado de organizar os meios* que põe à disposição de quem se considera vítima de uma injustiça... Se existem meios jurídicos assim concebidos, ao mesmo tempo pacíficos e eficazes, porque recorrer a métodos brutais e aleatórios... A proteção possessória é, no fundo, uma medida de *policia civil*: tende, em primeiro lugar, a assegurar a *paz pública*.”¹¹

Para Martins Wolff, “o *fundamento da proteção possessória* reside no interesse da sociedade em que as situações de fato existentes não sejam destruídas, por ato de própria autoridade, mas que sejam impugnadas pelas vias de direito, se com este se contradizem. A proteção possessória é *proteção da paz em geral*, reação contra a realização do direito pelas próprias mãos do lesado, o que uma sociedade medianamente organizada não pode tolerar”.¹²

Entre os nossos autores, Pontes de Miranda destaca a eficácia da posse como instrumento jurídico de promoção ou garantia da *paz pública*:

“O princípio do *status quo*, ou *princípio da conservação do fático*, considerado como imprescindível à paz jurídica, exige que cada um respeite as situações jurídicas e a posse dos outros. *Quieta non movere!* As relações de posse existentes, quer tenham elas sujeitos passivos totais, quer também tenham sujeitos passivos individuais, hão de conservar-se como são, exceto se o titular delas as muda, ou a sentença determina que se mudem. Ninguém pode, sem ofender o princípio, que é, *biologicamente, de vida social*, antes de ser de *vida jurídica*, transformar ou extinguir *relações de posse*, cujo titular é outro.”¹³

Clóvis, na apresentação de seu projeto, também lembrava que:

“O Código concede a proteção possessória, dizem os motivos, a fim de *conservar a paz jurídica*, sem distinguir se a posse repousa sobre uma relação jurídica real ou obrigacional, nem se se possui como proprietário ou não, e nisto se conforma com a Landrecht prussiana e com o Código saxônico.”¹⁴

É essa, em suma, a mesma opinião dominante na atual doutrina francesa, segundo o testemunho de Alex Weill:

“O legislador tende a impedir os atos de violência, a fazer reinar a *paz pública*. O proprietário, que perdeu a posse de sua coisa, pode ser tentado a recuperá-la. Se o possuidor não fosse protegido, o proprietário poderia aspirar ao uso da força para recuperar a posse; é preciso evitar que faça justiça por si mesmo. Defender-se-á assim o possuidor contra todo ato de violência que poderia ser praticado em seu prejuízo, de quem quer que emane a violência, ainda quando provenha do proprietário.”¹⁵

Aliás, não é outra a explicação filosófica da posse, senão de um fenômeno eminentemente social, ou seja, o de um fato que necessariamente se passa no plano das relações sociais.

Sobre o tema, escreveu Sokolowski:

“A posse *sensível* ou *fenomênica* de Kant é mais do que o *corpus romano*: ela não é mero contato imediato da pessoa com o substrato físico da coisa; ela contém um postulado contra o outro de *abster-se de interferência* sobre o objeto, postulado que existe *a priori* e que se apoia na *relação social* dos homens entre si.”¹⁶

Em conclusão: a posse é protegida pela lei porque assim o exige a *paz social*, que não subsiste num ambiente onde as situações fáticas estabelecidas possam ser alteradas por iniciativa de particulares, através da justiça das próprias mãos.

1.292. O aspecto temporal da posse (fato duradouro e não transitório)

A posse relevante para o direito não é qualquer contato mantido pela pessoa sobre a coisa. A ideia jurídica de posse traz em si a qualidade de *fenômeno duradouro*, de *fato continuado*.

Tecnicamente, a posse é mais do que uma *situação*, é um *fato que ocupa* necessariamente lugar no *espaço* e no *tempo*, porque supõe uma *duração*.

Wolff destaca que “um contato com a coisa que tenha desde o primeiro momento um *caráter fugaz e passageiro* não é um senhorio sobre a coisa”. Segundo o mestre tedesco, a própria concepção popular de posse “exige sempre uma certa estabilidade na relação”.¹⁷

A posse, portanto, é “fato temporal” ou “fato complexo continuado”, na linguagem de Carnelutti.

Sua configuração exige sempre “uma certa atividade de seu titular”. Vale dizer que, necessariamente, “entre os fins da posse figura o de manter a continuidade das coisas, para o seu aproveitamento econômico, seja em benefício da coletividade ou no de outro interesse legítimo”.¹⁸

Aliás, a *passividade* do possuidor, assim como sua *atividade insuficiente*, são, na ordem jurídica positiva, causas de extinção da posse. Assim é que, em nosso Código Civil, se considera perdida a posse para quem, não tendo presenciado o esbulho, mas dele tendo notícia, se abstém de retornar a coisa (art. 1.224, CC de 2002).

Essa atividade constante, variável em cada caso, conforme a natureza e a destinação econômica da coisa, e sem a qual não se *mantém a posse*, supõe – segundo Goytisolo – “*um encadeamento de atos e fatos naturais que em seu conjunto formam outro fato jurídico complexo*. Seus efeitos são, por um lado, a manutenção da situação e, por outro, a sua valorização, já que *só como fato continuado alcança a plenitude de seus efeitos jurídicos*. E este fato continuado é a *visibilidade da posse*, ou o que a doutrina alemã tem chamado *senhorio de fato*”.¹⁹

A conduta do possuidor assume relevante importância jurídica quando se faz o cotejo entre a posse e a propriedade com o fito de examinar os efeitos de uma e outra. O valor da atividade dos respectivos titulares é muito diverso.

A atividade do proprietário sobre a coisa é simples consequência de seu direito, um mero ato lícito de cuja presença não depende a existência do direito.

Já a atividade do possuidor “constitui a forma própria da posse e a base mesma de sua existência. Cada ato do possuidor sobre a coisa é jurídico; faz parte do fato jurídico-complexo-continuado que constitui a posse”, ainda na lição do mestre espanhol.

Disso decorre que:

a) *na propriedade*: a situação jurídica se mantém com e pelo próprio direito;

b) *na posse*: a situação jurídica é sempre uma consequência ou um *produto* do fato.

Na ordem prática, podem-se extrair as seguintes consequências:

a) a situação do proprietário é amparada pela ordem jurídica sem necessidade de ser projetada através do tempo; basta que o *direito subjetivo* tenha sido criado e não tenha *se extinguido*;

b) já a proteção ao possuidor está sempre na dependência do *fato complexo*, que é a medula da posse.

Cabe, portanto, a proteção jurídica ao direito de um proprietário que, de fato, nunca o exercitou, desde que inócua a prescrição (usucapião).

Não se pode, porém, sequer cogitar de tutela jurídica possessória a quem não age concretamente sobre a coisa, porquanto “é inconcebível uma posse sem um mínimo de exercício, porque o que ali é a consequência aqui é a causa”.²⁰

1.293. Natureza jurídica da posse

Desde os primórdios do direito romano que se discute a natureza jurídica da posse, com a formação de correntes tanto no sentido de que seria ela um direito como no de tratar-se de simples fato.

A distinção, todavia, que os seguidores da última tese procuram fazer entre *fato* e *efeitos jurídicos* nasce de um enfoque distorcido do fenômeno, posto que não há direito subjetivo que não nasça de um fato: *ex facto ius oritur*.

Certo que o fato, como acontecimento causal, não se confunde com o direito que lhe sucede, sendo intuitivo, por exemplo, que o fato do nascimento é uma coisa e o direito da personalidade dele derivado é outra, assim como a morte do autor da herança é fato distinto do direito dos herdeiros à herança do defunto, e a tradição da coisa alienada não se confunde com o direito de propriedade do adquirente.

Adverte, porém, Edmundo Lins que não é correto confundir o fato da aquisição da posse com o fenômeno jurídico que dele decorre, que vem a ser a própria *posse*.

Explica o grande jurista mineiro que, na verdade, “o fato não é um direito”, segundo a lição de Jhering. Entretanto, a aquisição da posse, em face dessa distinção, em nada difere do fato da conclusão de um contrato ou da facção de um testamento:

“Quando, porém, a lei concede a um fato consequências jurídicas a favor de uma pessoa determinada, à qual confere uma ação para assegurá-las, provoca precisamente o aparecimento de um conjunto de condições legais a que chamamos *direitos subjetivos*.”

“Assim” – prossegue Edmundo Lins, apoiado nos ensinamentos de Jhering e Garsonnet –, “ao fato da celebração de um contrato a lei atribui a consequência *jurídica* de poder o credor reclamar do devedor a execução do mesmo contrato, como ao *fato* da facção testamentária liga a *consequência* jurídica de poder o herdeiro instituído reclamar de terceiros que lhe restitua os bens da sucessão...; ao *fato* da aquisição da posse liga, igualmente, a *consequência jurídica* de poder o possuidor exigir de terceiros que respeitem a relação em que se acha com a coisa, objeto da dita aquisição”.

Indaga, em seguida, o jurista:

“Nos dois primeiros casos, às *consequências jurídicas* chamamos *direito* do credor ou do sucessor. Por que, pois, no terceiro, não os chamaremos também *direito* do possuidor ou, de modo abstrato, *direito da posse*?”²¹

Ora, se nenhum direito prescinde de um fato gerador, não afeta a qualidade jurídica da posse a circunstância de seus efeitos terem causa num fato. “Sempre que os fatos produzirem consequências jurídicas que a lei garanta aos interessados por meio de uma ação especial, exclusivamente destinada a esse fim, tais consequências classificam-se com o nome de *direitos*.”

O problema em torno da posse é simples questão de nomenclatura. Normalmente, a linguagem jurídica dispõe de denominações distintas para os fatos geradores e para os direitos produzidos, como se distinguem entre contrato e crédito, ou entre tradição e propriedade. Já na posse, uma só palavra é empregada para exprimir o fato aquisitivo e o direito que dele decorre, “o qual também se chama posse”.²²

O direito subjetivo é conceituado por Caio Mário como “o poder de vontade para satisfação de interesses humanos, em conformidade com a norma jurídica”, que, em seguida, anota que:

“As escolas, tanto subjetiva quanto objetiva, destacam na posse um poder de vontade em virtude do qual o possuidor age em relação à coisa, dela sacando proveito ou benefício. É, pois, um estado em que o titular procede em termos de lograr a satisfação de seus interesses. É uma situação em que a ordem jurídica impõe requisitos de exercício, cujo cumprimento assegura a faculdade de invocar a tutela legal.

“Se é certo que ainda subsistem dúvidas e objeções, certo é, também, que a tendência da doutrina como dos modernos códigos é considerá-la um *direito*. Na verdade, perdeu hoje importância o debate, resolvendo-se com dizer que, nascendo a posse de uma relação de fato, converte-se de pronto numa relação jurídica.”²³

Pontes de Miranda, com grande precisão, distingue o sentido jurídico da posse:

“Os que dizem que a posse é *fato*, mas, por seus *efeitos*, direito..., não prestaram atenção a que não há direito sem ser efeito de fato jurídico e a que todo fato que tem efeitos é fato jurídico.”²⁴

“A palavra *posse*” – prossegue – “é empregada:

a) no sentido de poder fático, ainda que não exercido (posse própria, posse direta, posse indireta, posse mediata, posse imediata, posse do herdeiro, posse viciosa, posse do réu na reivindicação...); e

b) no sentido de conjunto de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções que se irradiam da posse, isto é, daquele mesmo poder fático.

No sentido a), a posse é situação fática; há suporte fático a que corresponde a expressão *posse*. No sentido b), há *direito subjetivo* de posse, com pretensões e ações possessórias, com exceções possessórias, e amparados aqueles e essas por pretensões à tutela jurídica.”²⁵

Na mesma linha de pensamento, Cunha Gonçalves ensina que há tanto o fato como o direito da posse, ambos designados pela mesma palavra.²⁶

Para Martin Wolff, o Cód. Civil utiliza a palavra *posse* em pelo menos três sentidos diferentes:

“1. o próprio *senhorio de fato* sobre uma coisa;

2. *tudo fato* de que o ordenamento jurídico faz derivar as consequências da posse, ainda que

tal fato não represente um senhorio sobre a coisa,

3. o conjunto dos direitos derivados do senhorio sobre a coisa ou do fato (de que derivam as consequências jurídicas). No terceiro sentido, a ‘posse é um *direito subjetivo*’.”²⁷

Uma vez admitida a posse como direito subjetivo, surgem outras controvérsias em torno da natureza desse direito, se seria real ou pessoal.

Entre nós, Caio Mário não se furta ao exame do problema e conclui:

“Sem embargo de opiniões em contrário, é um *direito real*, com todas as suas características: oponibilidade *erga omnes*, indeterminação do sujeito passivo, incidência em objeto obrigatoriamente determinado etc.”²⁸ Também Orlando Gomes segue a mesma orientação:

“A circunstância de ceder (a posse) a um direito superior, como o de propriedade, não significa que seja um direito *pessoal*. Trata-se de uma limitação que não é incompatível com o direito real. O que importa para caracterizar a este é o fato de se exercer sem intermediário. Na posse, a sujeição da coisa à pessoa é direta e imediata. Não há um sujeito passivo determinado. O direito do possuidor se exerce *erga omnes*. Todos são obrigados a respeitá-lo. Só os direitos reais têm essa virtude. Verdade é que os interditos se apresentam com certas qualidades de *ação pessoal*, mas nem por isso influem sobre a natureza real do *jus possessionis*. Destinados à defesa de um direito real, hão de ser qualificados como *ações reais*, ainda que de tipo *sui generis*.”²⁹

No direito germânico, Martin Wolff, em sintonia com o pensamento tedesco atual, qualifica a posse como “direito real provisório”, para distingui-la da propriedade e outros direitos reais que “são definitivos”.³⁰ Na mesma linha é o pensamento de Von Tuhr:

“Entre os direitos reais deve incluir-se também a posse, não obstante não tê-lo feito o código com a expressão ‘direito sobre coisas’, pelas peculiaridades do fato e dos efeitos que produz. Constitui uma relação de senhorio, que todos devem respeitar (art. 858), o poder efetivo sobre a coisa, sem levar em conta o modo e a causa de aquisição, se com direito ou contra ele. Um senhorio reconhecido e protegido pela lei não é outra coisa que um direito subjetivo e, como se trata do senhorio sobre uma coisa, um *direito real*.”³¹

No direito português, Cunha Gonçalves igualmente proclama que a doutrina mais exata é a que “considera a posse como direito real, embora de caráter especial, já por subsistir sem título, já porque tem de cessar quando entre em conflito com o direito mais forte do proprietário, sendo havida, por isso, como *direito real provisório*”.³²

No direito francês, embora predominante a tese de ser a posse puro fato com aptidão para produzir efeitos jurídicos quando se cuida de analisar as ações possessórias, a conclusão a que se chega é que se trata de *ações reais*. Planiol e Ripert, por exemplo, entendem que “*la distinción entre juicio posesorio y petitorio no es más que una sub-división de las acciones reales inmobiliarias*”.³³

Entre nós, merece ser lembrada ainda a lição de Pontes de Miranda, que, após se reportar ao pensamento de Crome, Enneccerus, Hellwig e Wolff, arremata:

“A situação possessória, já no mundo fático, é *real*. Ao entrar no mundo jurídico, é *real* (senso largo) o *direito*, e *reais* são as *pretensões* e as *ações*, exceto as pretensões e ações oriundas de alguma ofensa que não caiba em concepção da ofensa à posse mesma.”³⁴

Moreira Alves, autor do mais recente estudo sobre o tema, não foge dessa conclusão: “Aceita a noção que Jhering nos dá, a posse é, por certo, *direito*; mas reconheçamos que um

direito de natureza especial. Antes, conviria dizer, é a manifestação de um *direito real*.”³⁵

Permanece, em suma, sempre atual a lição de Edmundo Lins, para quem “qualquer que seja a definição de direito real que adotemos, é incontestável que a posse é um direito real”.³⁶

1.294. Requisitos da tutela possessória

Admite a lei várias classificações da posse. Mas uma delas é decisiva para que o possuidor possa obter ou não a tutela dos interditos possessórios: trata-se da que vem contida no art. 489 do Cód. Civil, e que prevê a existência de posse *justa* e posse *injusta*. Somente a posse *justa* desfruta da proteção das ações possessórias.

Posse *justa*, segundo a definição de Lafayette, “é aquela cuja aquisição não repugna ao direito”.³⁷ Posse *injusta*, define o art. 489 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 1.200), *a contrario sensu*, é a adquirida por meio de violência, clandestinidade ou precariedade.

A ideia de posse *violenta* vem quase sempre ligada à ideia de emprego de força. É, segundo Orlando Gomes, a que se obtém pela prática de atos materiais irresistíveis. Para esse autor, “sem a violência física não há posse dessa qualidade”.³⁸ No entanto, parece-me mais plausível a tese daqueles que equiparam, na espécie, a violência física à violência moral, pois tanto se deve repetir a posse obtida com emprego de força material como de força psicológica.

Tito Fulgêncio, sobre a questão, afirma categoricamente que “nenhuma distinção faz a lei entre violência *física* e violência *moral*, nem o seu espírito a autoriza, porque, ou se entre na posse de meu prédio usando contra mim a força física, ou se a tome empregando a intimidação ou o abuso de posição, sempre há uma perturbação da ordem social. Em um e em outro caso substitui-se o poder da lei pelo poder privado e, destarte, se atenta contra a paz jurídica, sem a qual é impossível o viver civil”.³⁹

Igual é o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira, para quem “posse *violenta* (adquirida *vi*) é a que se adquire por ato de força, seja ela natural ou física, seja moral ou resultante de ameaças que incutem na vítima sério receio. A violência estigmatiza a posse, independentemente de exercer-se sobre a pessoa do espoliado ou de preposto seu, como ainda do fato de emanar do próprio espoliador ou de terceiro”.⁴⁰

No direito francês atual, esse é também o entendimento que prevalece:

“A posse deve ser pacífica (art. 2.233, al. 1); não deve ser obtida mediante violência, por meio de vias de fato nem mesmo de simples ameaças contra quem possuía anteriormente.”⁴¹

Convém lembrar, outrossim, que a posse viciada é apenas aquela em que a violência se exerce no momento da aquisição, ou seja, a que o atual possuidor empregou contra o anterior para deslocá-lo da posse e tomá-la para si. Aquele que já detinha a posse e repeliu, com violência, a pretensão de quem tentou desalojá-lo, não contamina sua posse do vício da violência.⁴²

Posse clandestina, por sua vez, “é a que se adquire às ocultas. O possuidor a obtém usando de artifícios para iludir o que tem a posse, ou agindo às escondidas”.⁴³ Não é o fato puro e simples da ignorância do espoliado que constitui a clandestinidade, sim o oposto à publicidade; é furtar-se o possuidor às vistas alheias; tomar a posse às escondidas; o emprego de manobras tendentes a deixar o possuidor anterior na insciência da aquisição da posse – no dizer de Tito Fulgêncio.⁴⁴

“A posse” – proclama Alex Weill – “deve ser pública”.⁴⁵ Assim, adquira-a clandestinamente “aquele que, à noite, muda a cerca divisória de seu terreno, apropriando-se de parte do prédio vizinho”.⁴⁶

Por fim, precária é a posse que se origina do abuso de confiança.⁴⁷ Resulta, no dizer de Orlando Gomes, “da retenção indevida de coisa que deve ser restituída”:⁴⁸ alguém recebe uma coisa por um título que o obriga à restituição, em prazo certo ou incerto, como empréstimo ou aluguel, e se recusa injustamente a fazer a devolução.⁴⁹ Posse precária, portanto, é a do *fâmulos da posse* que, abusando da confiança que nele depositou o verdadeiro possuidor, inverte a natureza da posse até então exercida em nome alheio, passando a agir como possuidor em nome próprio.

Não pode semelhante possuidor obter a tutela jurídica da posse contra a pretensão do antigo possuidor, porque em face dele cometeu um *delito*. Por isso, adverte Silvio Rodrigues, “o vício da precariedade macula a posse, não permitindo que ela gere efeitos jurídicos”.⁵⁰

Pode-se dizer, portanto, que posse justa é a não viciada e injusta a que se contamina, em sua causa, de um dos vícios arrolados no art. 489 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 1.200).

Os vícios da posse, todavia, não a contaminam em caráter absoluto e permanente. Muito ao contrário, esses vícios que fazem a posse injusta são apenas *relativos* e *temporários*.

“Estes vícios são relativos” – anotam Mazeaud et Mazeaud – porque “não podem ser invocados a não ser pela vítima do vício. Apenas a vítima da violência, ou a pessoa a quem se tenha ocultado a posse, tem o direito de alegá-lo. A posse traduz seus efeitos em face de qualquer outra pessoa”.⁵¹

Lembra, outrossim, Orlando Gomes que a posse, para merecer a tutela jurídica, “tem que ser *pública* e *contínua*, porque o possuidor, agindo conforme ao direito na sua aquisição, nem por isso está amparado por uma legitimidade absoluta. É possível que adquira a posse por modo lícito, e venha a perdê-la para outrem”.⁵²

A ausência de publicidade e a descontinuidade ou interrupção da posse são fatores que descaracterizam a própria posse, pois esta só é levada em conta como situação de fato concretamente demonstrável. Os vícios da falta de publicidade ou da não continuidade, por isso mesmo, são absolutos, podendo ser, em casos concretos, arguidos por todos, posto que existem *erga omnes*, no dizer de Mazeaud et Mazeaud.⁵³ São, todavia, temporários, uma vez que, da mesma forma que a clandestinidade e a violência, podem vir a desaparecer, fazendo surgir, então, uma posse útil ou legítima.⁵⁴

Por fim, é útil lembrar que posse injusta e posse de má-fé não são a mesma coisa. Posse de má-fé apresenta-se como a daquele “que possui na consciência a ilegitimidade de seu direito”;⁵⁵ é a daquele que retém a coisa ciente de que não lhe assiste o direito de fazê-lo.

Assim, pode ser justa, para efeitos de tutela possessória, a posse de má-fé, desde que não provenha de aquisição violenta, clandestina ou precária.

A classificação da posse como de boa ou má-fé interessa principalmente aos efeitos que produz em relação aos frutos e rendimentos auferidos pelo possuidor durante o tempo em que reteve a coisa. Já a diferenciação entre posse justa e injusta interessa diretamente à tutela interdital, ou seja, ao direito ou não de valer-se o possuidor da proteção dos interditos possessórios.

Disso decorre que a posse viciada ou injusta:

a) não conduz, ordinariamente, ao usucapião;

b) não autoriza a proteção interdital; e

c) pode ser elidida, quando invocada em defesa manifestada em ação reivindicatória.⁵⁶

Daí, contudo, não se pode deduzir que a posse viciada seja totalmente privada de consequências jurídicas em prol do possuidor. Primeiro, porque os vícios da posse são passíveis de purgação, como já se demonstrou e como autoriza o art. 497 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 1.208); isto é, uma vez cessada a violência ou clandestinidade, a posse deixa de ser viciada e torna-se útil, tanto para a tutela prescricional como para a interdital. Segundo, porque os vícios da posse se manifestam apenas em face do relacionamento entre o atual e o anterior possuidores. Perante todos os demais, os vícios são irrelevantes e a proteção possessória é amplamente exercitável.⁵⁷

§ 211. OS INTERDITOS POSSESSÓRIOS DE MANUTENÇÃO, REINTEGRAÇÃO E PROIBIÇÃO

Sumário: 1.295. Origem dos interditos possessórios. 1.296. As ações possessórias. 1.297. Competência. 1.298. Legitimação ativa. 1.299. Legitimação passiva. 1.299-a. Petição inicial. 1.300. Procedimento: as ações de força nova e força velha. 1.301. Medida liminar. 1.302. A decisão sobre a liminar. 1.303. Posse de coisas e posse de direitos. 1.304. O petitório e o possessório. 1.305. A exceção de propriedade no juízo possessório. 1.306. Esclarecimento de um equívoco histórico a propósito da *exceptio proprietatis* no direito luso-brasileiro. 1.307. Natureza dúplice das ações possessórias. 1.307-a. Liminar em favor do réu. 1.308. Natureza real das ações possessórias. 1.309. Natureza executiva do procedimento interdital. 1.310. Cumulação de pedidos. 1.311. Interdito proibitório.

1.295. Origem dos interditos possessórios

No direito romano, a ação com que o proprietário reclamava a posse de seu bem injustamente retido por outrem chamava-se *rei vindicatio* (ação reivindicatória). Quando a pretensão, porém, nascia do *jus possessionis*, isto é, do simples fato de o autor ter sido violado na posse de algum bem, a ação chamava-se *ação possessória*, ou *interdito possessório*.

Todavia, esclarece Savigny, não eram ações possessórias todas as que emergiam da posse, ou que tinham a posse como objeto. O importante era a qualificação da conduta do terceiro em face da posse do autor. Assim, só seriam verdadeiros interditos possessórios aqueles baseados em *delitos* cometidos diretamente contra a posse alheia, como se dava nos interditos *retinendae et recuperandae possessionis*, manejáveis para repelir a turbacão e o esbulho.⁵⁸

A essência da *actio*, no processo romano clássico, consistia em que o *praetor* em seu edito não anunciava que solução ia dar ao litígio, mas simplesmente nomeava um *judex* para que fosse por ele decidida a questão, cabendo-lhe também a coleta da prova a ser apresentada pelas partes. Era o *judex*, e não *praetor*, quem pronunciava a *sentença*, que haveria de solucionar o litígio. O processo era, assim, ordinariamente arbitral, já que o *judex* não era uma autoridade pública, e sim um jurista a que o *praetor* outorgava poder para dirimir a causa.

Contudo – anota Savigny –, nem sempre o *praetor* nomeava o *judex*, pois essa nomeação era realmente observada apenas quando a discussão era sobre questão de fato. Se a questão era só de direito, ou se a lesão ao direito de uma das partes era evidente e arbitrária, ou ainda se o

demandado reconhecia a procedência da ação, em presença do *praetor*, este não nomeava o *judex*, e pronunciava-se, ele mesmo, sobre o objeto da controvérsia.

Nos *interditos* ele agia sempre dessa forma. O edito não cogitava jamais da intervenção de um *judex*, mas sempre continha uma *ordem* ou uma *proibição* pronunciada de imediato pelo próprio *praetor*: *veto, exhibeas, restituas*. Esse ato de autoridade era, outrossim, liminarmente *enunciado*.

Depois da ordem, com que o *praetor* acolhia sumariamente a pretensão do autor, poderia acontecer o de demandado opor *exceção* (defesa), caso em que o *praetor*, só então, nomeava o *judex* ou *arbiter*. O mandado inicial transformava-se, a partir daí, em *fórmula*, em torno da qual deveria o *judex* realizar a instrução processual. Entre os romanos, portanto, os *interditos* podiam chegar aos mesmos resultados da *actio*, ficando a diferença mais do plano da forma do que da essência.

Quando o período das fórmulas se extinguiu, fazendo desaparecer a figura do *judex*, extinguiu-se também a diferença entre interdito e ação. Restou apenas o nome de *interdito* para certas ações, situação que prevalecia, por exemplo, na Codificação de Justiniano, e que chegou até nós.⁵⁹ Nessa condição foram colocadas as ações de tutela da posse, cuja estrutura era a da ação comum, mas acrescida dos atributos dos antigos *interditos*, ou seja, com mecanismos de reação imediata contra os delitos praticados pelo esbulhador ou turbador da posse.

Em Roma, os *interditos* eram *sumários*, mas essa sumariedade não consistia em restringir provas ou se contentar com provas superficiais e incompletas. A sumariedade, na espécie, era no sentido do caráter enérgico e coercitivo do comando do *praetor*, que cominava várias penalidades ao demandado com o fito de impedir procrastinações e de obter aceleração na marcha do processo.⁶⁰ Era, principalmente, a possibilidade de um decreto liminar, de caráter satisfativo da pretensão do autor, o traço distintivo dos *interditos* romanos.

Note-se, por fim, que os *interditos* do direito romano não eram apenas os possessórios. Várias outras pretensões fora do campo da posse também contavam com a tutela desse tipo de remédio processual. Com todos eles, os *interditos* possessórios somente tinham em comum a *forma procedimental*.

1.296. As ações possessórias

Nosso direito processual regula, como ações possessórias típicas, a de *manutenção de posse*, a de *reintegração de posse* e o *interdito proibitório* (CPC, arts. 920 a 923).

Outros procedimentos, como ação de nunciação de obra nova (arts. 934 a 940) e os embargos de terceiro (arts. 1.040 a 1.054), podem ser utilizados na defesa da posse, mas não são exclusivamente voltados para a tutela possessória.

A existência de três *interditos* distintos decorre da necessidade de adequar as providências judiciais de tutela possessória às diferentes hipóteses de violação da posse.

Assim, a ação de *manutenção de posse* (que corresponde aos *interdicta retinendae possessionis* do direito romano) destina-se a proteger o possuidor contra atos de *turbação* de sua posse. Seu objetivo é fazer cessar o ato do turbador, que molesta o exercício da posse, sem contudo eliminar a própria posse.

Já a ação de *reintegração de posse* (antigo *interdito recuperandae possessionis* dos romanos)

tem como fito restituir o possuidor na posse, em caso de *esbulho*. Por esbulho deve-se entender a injusta e total privação da posse, sofrida por alguém que a vinha exercendo.

Essa perda total da posse pode decorrer:

- a) de violência sobre a coisa, de modo a tirá-la do poder de quem a possuía até então;
- b) do constrangimento suportado pelo possuidor, diante do fundado temor de violência iminente;
- c) de ato clandestino ou de abuso de confiança.⁶¹

Observa Adroaldo Furtado Fabrício que nem sempre é fácil, nos casos concretos, identificar com segurança a turbação ou esbulho, já que existem situações fronteiriças entre as duas hipóteses. Isso, porém, não prejudica em nada as partes, posto que o Código adota o princípio da conversibilidade dos interditos, segundo o qual “a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obsta a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados” (CPC, art. 920).⁶²

Finalmente, o *interdito proibitório* é uma proteção possessória preventiva, uma variação da ação de manutenção de posse, em que o possuidor é conservado na posse que detém e é assegurado contra moléstia apenas ameaçada. Esse interdito, portanto, é concedido para que não se dê o atentado à posse, mediante ordem judicial proibitória, na qual constará a cominação de pena pecuniária para a hipótese de transgressão do preceito (CPC, art. 932).

1.297. Competência

Versando sobre coisas móveis, a ação possessória correrá no foro do domicílio do réu, segundo a regra geral do art. 94.

Se a disputa incidir sobre imóvel, observar-se-á a competência do *forum rei sitae*, ou seja, a causa competirá ao foro da situação da coisa litigiosa (art. 95), aplicando-se a *prevenção* quando a gleba estender-se por território de mais de uma comarca ou estado (art. 107).

1.298. Legitimação ativa

Quem detém, de fato, o exercício de algum dos poderes do domínio é, juridicamente, *possuidor*, e, como tal, tem legitimidade para propor ação possessória sempre que temer ou sofrer moléstia em sua posse (Cód. Civil de 1916, arts. 485 e 499; CC de 2002, arts. 1.196 e 1.210).

Não tem essa legitimidade aquele que detém a coisa em situação de dependência ao comando de outrem, ou seja, o fâmulos da posse, que somente a conserva em nome do verdadeiro possuidor e em cumprimento de ordens ou instruções suas (Cód. Civ. de 1916, art. 487; CC de 2002, art. 1.198).

Da mesma forma, não é possuidor e, pois, carece de legitimidade para os interditos, o simples *detentor*, que ocupa a coisa alheia por *mera permissão* ou *tolerância* do verdadeiro possuidor (Cód. Civ. de 1916, art. 497; CC de 2002, art. 1.208).

Na hipótese de posse direta (locação, usufruto, penhor, comodato etc.), o exercício dos interditos possessórios, contra moléstias de estranhos, tanto pode ser do possuidor *direto* como do *indireto* (Cód. Civ. de 1916, art. 486; CC de 2002, art. 1.197). No relacionamento entre os dois

possuidores, qualquer um pode manejar ação possessória contra o outro, sem a conduta de um deles representar esbulho, turbacão ou ameaça à situação do outro.

Sobre a participação de ambos os cônjuges na ação possessória imobiliária, veja-se o no 1.308, *infra*.

A posse sobre bens públicos de uso comum, como estradas e pontes, tanto pode ser defendida em juízo pelo Poder Público como pelos particulares que habitualmente se valem de ditos bens. A legitimidade, na espécie, é tanto para agir isoladamente como em litisconsórcio.⁶³

1.299. Legitimação passiva

Réu, na ação possessória, é o agente do ato representativo da moléstia à posse do autor.

Há, porém, que se distinguir entre o que esbulha, turba ou ameaça a posse alheia por iniciativa própria e o que o faz como preposto de outrem, como, por exemplo, o empregado de um sítio que cumpre ordens do patrão de fechar a servidão de passagem do vizinho.

Naturalmente, não teria sentido a reação contra o empregado, mesmo porque a sentença não seria oponível ao verdadeiro causador do dano possessório, que é o patrão. Caberá ao preposto, em semelhante conjuntura, revelar sua qualidade de não possuidor e nomear o preponente à autoria, na forma do art. 62, para que, dessa maneira, se corrija o polo passivo da relação processual.⁶⁴

Se, porém, a demanda foi intentada contra o possuidor direto, não haverá ilegitimidade passiva, pois tanto ele como o possuidor indireto detêm a posse sobre a coisa. O locatário, por exemplo, não pode nomear à autoria o locador, se terceiro reclamar a posse do bem locado. Caber-lhe-á apenas o uso da denunciação da lide para exigir do locador que defenda a posse que este lhe transmitiu e para resguardar os direitos regressivos de ressarcimento, caso haja perda da causa possessória pelo litisdenunciante (art. 70, no II).⁶⁵

Sobre intervenção do cônjuge nas ações possessórias sobre imóveis, consulte-se o no 1.308, abaixo.

1.299-a. Petição inicial

A par das exigências do art. 282, a petição inicial da ação possessória deverá especificar:

- a) a posse do autor, sua duração e seu objeto;
- b) a turbacão, esbulho ou ameaça imputados ao réu;
- c) a data da turbacão ou esbulho;
- d) a continuação da posse, embora turbada ou ameaçada, nos casos de manutenção ou interdito proibitório (art. 927).

As datas são importantes para definir-se o tipo do interdito, isto é, se se trata de ação de força velha ou de força nova.

Quanto à individuação da coisa possuída, trata-se de imposição categórica derivada da natureza da ação possessória.⁶⁶ O interdito tutelar da posse, qualquer que seja ele, tem a característica de ser *ação real*, visto que, por meio dele, o autor demanda o exercício de fato dos poderes inerentes ao domínio.

Disso decorre uma exigência de ordem lógica a ser atendida pela petição inicial: *ad instar* do

que se passa com a ação reivindicatória, também a ação possessória somente se maneja com eficácia em torno de objeto adequadamente especificado.⁶⁷ Assim como não se pode reivindicar área imprecisa de imóvel, também não se admite pretender alguém reintegração ou manutenção de posse sobre local não identificado com precisão. Mesmo porque o mandado possessório (objetivo final da ação) seria inexequível se a sentença acolhesse pretensão relativa à gleba sem divisas exatas e definidas.⁶⁸

1.300. Procedimento: as ações de força nova e força velha

As ações de manutenção e de reintegração de posse variam de rito conforme sejam intentadas dentro de ano e dia da turbação ou esbulho, ou depois de ultrapassado dito termo. Na primeira hipótese, tem-se a chamada ação possessória de *força nova*. Na segunda, a de *força velha*.

A ação de força nova é de procedimento especial e a de força velha observa o rito ordinário (CPC, art. 924). A diferença de procedimento, no entanto, é mínima e fica restrita à possibilidade ou não de obter-se a medida liminar de manutenção ou reintegração de posse em favor do autor, porque, a partir da contestação, também a ação de força nova segue o procedimento ordinário (art. 931).⁶⁹ Ambas conservam, no entanto, a natureza de instrumento de proteção da posse. “As pretensões à proteção da posse não se extinguem passado o ano e dia: o que se extingue é o direito ao rito especial da ação possessória”⁷⁰, ou seja, aquele que permite a medida liminar satisfativa.

A circunstância, porém, de ser ação de força velha em nada modifica a natureza do interdito, já que a ação continuará com o caráter puramente possessório, como ressalva o art. 924 do CPC. E o que traça o caráter do interdito possessório é o objetivo voltado apenas para a questão possessória, ou seja, a apuração da posse do autor, da turbação ou esbulho atribuído ao réu, bem como da data em que se deu a moléstia à posse (CPC, art. 927), sem qualquer interferência de questões dominiais ou relativas a outros direitos reais. Outro traço significativo do interdito é a forma de cumprimento do mandado possessório, seja liminar ou sentencial. Não há *actio iudicati*, como acontece nas sentenças condenatórias em geral. A execução é imediata, mediante simples mandado de reintegração, de manutenção ou de proibição (*executio per officium iudicis*). Inexiste citação executiva com prazo para cumprimento voluntário e possibilidade de embargo em ação possessória, mesmo nas ações de força nova.

1.301. Medida liminar

“O que se apura nas ações possessória” – adverte Márcio Sollero – “é a posse – o *ius possessionis*, e não o direito à posse –, o *ius possidendi*”.⁷¹ “Uma vez apurada a posse do autor, o elemento mais importante da fase inicial do interdito possessório é a determinação da data em que teria se dado o atentado a ela, já que, se tal tiver ocorrido há menos de ano e dia, terá direito o autor de ver restaurada plenamente a posse violada, antes mesmo da contestação do demandado.

A propósito dessa medida enérgica e pronta, prevê o art. 928 duas opções para o juiz, ou seja:

a) a expedição do mandado liminar de reintegração ou manutenção de posse, sem prévia citação do réu, desde que com a inicial o autor tenha fornecido prova documental idônea para demonstração dos requisitos do art. 927; ou

b) a exigência de justificação, *in limine litis*, por via de testemunhas dos mesmos requisitos, caso em que o réu será citado para a audiência respectiva.

Adverte a boa doutrina e jurisprudência que todo cuidado é de ser dispensado pelo juiz à prova documental *in casu*, já que, versando o interdito sobre fatos, como soem ser a posse, o esbulho, a turbacão e a respectiva data, dificilmente seus pressupostos vêm retratados em verdadeiros documentos.

É frequente a tentativa de apoiar-se o pedido de liminar em títulos de domínio, declarações particulares de terceiros e reprodução de peças de outros processos (prova emprestada).

Nada disso, em princípio, tem força probante para autorizar a expedição do mandado liminar de que cogita o art. 928 do CPC.

As declarações de terceiro, mesmo quando tomadas perante tabelião, não suprem a prova testemunhal, que só pode ser eficazmente produzida quando o depoimento é colhido diretamente pelo magistrado, dentro das regras do contraditório e do procedimento legal traçado para a produção desse tipo de prova oral.⁷²

Os títulos de domínio, outrossim, não revelam, de ordinário, nenhuma influência sobre a liminar possessória, posto que o que se discute, nessas ações, é o fato da posse, e não o direito de propriedade sobre a coisa.

Especial cautela deve ser dispensada, outrossim, pelo juiz ao exame da prova emprestada de outros processos, onde nem sempre as partes foram as mesmas e a preocupação esteve voltada para o fato básico que interessa à ação possessória. Em princípio, pois, a mera reprodução de depoimentos produzidos em outros processos não é prova documental que possa servir de fundamento à medida liminar em ação possessória.⁷³

Se tal se passa com a prova judicial emprestada, maior rigor deve ser aplicado com relação aos inquéritos policiais, cujos depoimentos nem sequer podem ser havidos como prova judicial. Evidentemente, tais papéis não merecem ser tratados como prova documental, para o efeito de dispensar a justificação prévia.⁷⁴

1.302. A decisão sobre a liminar

Costuma-se encontrar em alguns acórdãos a afirmativa de que o juiz teria grande autonomia ou poder discricionário para solucionar o pedido de mandado liminar nas ações possessórias. A tese, porém, não merece guarida. A lei confere ao possuidor o direito à proteção liminar de sua posse, mas o faz subordinando-o a fatos precisos, como a existência da posse, a moléstia sofrida na posse e a data em que tal tenha ocorrido.

Logo, reunidos os pressupostos da medida, não fica ao alvedrio do juiz deferi-la ou não, o mesmo ocorrendo quando não haja a necessária comprovação.

Tal como se passa com as decisões judiciais em geral, também aqui o magistrado está vinculado à lei e aos fatos provados. Sua deliberação configura decisão interlocutória, que há de ser convenientemente justificada, tanto quanto à matéria fática quanto à de direito.

O que se pode abrandar é apenas o rigor na exigência das provas, que, destinando-se a

conservar um *status quo* provisoriamente, não precisarão ser tão completas como aquelas que se exigem para a sentença final de mérito. Nunca, porém, se há de autorizar o emprego de puro arbítrio do julgador ou a ampla discricionariedade na espécie.⁷⁵

Resolvido o problema da liminar, com ou sem seu deferimento, o processo possessório tem prosseguimento em suas fases lógicas normais.

A citação segue critério de oportunidade diferente, conforme haja ou não justificção. Havendo concessão *in limine* do mandado protetivo da posse do autor, a citação do réu é ato que se segue à manutenção ou reintegração liminar (CPC, art. 930, *caput*).

Quando houver justificção prévia, a citação do réu antecederá à audiência e, após o julgamento a respeito da liminar, com ou sem deferimento, correrá o prazo de contestação. Não haverá renovação do ato citatório e o prazo de resposta terá como *dies a quo* a intimação de decisório que deferir ou não a medida liminar (art. 930, parág. único). A intimação será pessoal ao réu, isto é, por mandado, e poderá, conforme o caso, ser feita no próprio ato de execução da medida liminar. Se, outrossim, o demandado já contar com advogado constitui-do nos autos, poderá, também, ser feita a intimação na pessoa deste independentemente de poderes especiais, porque o caso é, pela lei, de intimação, e não de citação.

Concede a lei, outrossim, um privilégio às pessoas jurídicas de direito público, segundo o qual fica-lhe assegurado que a medida liminar, mesmo quando cabível contra o Poder Público, jamais será deferida sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais (art. 928, parág. único).

A solução da questão em torno da medida liminar configura decisão interlocutória, desafiando, portanto, agravo, cuja forma de instrumento quase sempre será a cabível, visto que as decisões liminares acarretam, em regra, danos graves e imediatos à parte, cuja reparação ou correção não pode aguardar o trâmite demorado do julgamento do agravo retido (art. 522, com a redação da Lei nº 11.187, de 19.10.2005) (v., adiante, o nº 1.313).

1.303. Posse de coisas e posse de direitos

As ações possessórias são instrumentos de tutela da posse, tal como a concebe o Código Civil, segundo a teoria objetiva.

Para nosso legislador, portanto, a posse “é o fato da detenção de *uma coisa* suscetível de propriedade privada, sobre a qual o detentor exerce, ou pode exercer, em seu nome, todos os *atos materiais* que o proprietário poderia praticar”, segundo a precisa definição de Azevedo Marques.⁷⁶

Não se pode, em consequência, utilizar os interditos possessórios para realizar a pretensão de tutela a direitos pessoais ou obrigacionais.

“Realmente” – explica Azevedo Marques – “sendo a posse, antes de tudo, um *fato* positivo que liga o homem ao objeto possuído, ou a *exterioridade do domínio*, no dizer de Jhering, é da sua natureza o recair sobre coisas *tangíveis*, porque só assim haverá a *exterioridade do domínio*”.⁷⁷

Quando o Código Civil de 1916 menciona a “posse dos direitos”, como nos arts. 488, 490, 493 e 520, parágrafo único (CC de 2002, arts. 1.199, 1.201, 1.204 e 1.223), está aludindo, sem dúvida, aos *direitos reais*, porque só estes proporcionam o poder físico do titular sobre a coisa. No dizer de Adroaldo Furtado Fabrício, soa absurda a própria expressão “posse de direitos pessoais”.

Isto porque “é incabível sobre direitos. Não há poder fático sobre abstrações”.⁷⁸

Por isso mesmo, não é correta a posição dos que insistem em tutelar judicialmente o *direito autoral* através dos interditos possessórios, apenas porque o Código Civil o teria regulado como uma espécie de *propriedade*.

Esse argumento, hoje de cunho apenas histórico, perdeu consistência, posto que a nova legislação que cuida dos direitos autorais “repudiou inclusive a qualificação como propriedade”, como se pode ver à Lei nº 5.988, de 1973.

Por isso, mostra-se de inteira acolhida a lição de José de Oliveira Ascensão, para quem hoje, como ontem, a posse pressupõe, necessariamente, uma *coisa* sobre a qual se exerçam poderes. Assim prossegue o notável civilista:

“Mesmo a chamada posse de direitos não deixa de pressupor uma coisa sobre que recai o exercício do direito. Por isso, a posse se perde pela destruição da coisa, por exemplo, e a referência a esta perpassa todo o regime da posse. O direito de autor, que não pressupõe uma coisa, não pode assim originar posse.”⁷⁹

Completa seu pensamento o Prof. Ascensão lembrando que o próprio art. 485 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 1.196) define o possuidor a partir da situação concreta do *exercício de fato* dos poderes inerentes ao domínio. Ora, “o direito de autor não permite situações que caíam nesta previsão, porque sobre a obra não se pode produzir uma atuação de fato. A obra não é, pois, susceptível de posse”.⁸⁰

Aliás, não tem sentido insistir no uso inadequado de interditos possessórios em tema de direito autoral, uma vez que a legislação específica aparelha o autor com uma gama larga e completa de remédios preventivos e satisfativos que vão desde a tutela administrativa policial até as medidas cautelares judiciais de busca e apreensão e ações reparatórias dos prejuízos oriundos da violação do direito autoral.

Finalmente, a reforma do Código de Processo Civil pelas Leis nos 8.952, de 13.12.94, e 10.444, de 07.05.2002, veio dar uma disciplina procedimental ampla ao exercício das pretensões relativas às obrigações de fazer e não fazer. Com a atual redação do art. 461, e respectivos parágrafos, o procedimento ordinário está aparelhado a solucionar as lides da espécie com expedientes sub-rogatórios e coercitivos, cujo emprego tanto pode ocorrer liminarmente, como afinal, na fase de execução definitiva da sentença. Como as pretensões relativas a direitos autorais se traduzem quase sempre em prestações de fazer e não fazer, não tem mais sentido desnaturar o interdito possessório para tutelar direitos pessoais. O caminho certo e adequado será, pois, o da ação ordinária, em feição de ação inibitória (cominatória), com recursos a expedientes de urgência (liminares ou antecipatórios), sempre que necessários, dentro da técnica do art. 461.

Quanto à proteção possessória dos bens móveis, não há dúvida de que encontra plena adequação no campo dos interditos.

Houve alguma controvérsia doutrinária a respeito do assunto ao tempo em que o art. 275, II, *a*, do CPC, incluía entre as ações sumaríssimas as causas sobre “a posse e o domínio de coisas móveis ou semoventes”.⁸¹

A discussão, porém, não tinha razão de ser, visto que, correspondendo à ação possessória de força nova um procedimento especial, sobre ela não poderia incidir a regulamentação do procedimento sumário, que, na sistemática do Código de Processo Civil, é de aplicação apenas aos procedimentos *comuns* (art. 272).

Destarte, somente quando o litígio de possessória for de força velha e, assim, estiver sujeito ao procedimento comum, é que, pelo valor da causa, poderá o rito sumário ter cabimento na espécie. Pense, v.g., na demanda relativa a atentado à posse datado de mais de ano e dia; ou na causa que, posto verse sobre posse, não tenha como objetivo nem a manutenção, nem a reintegração, nem o interdito proibitório, em situações como a de imissão de posse.⁸²

1.304. O petitório e o possessório

Para distinguir as ações que se fundam na posse, como exercício de *poder de fato*, das que se baseiam diretamente no direito de propriedade ou nos direitos reais limitados, usam-se as expressões “ações petitórias” e “ações possessórias”, ou resumidamente “petitório” e “possessório”.

Discute-se, portanto, no “possessório” tão somente o *jus possessionis*, que vem a ser a garantia de obter proteção jurídica ao fato *da posse* contra atentados de terceiros praticados *ex propria auctoritate*. Exercitam-se, pois, no juízo possessório, faculdades jurídicas oriundas da posse em si mesma.

No juízo “petitório”, a pretensão deduzida no processo tem por supedâneo o *direito* de propriedade, ou seus desmembramentos, do qual decorre “o *direito à posse* do bem litigioso”.

Os dois juízos são, como se vê, totalmente diversos, já que a *causa petendi* de um e de outro são até mesmo inconciliáveis. E, justamente por isso, não se pode cogitar de *coisa julgada*, ou litispendência, quando se coteja o julgamento e o processo possessórios com a sentença e o processo petitórios.

Por outro lado, como tutela de mero *fato*, o interdito possessório representa prestação jurisdicional provisória, destinada apenas a manter a paz social, através da preservação de um *estado fático*, enquanto se aguarda, no processo e tempo adequados, a eventual composição, definitiva e de direito, a respeito do direito real envolvido no dissídio.

Inadmissível, destarte, a exceção de coisa julgada no possessório para obstar o petitório.⁸³

Tema relevante e polêmico é, outrossim, o da inadmissibilidade de concomitância do petitório e do possessório, quando entre as mesmas partes e sobre o mesmo objeto instalou-se primeiro o juízo em torno da posse.

A propósito, o artigo 923 do CPC dispõe, claramente, que, “na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio”.

Vários autores têm procurado limitar o alcance da interdição, para sujeitá-la a incidir apenas naqueles casos em que o domínio já estivesse sendo discutido no possessório, em razão de se disputar a posse em função do direito de propriedade.⁸⁴ Há até quem fale em violação à proteção constitucional do direito de propriedade, caso ficasse o dono privado do direito da ação reivindicatória, enquanto pendesse a ação possessória.

Nada disso, porém, tem razão de ser. A vedação da concomitância do possessório e petitório tem raízes profundas na questão da paz social e no repúdio ao uso arbitrário das próprias razões. O que a Constituição protege é o direito de propriedade usado regularmente, sem abusos, e com ressalva da sua função social (CF, art. 5º, no XXIII). Nenhum direito, de ordem patrimonial, é absoluto, de maneira a assegurar ao seu titular o exercício abusivo e sem as limitações impostas

pela convivência em sociedade.

Tanto é assim, que a lei pune, através do delito de exercício arbitrário das próprias razões, quem faz “justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima” (Cód. Penal, art. 345).

O direito de propriedade, portanto, não assegura ao proprietário a faculdade de dispensar a intervenção da Justiça Pública e de expulsar, com a força privada, o possuidor de seu bem. Ao contrário, a lei veda e pune esse tipo de conduta. A composição violenta por iniciativa do proprietário poderia eliminar uma lide, mas intranquilizaria toda a sociedade, inquestionavelmente.

A regra, pois, do artigo 923 do CPC não é uma novidade do atual direito processual brasileiro. Muito ao contrário, trata-se de norma consagrada pelo direito francês, que foi, por seu turno, buscá-la no direito medieval, onde já se consagrava o princípio axiomático do *spoliatus ante omnia restituendus*.

Sobre o tema, vale a pena rememorar a lição de Ronaldo Cunha Campos, *in verbis*:

“Ao ver de Garsonet e Cêsar-Bru, petitório e possessório *se repelem*, visto que a admissão daquele, quando em curso este, implica ofensa ao princípio segundo o qual o espoliador, *antes de mais nada, deve restituir*.”⁸⁵

“A sujeição da parte à decisão do possessório se impõe em virtude da necessidade de se reprimir a justiça privada.”

“O proprietário afastado da posse e que a retoma com seus próprios recursos, contra a vontade do possuidor, faz justiça com suas próprias mãos e viola o *monopólio da justiça exercido pelo Estado*. Destarte, *enquanto perdurar a posse obtida através de marginalização do poder judiciário, o proprietário que assim agiu não será recebido em juízo*. Veda-se o ingresso em juízo petitório do proprietário que recobrou a posse pelo esbulho, enquanto não restituir a coisa esbulhada. *Tal prévia restituição se exige porque se impõe o respeito ao princípio de que apenas ao Estado se permite o exercício do poder de compor lides*.”

“O processo repousa no monopólio estatal do poder de solucionar litígios; pressupõe a interdição do exercício da justiça privada.”

“A regra que ao esbulhador se impõe a prévia restituição repousa em norma onde se assenta a própria estrutura do processo.”

“A norma *spoliatus ante omnia restituendus* revela fundas raízes no direito ocidental e remonta ao Decreto de Gratien de 1151, reproduzido na *Soepe contigit* de Inocêncio III, e ainda se repetiu sob Gregório IX.”⁸⁶

“A aludida norma se estabelece para a implantação do regime de justiça pública, porque, para assegurá-lo, maior acuidade dispensa o Estado à *repressão da violência* que a tutela do direito privado à propriedade.”⁸⁷

Realmente, inutilizada estaria a tutela da posse se possível fosse ao proprietário esbulhador responder ao possuidor esbulhado com a ação petitória. O máximo que conseguiria o possuidor seria a medida liminar do interdito, pois, propondo o proprietário, em seguida, a reivindicatória, os dois feitos seriam reunidos por conexão e o julgamento da lide forçosamente seria em favor do proprietário, pela óbvia prevalência do domínio sobre a posse.

Sendo claro que esbulho, praticado por quem quer que seja, causa sempre uma ruptura do equilíbrio social, e, por isso mesmo, gera ameaça à ordem jurídica, impõe-se acolher a lição do

ilustre jurista mineiro, segundo o qual o *juízo possessório não pode ser entendido apenas sob o ângulo da tutela da posse ou da propriedade*. Nele há de se situar principalmente o *interesse estatal na repressão do esbulho*.⁸⁸

Uma vez, outrossim, que tanto a ação possessória como a reivindicatória buscam a execução que haverá de manter ou conceder a posse sobre o bem litigioso, estabelece-se entre os dois juízos não uma litispendência mas um conflito potencial de provimentos. Não seria admissível que, concomitantemente, a sentença possessória atribuisse a posse a uma parte e o julgado petitório a outra parte. Por imposição de ordem prática, há uma necessidade de impedirem-se duas sentenças executivas contrárias entre si. Se isso fosse permitido, seria notória a possibilidade de a sentença dominial tornar vazia e inócua a sentença de procedência do interdito possessório. É apenas por isso que o art. 923 do CPC veda o recurso à petitória na pendência da possessória.⁸⁹

Violada a regra do art. 923, ter-se-á estabelecido uma relação processual inviável, cujo destino será a extinção do processo sem julgamento do mérito. Configurar-se-á a falta de um pressuposto processual, ou, mais especificamente, de um pressuposto processual negativo (ausência necessária da pendência de possessória sobre o bem disputado como requisito para o manejo da ação dominial). A ocorrência, portanto, afetará a relação processual petitória, no tocante à validade (art. 267, IV).⁹⁰

1.305. A exceção de propriedade no juízo possessório

Disponha o artigo 505 do Cód. Civil de 1916 que “não obsta à manutenção, ou integração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa”. E, como isso, consagrava a autonomia da posse perante a propriedade, fiel à teoria de Jhering, que é a base do instituto em nosso direito civil.

No entanto, a segunda parte do mesmo art. 505 acrescentava a estranha ressalva de que “não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem, evidentemente, não pertencer o domínio”.

Travou-se, de logo, enorme controvérsia na doutrina, a propósito desse inconveniente adendo. Astolfo Rezende, por exemplo, advertia, com toda razão, contra o erro cometido pelo legislador e reclamava corrigenda pronta do texto legal. Lembrava que a criação romana dos interditos mantida pelas legislações de nosso tempo tinha como característica básica o *jus possessionis*, com abstração de qualquer outra circunstância que não fosse a própria situação fática do possuidor em relação à coisa.⁹¹

Foi, por sua vez, Azevedo Marques que, interpretativamente, corrigiu a equivocada norma legal, dando-lhe um sentido restritivo que pudesse harmonizar-se com o sistema geral da tutela possessória. Assim, partindo da observação de que o conteúdo da 2ª parte do artigo 505 era inútil, observada que sua significação real só podia ser a seguinte: “A manutenção ou reintegração da posse não pode ser negada, na ação possessória, ao verdadeiro possuidor pelo simples fato de alguém alegar e provar ter domínio sobre a coisa legitimamente possuída por aquele. Entretanto, se, na ação possessória, os litigantes *disputarem a posse fundados somente no domínio* que cada um se arroga, não deverá o juiz conceder a posse àquele que evidentemente não for o proprietário da coisa”.⁹²

A jurisprudência aderiu a essa corrente até culminar no enunciado da Súmula do STF no 487, onde se afirmava que “será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”. Quer isto dizer que só se admitia o acolhimento da *exceptio proprietatis* quando todas as partes da ação possessória invocassem apenas o domínio como fundamento de suas pretensões antagônicas.⁹³

Ronaldo Cunha Campos, em voto proferido no TAMG, examinou a origem da norma do art. 505, 2ª parte, do Código Civil, e foi encontrá-la no artigo 818 da Consolidação de Teixeira de Freitas, que, por sua vez, a buscou no Assento das Cortes de Suplicação e do Porto, Assento de 1786, 2º quesito. Tal assento, por fim, pretendeu dar inteligência ao Alvará de 9 de novembro de 1754.

O primeiro equívoco histórico cometido em torno da exceção de propriedade, segundo o aludido voto, ocorreu justamente quando o Assento de 1786 transbordou os limites do Alvará de 1754, já que este se destinava apenas a disciplinar a posse de herança.⁹⁴ Observa, porém, o mesmo decisório do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que a regra do art. 505 do Cód. Civil foi substituída pela do art. 923 do Cód. Proc. Civil, cuja redação, a respeito da exceção de domínio, era ainda mais defeituosa e desastrosa do que a do Estatuto Civil, já que expressava o comando imperativo: “A posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.”

Tendo sido, mais tarde, revogado o preceito do art. 923 do Cód. de Proc. Civil, através da Lei nº 6.820/80, conclui o Tribunal Mineiro que revogada também, implicitamente, restou a regra equivalente do Cód. Civil.⁹⁵

Assistia inteira razão ao v. decisório, pois, tendo o Código de Proc. Civil regulado a exceção do domínio em ação possessória de maneira diferente do art. 505 do Cód. Civil, houve a derrogação ou revogação parcial deste último dispositivo, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil*. Nada obstante, opiniões contrárias continuar am a, vez e outra, insistir na subsistência da regra de direito material.

Com a superveniência do Novo Código Civil, a norma geradora da conturbação da teoria da posse foi finalmente eliminada. Com efeito, seu art. 1.210, § 2º, dispõe, sem ressalva alguma, que “não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”. Não se pode, então, manejar a *exceptio proprietatis* como matéria de defesa em ação possessória. Restaurou-se, destarte, a tradição firmada desde as Ordenações Filipinas, segundo a qual a alegação de domínio é matéria impertinente nos interditos, porque “o esbulhador deve, antes de mais nada, restituir”.

1.306. Esclarecimento de um equívoco histórico a propósito da *exceptio proprietatis* no direito luso-brasileiro

Fiel às tradições das fontes romanas de nosso direito civil, as Ordenações Filipinas eram categóricas na condenação do esbulho, ainda que cometido pelo dono da coisa contra o possuidor. Assim, dizia o Liv. IV, T. LVIII, princ.:

“E posto que allegue, que he senhor da cousa, ou lhe pertence ter nella algum direito, não lhe seja recebida tal razão, mas sem embargo della seja logo constrangido restituí-la ao que a possuia, e perca todo o direito, que nella tinha, pelo fazer por sua própria força, e sem autoridade

de Justiça.”

O Alvará de 09.11.1754, a que se aludiu no tópico anterior, não cogitou de alterar o regime das Ordenações e tão somente regulou a passagem da posse civil do defunto para seus sucessores, de tal maneira que, independentemente da tomada da posse natural, a sucessão hereditária produzisse todos os efeitos desta em favor dos herdeiros. Como tal Alvará mencionasse especificamente alguns herdeiros e respectivos graus de sucessão, e não fizesse menção completa a todos os previstos nas leis civis da sucessão *causa mortis*, surgiu controvérsia interpretativa, que acabou por provocar o Assento da Casa de Suplicação, de 16.02.1786, fonte de toda a polêmica que, a partir de então, se criou no direito luso-brasileiro, a propósito da apreciação da questão dominial no seio das ações possessórias.

O Assento da Casa de Suplicação, limitado ao conteúdo do Alvará de 1754, não se pronunciou, como é óbvio, sobre outras questões que não as pertinentes à transmissão da posse civil nas sucessões legítimas de bens livres, vinculados e empenhados, já que o texto normativo interpretado se referia apenas a essa matéria.

Pela leitura de seu longo, vetusto e complicado texto, não se pode sequer concluir que fosse intenção da Corte alterar o regime romano da posse, consagrado nas Ordenações Filipinas, segundo o qual não se admitia a interferência da questão dominial na solução dos conflitos possessórios. Foram, na verdade, os intérpretes do Assento que, pinçando uma frase de seu contexto, deram-lhe uma generalidade que não correspondia ao seu espírito.

O quesito proposto à Casa de Suplicação, em torno do tema, foi o seguinte:

“Se o Filho e Neto, na falta destes, o Irmão, e o Sobrinho, que a Lei exprime, e aos quais faz transmissível a posse nos bens de Morgado, em que sucederem, designão grãos exemplificativos, ou se a elle só se restringe a disposição da Lei, sem admitir para o beneficio da posse referida outro algum grão, que seja conhecido, e que seja havido por de notório e indubitável parentesco a respeito do último possuidor, ou do seu Instituidor?”

A simples e direta leitura do quesito demonstra que a indagação levada à Casa de Suplicação referia-se aos possíveis conflitos entre o enunciado dos graus de parentesco mencionados no Alvará de 1754 e outros graus constantes das regras comuns da sucessão hereditária. Queria-se saber, em outras palavras, se em matéria de sucessão na posse prevaleceriam regras distintas das de sucessão dominial hereditária.

Dentro desse posicionamento do problema, a resposta que a Casa de Suplicação deu ao quesito foi a seguinte:

“... as pessoas, de que falla a Lei para a mesma transmissão da posse nos bens de Morgados, designão grãos exemplificativos e não taxativos ou restrictivos... esta foi a intenção do Legislador em designar as referidas pessoas de Irmão e Sobrinho, deduzida do espírito e mente da Lei, que quer que a posse passe para *aquele que tiver hum verosimil e mais provável direito à propriedade.*”

Evidenciando o propósito de apenas definir a quem caberia a continuidade da posse do defunto, esclarecia o Assento:

“Nem o Principe, se fosse interrogado, no caso de haver parente próximo com as referidas circunstâncias, disporia de outra sorte; nem se deve entender que elle quisesse graduar para a transmissão da posse na Linha Colateral os mesmos parentes, que graduou para o direito de Representação; não só porque isto implica, attento o rigor dos termos da Linha Descendente, em

que a Representação tem lugar em todos os graus *in infinitum*; mas também porque o *direito da transmissão da posse* se regula por muitos diferentes princípios, os quais se dirigem a impedir o enorme abuso, que se fazia, de se apossarem pessoas estranhas dos bens vinculados, e ainda aqueles em grão remoto e incerto, a quem verdadeiramente não pertencia o direito da sucessão, nem o domínio dos bens; e nesta precisa e justa consideração, havendo hum parentesco próximo, em que se verifique, sem dependência de maior discussão, a certeza e preferência indubitável deste direito, *se deve julgar transmissível a posse, até para senão seguir o visível absurdo de se julgar nos interdictos restitutorios, e nos outros casos occurrentes no Foro, a referida posse àquelle mesmo, a que, pelo processo e evidencia notoria dos Autos, se depreheende não lhe dever ser julgada a propriedade.*”⁹⁶

Como se vê, o Assento não teve outra preocupação que não a de definir o *direito à sucessão na posse do defunto*, nas disputas entre herdeiros de diferentes graus, cuja solução deveria respeitar as regras comuns do direito hereditário, pertinentes à transmissão da propriedade.

A doutrina, porém, foi que ampliou desmesuradamente a última frase sublinhada do Assento, e passou a admiti-la como aplicável a qualquer interdito possessório, mesmo fora da disputa hereditária. Assim, Lobão entendia que o sistema romano, esposado pelas Ords., L. 3, T. 40, § 2.78, § 3, e L. 4, T. 58, princ., segundo o qual o espoliador não podia se defender com a invocação de sua propriedade, restara “moderado” com a “inovação” do Assento de 16.02.1786.⁹⁷

Na mesma esteira, entre nós, Teixeira de Freitas, ao argumento de conter o Assento de 16.02.1786 uma “interpretação luminosa”, introduziu em sua “Consolidação” o art. 817, contendo o preceito que mais tarde viria a figurar no artigo 505 do Código Civil de 1916, e de acordo com o qual “não se deve julgar a posse em favor daquele a quem se mostra evidentemente não pertencer a propriedade”.⁹⁸

Tudo, portanto, não passou de um equívoco histórico, no campo de interpretação doutrinária, e que, em boa hora, veio a ser expurgado da legislação brasileira pelo novo Código Civil (artigo 1.210).

1.307. Natureza dúplice das ações possessórias

Assegura o artigo 922 do Código de Processo Civil ao réu, na ação possessória, o direito de usar a própria contestação para alegar que a sua posse é que foi ofendida, e demandar, contra o autor, a proteção possessória.

Com essa norma, o legislador atribui o caráter dúplice aos interditos possessórios, ou seja, trata essas ações como aquelas em que não se distingue a posição ativa da passiva entre os sujeitos da relação processual.

Nas ações dúplices não há, na verdade, nem autor nem réu, no rigor técnico dessas expressões. Nas ações simples, há nítida diferença de atitudes de cada parte: só o autor pede; e o réu apenas resiste ao pedido do autor. Somente por meio de reconvenção é que se torna possível ao réu a formulação de pedido contra o autor. Mas aí o que se tem não é mais defesa, e sim a propositura de nova ação, dentro dos autos já existentes.

Voltando-se à *actio duplex*, a consequência prática que se deve extrair de sua especial qualidade jurídica é a de que o réu não precisa de propor reconvenção para contra-atacar o

autor. O demandado, portanto, que pretenda acusar o autor da possessória de violação de sua posse, e queira obter para si a tutela interdital, assim como o ressarcimento dos danos sofridos, pode formular seu pedido na contestação.

Não há, em outras palavras, reconvenção em ação possessória, pelo menos em princípio,⁹⁹ porque a contestação, *in casu*, já é naturalmente dotada de força reconvenicional.

A proteção à posse do réu, contudo, não é dispensada *ex officio* pelo juiz. Depende, sempre, de expreso requerimento na contestação, porque também aqui prevalece o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, insculpido no artigo 2º do CPC.

1.307-a. Liminar em favor do réu

É expressa a configuração de ação dúplice dada às possessórias pelo Código de Processo Civil, de modo que a contestação possa sempre atuar, caso queira o réu, com força de reconvenção (art. 922). Desse caráter especial conferido pela lei às ações de tutela da posse decorre a possibilidade, em tese, da obtenção de medida liminar tanto pelo autor como pelo réu.¹⁰⁰ Mas, é claro, se o incidente for resolvido em favor do autor, em presença e com ciência do réu, não caberá a este senão valer-se do agravo de instrumento para impugnar o deferimento da liminar a seu adversário. A contestação, mesmo dotada de caráter reconvenicional, não reabrirá, por si só, oportunidade para reexame da questão, já atingida pela preclusão.¹⁰¹

Quando, porém, o autor obtiver a liminar de maneira unilateral, antes da citação e ouvida do réu (art. 928), este, ao contestar a ação, poderá pleitear que a medida se inverta, desde que disponha de elementos, para, *prima facie*, demonstrar que o esbulhado ou turbado foi ele, e não o autor, e que em seu favor militam as circunstâncias previstas no art. 927.

Para tanto, poderá usar o agravo, mas não estará obrigado a fazê-lo, já que a revisão da liminar caberá na própria contestação. Ao autor não será cabível falar em preclusão, já que o primeiro decisório teria ocorrido em ocasião em que o demandado ainda não integrava a relação processual. A contestação, naquela altura, é sua primeira oportunidade de falar nos autos. Representa, por si só, um evento processual superveniente, que traz para o processo fatos novos relacionados com a possibilidade de ser o réu, e não o autor, aquele que legalmente mereça a tutela interdital liminar. Com isso, afastada fica a hipótese de preclusão, visto que o julgamento de questões e fatos novos se dá de maneira originária no juízo da causa, dentro da sistemática do art. 462. Não é, propriamente, uma simples revogação da primeira liminar. É, isto sim, o julgamento de pretensão nova, de parte distinta, a qual, se deferida, substituirá a decisão anterior, prolatada, a seu tempo, sem a presença do demandado.

Ainda que eventualmente a liminar tenha sido concedida ao autor pelo tribunal, em grau de recurso por ele manejado, o réu, ao ingressar posteriormente no processo para integrar a relação processual e contestar a ação, estará autorizado a pleitear e obter a reversão do provimento inicial, se contar com elementos que o credenciem a ser o beneficiário da reintegração ou manutenção liminares. O juiz da causa, se assim o fizer, à luz dos novos dados produzidos pelo interessado, não estará afrontando a decisão anterior do tribunal. Estará decidindo questão nova, em torno de uma relação jurídica continuativa (a posse) e o fará com base em alegações, fatos e provas que não haviam sido produzidos em juízo antes da primitiva liminar, e que, por isso mesmo, não teriam sido objeto de consideração no decisório do tribunal.¹⁰²

Deve-se ponderar o entendimento daqueles que, como Adroaldo Furtado Fabricio, são de opinião que o caráter dúplice da ação possessória não reabriria ao réu oportunidade para pleitear liminar em seu favor porque, deferida anteriormente a medida ao autor, a fase própria para o incidente já estaria superada, e o caminho próprio para revogar ou modificar a liminar só seria o recurso de agravo, e não a reabertura do incidente dentro do próprio interdito possessório.¹⁰³ A lição merece acolhida quando, ao tempo da liminar, o réu já se achava presente no processo, pois, então, o remédio impugnativo posto à sua disposição pela lei para modificar os efeitos do provimento judicial seria, de fato, o agravo (art. 522).

Se, no entanto, a liminar acontecer em caráter unilateral, na ausência do réu, e sem qualquer oportunidade de participar do ato, não há como limitar sua defesa ao direito de impugná-lo por meio de um recurso cujo manuseio muita vezes não estará mais sequer a seu alcance, porque o processo já terá atingido estágios ulteriores àquele em que a liminar se deferiu e consolidou. Pense-se, por exemplo, no caso de a liminar ser denegada ao autor em primeiro grau e só vier a ser deferida em julgamento de agravo pelo tribunal: ter-se-ia um insuperável embaraço para o réu, que ingressaria no processo depois de já decidido o incidente por acórdão, contra o qual, obviamente, não se admitiria, àquela altura, nenhum recurso ordinário.

A não se permitir que, na ação dúplice, o réu exerça a pretensão à tutela liminar inerente à sua posse, estar-se-ia privando-o do pleno acesso ao devido processo legal (CF, art. 5º, incs. XXXVI, LIV e LV), o que tornaria cabível até mesmo o recurso ao mandado de segurança, para coibir evidente e grave cerceamento de defesa.

Em suma: a impugnação e reversão da liminar possessória por provocação do réu devem se analisadas não como fenômenos ligados ao sistema recursal, mas, sim, como incidente que, diante do caráter dúplice do interdito, rege-se pelos arts. 273, § 4º, e 462.

1.308. Natureza real das ações possessórias

Seriam as possessórias ações reais ou pessoais?

A indagação é importante, quando o bem litigioso é imóvel, para definir-se a necessidade ou não de ambos os cônjuges integrarem a relação processual, em face do que dispõe o artigo 10 do Cód. de Processo Civil.

Em doutrina não há grandes divergências, mas a jurisprudência tem se mostrado enormemente instável a respeito do tema.

Celso Barbi, por exemplo, com apoio em Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, dá o testemunho de que “predomina hoje, entre nós, o entendimento de que a posse é um direito e de natureza real. Em consequência, quando a pessoa casada quiser propor ação possessória, necessitará da presença ou do consentimento do outro cônjuge”.¹⁰⁴

Arruda Alvim observa que o artigo 10 do CPC tem um alcance mais amplo, abrangendo tanto as ações sobre os direitos reais propriamente ditos como as possessórias. E explica que “o objetivo do artigo 10, *caput*, e parágrafo único, nos I e IV, é a defesa do patrimônio do casal, no sentido de que as ações devem ser movidas, e devem ser sujeitos passivos das ações, marido e mulher, nos casos discriminados pelo legislador”.¹⁰⁵

Igual é o pensamento de Pontes de Miranda¹⁰⁶ e Hélio Tornaghi.¹⁰⁷

Na verdade, não há razão para questionar em torno da natureza real da ação possessória,

pelo menos em face do direito positivo nacional, posto que o artigo 95 do CPC, ao cuidar da competência para as ações reais imobiliárias, inclui expressamente, entre estas, as possessórias.

No encontro Nacional de Tribunais de Alçada, ocorrido em 1981, no Rio de Janeiro, prevaleceu, contudo, por maioria de votos, a tese de que, não sendo a possessória ação real, dispensável é a vênia conjugal para propô-la. Reconheceu-se, todavia, a necessidade de citação de ambos os cônjuges, quando o fato da posse disser respeito ou derivar de atos por ambos praticados.¹⁰⁸

A ressalva, porém, das situações fáticas de posse comum a ambos os cônjuges acaba tendo maior relevância do que o próprio enunciado principal. Isto porque o regime de bens generalizado nos casamentos brasileiros é o da comunhão, e nele, por força de sua própria natureza, enquanto durar a constância da sociedade conjugal, a propriedade e *posse* dos bens é *comum* (Cód. Civil, de 2002, arts. 1.658 e 1.667).

Logo, não se pode fugir da conclusão de Pontes de Miranda: “A mulher é possuidora dos bens comuns, como o é o marido”, pelo que, nas ações possessórias, torna-se obrigatório o litisconsórcio, tanto ativo como passivo, se a posse disputada versa sobre imóvel.¹⁰⁹

Sem embargo da irrecusável natureza real da possessória, a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, introduziu o § 2º do art. 10, para adotar um critério prático na solução do problema em tela, ou seja: “Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composses ou de ato por ambos praticados.” Segundo esse texto legal, portanto, é a *composse* como fato ou a *moléstia à posse de outrem* por ambos os cônjuges que irá determinar a necessidade de outorga conjugal ou de litisconsórcio passivo nas ações possessórias imobiliárias.

1.309. Natureza executiva do procedimento interdital

Considerando que a tutela jurisdicional se desenvolve em três planos distintos – o de conhecimento, o de execução e o de cautela –, e uma vez que as *ações*, como formas procedimentais de obter a prestação jurisdicional, devem amoldar-se ao tipo de tutela visado, podemos dizer que há três tipos básicos de ações:

- a) as ações de conhecimento;
- b) as ações de execução; e
- c) as ações cautelares.

Com as primeiras procura-se definir o direito subjetivo envolvido no litígio das partes; com as executivas busca-se a alteração da situação material, para pô-la em consonância com o direito subjetivo já reconhecido a uma das partes; e com as cautelares tomam-se apenas medidas de precaução contra alterações na situação litigiosa, enquanto se aguarda a solução definitiva da lide nos processos principais (de conhecimento ou de execução).

As ações de conhecimento, por sua vez, subdividem-se em três subespécies: as condenatórias, as constitutivas e as declaratórias.

Para sediar um procedimento na classificação *supra* não raro se encontram sérias dificuldades, visto que, mormente no caso de “procedimentos especiais”, nem sempre se localiza, com pureza, uma só espécie de atividade jurisdicional.

Nesses casos em que, numa só relação processual, acham-se mesclados atos ou elementos

tanto do processo de conhecimento como do de execução, a ação deve ser classificada em função da atividade jurisdicional preponderante. Se há maior carga de *realização prática* do direito subjetivo do autor, a ação será executiva; se predomina a *definição de direitos*, a ação será de conhecimento.

Dito isto, poderemos verificar que nos interditos possessórios a pretensão do autor e o provimento do juiz, embora não prescindam da definição de dados fáticos imprecisos, voltam-se para um objetivo *final* e largamente *preponderante*, que é o de manter ou alterar o mundo material em que se instalou a lide.

O que pretende o autor e o que lhe dá o juiz, em última análise, são ordens a serem imediatamente executadas no plano objetivo do bem litigioso.

Máxime na hipótese de ação reintegratória, o que se busca é a tomada física do bem que se acha sob o poder do esbulhador, para restituí-lo ao possuidor esbulhado.

Daí a conclusão de Pontes de Miranda, dentro do mais puro rigor técnico, de que “a ação de reintegração é *ação executiva*”. A sentença que a acolhe só mediatamente tem eficácia condenatória e declarativa. Sua *força* processual é *executiva*.¹¹⁰ O juiz não condena, propriamente, o esbulhador a devolver a coisa, e sim ordena a imediata expedição de um mandado a ser cumprido coativamente pelos órgãos auxiliares do juízo contra o esbulhador e em favor do esbulhado.

Dessa natureza *executiva* das ações possessórias decorrem dois efeitos importantíssimos, a saber:

- a) a inexistência de embargos à execução; e
- b) a ausência de efeito suspensivo no recurso de apelação contra a sentença que defere a tutela possessória.

Realmente, sendo a ação possessória executiva desde a sua propositura, tanto que o ato material de invasão da esfera patrimonial do demandado pode ocorrer até mesmo antes da citação (CPC, art. 928), não condiz com a natureza dessa ação a dicotomia de cognição e execução em processos distintos. Inexiste, em face do ataque à posse, uma ação de condenação e uma posterior ação de execução de sentença. O procedimento especial dos artigos 920 *usque* 933 do Código de Processo Civil é, na verdade, *unitário*, por compreender, na mesma relação jurídica, tanto os atos de conhecimento como os de execução.

Doutrina e jurisprudência estão, aliás, acordes em que “não há, nos interditos, instância executória”, de sorte que “a posse é mantida ou restituída de plano, ao vencedor da ação, mediante simples expedição de mandado de manutenção ou reintegração”.¹¹¹

“Corolário da negativa da existência de execução formal – entrega de coisa certa – é o descabimento de embargos à execução”.¹¹² já que a diligência executiva, nos interditos, é feita imediatamente, ante a consideração de que impõe-se, antes de tudo, o “desfazimento de uma violência à posse”.¹¹³

Em matéria de embargos à execução do julgado possessório, há, porém, duas ressalvas a serem feitas:

- a) o caráter unitário do procedimento, segundo a antiga concepção interdital, referia-se tão somente à tutela específica da posse e não atingia os pedidos complementares, acaso cumulados, como os de perdas e danos (CPC, art. 921), cuja acolhida conduziria a uma execução de sentença por quantia certa, em ação própria (*actio iudicati*); esse regime, todavia, foi superado a

partir da Lei no 11.232, de 22.12.05, que aboliu a ação executiva autônoma para todos os títulos executivos judiciais, sujeitando-os à executividade imediata, tal como acontecia com os mandados de tutela possessória (CPC, art. 475-I). A sentença da ação possessória é executiva *lato sensu*, tanto na medida de tutela da posse como nas condenações acessórias;

b) se, porém, o demandado foi revel e nula ou ausente a citação, não há de se lhe recusar o uso excepcional dos embargos à execução. A propósito, já se decidiu, com acerto, que “o vício de citação nula pode ser invocado em todas as espécies de execução”. E, “se é certo que, em princípio, a execução nas possessórias deve ser feita por simples mandado, não comportando impugnação por embargos, não menos exato que, em havendo alegação de nulidade da citação, admitem-se os embargos que seriam sucedâneos da ação direta”.¹¹⁴

Outra decorrência importante da natureza executiva da ação possessória é a que se relaciona com a eficácia não suspensiva da apelação que ataca a sentença, quando esta ordena a expedição do mandado de tutela da posse.

Em se tratando de executiva *lato sensu*, a discussão que se trava no bojo da ação possessória equivale aos embargos de executado, para os fins do art. 520, no V, do CPC.

Daí ensinar Pontes de Miranda que, tanto na ação de manutenção como na de reintegração de posse, não pode incidir a eficácia suspensiva da apelação. Assim como a medida liminar deferida *initio litis* não se suspende quando o vencido apela da sentença que a confirma, também não pode deixar de cumprir-se o mandado deferido pela sentença final só porque houve apelação. Nesses casos de ação executiva, “não se deve negar o cumprimento da sentença desde logo” e, por isso, “ao receber a apelação, cabe-lhe (isto é, ao juiz) dizer que só a recebe no efeito devolutivo”.¹¹⁵

Mais uma vez a Lei no 11.232, de 22.12.2005, clareou o problema do réu revel vencido na ação possessória. É que, para o processo unitário, a falta ou nulidade da citação tornou-se matéria cuja arguição, no cumprimento da sentença, nem mesmo reclama o manejo de embargos à execução. Simples impugnação por petição é suficiente para o executado suscitar essa exceção (art. 475-L). Essa defesa foi prevista, de maneira expressa, para a execução de sentença relativa à obrigação de quantia certa. Nada impede, todavia, sua aplicação análoga ao cumprimento da sentença possessória. Aliás, o emprego da “impugnação” prevista no art. 475-L mostra-se muito mais adequado do que o recurso aos embargos à execução, figura que a Lei no 11.232 eliminou da disciplina da execução dos títulos judiciais de toda espécie.

1.310. Cumulação de pedidos

O pedido genuinamente possessório é o do mandado de reintegração, de manutenção ou de proibição contra o que agride ou ameaça agredir a posse do autor. A petição inicial terá, portanto, no juízo possessório, de conter, necessariamente, o pedido de uma das medidas acima. Permite a lei, todavia, que o autor faça, ao lado do pedido possessório, a cumulação de outros, que tenham por objeto o seguinte:

- a) condenação em perdas e danos;
- b) cominação de pena para o caso de nova turbação ou esbulho; e
- c) desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse (art. 921).

Essas cumulações devem restringir-se, porém, a pretensões diretamente ligadas ao evento

possessório, ou seja, a indenização há de referir-se a danos que o réu causou ao bem esbulhado ou turbado, a pena há de referir-se à reiteração do esbulho ou turbação que foi a causa da ação, e as construções e plantações a desfazer só podem ser aquelas introduzidas no imóvel onde se deu a moléstia à posse do promovente.

Em se tratando de ação dúplice, também o réu pode, na contestação, formular pedidos cumulados contra o autor, dentro dos limites do art. 921. Não há necessidade de reconvir.

Sobre a matéria de perdas e danos, o erro mais frequente consiste em formular o autor, ao final da petição inicial, um lacônico acréscimo de indenização, sem qualquer especificação a respeito da natureza e extensão do dano ocorrido. Ora, é por demais sabido que o pedido tem de ser *certo e determinado* (art. 286), pelo que não se tolera uma pretensão indenizatória sem a exata indicação do fato que a justifica e delimita. O pedido pode ser genérico, é verdade, mas apenas no tocante ao seu quantitativo. A lesão tem de ser concretamente apontada na petição inicial e comprovada durante a instrução da causa. O que pode ficar relegado para a fase de execução de sentença é apenas a operação de definir o *quantum* do prejuízo já alegado e provado.

Da cumulação de pedidos resulta, outrossim, diversidade de natureza da sentença e de sua força executiva: a ordem de tutela específica da posse é imediatamente realizável, porque a sentença é, na espécie, executiva *lato sensu*; já a condenação a perdas e danos pode exigir uma ulterior liquidação de sentença (art. 475-A) e a execução haverá de amoldar-se ao rito próprio para as obrigações de quantia certa (arts. 475-J e segs.); e a ordem de desfazimento de construção ou plantação tem a força de impor ao vencido uma obrigação de fazer, cujo cumprimento se dará segundo os preceitos dos arts. 461 e 475-I.

Com relação a este último evento, convém lembrar que as construções ou obras decorrentes do próprio esbulho têm sua demolição incluída na própria força do mandado reintegratório. O que o possuidor pode cumular é a pretensão de que o esbulhador seja condenado a *realizar* a demolição. Nesse caso, se a condenação não for cumprida, ao possuidor caberá promover o desfazimento, cobrando o respectivo custo da parte sucumbente, além dos demais prejuízos que a privação da posse lhe acarretou, como, por exemplo, desgaste ou deterioração do bem e frutos ou rendimentos que deixou de perceber.

1.311. Interdito proibitório

Enquanto os interditos de reintegração e manutenção pressupõem lesão à posse já consumada, o interdito proibitório é de natureza preventiva e tem por objetivo impedir que se consuma dano apenas temido. O mandado que o possuidor obtém, na última hipótese, é de segurança contra esbulho ou turbação iminente, no qual, além da interdição do mal ameaçado, haverá também a cominação de pena pecuniária para eventualidade de transgressão do preceito (art. 932).

A estrutura do interdito proibitório é, portanto, de uma ação cominatória, para exigir do demandado uma prestação de fazer negativa, isto é, abster-se da moléstia à posse do autor, sob pena de incorrer em multa pecuniária.

A força do interdito, porém, não se exaure na imposição de multa ao infrator, pois, se assim fosse, a ação destoaria da característica básica dos remédios possessórios, que é a de tutelar

materialmente o fato da posse. Daí prever o art. 933 que toda a regulamentação dos interditos de reintegração e de manutenção aplica-se igualmente ao interdito proibitório.

Isto quer dizer que não só o procedimento é igual, como também a força do mandado judicial. Dessa maneira, verificada a consumação do dano temido, a ação transforma-se *ipso iure* em interdito de reintegração ou de manutenção, e, como tal, será julgada e executada.¹¹⁶

Para manejar o interdito proibitório, deverá, outrossim, demonstrar o interessado um *fundado receio* de dano, e não apenas manifestar um receio subjetivo sem apoio em dados concretos aferíveis pelo juiz.

A ação, *in casu*, é sempre de força nova, porque a própria citação tem força de interditar a prática do ato que se teme seja adotado pelo réu em prejuízo do autor. Por isso, o despacho da petição inicial só pode ser dado quando o promovente apresente elementos de convicção adequados para a obtenção de medida liminar, segundo a sistemática do art. 928 (prova documental ou justificação).

É bom lembrar, finalmente, que não se deve considerar ameaça à posse simples manifestação do propósito de usar medidas judiciais para reclamar direitos sobre o bem retido pelo possuidor. As disputas dominiais, sem agressão arbitrária ao estado de fato em que se acha o possuidor, são irrelevantes para o mundo possessório. São as ameaças de medidas agressivas na ordem prática ou material que ensejam o recurso ao interdito proibitório. Qualquer outro tipo de receio, que não seja o da *violência iminente*, portanto, não configura o *justo receio*, de que fala o art. 932 do Cód. Proc. Civil.¹¹⁷

§ 212. ALGUNS INCIDENTES REGISTRÁVEIS NOS INTERDITOS

Sumário: 1.312. Embargos de terceiro. 1.313. Medida liminar e mandado de segurança. 1.314. Embargos de retenção. 1.315. Nomeação à autoria e denunciação da lide.

1.312. Embargos de terceiro

Já se decidiu que “os embargos de terceiro só são cabíveis contra ato de *apreensão judicial*, e dessa natureza não participa a determinação da sentença para restituição do domínio e posse de bens”.¹¹⁸ Assim, contra mandados de despejo ou de reintegração de posse, não teria defesa o terceiro pela via dos embargos do artigo 1.046 do CPC.¹¹⁹

Os embargos de terceiro, todavia, como remédio de defesa do estranho ao processo, contra o esbulho judicial, não têm o acanhado limite que se pretendeu fixar nessa jurisprudência, flagrantemente minoritária. Os atos de apreensão judicial, como o arresto, a penhora e os demais arrolados no artigo 1.046 do CPC, são apenas exemplos de hipóteses em que se pode aplicar o questionado procedimento, mas não são os únicos.

No estágio atual de nosso direito, a ação de embargos de terceiro é via ampla de tutela do estranho ao processo, em face do ato judicial, quando sua posse ou domínio sofra qualquer moléstia. A expressão “*apreensão judicial*”, utilizada pelo legislador no referido dispositivo do CPC, é genérica e não se confunde com os casos em que haja *depósito judicial* apenas, tanto que o próprio artigo 1.046 dá como um dos exemplos de cabimento dos embargos de terceiro a hipótese de simples descrição de imóvel alheio em inventário ou arrolamento.

Ora, se tal se dá num evento processual em que nenhuma restrição física ocorre sobre o bem do terceiro, por que negar os embargos do artigo 1.046 a quem sofre privação direta e imediata de sua posse, sem ser parte no processo, como se verifica no cumprimento do mandado de reintegração?

Os institutos processuais devem ser interpretados e utilizados segundo a sua finalidade maior e de acordo com os interesses que a lei realmente quis proteger, e nunca por meio de simples exegese literal, que não vai além do sentido gramatical das palavras, nem sempre precisas, com que o legislador os disciplinou.

Se “os embargos de terceiro, no CPC vigente, constituem meio idôneo de proteção de domínio e posse ou de direito real ou obrigação que confere posse sobre coisa alheia”,¹²⁰ impõe-se concluir, com a jurisprudência dominante, que:

“Admitem-se embargos de terceiro contra *qualquer ato de apreensão judicial*, praticado em

qualquer ação ou execução, desde que resulte prejudicial ao embargante ou seja incompatível com um seu direito.”¹²¹

Sempre, pois, que a atuação do Poder Judiciário ultrapassar os limites subjetivos do processo, aquele que, não estando alcançado pela relação processual, se vir na iminência de sofrer violação ou ameaça em seus direitos, terá a seu dispor os embargos de terceiro.

Por isso, como conceitua Hamilton de Moraes e Barros, no estágio de hoje de nosso direito, os embargos de terceiro “são uma ação especial, de procedimento sumário, destinada a excluir bens de terceiro que estão sendo, ilegítimamente, *objeto de ações alheias*”.¹²²

Daí admitir Adroaldo Furtado Fabrício, dentro desse largo espectro do remédio processual do artigo 1.046, que no caso de execução de sentença possessória, havendo moléstia a quem não foi parte do interdito, os atos executórios *lato sensu* poderão ser atacados pelo remédio específico e adequado, que são os embargos de terceiro.¹²³ E, na mesma linha, segue Guido Arzua, para quem “o terceiro pode intrometer-se na execução (da possessória), com embargos a ela”.¹²⁴

Na realidade, nem mesmo se pode afirmar que no cumprimento do mandado reintegratório incorre “apreensão judicial”. Se a apreensão, *in casu*, não é duradoura, é, pelo menos, transitória, isto é, ocorre necessariamente naqueles instantes em que o Poder Público toma o bem do poder de uma parte para em seguida entregá-lo ao vencedor da causa.

Assim, embora haja pequena divergência jurisprudencial, o certo, porém, é que o melhor entendimento, aliás dominante nos Tribunais, é, a exemplo da doutrina, no sentido de que “podem ser oferecidos embargos de terceiro na fase de execução de mandado de reintegração de posse”.¹²⁵

Quanto ao prazo para oposição dos embargos de terceiro (artigo 1.046 do CPC) em oposição à execução da sentença em ação de reintegração de posse, deve ser contado “da data em que houver ele (o terceiro) sofrido o alegado esbulho”, isto é, da data em que se cumpriu o mandado reintegratório.¹²⁶

1.313. Medida liminar e mandado de segurança

O deferimento, ou não, da medida liminar, nas ações possessórias, se dá através de decisão interlocutória, desafiadora, portanto, do recurso de agravo, de preferência sob a forma de instrumento, como já se esclareceu no item no 1.302.¹²⁷

Como, na sistemática primitiva do Código de Processo Civil, o agravo não era dotado de efeito suspensivo, comum se fazia o recurso ao mandado de segurança, não para substituir o recurso adequado, mas apenas para propiciar-lhe a força de suspender, temporariamente, a execução do ato impugnado, a fim de aguardar-se o julgamento do agravo.¹²⁸

A Lei no 9.139, de 30.11.95, ao alterar a redação dos arts. 527 e 558 do Código de Processo, permitiu ao relator conferir efeito suspensivo ao agravo de instrumento, em todos os casos em que haja risco de lesão grave e de difícil reparação, desde que relevante a fundamentação do recurso. Posteriormente, a Lei no 10.352, de 26.12.2001, alterando novamente o art. 527, III, permitiu também ao relator do agravo “deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal (sistema mantido pela Lei no 11.187, de 19.10.2005). Com isso eliminou-se a inconveniente praxe de utilizar o mandado de segurança como complemento do agravo manejado contra as liminares possessórias.¹²⁹

1.314. Embargos de retenção

Já demonstramos que as ações possessórias são procedimentos especiais *unitários*, ou seja, procedimentos que englobam, numa só relação processual, toda a atividade jurisdicional, desde a cognição à execução.

Inexistindo execução de sentença, como processo separado tendente a entrega de coisa certa, não se aplicam às ações de manutenção e reintegração de posse as regras pertinentes à execução forçada e seus embargos.¹³⁰

Não há, em suma, nos interditos, “instância executória”, já que “a posse é mantida ou restituída, de plano, ao vencedor da ação, mediante simples expedição de mandado de manutenção ou reintegração”.¹³¹

Logo, se o demandado tem benfeitorias a indenizar, e pretende exercer, se cabível, o direito de retenção, há de fazê-lo no curso da ação por meio da contestação, e nunca por via de “embargos de retenção”, após a sentença, porque tais embargos pressupõem, logicamente, a existência de uma ação de execução autônoma, nos moldes dos títulos que justificam o procedimento para a entrega de coisa certa, disciplinado pelos arts. 621 a 628 em combinação com o art. 745, IV. Em outros termos: os embargos de retenção atualmente previstos no CPC aplicam-se apenas às execuções para entrega de coisa fundadas em título extrajudicial.

Na verdade, após a Lei nº 11.382, de 06.12.2006, nem mais se atribui a esse tipo de oposição um procedimento próprio e distinto daquele denominado de “embargos à execução”. O direito de retenção passou a ser tratado como uma das matérias arguíveis na figura geral e única dos embargos manejáveis contra a execução dos títulos extrajudiciais.

1.315. Nomeação à autoria e denunciação da lide

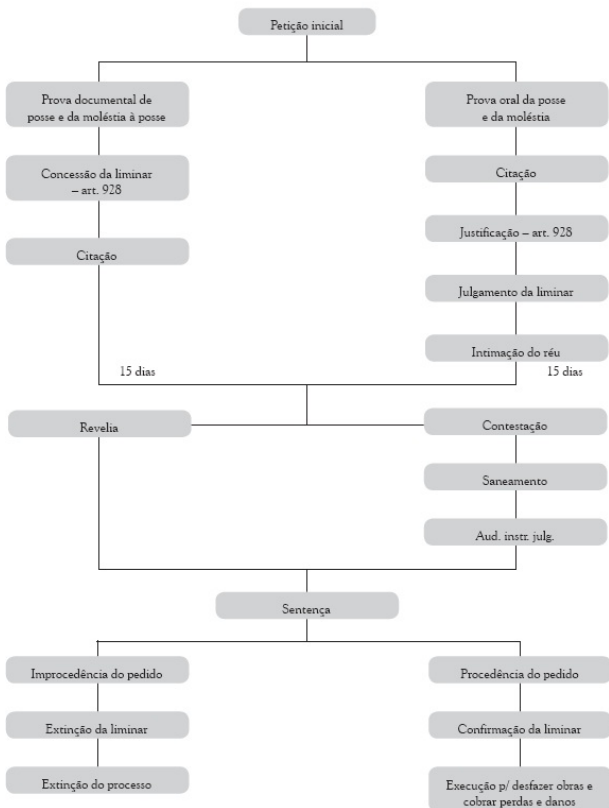
Segundo as normas dos arts. 62 e 70, no II, do CPC, é possível ocorrer, nas ações possessórias, tanto a nomeação à autoria como a denunciação da lide. Mas as duas intervenções de terceiro não se confundem, nem podem ser utilizadas pela parte indiferentemente. Ao contrário, cada uma delas tem requisitos específicos e aplicação própria a situações bem definidas, visando, ainda, a objetivos diversos.

Assim, cabe a nomeação à autoria (art. 62) quando o réu da ação possessória não for realmente o possuidor, mas apenas o *detentor* do bem litigioso. Com a nomeação, o demandado visa a ser excluído do processo e substituído pelo vero possuidor, em nome de quem exerce a detenção. Na verdade, o detentor não tem posse a defender e se coloca, perante o autor, como parte processual ilegítima.

Já a denunciação da lide só tem cabimento quando o réu da possessória (e, em alguns casos, o autor) for *possuidor*, ou seja, alguém que *tem posse a defender*, posse própria, embora apenas direta e sem exclusão da indireta de outro possuidor, de onde a primeira se derivou. Nesse caso, a denunciação da lide não afeta a legitimidade de parte do demandado, nem visa a excluí-lo da relação processual possessória. O possuidor indireto, como o locador, é chamado pelo direto (o locatário) para responder à ação principal juntamente com ele e, em ação secundária, para responder pela obrigação de “assegurar a continuidade da posse direta com as correspondentes vantagens ou a indenização do equivalente se não puder garantir”.¹³²

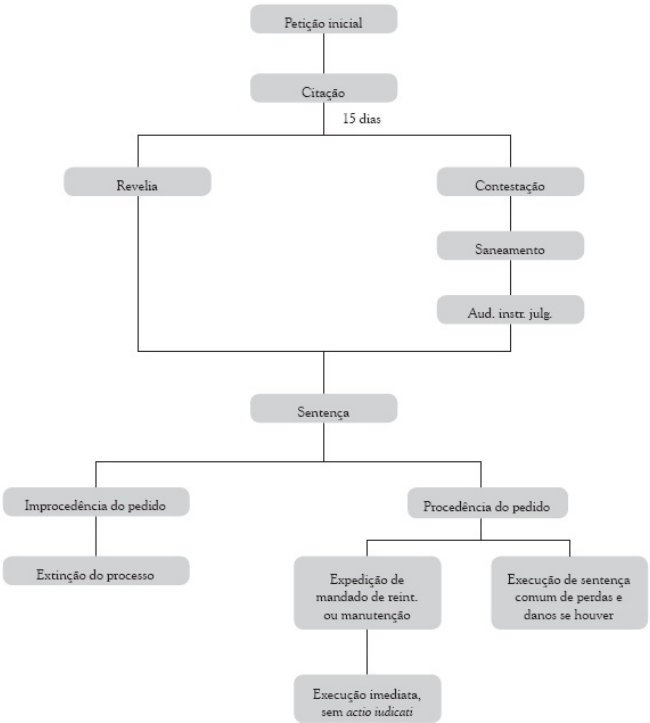
Fluxograma nº 63

AÇÃO DE FORÇA NOVA – REINTEGRAÇÃO E MANUTENÇÃO DE POSSE
(arts. 926-931)



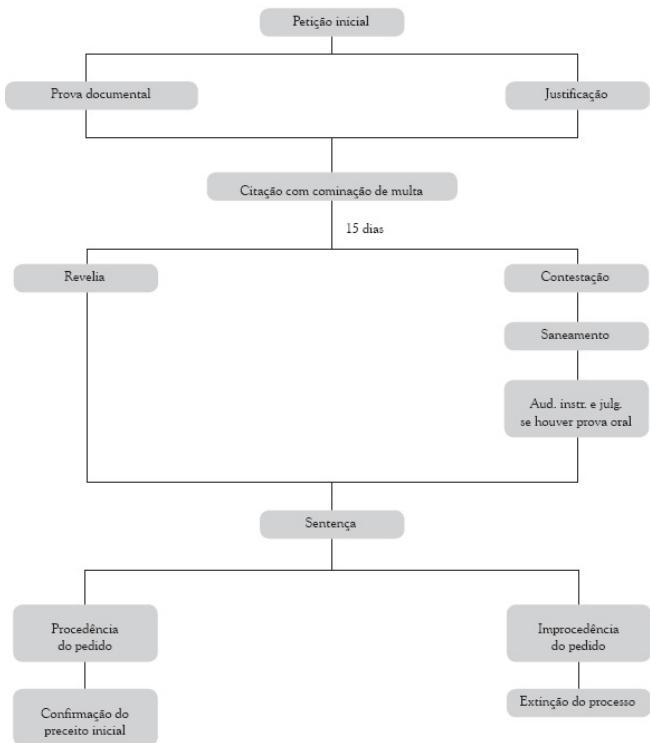
Fluxograma nº 64

AÇÃO DE FORÇA VELHA – REINTEGRAÇÃO E MANUTENÇÃO DE POSSE
(art. 924)



Fluxograma nº 65

INTERDITO PROIBITÓRIO
(arts. 932-933)



- 1 REZENDE, Astolfo. *Manual de Código Civil* (Paulo Lacerda). Rio de Janeiro: Ed. Jacinto Ribeiro, 1918, vol. VII, p. 4, *apud* ARZUA, Guido. *Posse, o Direito e o Processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1978, n. I, p. 14.
- 2 LIMA, Euzébio de Queiroz. *Conceito de Domínio e Posse segundo o Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas do Jornal do Brasil, 1917, p. 60, *apud* ARZUA, Guido. *Op. cit.*, loc. cit.
- 3 LIMA, Euzébio de Queiroz. *Op. cit.*, p. 67-68.
- 4 FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das Ações Possessórias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1927, p. 6-7.
- 5 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1956, vol. I, § 70, p. 29. Para o Código Civil brasileiro possuidor é “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade” (art. 485).
- 6 BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, § 60, p. 28.
- 7 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Padova: Ed. CEDAM, 1936, vol. I, n. 73, p. 208-209.
- 8 CUNHA CAMPOS, Ronaldo. “O artigo 923 do CPC”, in *Julgados do RJTAMG*, vol. 8, p. 14.
- 9 AZEVEDO MARQUES, J. M. *A Ação Possessória*, São Paulo: Jacintho Ribeiro, 1923, n. 9, p. 8. No mesmo sentido, SOLLERO, Márcio. “Considerações em torno da Posse”, in *Rev. de Julgados do RJTAMG*, Belo Horizonte, 1981, vol. 13, p. 26.
- 10 SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la Possession en Droit Romain*. 4. ed. Paris: Pedone-Lauriel, 1893, § 20, p. 6-7.
- 11 PAGE, Henri de. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Bruxelles: E. Bruylant, 1941, tomo V, 2ª parte, no 827, p. 724.
- 12 ENNECCERUS, Ludwig; THEODOR, Kipp; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1951, tomo III, vol. I, § 17, p. 83.
- 13 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, tomo X, § 1.109, p. 281.
- 14 *Apud* ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, vol. I, n. 59, p. 357.
- 15 WEILL, Alex. *Droit Civil – Les Biens*. 2. ed. Paris: Précis Dalloz, 1974, n. 360, p. 319.
- 16 SOKOLOWSKI, Paul Von, *apud* ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, n. 40, p. 258.
- 17 ENNECCERUS, Ludwig; THEODOR, Kipp; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1951, tomo III, vol. I, § 50, p. 28.
- 18 VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios sobre Derecho de Cosas*. Madrid: Montecorvo, 1973, p. 24.
- 19 VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Op. cit.*, p. 24-25.
- 20 VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Op. cit.*, p. 25.
- 21 LINS, Edmundo Pereira. “Ensaio sobre a posse”, in *Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais*, 1914, vol. IX, n. 13, p. 166.
- 22 LINS, Edmundo Pereira. *Op. cit.*, n. 15, p. 167.

- 23 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, vol. IV, n. 286, p. 23-24.
- 24 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, t. X, § 1.067, p. 72-73.
- 25 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 75.
- 26 GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Max Limonad, vol. III, t. II, n. 384, p. 533. No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, vol. III, n. 57, p. 220.
- 27 ENNECCERUS, Ludwig; THEODOR, Kipp; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1951, t. III, v. I, § 3, p. 17.
- 28 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 24.
- 29 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, n. 15, p. 40.
- 30 ENNECCERUS, Ludwig; THEODOR, Kipp; WOLFF, Martin. *Op. cit.*, § 30, p. 18.
- 31 TUHR, Andreas Von. *Derecho civil: teoria general del derecho civil aleman*. Buenos Aires: Depalma, 1946, vol. t. I, § 60, p. 174.
- 32 *Op. cit.*, n. 384, p. 533-534.
- 33 PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Habana, 1959, vol. III, n. 184, p. 175.
- 34 *Op. cit.*, § 1.067, p. 73.
- 35 Alves, José Carlos Moreira. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, vol. I, p. 358.
- 36 *Op. cit.*, p. 247.
- 37 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 37.
- 38 Gomes, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, n. 24, p. 54.
- 39 FULGÊNCIO, Tito. *Da Posse e das Ações Possessórias*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, n. 32, p. 37.
- 40 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed., Rio, Forense, vol. IV, n. 287, p. 25.
- 41 WEILL, Alex. *Droit Civil – Les Biens*. 12. ed. Paris: Dalloz, n. 388, p. 340.
- 42 WEILL. *Op. cit., loc cit.*; FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.*, n. 32, p. 38.
- 43 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, n. 24, p. 54.
- 44 FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.*, n. 33, p. 38.
- 45 *Op. cit.*, n. 389, p. 340.
- 46 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, n. 24, p. 54.
- 47 FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.*, n. 34, p. 39.
- 48 *Op. cit.*, n. 24, p. 55.
- 49 FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit., loc. cit.*
- 50 Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, vol. V, n. 16, p. 29.
- 51 MAZEAUD, Henry Y Leon; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: EJE, 1959-1969, Parte II, vol. IV, n. 1.437, p. 154.
- 52 *Op. cit.*, n. 23, p. 53-54.
- 53 *Op. cit.*, n. 1.443, p. 158.
- 54 MAZEAUD, Henry Y Leon; MAZEAUD, Jean. *Op. cit.*, n. 1.444, p. 158.

- 55 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, n. 287, p. 26.
- 56 WEILL, Alex. *Op. cit.*, n. 392, p. 341.
- 57 WEILL, Alex. *Op. cit.*, n. 392 e 393, p. 341-342.
- 58 SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Traité de la Possession en Droit Romain*. 4. ed. Paris: A. Durand. 1893, § 35, p. 370.
- 59 SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Traité*, cit., § 34, p. 363-367.
- 60 SAVIGNY, Friedrich Karl Von. cit., § 34, nota 2, p. 367.
- 61 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4. ed. Rio, Forense, 1956, vol. I, § 22, p. 65-66.
- 62 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. VIII, t. III, n. 365, p. 428.
- 63 FULGÊNCIO, Tito. *Da Posse e das Ações Possessórias*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, vol. I, no 106, p. 100; TJSP, Ap. no 284.952, in RT 534/108; TJMG, Ap. no 38.157, Rel. Des. Horta Pereira, in DJMG de 09.11.1973; TAMG, Ap. no 7.544, in Rev. Julgados 4/123; TJSP, ac. de 13.03.1974, in RT 456/79; TAPR, Ap. no 84536500, ac. de 09.02.1996, in JUIS – Saraiva no 14. No entanto, já se decidiu que “a ação ajuizada entre dois particulares, tendo por objeto imóvel público, não autoriza a adoção do rito das possessórias, pois há mera detenção e não posse. Assim, não cumpridos os pressupostos específicos para o mito especial, deve o processo ser extinto, sem resolução de mérito, porquanto inadequada a ação” (STJ, 3a T., REsp no 998.409/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 13.10.2009, DJe de 03.11.2009).
- 64 MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Ed. RT, 1986, n. 70, p. 84.
- 65 MARCATO, Antônio Carlos. *Op. cit.*, loc. cit.
- 66 “A turbacão ou esbulho deve referir-se a atos concretos, materiais, praticados em local determinado, resultando incompreensível a abrangência ampla e generalizada sem indicação exata e precisa da parte ou do todo onde se sedia a lesão possessória. O lugar onde ocorrem os atos turbativos ou espoliativos é de suma importância para a concessão da proteção interdital. De qualquer forma, resulta a indispensabilidade da descrição detalhada e minuciosa da coisa, objeto de posse exclusiva, de molde a propiciar o uso dos interditos possessórios” (Juventino Gomes de Miranda Filho, “O Fenômeno da Irradiação da Posse”, in *Julgados TAMG* 28/33-35).
- 67 “Em se tratando de ação real ou reipersecutória sobre imóvel, só se pode admitir o processamento de uma possessória quando a área disputada seja precisamente caracterizada pelo promovente, não só quanto às suas dimensões, mas principalmente quanto à situação geográfica” (TJSP, ac. cit., in *Rev. Julgs. TAMG* 28/37). No mesmo sentido: TRF, 4a Região, Agl 1.998.04.01.065148-5/SC, DJU de 20.01.1999, in RJ, ano 46, março de 1999, no 257, p. 96.
- 68 “Nos interditos possessórios é indispensável descrever a área onde se mantinha a posse exclusiva, pois a contenda gira em torno de poder de fato que se reveste na exteriorização da propriedade” (TAMG, Ap. no 11.484, ac. de 21.10.1977, Rel. Juiz Amado Henriques, in *Julgados TAMG* 7/240). No mesmo sentido: TJMG, Ap. no 33.887, ac. de 21.08.1970, in *Jur. Mineira* 47/279; TJSC, Ap. no 7.771, ac. de 21.08.1980, in RT 548/215.
- 69 Com a introdução no procedimento ordinário da possibilidade de antecipação de tutela, também as ações possessórias de força velha podem propiciar reintegração liminar. Será necessário, todavia, ao autor demonstrar a ocorrência de todos os requisitos enumerados no

- art. 273 do CPC (TJSP, 2ª Câml. Dir. Priv., Ag. 209.684-4/9, Rel. Des. Paulo Hungria, ac. de 26.06.2001, *Revista Jurídica*, ago./2001, vol. 286, p. 99; TJMG, Ag. nº 1.0710.08.018775-001(1), Rel. Des. Nilo Lacerda, ac. 06.05.2009, *DJe* de 10.06.2009).
- 70 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, at. Por Luiz Edson Fachin. São Paulo: Ed. RT, 2012, t. X, § 1.115, p. 409.
- 71 SOLLERO, Márcio. “Considerações em torno da Posse”, in *Rev. de Julgados do TAMG*, vol. 13, p. 33.
- 72 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 370, p. 433-434; SOLLERO, Márcio. p. 33; SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, vol. VI, p. 149.
- 73 SOLLERO, Márcio. *Op. cit.*, p. 34.
- 74 SOLLERO, Márcio. *Op. cit.*, loc. cit.
- 75 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 371, p. 434-435.
- 76 MARQUES, J. M. de Azevedo. *A ação possessória no código civil brasileiro*. São Paulo: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923, n. 7, p. 6.
- 77 *Op. cit.*, n. 10, p. 9-10.
- 78 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Coments.*, cit., n. 307; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, vol. X, § 1.068, p. 79; TJGB, ac. de 08.06.1967, in *Rev. Forense* 229/116, STF, ac. in RT 151/343; TARS, ac. de 17.10.1973, in RT 459/226; TACiv.RJ, Ap. nº 1.497, in *ADCOAS* de 10.04.1995, nº 146840. “É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral” (STJ, Súmula 228).
- 79 ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, n. 224, p. 292.
- 80 *Op. cit.*, loc. cit. “É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral” (STJ, Súmula nº 228).
- 81 O texto atual do inciso já não mais faz referência ampla às causas sobre posse e domínio de coisas móveis, mas apenas as “de arrendamento rural e parceria agrícola” (redação da Lei nº 9.245, de 26.12.1995).
- 82 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 317, p. 379.
- 83 STF, AI 80.825, ac. de 10.10.1980, in *Jurisclível* 97/125; TJPR, Ap. nº 5466, 3ª Câml. Cível, ac. de 29.06.1988, in *JUIS – Saraiva* nº 14.
- 84 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 345 e 347, p. 403-410; SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, p. 135.
- 85 Garsonet e César-Bru. *Traité de Procédure*. 3. ed., t. I, n. 408 e 430; t. II, n. 420, t. III, n. 749.
- 86 Aubry et Rau. *Cours*. 5. ed. t. II, n. 184, nota 4; Garsonet et César-Bru. *Op. cit.*, t. I, p. 630.
- 87 CAMPOS, Ronaldo Cunha “O Artigo 923 do CPC”, in *Julgados do TAMG*, vol. 8, pp. 13-14.
- 88 CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Op. cit.*, p. 14.
- 89 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 13, p. 225. No entanto, Ernane Fidelis dos Santos (*Dos procedimentos especiais do Código de Processo Civil*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, v. VI, p. 115) e Adroaldo Furtado Fabrício (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, v. VIII, t. III, nº 360, p. 432) entendem que o impedimento do art. 923 à petição só incide quando as partes litigam pela posse, invocando o domínio. A réplica de Ovídio A. Baptista da Silva, porém, explica superiormente que o sentido da vedação de alegações dominiais, sobre o bem disputado no possessório, não tem a ver com o conteúdo da causa

- petendi* num e noutro feito, pois sempre esteve ligado apenas “à incompatibilidade prática entre os dois juízos” (*Comentários*, cit., *loc. cit.*). Há, finalmente, uma tendência jurisprudencial a não considerar absoluta a interdição do art. 923, aceitando que, segundo particularidades do caso concreto, evidenciadoras da ausência de efetivo contraste entre o possessorio e o petitorio, possa vir a ser admitido o pleito de reconhecimento do domínio antes do encerramento da ação de disputa da posse (STJ, 4a T., Ag. Rg. no AI no 17.098-0/PR, Rel. Min. Torreão Braz, ac. de 09.11.1993, *DJU* de 13.12.1993, p. 27.462; STJ, 4a T., REsp. no 402.764/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. de 11.02.2003, *DJU* de 30.06.2003, p. 255).
- 90 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. VIII, t. III, n. 362, p. 435.
- 91 REZENDE, Astolfo. *Manual de Cód. Civil* (Paulo Lacerda), Ed. Jacinto Ribeiro, 1918, vol. VII, p. 226.
- 92 MARQUES, J. M. de Azevedo. *A ação possessoria no código civil brasileiro*. São Paulo: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923, n. 58, p. 86.
- 93 É bom lembrar que deixa de ser ação possessória aquela em que o pedido da posse se faz em função do domínio, porque a essência do interdito é justamente a defesa da posse como posse (fato). Ação em que se reclama direito à posse com base em domínio é ação petitoria e não possessória. Logo, a Súmula no 487, em última análise, acabou por excluir das verdadeiras ações possessórias a possibilidade da exceção do domínio.
- 94 Código Philipino, 14. ed. Rio, 1870, p. 1.042.
- 95 TAMG, Ap. no 20.153, Rel. Ronaldo Cunha Campos, ac. de 23.03.82, in *Rev. Bras. Dir. Processual*, 35/103. No mesmo sentido: STJ, REsp. 32.467-5/MG, ac. de 28.02.94, in *RSTJ* 63/348.
- * Todas as citações referentes à Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro ler-se-ão Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, conforme Lei no 12.376, de 30.12.2010.
- 96 In “Auxiliar Jurídico” – Apêndice da 14. ed. do Código Philipino, ed. brasileira de Candido Mendes de Almeida, Rio, 1869, p. 280.
- 97 LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa. *Tratado Practico de Todas as Ações Summarias*. Lisboa, 1886, t. I, § 42, nota, p. 270-271.
- 98 *Consolidação das Leis Civis*, ed. 1915, Porto, nota 25 ao artigo 818.
- 99 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 330, p. 391.
- 100 “O Código de 1973 permitiu que o réu, nas ações possessórias, em vez de apenas contestar o pedido de manutenção ou de reintegração, insira na contestação a contra-ação possessória e a ação de indenização. Não se trata de simples contestação, a despeito de ser nela que se pode incutir o pedido possessório do réu” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, t. XIII, p. 195).
- 101 “Concedida a liminar em ação possessória, o juiz só poderá revogar, em juízo de retratação, se interposto agravo de instrumento” (STJ, 3a T., REsp. 29.311/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 24.11.1992, *RSTJ* 42/494). Esse entendimento é antigo e não merece ser mantido, pelo menos em moldes absolutos, depois que se regulamentou a antecipação de tutela pela reforma do art. 273 do CPC, cujo atual § 4o prevê a possibilidade de sua revogação ou modificação, a qualquer tempo, mediante decisão fundamentada (redação da Lei no 8.952/1994). Desde, portanto, que haja inovação no contexto fático-jurídico, permite-se a

- modificação da tutela antecipada, como incidente do processo, sem depender, pois, do recurso de agravo (STJ, 3a T., REsp. 193.298/MS, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, ac. 13.03.2001, *DJU* 01.10.2001, p. 205). Se assim é, em caráter geral, não há razão para ser diferente em relação à antecipação de tutela (liminar) deferida na ação possessória.
- 102 Motivos relevantes supervenientes podem ensejar a cassação da liminar no curso da possessória (TJMT, AI 1.987, Rel. Des. Mauro José Pereira, ac. 02.10.1975, *RT* 487/158). “Situações excepcionais autorizam possa o juiz suspender o cumprimento da liminar concedida em ação possessória. Assim, *verbi gratia*, se o réu demonstrar fato relevante, a tornar incertos os fatos narrados na inicial, tais como a delimitação do terreno, a titularidade da posse e a data desta” (STJ, 4a T., REsp. 197.999/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 07.02.2002, *RSTJ* 157/411). Em outro aresto, o STJ considerou acolhível o pedido de reconsideração formulado pelo réu, perante o juiz da possessória, com demonstração de erro de direito, cometido no deferimento da liminar (STJ, 4a T., REsp. 443.386/MT, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 19.11.2002, *DJU* 14.04.2003, p. 228).
- 103 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. VIII, t. III, n. 347, p. 418.
- 104 *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, vol. I, t. I, n. 105, p. 136.
- 105 ALVIM, Arruda. *Cód. Proc. Civil Comentado*. São Paulo: Ed. RT, 1975, vol. II, p. 54.
- 106 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado*, cit., § 1.092, n. 3, p. 216.
- 107 TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1974, vol. I, p. 118.
- 108 “Anais do V Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil (Cíveis)”, Rio, 1982, p. 173. Igual é o pensamento de FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 312, p. 370-374.
- 109 *Op. cit.*, *loc. cit.*
- 110 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 235; vol. VII, 1975, p. 247.
- 111 ARZUA, Guido. *Posse, o Direito e o Processo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, p. 189; TJPR, ac. de 26.11.75, in *RT* 487/204; TJSP, ac. de 17.04.56, in *RT* 251/284, e ac. de 26.05.55, in *RT* 239/150; STJ, REsp. 14.138-0/MG, ac. de 20.10.93, in *DJU* de 29.11.93, p. 25882; TAMG, Ap. nº 172.257-0, ac. de 26.04.94, in *Adcoas* de 10.06.95, nº 147.462.
- 112 ARZUA, *Op. cit.*, p. 191; TJSP, ac. de 21.03.50, in *RT* 186/220; e ac. de 26.05.55, in *RT* 239/150.
- 113 1o TACiv.-SP, MS 249.540, de 18.10.78, in *RT* 524/123. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Coments.*, cit., vol. VII, p. 248; TARS, MS 22.172, ac. de 20.03.80, in *Julgados* 35/153-154; STJ, REsp. 739/RJ, ac. de 21.08.90, in *RSTJ* 17/293.
- 114 1o TACiv.-SP, MS 249.540, Rel. Juiz Gonçalves Santana, ac. de 18.10.1978, *RT* 524/123.
- 115 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, *loc. cit.*
- 116 Além da pena pecuniária, sofrerá o transgressor a execução direta, por via do mandado de reintegração ou de manutenção em favor do autor. “Verificada a moléstia à posse, transmuda-se automaticamente o interdito proibitório em ação de manutenção ou de reintegração, bastando apenas que a parte comunique o fato ao juiz (*RT* 490/75)” (NEGRÃO, Theotônio. *Cód. Proc. Civ. e Legisl. Proc. em vigor*. 18. ed. S. Paulo: Ed. RT, 1988, p. 382). Cf., no mesmo sentido, BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro:

- Forense, 1956, vol. I, § 21, p. 64; Adroaldo Furtado Fabricio, *op. cit.*, nº 389, p. 453.
- 117 TJMG, Ap. nº 70.212, ac. unân. de 05.06.86, Rel. Des. Humberto Theodoro; TJSC, Ap. nº 37.818, ac. de 30.06.92, in *Jurisp. Cat.* 70/104; TARS, Ap. nº 191075860, ac. de 19.12.91, in *Julgs. TARS* 81/385.
- 118 TARJ, MS nº 352, ac. de 01.07.75, in *RT* 487/193.
- 119 TAMG, Ap. nº 3.276, ac. de 10.12.71, in *Rev. For.* 242/184; TJSP, Agr. 35.079, in *Rev. For.* 117/166; TAPR, Ap. nº 198, in *Rev. For.* 252/284.
- 120 2º TACiv.- SP, Ap. nº 29.110, ac. de 20.08.75, in *RT* 481/156.
- 121 TJPR, Ap. nº 648, ac. de 20.08.74, in *Rev. For.* 253/342.
- 122 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, vol. IX, n. 186, p. 358.
- 123 *Rev. Forense* 272/252.
- 124 *Op. cit.*, p. 192.
- 125 1º TACiv.-SP, Ap. nº 232.697, ac. de 08.06.77, in *RT* 503/143; STF, RE 79.533, ac. de 18.11.74, in *RTJ* 72/296; TJSP, ac. de 27.03.73, in *RT* 457/61; 2º TACiv.-SP, ac. de 30.11.78, in *RT* 524/176; TJSP, ac. de 13.11.70, in *Rev. For.* 241/152; 1º TACiv.-SP, ac. in *RT* 558/99; TJSP, ac. de 27.09.68, in *Rev. For.* 229/157; TJSC, Ap. nº 31.428, ac. de 28.04.92, in *Jurisp. Cat.* 70/105; STF, RE 113113, ac. de 22.03.88, in *RTJ* 125/1.250; TJDF, Ap. nº 46548/97, ac. de 17.11.97, in *DJ* de 09.12.97, p. 30.627.
- 126 TJSP, ac. 14.02.57, in *RT* 264/396; Arzuá, *op. cit.*, p. 192; STJ, REsp. 112.884/SP, ac. de 11.03.97, in *DJU* de 12.05.97, p. 18.819.
- 127 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, p. 278.
- 128 *Coments.*, cit., n. 377, p. 440-441.
- 129 Sobre o uso do mandado de segurança contra decisão judicial, ver, adiante, o item 1.645.
- 130 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, n. 94, p. 164; TJSP, ac. in *RT* 290/232.
- 131 TAPR, ac. de 26.11.1975, in *RT* 487/204; TACiv.RJ, Ap. nº 5.145, ac. de 27.08.1991, in *Arqs. TARJ* 16/43; STJ, AgRg no AgI 46.177-7, ac. de 06.08.1996, in *DJU* de 02.12.1996, p. 47.670.
- 132 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, n. 316, p. 378; JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, n. 115, p. 135.

§ 213. GENERALIDADES

Sumário: 1.316. O direito de vizinhança e o direito de construir. 1.317. Nunciação de obra nova. 1.318. Conceito de obra nova.

1.316. O direito de vizinhança e o direito de construir

A ação de nunciação de obra nova tem como função criar um remédio processual específico para solucionar os conflitos surgidos no confronto do direito de construir com o direito de vizinhança.

O direito de construir integra o direito de propriedade, quando seu objeto é a coisa imóvel, pois é justamente através das construções que o dono usufrui, normalmente, do solo (Cód. Civ. de 1916, art. 524; CC de 2002, art. 1.228, *caput*).

Esse direito, amplo como o próprio domínio, não é, entretanto, absoluto e ilimitado, conforme adverte o art. 572 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 1.299), onde se lê: “O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.”

Para tornar explícito o dever que toca ao proprietário de não abusar de sua liberdade de construir, estatui o legislador civil que todo dono ou inquilino de um prédio “tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha” (art. 1.277, *caput*, do Código Civil de 2002; CC de 1916, art. 554). E, de maneira mais específica, assegura que é defeso ao confinante “abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do terreno vizinho” (art. 1.301, *caput*, do Código Civil de 2002; CC de 1916, art. 573).

Eis a justificativa para a existência do procedimento especial da ação de nunciação de obra nova (arts. 934 a 940 do CPC), com que a ordem jurídica procura instrumentalizar o prejudicado na reação contra a construção que se erga com desprezo ao direito dos vizinhos e às normas administrativas pertinentes às edificações.

O relacionamento entre os vizinhos, entretanto, não pode ser feito egoisticamente, de modo que não se tolere qualquer incômodo oriundo da construção no prédio contíguo ou próximo. A vida em sociedade exige compreensão e tolerância e sempre algum desconforto resulta, para os vizinhos, das novas edificações. A convivência social não pode ser egoística exageradamente. “Não é qualquer inconveniente relacionado com a construção em imóvel contíguo que lesa direito e autoriza o embargo. Ainda que o prédio sofra algum prejuízo no tocante à ventilação e à vista, o proprietário não pode, só por isso, sem que se haja apurado a infração de disposição legal,

impedir que o vizinho realize a obra.”¹ O conflito de interesses, na espécie, deverá submeter-se, sobretudo, ao princípio do razoável.

Para aplicação da nunciação de obra nova, deve-se entender por *construção* “toda realização material e intencional do homem, visando adaptar o imóvel às suas conveniências. Nesse sentido, tanto é *construção* a *edificação* ou a *reforma* como a *demolição*, o *muramento*, a *escavação*, o *aterro*, a *pintura* e *demais trabalhos* destinados a beneficiar, tapar, desobstruir, conservar ou embelezar o prédio”²

Concebida a ação originariamente apenas para os conflitos entre vizinhos, acabou o Código Processual de 1973 dando-lhe maior alcance, no que veio a satisfazer velha aspiração doutrinária. Assim é que, hoje, a nunciação de obra nova pode ser utilizada:

- a) em conflitos típicos de vizinhança (art. 934, I);
- b) em litígios entre condôminos, para evitar que um coproprietário execute obra com prejuízo ou alteração da coisa comum (art. 934, II);
- c) nos conflitos entre o Poder Público e os particulares, para impedir violação da lei, regulamento ou postura pertinentes às construções (art. 934, no III).

Outro aspecto importante no uso da ação do art. 934 é a posição exegética que atribui à relação de vizinhança uma conotação mais ampla do que a simples contiguidade entre dois prédios. Com efeito, não está nem na letra nem no espírito das regras do direito de vizinhança a incidência restrita de seus preceitos unicamente aos prédios que tenham linha de confinamento entre si. A mais ampla corrente doutrinária,³ com eco na melhor jurisprudência,⁴ é, sem dúvida, a que não restringe o recurso à ação de nunciação de obra nova aos prédios confinantes. Não importa a distância que os separe. Se um prédio sofre prejuízo por obra realizada em outro, com violação de regras do direito de construir, sempre será viável o manejo da ação em tela.

1.317. Nunciação de obra nova

Nunciação de obra nova consiste na providência tomada em juízo para o fim de embargar ou impedir o prosseguimento de construção que prejudica imóvel de outrem. Permite a lei que, ao pedido nuclear dessa ação, se acrescente, se for o caso, o de reconstrução, modificação ou demolição da obra irregular, ou de cominação de pena para a eventualidade de inobservância do preceito, bem como o de condenação em perdas e danos (arts. 934 e 936).

O manejo da *operis novi nuntiatio* pressupõe um prejuízo a um prédio, cuja consumação se busca evitar. Corresponde esse prejuízo a uma violação ou diminuição do direito de propriedade do autor sobre seu imóvel, sobre alguma servidão dele ou sobre o imóvel comum ao autor e o réu.

A agressão ao prédio alheio deriva da ameaça de a construção nova invadir a área do vizinho, de deitar goteiras sobre ela ou devassá-la irregularmente por meio de janelas, eirados, terraços ou varandas, ou de comprometer, de qualquer forma, a segurança das edificações nela erguidas, ou, ainda, de inutilizar ou reduzir as servidões existentes. Há, ainda, motivo para o embargo, quando o *fin* ou *destinação* do imóvel vizinho é prejudicado pela obra nova, o que pode, frequentemente, acontecer por meio de edificações que desrespeitem zoneamento traçado pela administração ou fixado em condições de loteamento aprovadas administrativamente.

Dá-se, também, o mesmo quando um condômino abusa de seu direito limitado de

comunheiro e introduz construção no prédio comum, causando-lhe dano ou alteração de finalidade ou estrutura.

Em caso de construção que invada o terreno vizinho, doutrina e jurisprudência admitem a substituição do embargo e demolição da obra por indenização da faixa usurpada, quando sejam mínimas suas dimensões e não ocorra real prejuízo para a destinação do prédio que suportou a invasão.⁵

Ao contrário da orientação liberalizante observada na substituição do embargo pela indenização, uma velha jurisprudência insiste em considerar inviável a demolição se a ação nunciativa foi proposta depois de concluída a obra, ainda que com a cumulação de pedidos de embargo e demolição franqueada pelo art. 936, no I.

Adroaldo Furtado Fabrício, no entanto, rebela-se contra tal rigorismo e preconiza o aproveitamento da ação como demolitória, já que, concluída a obra, não há o que embargar. Esse entendimento, sem dúvida, é benemérito de seguimento, por harmonizar-se com o princípio teleológico e instrumental do processo, segundo o qual regras puramente formais não devem ser embaraço à efetiva composição de mérito, quando possível sem cerceamento ou prejuízo da defesa dos litigantes.⁶

A jurisprudência, aos poucos, parece que vai se tornando permeável a esse tipo de exegese. O TJSP, por exemplo, já admitiu que “viável é o procedimento nunciatório, ainda que já terminada a obra, por ser possível a cumulação dos pedidos de sustação e de demolição”.⁷ E o TJMG julgou que “se o embargante pede, também na inicial, indenização pelos prejuízos sofridos, ainda que a obra esteja finda, sua pretensão deverá ser acolhida”.⁸

Muito expressivo e merecedor de aplausos, enfim, foi o decisório do TJSP que proclamou: “Não possuindo fisionomia restrita de mera segurança de situação de fato emergencial, ao contrário lhe consagrando autonomia e independência no novo código, não se compreende que, verificada a infração do direito a um vizinho, não se dê desde logo solução ao litígio e se remetam as partes a nova ação, a demolitória, quando há nos autos elementos suficientes para decisão do litígio.”⁹

Em suma, a demolitória não se confunde com a nunciação, visto que pode existir independentemente de obra nova por embargar. Mas, permitindo a lei à ação nunciatória conter cumulativamente a pretensão de demolir a obra irregularmente erguida, nada impede a conversão daquela nesta, na hipótese de se mostrar inviável a suspensão de construção já concluída.¹⁰

Não se presta, porém, a *operis novi nuntiatio* para solucionar conflitos em torno da linha de limite entre os prédios. Para embargar obra a pretexto de invasão da área do vizinho é necessário que essa linha seja conhecida e localizável com precisão. Havendo controvérsia e incerteza sobre esse ponto básico, a lide somente poderá ser composta por meio da ação demarcatória. A nunciatória será completamente inadequada.

Quanto ao que, na ação de nunciação de obra nova, se deve reconstruir, demolir ou modificar, não é necessariamente toda a obra, mas, sim, e apenas, o que se tenha erguido em prejuízo do autor.¹¹

1.318. Conceito de obra nova

Obra nova a embargar, segundo o art. 934, é a *edificação* (no I) ou *construção* (nos II e III) que prejudique o prédio vizinho ou prédio comum. Não se limita, porém, ao levantamento de edifícios, pois há unanimidade de opinião no sentido de atribuir-se conceito amplo à construção embargável de maneira a compreender qualquer obra de engenharia civil, como, v.g., a reforma, a ampliação, a limpeza, a pintura, as escavações, a terraplenagem, a demolição, o loteamento etc.¹² Aliás, o próprio Código, ao cuidar dos pedidos cumuláveis na ação de nunciação, trata expressamente como obra nova a “demolição”, a “colheita”, a “extração de minérios”, o “corte de madeiras” e “outros semelhantes” (art. 936, parág. único). A jurisprudência, para fins da ação do art. 934, já considerou obra nova até a colocação de placa de propaganda em fachada de prédio de condomínio.¹³

Para o fim de que se cuida, porém, a obra só é considerada nova quando reúne a dupla característica de representar uma *inovação* que importe alteração prejudicial no relacionamento entre prédios vizinhos, e que se represente por *construção* (*lato sensu*) ainda *inacabada*.

Devem, portanto, ocorrer atos materiais de início da realização da obra, mas não pode tratar-se de construção já finda.¹⁴ Se a hipótese for esta última, o vizinho terá de reagir por meio da *ação demolitória* (que é ordinária) e não pela via especial da nunciação de obra nova.

Se, entretanto, os pedidos de embargo da obra e de demolição foram cumulados, não é razoável deixar de apreciar o segundo somente porque o primeiro se mostrou descabido, conforme observamos no tópico anterior.

A obra acabada, que prejudica a nunciação, é, outrossim, aquela que ao tempo do ajuizamento da causa já se encontrava concluída ou em fase final de acabamento.¹⁵ Não aquela que se ultimou no curso do processo, ou seja, depois do embargo do autor.¹⁶

§ 214. PROCEDIMENTO DA NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

Sumário: 1.319. Competência. 1.320. Legitimação ativa. 1.321. Legitimação passiva. 1.322. Participação do cônjuge. 1.323. Embargo extrajudicial. 1.324. Cumulação de pedidos. 1.325. Embargo liminar. 1.326. Prosseguimento da obra. 1.327. Especialização do rito da nunciação de obra nova. 1.328. Sentença e execução.

1.319. Competência

As ações de vizinhança, de que é exemplo a nunciação de obra nova, integram o grupo das ações reais imobiliárias, de que cuida, expressamente, o art. 95. A competência, portanto, por força de clara disposição de lei, é do foro da situação do imóvel.

1.320. Legitimação ativa

Define o art. 934 a legitimação ativa da nunciação de obra nova, prevendo que a ação poderá ser proposta:

I – pelo *proprietário* ou *possuidor*, prejudicado pela edificação em andamento no prédio vizinho;

II – pelo *condômino*, para impedir que outro coproprietário execute obra com prejuízo ou alteração da coisa comum; e

III – pelo *Município*, no caso de construção com infringência de lei, regulamento ou posturas.

Não se trata de ação possessória, nem de ação dominial exclusiva. As relações de vizinhança tanto afetam os titulares do domínio como os simples possuidores de prédios vizinhos. Daí que um mero possuidor, como o locatário, pode se valer da nunciação de obra nova para impedir construção irregular no imóvel contíguo, mesmo que este seja de propriedade do locador, se a construção for daquelas que prejudicam seu direito ao uso e gozo do bem locado.¹⁷

A situação do condômino não se enquadra propriamente no direito de vizinhança porque todos os comunheiros têm direito ao desfrute comum de um só prédio. Mas nenhum deles pode, isoladamente, prejudicar o uso dos demais nem tampouco introduzir obras que lesem o imóvel ou o desviem de sua natural finalidade econômica. Por similitude fática com o que se passa no direito de vizinhança, o legislador destinou a ação de nunciação de obra nova também a solucionar os conflitos da espécie surgidos entre comunheiros de bem imóvel.¹⁸

Igualmente fora do terreno de vizinhança situam-se as normas administrativas sobre o direito de construir. Ao Poder Público interessado, e não apenas ao Município, como sugere o art. 934, no III, cabe, na defesa do interesse geral, exigir, por meio da *operis novi nuntiatio*, que as posturas administrativas sejam sempre fielmente cumpridas, tanto a nível municipal, federal ou estadual.¹⁹ O texto legal não é de ser interpretado como de feito restritivo. A previsão da legitimidade do Município se fez, no código, apenas segundo o princípio do *id quod plerumque accidit*, já que, na generalidade, as regras de disciplina das construções são de âmbito municipal. Mas, como constitucionalmente a matéria pode vir a ser abrangida também por interesses federais ou estaduais, o aviltre mais certo é o de reconhecer legitimidade ativa para a nunciação de obra nova não só ao Município, mas também à União e ao Estado, cada um dentro de sua política disciplinadora do direito de construir.²⁰

É ainda de mencionar que a legitimação do Poder Público não é exclusiva, na espécie, pois a violação de um regulamento administrativo no erguimento de uma construção pode, também, prejudicar imóveis da vizinhança. Por isso, a par da pessoa jurídica de direito público encarregada da aplicação das posturas, “o particular tem legitimidade para propor ação de nunciação de obra nova contra quem deixa de observar regulamentos administrativos na sua edificação, e, por isso, o prejudica”²¹

Não se trata, porém, de substituir o Poder Público pelo particular na pura e simples defesa das posturas administrativas. A nunciação terá de basear-se em interesse próprio do particular, de sorte que seu fundamento direto será o prejuízo que o vizinho está lhe causando por inobservar o regulamento do direito de construir.

De tal sorte, a simples irregularidade no cumprimento de norma administrativa, como caducidade do alvará ou falta de aprovação do projeto, não será, de si mesma, causa justificadora da nunciação de obra nova intentada pelo confinante. “Ao vizinho, para lograr êxito na ação, incumbe demonstrar que, além da violação do preceito administrativo, adveio da obra clandestina real e efetivo prejuízo para seu prédio.”²² Isto será facilmente apurável, por exemplo, em situações de desrespeito a zoneamentos urbanos, onde a introdução de certos tipos de construção não só compromete o bom uso das edificações existentes como as desvaloriza comercialmente.

Por fim, a Lei no 6.766/79, ao disciplinar o loteamento urbano, criou uma nova legitimação para a nunciação de obra nova. É que, de acordo com seu art. 45, “o loteador, ainda que já tenha vendido todos os lotes, e os vizinhos são partes legítimas para promover ação destinada a impedir construção em desacordo com restrições legais ou contratuais”.

Esse dispositivo tem duplo significado: primeiro, equipara aos regulamentos administrativos as regras restritivas do direito de construir, impostas nos contratos de loteamento e venda de lotes. Depois, legitima não só os vizinhos proprietários de lotes, como o próprio loteador, para defesa das regras do loteamento. Assim, o loteador, mesmo depois de deixar de ser vizinho dos proprietários dos lotes, conservará legitimidade para impedir violação do regulamento do loteamento, por meio de nunciação de obra nova.

1.321. Legitimação passiva

O polo passivo da ação de nunciação cabe ao *dono da obra*, ou seja, “àquele por conta de

quem se executa a mesma”.²³

Não são réus o dono do terreno, se prometeu, por exemplo, vendê-lo à construtora do edifício, e o simples executor da obra por ordem de outrem.

É certo que o art. 938 manda intimar o construtor e os operários, após o deferimento do embargo liminar, mas não se trata de citação, e, sim, de simples ordem interdita do andamento dos trabalhos. Réu é somente o dono da obra e apenas sobre ele recairá a citação para responder à demanda.

O Poder Público, quando executa obras em locais públicos e no interesse público, não se sujeita à *novi operis nuntiatio*. O mesmo não ocorre, todavia, quando edifica em terrenos de seu domínio, fora dos de uso público.²⁴

No caso de ação intentada por condômino, não há obrigatoriedade da inclusão de todos os demais comunheiros na relação processual. Qualquer condômino tem legitimidade própria para demandar e ser demandado em face de danos ao prédio comum.²⁵

1.322. Participação do cônjuge

Estando a ação de nunciação de obra nova incluída, por expressa previsão legal, entre as ações reais imobiliárias (art. 95), torna-se necessária a intervenção de ambos os cônjuges, sempre que a demanda for ajuizada por pessoa casada ou contra pessoa casada (art. 10, § 1º).²⁶

1.323. Embargo extrajudicial

Nos casos de *urgência*, permite a lei o *embargo extrajudicial* da obra nova, que o vizinho prejudicado pode fazer, pessoal e diretamente, ao dono da obra, ou, em sua falta, ao construtor (art. 935).

O fim dessa medida preliminar é fazer com que a construção seja imediatamente paralisada, antes mesmo de ajuizamento e despacho da petição inicial.

Para promovê-lo o autor deve comparecer à presença do dono da obra, acompanhado de duas testemunhas, fazendo, verbalmente, a notificação “para não continuar a obra”.

No prazo de três dias, terá o notificante de requerer em juízo a ratificação do embargo extrajudicial, sob pena de cessar seu efeito (art. 935, parág. único). Para esse fim, o tema será incluído na petição inicial da ação de nunciação, e ao juiz, ao despachá-la, cumprirá homologar ou não a medida extrajudicial, conforme se apresenta em consonância ou não com seus requisitos legais.

Homologado o embargo, adquire a força de ato judicial, cuja eficácia retroage ao momento em que o autor o praticou. Isso tem algumas consequências relevantes. Se, por exemplo, a obra foi concluída após o embargo extrajudicial, elidida não estará a ação de nunciação, porque seus efeitos se farão sentir desde a medida que a precedeu. Por outro lado, o prosseguimento da construção, em desacordo com o embargo extrajudicial, configurará *atentado*, mesmo com relação aos atos anteriores à homologação, porque esta apresenta eficácia *ex tunc*.²⁷

A eficácia de embargo extrajudicial está, pois, subordinada aos seguintes requisitos:

a) urgência real da medida, porque o dano provocado pela obra nova já se iniciou para o embargante;

- b) observância da forma legal, consistente na notificação ao dono da obra, ou ao construtor, em presença de duas testemunhas;
- c) requerimento de ratificação judicial dentro de três dias.

1.324. Cumulação de pedidos

O núcleo da demanda nunciatória é a pretensão de sustar a obra nova do réu. Mas admite a lei que o procedimento seja utilizado para atingir medidas outras conexas ao desiderato principal.

Assim, a teor do art. 936, é lícito ao autor cumular, na petição inicial, além do embargo definitivo da construção, os seguintes pedidos:

a) *embargo liminar*, segundo o qual a construção ficará desde logo paralisada, aguardando o julgamento definitivo da lide (art. 937);

b) condenação do réu à *reconstituição, modificação* ou *demolição* da obra, irregularmente feita em prejuízo do autor;

c) *cominação de pena pecuniária*, para a hipótese de infração, pelo réu, do embargo deferido *in limine litis*;

d) condenação do réu ao pagamento de *perdas e danos* suportados pelo autor, em decorrência da obra embargada;

e) ordem de *apreensão e depósito* de materiais ou produtos, quando a obra embargada consiste em demolição, colheita, corte de madeiras, extração de minérios e outros semelhantes (art. 936, parág. único).

Os pedidos são cumuláveis, mas não há obrigatoriedade de serem todos formulados pelo nunciante. Salvo o embargo liminar, a cumulação é faculdade e não ônus do demandante. Nem a acolhida de cada um deles está na dependência do provimento do pedido principal. Pode ocorrer a improcedência do embargo, porque, v.g., a construção já se achava concluída ao tempo do ajuizamento do feito, mas nem por isso serão inacolhíveis a indenização dos prejuízos comprovados²⁸ e a demolição da obra lesiva aos direitos do autor.²⁹

A cominação de pena é inerente ao caráter de obrigação de não fazer de que se acha impregnada a ordem de suspensão liminar da obra. Caberá ao autor requerê-la, podendo propor seu montante, mas será do juiz a atribuição de fixar o respectivo *quantum*, segundo prudente arbítrio.³⁰

As perdas e danos que se podem cumular ao embargo não são quaisquer prejuízos que o réu tenha causado ao imóvel do autor, mas unicamente aqueles que se liguem à obra nova embargada, por um *nexo de causalidade*. Sem esse vínculo, o cúmulo não é possível dentro do procedimento especial regido pelos artigos 934 *usque* 940.³¹

1.325. Embargo liminar

O perigo de dano imediato para o prédio do autor leva o código a criar um mecanismo, na ação de nunciação de obra nova, que permita uma pronta e enérgica reação contra a construção irregular do réu.

Em primeiro lugar, há a faculdade do *embargo extrajudicial*, a ser realizada na forma do art. 935, pelo próprio interessado. Se tal não houve, ou se a medida extrajudicial não logrou

homologação do juiz, prevê o art. 937 medida liminar decretável pelo magistrado, na abertura do processo, a exemplo do que se passa com as possessórias e os embargos de terceiros.

Por essa liminar, obtém-se a imediata paralisação da obra, sem necessidade de uma prova cabal do direito do autor. A cognição é superficial e a medida é urgente.³²

Para obter providência *in limine litis* o autor terá de fornecer, com a inicial, documentos demonstrativos do prejuízo que a obra do réu representa para seu prédio. Não dispondo de documentos adequados, produzirá, unilateralmente (isto é, sem citação do réu), justificação testemunhal prévia.

Resolvido o problema da liminar, a citação do réu não se fará de imediato. Primeiro, cumprir-se-á o embargo, intimando-se o construtor e os operários a paralisarem a construção. Depois de lavrado o respectivo auto é que o Oficial de Justiça citará o réu para a contestação (art. 938).

Na estrutura legal do procedimento de nunciação de obra nova, o embargo liminar atua como pressuposto de desenvolvimento da relação processual. Sem que se torne possível a medida liminar, não se cita o réu. Se faltam elementos para a liminar, portanto, o juiz deve conceder prazo para o autor suprir a lacuna e, se não for atendido, outra saída não lhe restará senão a de extinguir o processo.³³

O resultado da diligência de cumprimento do embargo liminar deverá, outrossim, constar de *auto circunstanciado*, redigido pelo Oficial de Justiça, onde será descrito, com os necessários detalhes, o estado em que se encontrava a obra no momento da diligência (art. 938).

O desrespeito ao embargo representa *crime de desobediência* para o construtor e operários intimados pelo Oficial de Justiça, e *atentado*, para o réu.³⁴

Sendo abusivo o pedido de paralisação da obra, o réu sofrerá prejuízos que haverão de ser ressarcidos pelo autor.³⁵ A cobrança dessa reparação tanto pode ser feita posteriormente, em ação comum, como por via de reconvenção.³⁶

1.326. Prosseguimento da obra

Sendo sumária a cognição do juiz na fase de deferimento da liminar, há sempre um risco de prejuízos injustos para o réu, em virtude da paralisação imediata da construção.

À vista disso, prevê o art. 940 que, não obstante o embargo inicial, possa o nunciado, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, requerer o prosseguimento da obra, desde que preste caução e demonstre o prejuízo resultante da suspensão dela.

A lei não exige, para tanto, que o interessado demonstre a ilegalidade ou a injustiça da paralisação.³⁷ O necessário é apenas a comprovação do prejuízo que a medida acarreta ao nunciado, o qual por sua vez assegura o desfazimento do que resulta da retomada da obra, caso venha a sucumbir a final por meio de caução.

Esse prejuízo, por sua vez, não é o que decorre da simples paralisação ou imobilização de recursos aplicados na construção. Se fosse assim, toda construção suspensa autorizaria a medida do art. 940 e o requisito legal se restringiria à prestação de caução. Logo, não teria sentido a exigência da lei de condicionar a retomada de andamento da construção a uma prova de prejuízo por parte do nunciado. Correta, pois, a lição de Adroaldo Furtado Fabrício, no sentido de que o prejuízo a ser provado não é da *parte*, mas *da obra em si*, o que ocorrerá quando, pelo estágio da

construção, ou por sua natureza, não possa ela suportar paralisação sem danificar-se seriamente.³⁸

A fixação do valor da caução será obtida através de procedimento cautelar, em apenso aos autos principais (arts. 809 e 826 a 838).³⁹

Há, por outro lado, uma hipótese em que se torna inadmissível a caução para continuidade da construção; trata-se da obra embargada por infração de posturas ou regulamentos administrativos (art. 940, § 2º).⁴⁰

A competência para a admissão e arbitramento da caução, mesmo que o pedido de prosseguimento da obra ocorra com o processo principal em grau de recurso em instância superior, é atribuída ao juízo de origem (art. 940, § 1º).

Sendo a matéria apreciada em ação cautelar, a decisão será através de sentença, impugnável por meio de apelação, sem efeito suspensivo (art. 520, no IV).

1.327. Especialização do rito da nunciação de obra nova

A ação de nunciação tem, como característica de especialização de seu procedimento, três dados principais, a saber:

a) o *embargo liminar* da obra do demandado (art. 937), que impõe seja a petição instruída de documentos ou seguida de justificação, para fundamentar a medida inaugural;

b) a *citação* para defesa, após a execução da medida liminar, com prazo de resposta reduzido para cinco dias (art. 938); e

c) a observância do *procedimento cautelar*, uma vez encerrada a *litis contestatio* (art. 939).

Disso decorre que, permanecendo revel o réu, os fatos narrados na inicial serão havidos como verdadeiros, cabendo ao juiz sentenciar em cinco dias (art. 803). Se houver contestação e a matéria reclamar prova oral ou pericial, o juiz designará audiência de instrução e julgamento (art. 803, parág. único).

Sendo, porém, a questão puramente de direito, ou a prova meramente documental, o feito será desde logo submetido a julgamento antecipado da lide.⁴¹

A ação de nunciação de obra nova não corre em férias forenses, mas o embargo liminar, como medida de urgência, tem sua execução autorizada para o período de recesso do foro (art. 173, no II).

1.328. Sentença e execução

Vários são os pedidos que se cumulam na ação de nunciação de obra nova: paralisação da construção em curso, demolição da edificação já erguida, reparação de perdas e danos.

A sentença pode acolher ou rejeitar todos, ou admitir uns e rejeitar outros. Pode, por exemplo, deferir o embargo e indeferir a demolição, por ter sido a obra suspensa antes de invadir o terreno do autor; pode deferir o embargo e denegar o ressarcimento de perdas e danos, por falta de prova de prejuízo efetivo suportado pelo autor; pode, ainda, denegar o embargo, porque a obra se concluiu antes do ingresso em juízo, mas acolher a pretensão de demolir e a de ressarcir danos.

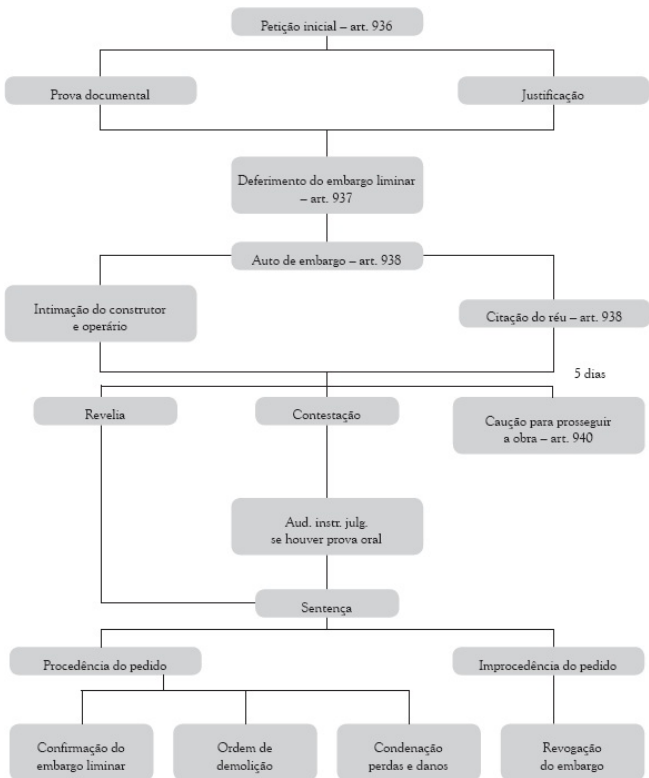
A natureza da sentença variará conforme o teor da matéria solucionada. Em face do

embargo, predominante é o seu caráter executivo, pois o julgado se cumpre imediatamente. Sem necessidade de *actio iudicati*. Diante da ordem de demolição e de ressarcimento dos danos, sua natureza é condenatória e seu cumprimento dependerá de novos processos de execução de obrigação de fazer e de execução por quantia certa, respectivamente. É declaratória negativa a que rejeita qualquer dos pedidos cumulados na *operis novi nuntiatio*.

Quanto à demolição da obra nociva, após a reforma do art. 461 pela Lei no 8.952, de 13.12.94, a medida, conforme o caso, pode ser ordenada pelo juiz, independentemente do rito da execução das sentenças relativas a obrigações de fazer (arts. 632 e segs.), e até mesmo como forma de tutela antecipada (art. 461, § 3o).

Fluxograma no 66

ACÇÃO DE NUNCIACÃO DE OBRA NOVA
(arts. 934-940)



- 1 TJRJ, 5a CC, Ap. no 4.537/89, Rel. Des. Barbosa Moreira, ac. de 06.03.1990, RT 664/129.
- 2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*, 3. ed., S. Paulo, Ed. RT, 1979, p. 13. V., também, no 1.318, adiante.
- 3 NEGRÃO, Theotônio. *Cód. Proc. Civ. e Leg. Proc. em Vigor*, 18. ed., S. Paulo, Ed. RT, 1988, p. 383; Ernane SANTOS, Fidelis dos. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, 2. ed., Rio, Forense, vol. VI, no 167, p. 159; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, Rio, Forense, 1977, t. XIII, p. 329; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, 2a ed., Rio, Forense, 1984, vol. VIII, t. III, no 399, pp. 463-464; MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 30; João Milton Henrique, verbete “Ação de Nunciação de Obra Nova”, in *Digesto de Processo*, Rio, Forense, 1980, vol. I, p. 204.
- 4 TJSP, Ap. no 258-543, ac. de 07.07.1977, Rel. Des. Tomaz Rodrigues, in RT 505/74 e 509/84. No mesmo sentido: STF, ac. cit. por Alexandre de Paula, *Cód. Proc. Civil Anotado*, S. Paulo, 1976, vol. IV, no 19, p. 125; TJSP, Ap. no 172.586-1/8, ac. de 03.08.1992, in RT 696/105.
- 5 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários*, cit., no 165, p. 155; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários*, cit., no 400, p. 465. “Não decide *extra petita* a decisão que condena o nunciado a indenizar o nunciante no valor da área invadida, ao invés de determinar a demolição da obra embargada” (STF, RE 70.943, ac. de 21.05.71, Rel. Min. Amaral Santos, in RTJ 58/484).
- 6 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários*, cit., no 430, p. 496.
- 7 TJSP, Ap. no 284.832, ac. de 17.08.79, Rel. Des. Álvaro Galhanome, in RT 533/76; TJSP, Ap. no 120.142-1, ac. de 28.03.90, in RT 654/81; TJSP, Ap. no 261.145-1/0, Rel. Des. Ruiter Oliva, ac. 03.12.96, in RT 739/262.
- 8 TJMG, Ap. no 58.332, ac. de 25.02.82, Rel. Des. Vaz de Mello, in *Jur. Mineira* 85/153. No mesmo sentido: STJ, REsp. 64.323/SC, Rel. Min. Cesar Rocha, ac. de 03.09.96, in DJU de 23.09.96, p. 35.113.
- 9 TJSP, Ap. no 244.052, ac. de 15.07.75, Rel. Des. Lafayette Salles Júnior, in RT 501/113. Igual orientação prevaleceu nos EI 9.359-1, ac. de 07.05.81, Rel. Des. Joaquim Francisco, in *RJTJSP* 72/175; apud ARRUDA ALVIM, *Cód. Proc. Civ. e Leg. Extravagante*, S. Paulo, ed. RT, 1985, p. 479; e, também, na Ap. no 30.010-1, ac. de 12.04.83, Rel. Des. Evaristo dos Santos, in *RJTJSP* 82/153.
- 10 “Mesmo que se admita estar a obra praticamente concluída, no caso, o requerimento de embargos é cumulado com o pedido indenizatório, com o que não deve ser reconhecida a carência da ação” (de nunciação de obra nova) (STJ, 3a T., REsp. no 96.685/SP, Rel. Min. Menezes Direito, ac. de 21.11.1997, DJU de 19.12.1997, p. 67.491). No mesmo sentido: STJ, 4a T., REsp. no 64.323/SC, Rel. Min. César Rocha, ac. de 03.09.1996, DJU de 23.09.1996, p. 35.113; STJ, 4a T., REsp. no 311.507/AL, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 11.09.2001, RT 798/239; STJ, 4a T., REsp. no 440.167/MA, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 03.10.2002, DJU de 25.11.2002, p. 244.
- 11 TJSP, Ap. no 211.923-1, Rel. Des. Alfredo Migliore, ac. de 30.08.1994, JTJ 165/114. Por exemplo, “lícito se determine que, em lugar de ser a obra demolida, se proceda aos reparos para eliminar o que contravenha as normas que regulam as relações de vizinhança” (STJ, 3a

- T., REsp no 85.806/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 25.05.2000, *DJU* 05.03.2001, p. 152).
- 12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 13; Antônio Carlos Marcato, *Procedimentos Especiais*, S. Paulo, *RT*, 1986, no 81, p. 91; Ernane Fidelis dos Santos, *op. cit.*, no 157, p. 151.
- 13 TAMG, 5a CC, Ap. no 164.037-3, Rel. Juiz Aloysio Nogueira, ac. de 25.11.1993, *RJTAMG* 53/143.
- 14 “São pressupostos da ação de nunciação de obra nova *ter-se iniciado obra e não estar terminada*” (PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 326).
- 15 TJSP, Ap. no 244.052, ac. de 15.07.1975, Rel. Des. Lafayette Salles Júnior, in *RT* 501/113; Ap. no 248.552, ac. de 25.03.1976, Rel. Des. Moretzhon de Castro, in *RT* 490/68; TJMG, Ap. no 14.028/5, ac. de 16.12.1993, Rel. Des. Amilar Campos Oliveira, in *Jurisp. Min.* 125/192; TAMG, 5a Câm. Cível, Ap. no 342.940-5, Rel. Juiz Brandão Teixeira, ac. 05.09.2001; STJ, 4a T., REsp no 311.507/AL, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 11.09.2001, *RT* 798/239.
- 16 TJSP, Ap. no 279.999, ac. de 22.04.1980, Rel. Des. Pinheiro Rodrigues, in *RT* 540/86; Ap. no 39.395-1, ac. de 14.12.1983, Rel. Des. Fonseca Tavares, in *RT* 584/72; TJSP, Ap. no 211.245-1, Rel. Des. Marcus Andrade, ac. de 22.09.1994, in *JTJSP* 168/124. Se a obra se concluiu, antes ou depois da abertura do processo, não se deve inadmitir a demanda, uma vez que “a diversidade de requisitos entre a ação de nunciação de obra nova e a ação demolitória não impede possa ser feita a conversão de uma em outra, quando erroneamente ajuizada” (STJ, 4a T., REsp no 851.013/RS, Rel. Min. Quaglia Barbosa, ac. 05.12.2006, *DJU* de 05.02.2007, p. 257).
- 17 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, no 162, pp. 153-154; TJMG, Ap. no 39.261, Rel. Des. Helvécio Rosenburg, in *DJMG* de 15.03.74; TJSP, Ag. 265.559-1/8, Rel. Des. Souza José, ac. de 31.05.95, in *RT* 722/160. “A nós nos parece que a ação de nunciação de obra nova não é uma ação simplesmente possessória. Temo-la como ação real petitória, embora se possa considerar como legitimado para ela quem não seja o proprietário” (João Milton Henrique, verbete “Ação de Nunciação de Obra Nova”, in *Digesto de Processo*, Rio, Forense, 1980, vol. I, p. 202). “A ação de nunciação de obra nova pode ser promovida por aqueles que detêm a posse do imóvel contra o vizinho que promove construção que afeta o bem que ocupa” (STJ, 4a T., REsp no 100.708/PE, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 04.08.2005, *DJU* de 05.09.2005, p. 409).
- 18 Havendo mais de um condômino prejudicado, todos eles são legitimados para a nunciação, mas incorre litisconsórcio necessário. Qualquer um deles pode isoladamente manejar a ação (Pontes de Miranda, *op. cit.*, vol. XIII, p. 330). A ação de nunciação cabe, outrossim, tanto no condomínio tradicional como na propriedade horizontal (TARJ, Ap. no 55.458, ac. de 29.01.76, Rel. Juiz Thiago Ribas Filho, in *RT* 500/226; TJMG, Ap. no 56.912, ac. de 10.08.81, Rel. Des. Rubens Lacerda, in *DJMG* de 24.12.81; TAMG, Ap. no 164.037-3, Rel. Juiz Aloysio Nogueira, ac. 25.11.93, in *Rev. Julgs. TAMG* 53/143).
- 19 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 330.
- 20 BARBOSA MOREIRA, “Legitimidade para a ação de nunciação de obra nova em tema de limitações administrativas do direito de construir”, in *Rev. Bras. de Dir. Processual* 31/90.
- 21 STF, RE 63.994, ac. de 23.03.73, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, in *RT* 459/233; TJSP, Ap. no 257.446, ac. de 10.05.77, Rel. Des. Tito Hesketh, in *RT* 513/77; TJSP, Ap. no 252.033-1, Rel. Des. Guimarães e Souza, in *RJTJSP* 176/102; TJSP, Ap. no 225.482-1/3, Rel. Des.

- Guimarães e Souza, ac. de 23.05.95, *in RT* 718/110. STJ, 4a T., REsp. no 126.281/PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 23.09.1998, *DJU* de 18.12.1998, p. 361; STJ, 3a T., REsp no 745.397/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 10.03.2009, *DJe* de 24.03.2009.
- 22 TJMG, Ap. no 61.020, ac. de 24.02.83, Rel. Des. Humberto Theodoro, *in DJMG* de 14.04.83; TJSP, Ap. no 95.896, ac. de 29.09.59, Rel. Des. Paulo Barbosa, *in Rev. Forense* 192/235; STJ, AI 2.983-MG, Despacho do Rel. Min. Fontes de Alencar, 24.04.90, *in DJU* de 30.04.90, p. 3.512; TJRJ, Ap. no 4.537/89, Rel. Des. Barbosa Moreira, ac. de 06.03.90, *in RT* 664/129. STJ, 3a T., REsp. no 85.806/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 25.05.2000, *DJU* de 05.03.2001, p. 152.
- 23 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, no 406, p. 473; Antônio Carlos Marcato, *op. cit.*, no 84.4, p. 92.
- 24 SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3a ed., Rio, Forense, 1957, no 146, p. 443; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, no 406, p. 473.
- 25 STJ, 3a T., REsp. no 33.726/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. de 09.11.1993, *RSTJ* 55/208.
- 26 TJSP, Ap. no 35.943-1, ac. de 04.08.83, Rel. Des. Martiniano de Azevedo, *in RT* 592/99; TJSP, Ap. no 219.182-1, Rel. Des. Cezar Peluso, ac. de 03.05.94, *in JTJSP* 162/102.
- 27 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, no 171, p. 162; Adroaldo Furtado Fabrício, *op. cit.*, no 412, p. 479.
- 28 “A ação de nunciação de obra pode ser julgada improcedente, sem que o seja a de indenização, e vice-versa” (Pontes de Miranda, *op. cit.*, vol. XIII, p. 336); TJSP, Ap. no 272.519, ac. de 06.06.78, Rel. Des. Vieira de Moraes, *in RT* 518/114; Ap. no 283.351, ac. de 07.08.79, Rel. Des. Vieira de Moraes, *in RT* 533/61; TJMG, Ap. no 58.332, ac. de 25.02.82, Rel. Des. Vaz de Mello, *in Jur. Mineira* 85/153; TJSP, Ap. no 212.809-1/7, Rel. Des. Leite Cintra, ac. de 02.08.94, *in RT* 718/101.
- 29 Ver, *retro*, o no 1.317 desta obra e sua nota do rodapé no 5.
- 30 STF, RE 71.853, ac. de 18.05.71, Rel. Min. Luiz Gallotti, *in RTJ* 58/156; TJPR, AI 11725, Rel. Des. Ronald Accioly, ac. de 23.10.95, *in JUIS – Saraiva* no 14.
- 31 TJMG, Ap. no 69.646, ac. de 20.02.86, Rel. Des. Rubem Miranda, *in Jur. Mineira* 93/257.
- 32 “Para a concessão de embargo liminar de obra bastam indícios de *fumus boni juris* e de *periculum in mora*” (TJSP, AI no 283.135, ac. de 09.08.79, Rel. Des. Almeida Camargo, *in RT* 533/90). No mesmo sentido: TJPR, Ag. 28.946-9, Rel. Des. Wilson Reback, ac. de 15.12.93, *in Paraná Judiciário* 44/34.
- 33 Adroaldo Furtado Fabrício, *op. cit.*, no 422, p. 489.
- 34 “Se o juiz comina pena pecuniária para o descumprimento de preceito judicial, a parte que desafia tal ameaça não comete o crime de desobediência. Precedentes” (STJ, 3a T., HC no 37.279/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 28.09.2004, *DJU* de 25.10.2004, p. 334).
- 35 “Se o embargo foi rejeitado, deve o nunciante ressarcir o nunciado pelos prejuízos que veio a sofrer com a suspensão das obras” (TJSP, Ap. no 172.789, ac. de 15.08.1968, Rel. Des. Lafayette Sales, *in Rev. Forense*, 231/185). No mesmo sentido: TJRS, Ap. no 30.029, ac. de 27.06.1978, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, *in RJTJRS* 72/522.
- 36 TJSP, Ap. no 73.092-1, ac. de 17.06.1986, Rel. Des. Toledo Cezar, *in RT*; Antônio Carlos Marcato, *op. cit.*, no 86, p. 96; STJ, REsp. 152.036/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac.

- de 24.03.1998, in *DJU* de 01.06.1998, p. 129.
- 37 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, vol. XIII, p. 344.
- 38 Lembra Adroaldo Furtado Fabrício, como exemplo de prejuízo que autoriza a caução, para prosseguimento da obra, o caso de construção em fase de cobertura e o de escavação em risco de desabamento. Em qualquer deles, a obra sofrerá deteriorações e ruínas sérias se não for ultimada logo (*op. cit.*, no 432, p. 498). “O deferimento da caução na ação de nunciação de obra nova, para prosseguimento da construção, decorre do livre convencimento do magistrado em face das peculiaridades do caso em tela, restando claro que o direito à conclusão da obra, mediante a prestação de caução, não é absoluto” (TAMG, 2ª Câm. Cível, AI no 357.946-0, Rel. Juiz Roberto Borges de Oliveira, ac. 02.04.2002, *DJMG* de 25.05.2002).
- 39 “Em ação de nunciação de obra nova, a caução referida no art. 940 do CPC há de ser requerida com o mesmo procedimento reservado à ação cautelar específica (art. 926 do CPC). Isto porque o deferimento ou indeferimento liminar de plano, pelo juiz, à vista de simples petição e sem audiência da parte contrária, eliminando-se o contraditório, acarreta o cerceamento de eventual debate sobre questões importantes, como, por exemplo, o valor, o modo de prestação, o prazo de eficácia, a eficiência da caução, o cabimento da própria medida etc.” (TJBA, Ap. no 502/84, Rel. Des. Paulo Furtado, in *Ciência Jurídica* 1/97). Formulado, porém, o pedido incidentalmente no bojo do processo principal e havendo aceitação expressa da caução pela parte contrária, não há razão para seguir-se o rito cautelar. O juiz poderá de imediato deferir pedido, mandando tomar por termo a garantia oferecida. No entanto, o STJ já decidiu que “a caução requerida pelo nunciado pode ser deferida liminarmente pelo juiz, sem atender ao procedimento do art. 826 e seguinte do CPC” (STJ, REsp. 155.683/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 07.05.1998, in *DJU* de 29.06.1998, p. 201).
- 40 “Não é possível a continuação da obra embargada se existe infringência das leis e posturas municipais” (STF, ERE 91.465-0, ac. de 29.11.1979, Rel. Min. Moreira Alves, in *RT* 548/253). No mesmo sentido: TJPR, Ag. 91.0002080-0, Rel. Des. Napoleão Tavares, in *Adcoas*, 1992, no 138.705.
- 41 Na verdade, com a adoção do julgamento antecipado da lide, também no procedimento ordinário (art. 330), não há diferença fundamental entre ele e o procedimento cautelar, depois da fase da litiscontestação (art. 803). Por isso, andou certo o TJSP quando decidiu que, na ação de nunciação de obra nova, “havendo contestação, como esta não se deduz em audiência, segue-se que o procedimento é ordinário” (Ap. no 234.624, ac. de 11.07.1974, Rel. Des. Penido Burnier, in *RT* 470/97).

§ 215. NOÇÕES GERAIS SOBRE A PRESCRIÇÃO AQUISITIVA

Sumário: 1.329. Noção de usucapião. 1.330. Espécies de usucapião imobiliário no direito brasileiro. 1.331. Requisitos gerais do usucapião. 1.332. Requisitos do usucapião ordinário. 1.333. Requisitos do usucapião extraordinário. 1.334. Requisitos do usucapião especial.

1.329. Noção de usucapião

Segundo a clássica conceituação de Modestino, usucapião é o modo de adquirir a propriedade (ou outro direito real) pela posse continuada, durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei.¹

É instituto jurídico predominantemente ligado à aquisição da propriedade imobiliária, muito embora se preste também à aquisição do domínio dos bens móveis e outros direitos reais.²

O procedimento especial traçado nos arts. 941 a 945 é destinado restritamente ao usucapião de terras particulares. Para as coisas móveis ou semoventes, aplica-se o procedimento comum (arts. 271 e 272),³ e para as terras públicas, o procedimento da Lei nº 6.969, de 10.12.81.⁴

Para bem penetrar na estrutura e finalidade da ação de usucapião é indispensável fixarem-se, pelo menos em suas linhas-mestras, os requisitos do instituto de direito material em torno do qual girará a atividade jurisdicional ao longo desse procedimento específico.

1.330. Espécies de usucapião imobiliário no direito brasileiro

Figuram, no Código Civil de 1916, como formas de aquisição originária da propriedade pela posse prolongada, o usucapião *ordinário* (art. 551; CC de 2002, art. 1.242) e o usucapião *extraordinário* (art. 550; CC de 2002, art. 1.238).

Fundamentalmente, ambas as espécies de usucapião exigem os mesmos requisitos básicos, ou seja, uma posse contínua, incontestada, com *animus domini* e o transcurso do lapso de tempo definido em lei. No usucapião ordinário, todavia, sendo mais curto o lapso temporal, a lei adiciona outros requisitos para a posse, como a boa-fé e o justo título.

A par da sistematização tradicional do Código Civil existe também o usucapião *especial* ou *pro labore*, que é disciplinado pela Lei nº 6.969/81 e cujo tratamento processual escapa ao procedimento da ação de usucapião do Código de Processo Civil.

Há também o usucapião especial urbano instituído pela Constituição de 1988. O Código Civil de 2002 incluiu essas duas modalidades excepcionais de usucapião em sua regulamentação. Não

há, porém, procedimento extravagante senão para o rural.⁵

1.331. Requisitos gerais do usucapião

Um dos efeitos da posse, segundo sua regulamentação material, é gerar o domínio, desde que qualificada por certos predicados estabelecidos em lei (posse *ad usucapionem*). Isto porque não é toda posse que tem a força de conduzir à aquisição da propriedade.

Na verdade, o usucapião, como maneira de adquirir o domínio, reclama a conjugação de três elementos fundamentais, que são a *posse*, o *tempo* e a *coisa hábil*.

Sobre esses elementos é que se desenvolverá, portanto, a diligência probatória na ação especial de usucapião. Cumpre, pois, detalhá-los convenientemente.

I – Posse *ad usucapionem*

A posse como simples exteriorização fática do exercício do domínio autoriza a proteção dos interditos possessórios, mas nem sempre conduz ao usucapião. Diferentemente da posse *ad interdicta*, a posse *ad usucapionem* tem que se conjugar aos qualificativos da *continuidade*, da *incontestabilidade* e do *animus domini* (Cód. Civ. de 1916, arts. 550 e 551; CC de 2002, arts. 1.238 e 1.242).

Posse *contínua* ou *ininterrupta* é a que completa todo o lapso de tempo do usucapião sem sofrer interrupções nos atos evidenciadores da atividade configuradora da condição de possuidor do usucapiente.

Posse *incontestada*, ou posse *mansa e pacífica*, é a que se desenvolve durante todo o tempo reclamado para aperfeiçoamento do usucapião sem sofrer contestação ou moléstia por parte do verdadeiro dono ou de outros interessados.

Não é qualquer turbacão ou moléstia à posse *ad usucapionem* que lhe destrói a força de gerar domínio. Só o dono ou o titular de algum direito real sobre o bem tem o poder de contestar ou impugnar a posse do prescribente, despidendo-a de sua natureza de posse mansa e pacífica.⁶

O meio mais eficaz de contestar a posse *ad usucapionem* é, sem dúvida, a citação na reivindicatória. Todavia, outras ações petitorias ou reipersecutórias também têm autoridade de tornar contestada a posse, como a ação rescisória de anterior sentença de usucapião⁷ e as ações de divisão ou demarcação.⁸

Não se pode, entretanto, considerar interrupção de posse mansa e pacífica o simples ato de inscrição no Registro Imobiliário de título contrário ao do possuidor.⁹

Quanto ao *animus domini*, trata-se do qualificativo da posse que evidencia, exteriormente, estar agindo o possuidor com o comportamento ou postura de quem se considera, de fato, proprietário da coisa.

Não se pode exigir que só se justifique o *animus domini* com o título de aquisição (*causa possessionis*). Para que o usucapião ocorra basta, segundo a lei, que o usucapiente possua o bem “como seu” (Cód. Civ. de 1916, arts. 550 e 551; CC de 2002, arts. 1.238 e 1.242).

O exame da causa da posse pode facilitar a demonstração do ânimo de dono, mas não deve se transformar na exigência de que este ânimo se confunda sempre com *título de aquisição*.

Quando nenhum evento posterior tenha mudado o comportamento do possuidor perante a coisa possuída, decisivo é o exame da *causa possessionis* primitiva. Mas, quando o possuidor passa a se comportar de maneira contrária a esse título, o que vai influir na qualificação efetiva

da posse é o estado de fato concretamente consolidado, e não mais o título jurídico originário. Dá-se, no mundo fático, a inversão do título da posse, e o que era, na origem, simples posse *ad interdicta* pode convolar-se em posse *ad usucapionem*.

Assim, quem sempre ocupou o prédio por autorização expressa do dono, como simples detentor que é, não pode arrogar para si a posse *ad usucapionem*.

Na verdade, só há o ânimo de dono quando a vontade aparente do possuidor se identifica com a de um proprietário, ou seja, “quando explora a coisa com exclusividade e sem subordinação à ordem de quem quer que seja” (TJMG, Ap. 64.014, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior).

Se o possuidor, destarte, “não impede nem exclui os atos do verdadeiro dono, claro é que sua conduta não atinge a qualidade de posse *ad usucapionem*” (TJMG, Ap. 69.711, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior).

Porém, “não se confunde, é bom lembrar, o *animus domini* com a *boa-fé*. Para haver posse de boa-fé é preciso que o possuidor ignore o direito de terceiro sobre a coisa, de sorte que sua conduta e sua consciência sejam as de verdadeiro e legítimo proprietário. Já o *animus domini* acha-se ligado à vontade de agir como proprietário, pouco importando a forma legítima ou não com que a conduta teve origem. Destarte, até o próprio ladrão tem o ânimo de proprietário em face da coisa usurpada ou roubada” (TJMG, Ap. 64.014, ac. cit.).

Em princípio, presume-se que a posse conserva, para o possuidor, o mesmo caráter com que foi por ele adquirida (Cód. Civ. de 1916, art. 492; CC de 2002, art. 1.203). Nada impede, contudo, que o caráter originário da posse se modifique, pois a presunção em causa é apenas *iuris tantum*. Por isso, já decidi o TJMG que “o fato de ter havido, no início da posse da autora, um vínculo locatício não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma posse mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força *ad usucapionem*” (*idem, ibidem*).

Lembra o aresto a lição de Lenine Nequete, para quem “o que possuía como locatário, por exemplo, desde que tenha repellido o proprietário, deixando de pagar os aluguéis e fazendo-lhe sentir inequivocamente a sua pretensão dominial, é fora de dúvida que passou a possuir como dono”.¹⁰

II – Tempo

O usucapião, como forma que é de aquisição do domínio pela posse prolongada, tem no elemento *tempo* um dos seus requisitos fundamentais.

A posse mansa e pacífica, contínua e com ânimo de dono, só autoriza a aquisição dominial quando atingido o lapso temporal estatuído em lei.

Esse prazo, para os imóveis, é de 15 anos no usucapião extraordinário (CC de 2002, art. 1.238; CC de 1916, art. 550) e de 10 anos no ordinário (CC de 2002, art. 1.242; CC de 1916, art. 551). No usucapião especial ou *pro labore*, reduz-se a 5 anos (Lei nº 6.969/81 e CC de 2002, art. 1.239).¹¹

Prevê o Código, outrossim, a redução dos prazos de usucapião extraordinário e ordinário para 10 e 5 anos, respectivamente, nas seguintes hipóteses: *a*) se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, no caso do usucapião extraordinário (art. 1.238, parágrafo único); *b*) se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada

posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico, no caso de usucapião ordinário (art. 1.242, parágrafo único).

Tendo havido redução de prazos na passagem do Código anterior para o atual, deve-se observar, para os casos de usucapião ordinário e extraordinário, cuja posse se iniciou sob o regime velho, a regra de direito intertemporal do art. 2.029 do Novo Estatuto Civil, onde se prevê que “até dois anos após a entrada em vigor deste Código os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916”.

Tem, pois, o autor da ação de usucapião de provar satisfatoriamente a integralidade do lapso de tempo de sua posse, sob pena de improcedência do pedido (CPC, art. 333, nº I).

Dois fenômenos interessantes no que se relaciona ao tempo do usucapião ocorrem na cumulação e na sucessão de posses. Ocorre a *accessio possessionis* quando o titular da posse *ad usucapionem* a cede ou transfere a outrem que continua a exercê-la até perfazer o lapso legal; e dá-se a *successio in usucapionem* quando, falecido o possuidor, seus herdeiros a recebem por força do direito hereditário. No primeiro caso, há uma *soma* de duas posses, com fatos distintos; no segundo é a própria posse do defunto que prossegue com os herdeiros.¹²

Para computar-se o lapso do usucapião é possível utilizar-se tanto a *accessio possessionis* como a *successio in usucapionem*. Mas esse cúmulo não se dá eficazmente pela simples junção de diversas posses que ao longo do tempo tenham existido sobre o imóvel usucapiendo. É preciso, em primeiro lugar, que entre os vários possuidores tenha ocorrido título válido de sucessão *inter vivos* ou *causa mortis*, para que a posse de um seja havida como continuação da do outro (TJMG, Ap. 69.762 e 68.468).

A par disso é necessário que não ocorra solução de continuidade entre as posses somadas (princípio da ininterruptibilidade) e que todas elas sejam dotadas dos qualificativos indispensáveis à configuração da prescrição aquisitiva. Só as coisas homogêneas se podem somar, de sorte que nunca se tolerará adição de posse *ad interdicta* à posse *ad usucapionem*.

Ao usucapião se aplicam as causas que suspendem ou interrompem o prazo da prescrição extintiva (Cód. Civ. de 1916, art. 553; CC de 2002, art. 1.244). Assim, se, por exemplo, morre o dono do imóvel usucapiendo e entre seus herdeiros há menor impúbere ou outro tipo de incapaz, suspenso ficará o fluxo do prazo de prescrição aquisitiva enquanto durar a incapacidade absoluta dos novos proprietários do bem.

Mas porque a sentença de usucapião é apenas declarativa, e não constitutiva, não há de cogitar-se de suspensão do lapso temporal se o tempo exigido por lei já se completara antes da abertura da sucessão. Nessa hipótese, a propriedade já teria sido adquirida pelo usucapiente em data anterior à morte do autor da herança.¹³

III – Coisa hábil

Nem todas as coisas suscetíveis de figurar numa relação jurídica podem ser objeto de usucapião. Em primeiro lugar, se essa forma de aquisição dominial pressupõe posse, deve-se logo concluir que apenas as *coisas corpóreas* são usucapíveis, visto que não se compreende, no sistema civil, posse das coisas incorpóreas.¹⁴

Pela mesma razão, não se concebe usucapião de partes incertas ou imprecisas de imóvel. O poder físico de disponibilidade que caracteriza a posse reclama objeto individualmente concreto,

ou parte geometricamente certa, ou, pelo menos, idealmente determinada.¹⁵

Outra exigência das coisas usucapíveis é a sua disponibilidade, de sorte que não são adquiríveis através de usucapião as coisas fora do comércio, isto é, as insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis, como, de um lado a luz solar, a água corrente, o ar atmosférico, e, de outro, as coisas públicas, o bem de família, os imóveis dotais, as partes comuns do edifício sob condomínio horizontal etc.

Entre as coisas fora do comércio e, portanto, não usucapíveis, a jurisprudência inclui os imóveis voluntariamente gravados com a cláusula de inalienabilidade.¹⁶ Há, no entanto, quem entenda, na doutrina, que, sendo o usucapião forma originária de aquisição, não se pode estender a força da inalienabilidade convencional até a prescrição aquisitiva, já que o direito do usucapiente seria outro (novo), e não o do antigo dono, inexistindo, assim, uma alienação dominial entre ambos.¹⁷

Parece-me, todavia, benemérita de acolhida a tendência jurisprudencial dominante, que conta a tradição que remonta ao direito romano e que se acha apoiada em sólida corrente doutrinária. Com efeito, embora o usucapião não seja propriamente uma forma de transferência de propriedade entre o dono e o possuidor, o certo é que o domínio do usucapiente não se aperfeiçoa sem o concurso da vontade do proprietário, pelo menos de forma indireta ou culposa (abstenção de defesa de seu direito).

“A prescrição ordinária ou usucapião” – destarte – “não é aplicável aos bens inalienáveis, embora de natureza puramente legal, porque não é um modo *involuntário* da parte do proprietário, mas *culposo*. Do contrário, seria fácil ao proprietário iludir a proibição, deixando terceiro apossar-se dos bens inalienáveis sob promessa, naturalmente retribuída, de não perturbá-lo. *A inalienabilidade arrasta a imprescritibilidade*.”¹⁸

No que toca aos bens públicos, a grande controvérsia jurisprudencial travada após o advento do Cód. Civil de 1916 situou-se em torno da prescritibilidade das terras públicas devolutas, e só veio a encontrar termo definitivo quando o Dec. nº 19.924, de 1931, as declarou, de maneira expressa, insuscetíveis de aquisição por usucapião.

Posteriormente, o direito positivo abriu uma brecha nessa imprescritibilidade, ao admitir o usucapião especial ou *pro labore*, que podia também alcançar as terras devolutas, mas apenas dentro da observância das condições especialíssimas que caracterizam esse tipo excepcional de prescrição aquisitiva (Lei nº 6.969/81). No entanto, a Constituição de 1988 veio novamente a excluir as terras públicas da sujeição à prescrição aquisitiva. O usucapião *pro labore*, portanto, em tema de terras devolutas, só atingirá as hipóteses em que o possuidor houver completado o prazo *ad usucapionem* antes da entrada em vigor da nova Carta Magna (cf. arts. 183, § 3º, e 191, parág. único, da CF de 1988).

Um problema que hoje remanesce é o de caracterizar, em cada caso concreto, a natureza devoluta ou não do imóvel em vias de usucapião. Depois de alguma tergiversação, a jurisprudência se firmou no sentido de ser do Poder Público o ônus da prova de ser o terreno devoluto. A presunção geral é, pois, de domínio privado, e só mediante prova em contrário, a cargo do Estado, é que se admite sua elisão.¹⁹

Outra questão um tanto problemática é a da contagem do prazo prescricional sobre a terra devoluta que veio a ser transferida para o domínio privado com posseiro preexistente à aquisição. Seria ou não computável o prazo da posse transcorrida anteriormente à privatização do domínio?

A solução jurisprudencial tem sido no sentido de ser incabível contar-se, para efeito de usucapião, o tempo de posse sobre imóvel que se incluía entre os bens públicos enquanto conservava tal qualidade. É que, enquanto não necessária a ação para impedir o usucapião, nenhuma consequência teria gerado a inércia do dono (o Estado). Em outras palavras: “Não ocorre o prazo da prescrição aquisitiva anteriormente à *actio nata*.”²⁰

Ainda em tema de coisa hábil para usucapir, convém enfocar o caso do imóvel particular em vias de desapropriação pelo Poder Público. Enquanto não consumada a expropriação, continua o bem integrado ao domínio privado e, por isso, ainda passível de usucapião. A simples declaração de utilidade pública não é, destarte, óbice a que se desenvolva entre particulares a ação de usucapião, nem mesmo a imissão de posse do expropriante impede que o prescribente justifique sua posse *ad usucapionem*, anterior à medida expropriatória.²¹

Também as restrições parciais impostas pelo Poder Público aos imóveis particulares, como as servidões administrativas ou a inclusão do bem em reserva ecológica ou florestal, não excluem a prescrição aquisitiva.²² Da mesma forma, os direitos reais instituídos em favor de particular sobre bem público, como a enfiteuse, podem ser usucapidos, porque a prescrição aquisitiva na espécie não afeta o domínio público, mas apenas o *ius in re* privado.²³

Finalmente, cumpre registrar que os bens públicos imprescritíveis são tanto os do domínio da administração direta como o das autarquias. Já o das empresas públicas e sociedades de economia mista, utilizados para promover a exploração econômica estatal, não escapa ao regime do usucapião, porque o seu regulamento jurídico é o mesmo das empresas privadas (Const. Federal, art. 173, § 1º, II, com redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998).

1.332. Requisitos do usucapião ordinário

Segundo o art. 551 do Cód. Civ. de 1916 (CC de 2002, art. 1.242), o usucapião ordinário ocorre em prazo reduzido, mas a posse do usucapiente deve ser qualificada pelo *justo título e boa-fé*.

I – Prazo

Fixa-se o prazo de aquisição prescritiva do domínio, no usucapião ordinário, em 10 anos, admitindo-se a redução para 5 (cinco) anos, “se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico” (art. 1.242, parágrafo único).

II – Justo título

Por justo título entende-se “todo ato formalmente adequado a transferir o domínio, ou o direito real de que trata, mas que deixa de produzir tal efeito em virtude de não ser o transmitente senhor da coisa, ou do direito, ou de faltar-lhe o poder legal de alienar.”²⁴

Em torno da conceituação de justo título, estão assentados na jurisprudência dominante os seguintes enunciados:

a) não é qualquer título que se pode invocar para sustentar o usucapião ordinário. Como justo título, para esse efeito, “é de considerar-se apenas o fato jurídico que tenha, em tese, o poder de efetuar a transmissão, embora na hipótese lhe faltem os requisitos para realizá-la”;²⁵

b) sem o pressuposto da transcrição no Registro Imobiliário não ocorre o requisito do justo

título para o usucapião ordinário;²⁶

c) não é justo título, na espécie, o compromisso de compra e venda, porque não tem força de transferir, por si, a propriedade, e quem é apenas promissário-comprador não possui o imóvel “como seu”, mas sim reconhece a posse indireta e o domínio do promitente-vendedor.²⁷

Costuma-se confundir o usucapião ordinário com a ação de retificação de área, nos casos em que o título do proprietário mencione superfície menor do que a verdadeiramente possuída pelo dono. Há decisões que, de forma radical, negam o cabimento da ação de usucapião porque o imóvel já estaria regularmente transcrito em nome do proprietário, e outras que se recusam a admitir a retificação porque o acréscimo de área, sendo muito extenso, só poderia ser regularizado através de prescrição aquisitiva.

As duas posições são incorretas. A existência de título transcrito nunca foi empecilho à ação de usucapião, pois é até exigida como pressuposto da ação no caso do usucapião ordinário. Deve-se ponderar que o instituto da prescrição aquisitiva existe não apenas para atribuir título a quem nunca o possuiu, mas também para regularizar ou sanear os títulos imperfeitos. Manifesto, portanto, é o direito de obter a declaração de usucapião nos casos de título que não cubra toda a área possuída.²⁸

Por outro lado, a retificação de assento do Registro de Imóveis é cabível sempre que haja discordância entre os seus dados e a realidade das características do prédio. Mas não se presta a suprir a falta de título aquisitivo. Assim, se a divergência de área decorre apenas de imprecisão descritiva, não importa quais sejam as suas proporções. Sempre que o imóvel for realmente o titulado, a retificação do assento do Registro Público poderá ser feita. Se o excesso de área, todavia, provém de falta de titulação na cadeia dominial do imóvel, jamais se poderá utilizar o procedimento da simples retificação e somente o usucapião será via própria para regularizar a titulação do interessado.

Ressalte-se, porém, que o excesso de área não cabe no conceito de usucapião ordinário. É que essa forma de prescrição aquisitiva pressupõe pretensão fundada em justo título, e o excesso de área é justamente a porção do terreno que não se inclui no título disponível. Logo, somente o usucapião extraordinário se presta a dar titulação ao excesso de área (TJMG, Ap. 60.036).

Da mesma forma, a contagem do prazo de usucapião ordinário não admite retroação a datas anteriores ao título. Se pretende lançar mão da *accessio possessionis*, isso só será possível se todas as posses, anteriores e posteriores à aquisição, forem apoiadas em justo título. Em suma, a posse tem de apoiar-se em título adequado durante todo o lapso necessário ao aperfeiçoamento do usucapião ordinário (TJMG, Ap. 69.470).

III – Boa-fé

No usucapião ordinário, além de apoiar-se em *justo título*, tem o possuidor de exercer sua posse *animo domini* com *boa-fé*.

Esse requisito – a *boa-fé* – é reclamado desde as origens desse instituto jurídico em suas raízes romanas.²⁹

Consiste a boa-fé na “crença do possuidor de que a coisa possuída realmente lhe pertence, em virtude de ter adquirido do real proprietário, sem nenhum prejuízo ao legítimo titular da coisa”.³⁰ O que importa, destarte, para a prescrição ordinária é que o possuidor tenha adquirido o bem ignorando o vício que lhe impedia a eficaz transmissão.³¹

No direito romano, como no atual direito italiano, a boa-fé deve existir apenas no momento

da aquisição da propriedade. *Mala fides superveniens non nocet*. No direito civil brasileiro, porém, exige-se que a boa-fé perdure durante todo o tempo necessário para o aperfeiçoamento do usucapião ordinário.³²

Quer isto dizer que, mesmo tendo adquirido a justo título e de boa-fé, o usucapião ordinário não se consumará, se antes de completar-se o prazo legal o adquirente vier a tomar conhecimento do fato impeditivo da eficácia translativa da propriedade.

Na ação de usucapião, incumbirá ao autor, porém, apenas a prova do justo título, já que a boa-fé se presume. Ao réu é que, negando a presença desse requisito, tocará o ônus de provar a má-fé do adquirente, seja com base em fato contemporâneo à aquisição, seja em evento posterior.

1.333. Requisitos do usucapião extraordinário

A configuração do usucapião extraordinário (Cód. Civ. de 1916, art. 550; CC de 2002, art. 1.238) se contenta com os requisitos básicos da prescrição aquisitiva. Não se exige nem justo título nem boa-fé. Basta que o prescribente possua, como seu, o bem, durante o prazo legal, para que lhe adquira a propriedade.³³

São requisitos, portanto, a serem provados na ação de usucapião extraordinário sobre imóveis:

- a) a posse contínua e incontestada;
- b) o ânimo de dono;
- c) o prazo de quinze anos, reduzível para 10 anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.³⁴

Enquanto para o usucapião ordinário a lei exige a conjugação do *animus domini* com a boa-fé e o justo título (art. 551 do Cód. Civ. de 1916; CC de 2002, art. 1.242), para o usucapião extraordinário impõe apenas o ânimo de dono como o único elemento de qualificação da posse mansa e pacífica (art. 550 do Cód. Civ. de 1916; CC de 2002, art. 1.238).

É, pois, irrelevante a circunstância de usucapiente ter possuído o imóvel com consciência de que a propriedade era de outrem, pois isto apenas revela ausência de boa-fé, mas não elimina o *animus domini*, se o seu comportamento foi o de explorar o bem tal como se fosse o dono, isto é, em caráter exclusivo e sem se sujeitar às ordens de quem quer que fosse.

O que elimina o ânimo de dono é a posse direta, em que, através de um negócio jurídico, o dono, retendo a posse indireta, transfere o uso temporário do bem a primeiro (Cód. Civil de 1916, art. 486; CC de 2002, art. 1.197). Nesse caso, a posse direta, embora seja posse *ad interdicta*, oponível até ao próprio dono, não é posse *ad usucapionem* porque não exclui a do proprietário e, pelo contrário, é emanção e confirmação desta.

Inexiste ânimo de dono, e até mesmo posse em sentido técnico, também, nos casos de detenção ou posse precária. O que caracteriza a detenção é a existência de um negócio jurídico, onde nem sequer a posse é transferida a outrem, mas onde apenas o terceiro assume a posição de alguém que age por conta e ordem do dono.³⁵

Entre os casos de posse precária, as situações mais típicas são as de *permissão* ou *tolerância* do dono (art. 497 do Cód. Civil de 1916; CC de 2002, art. 1.208). Na permissão há de existir um ato positivo do concedente, cujo título revelará a precariedade da posse; e na tolerância deve-se

encontrar um relacionamento qualquer, entre o detentor e o dono, que justifique a permissão tácita de ocupação precária de bem, como ocorre, por exemplo, nas relações de parentesco ou de amizade íntima.³⁶

Para caracterização dos atos de mera tolerância, recomenda Tito Fulgêncio a seguinte orientação:

“O critério para se conhecer se um ato é de tolerância por natureza, ou, se por tolerância exercido e concedido, está no ânimo de quem o exercita e no do proprietário do prédio onde é exercido. Se por parte do primeiro... houvera a pretensão de exercer um direito, e se da parte do segundo se nota o abandono dos próprios direitos, o ato não tem os caracteres dos que a lei qualifica de simples tolerância e declara impróprios para aquisição de posse.

Se, ao contrário, o proprietário do prédio, sem ter intenção de renunciar o seu direito, permite ou tolera que outrem pratique o ato, e este outrem o cumpre sem pretender exercer um direito que lhe corresponde, senão valendo-se da concessão temporária, os atos praticados são de simples tolerância, e não podem servir de base à aquisição da posse.”³⁷

Indispensável, portanto, é, na configuração dos atos de mera permissão ou tolerância, aquela *precariedade* que só pode ter causa numa “concessão benévola e revogável”, instituída em relacionamento *necessário* entre o proprietário e o detentor.³⁸ Não se pode, é evidente, cogitar de uma situação como essa, senão quando detentor e proprietário estejam agindo em consonância, ambos com igual intenção ou ânimo.

Em suma, os atos de mera permissão pressupõem *convenção das partes*, ainda que o ajuste de vontade seja verbal; e o ato de simples tolerância exige a demonstração de condutas coerentes e convergentes, de ambas as partes, em torno de reconhecimento tácito da *precariedade* e revogabilidade da concessão.³⁹

Na ação de usucapião extraordinário, ao autor incumbe, portanto, provar a posse, o ânimo de dono e o lapso de tempo. Arguida a *precariedade* da posse ou qualquer outra matéria que contraria ou nega *animus domini*, o ônus probatório é do réu, porque não se presumem os atos de tolerância ou permissão, embora possam ser demonstrados por prova indireta ou indiciária.

1.334. Requisitos do usucapião especial

Ao contrário do usucapião comum, regulado pelo Cód. Civil, que se restringe aos bens do domínio privado, o usucapião especial, regulado pela Lei nº 6.969/81, incluía também as terras públicas devolutas, com exceção apenas das que constituíssem reservas biológicas ou florestais e as indispensáveis à segurança nacional. Com o advento, porém, da Constituição de 1988, voltou a ser vedada a prescrição aquisitiva de terras públicas (art. 191, parágrafo único), pelo que o usucapião especial ficará, doravante, limitado aos imóveis particulares.

Prevê a Lei nº 6.969/81 o rito sumaríssimo para a ação de usucapião especial, mas autoriza o possessor a requerer justificação liminar para manutenção na posse até decisão final da causa. Essa justificação em audiência, na abertura do procedimento, é inconciliável com o rito sumaríssimo. Por isso, ensina Ernane Fidelis dos Santos que, quando o autor requer essa diligência inaugural, o procedimento volta a ser o das demais ações de usucapião, ou seja, o especial da ação de usucapião traçado pelos arts. 941 a 945 do CPC.⁴⁰

Além da posse mansa e pacífica, com *animus domini*, cujo prazo é reduzido para cinco anos,

o usucapião especial se sujeita aos seguintes requisitos específicos:⁴¹

- a) não ser o usucapiente proprietário nem de imóvel rural, nem urbano;
- b) não ultrapassar a área usucapienda a 50 hectares;
- c) ter a área usucapienda se tornado produtiva pelo trabalho do prescribente ou de sua família;
- d) ter ele fixado residência permanente na área.

Não se exige, a exemplo do usucapião extraordinário, justo título e tampouco boa-fé. Mas, diversamente do que se passa no regime comum do Código Civil, o usucapião especial só pode ser declarado com base em *posse atual* da gleba.⁴²

Outra particularidade do usucapião especial é a possibilidade de sua invocação como matéria de defesa, hipótese em que a sentença de acolhimento da exceção poderá ser levada à transcrição imobiliária (Lei nº 6.969/81, art. 7º).

A Constituição de 1988, além do usucapião especial agrário (art. 191), institui, também, o *usucapião especial urbano*, destinado a solucionar o problema habitacional, principalmente dos favelados e outros moradores das cidades, desprovidos de títulos dominiais, desde que não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. A matéria está disciplinada pelo art. 183 da nova Carta, nos seguintes termos:

“Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia, ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

Consigne-se que as duas formas de usucapião especial autorizadas pela Constituição foram contempladas pelo Novo Código Civil, nos arts. 1.239 e 1.240.

Por força do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.07.2001), também o usucapião urbano, que pode assumir a forma individual ou coletiva, se processa sob o procedimento sumário (art. 14).

§ 216. CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE

Sumário: 1.335. Legitimação ativa. 1.336. Legitimação passiva. 1.337. Competência. 1.338. Conexão e litispendência.

1.335. Legitimação ativa

Compete a ação de usucapião ao *possuidor* (art. 941). Entende Nelson Luiz Pinto que, em face disso, seriam partes ilegítimas para promover essa ação o possuidor direto e o simples detentor, porque sua posição jurídica não é, virtualmente, a de titular de posse *ad usucapionem*.⁴³

Data venia, saber se existe ou não, em concreto, a posse *ad usucapionem* não constitui matéria preliminar da ação, mas o seu próprio mérito. Saber se se configurou a prescrição aquisitiva é responder ao pedido do autor, é solucionar a pretensão do autor na sua raiz material e não no aspecto preliminar de condição da ação.

Se o promovente invoca claramente, como fundamento do pedido, uma posse direta ou uma simples detenção, o que ocorre é a inépcia do pedido, por impossibilidade jurídica, já que do fato narrado não decorre, evidentemente, o efeito pretendido (art. 295, parág. único, no II). Não é o caso, porém, de ilegitimidade *ad causam*, porque outra não seria a parte que, na defesa do pretenso direito, poderia estar em juízo.

Por outro lado, se o autor se diz titular de posse *ad usucapionem* e a prova, afinal, demonstra que se trata apenas de um detentor ou de um possuidor direto, o que terá faltado não será uma condição de procedibilidade, em face da causa deduzida na inicial, mas o suporte do próprio direito material cuja atuação se pretendeu pela via judicial. O pedido será improcedente, mas carência de ação incorrerá, porquanto o conflito de interesses (a lide) estará completamente solucionado em seu mérito, e nunca em nível de simples preliminar processual.

Diz a lei que o possuidor poderá propor a ação de usucapião, o que não importa exigir que tenha ele, ainda no momento do ingresso em juízo, de comprovar a sua condição atual de possuidor. A ação é na espécie, declaratória, de sorte que o importante é que o autor tenha já, como possuidor, completado, antes do acesso ao processo, a posse com todas as qualificações da prescrição aquisitiva. Se isto já se consumou, ainda que tenha sofrido esbulho posterior, a aquisição da propriedade terá ocorrido, e lícito será ao usucapiente postular a declaração judicial, mesmo estando o imóvel momentaneamente na posse do esbulhador.⁴⁴

Sendo vários os possuidores de uma só gleba, sem posse localizada individualmente, o caso será de *composse*, hipótese em que, sendo comum a posse, só em conjunto os compossuidores poderão exercer a pretensão de usucapir. A aquisição dominial beneficia todos e não pode um só

deles, individualmente, promover a ação de usucapião.⁴⁵

É comum a composse emergir da sucessão *causa mortis*, e a jurisprudência a respeito tem reiteradamente assentado que, “deixando o *de cujus* descendentes, a viúva é parte ilegítima para reclamar o reconhecimento do usucapião, em nome próprio, devendo tal pretensão ser feita em litisconsórcio ativo, entre ela e os filhos, ou em nome do espólio, através de representação, que lhe compete como inventariante”.⁴⁶

Por outro lado, sendo vários os herdeiros do primitivo possuidor, não pode um deles, assenhoreando-se do bem com exclusividade, somar sua posse individual à do ascendente para opor usucapião aos demais coerdeiros.⁴⁷

Na constância do casamento a regra é ser comum a posse entre os cônjuges, de sorte que a ação de usucapião é de ser proposta em nome de ambos os consortes. Se, porém, há separação de fato, e o cônjuge sobrevive à custa do produto de trabalho próprio, exclui-se da comunhão e da partilha, decorrentes da posterior dissolução da sociedade conjugal, o imóvel por ele usucapido, mesmo que o divórcio venha a ser decretado após a sentença de usucapião, à consideração de tratar-se de bem incomunicável (Cód. Civil de 1916, art. 263, no XII; CC de 2002, art. 1.683).⁴⁸

A mulher é litisconsorte necessário na ação de usucapião intentada pelo marido. A nulidade decorrente de falta de sua anuência à propositura da causa não deve ser dada como absoluta e irremediável. Só a ela competirá a iniciativa da arguição, e a acolhida dependerá evidentemente de prova de prejuízo. *Pas de nullité sans grief* (art. 249, §§ 1º e 2º).

Sob outro aspecto, para haver composse é indispensável que ocorra homogeneidade entre as posses concorrentes. Não se pode cogitar, por exemplo, de composse entre um verdadeiro possuidor *ad usucapionem* e outro que se revela apenas detentor ou beneficiário de permissão ou tolerância. Sobre o tema, decidiu o TJMG que, “na realidade, só se pode cogitar de composse quando dois ou mais titulares exercitem atos exteriorizadores do domínio, que sejam de igual natureza e sobre um só objeto (Cód. Civil, art. 488).⁴⁹ Se um age em nome próprio e outro como seu preposto, claro é que possuidor será apenas o primeiro, não passando o segundo de simples fâmulos da posse, pelo que impossível será cogitar-se, na espécie, da figura jurídica da composse”, de sorte que “quem vai morar na companhia e na casa de outrem, por caridade ou qualquer outro laço afetivo, sendo recebido por anuência e consentimento do dono, jamais se pode considerar possuidora ou compossuidora da casa daquele que lhe dá abrigo”.⁵⁰

Entre comunheiros ou coproprietários, em princípio, não prescreve o direito de dividir o imóvel comum, donde a conclusão de ser inviável o usucapião entre os condôminos enquanto perdurar a comunhão. Mas a posse exclusiva e localizada, através do usucapião, pode fazer extinguir o próprio condomínio. O que é imprescritível, portanto, não é o condomínio, mas a ação de dividir, na constância da comunhão. Extinta esta, nada impede que se reconheça o usucapião em prol do condômino que, com posse localizada e ânimo de dono exclusivo, possuiu o bem comum por prazo suficiente para gerar a prescrição aquisitiva.⁵¹

1.336. Legitimação passiva

A relação processual na ação de usucapião se aperfeiçoa com a citação de réus *certos* e *incertos*, sendo os primeiros citados pessoalmente e os últimos por edital.

I – Réus certos

Os réus certos, citados por mandado, são a pessoa em cujo nome o imóvel estiver transcrito no Registro Imobiliário e os confinantes do prédio usucapiendo (art. 942).

Em se tratando de ação real imobiliária, indispensável será também a citação dos cônjuges, sempre que os réus forem casados (art. 10, § 1º, I).

Da falta de citação dos réus certos, ou de alguns deles, decorre a completa ineficácia do processo e a impossibilidade de a sentença atingir a plena autoridade da *res iudicata*. O título de propriedade do antigo dono remanescerá oponível *erga omnes* e a sentença será passível de rejeição, seja em embargos à execução, seja em ação rescisória, seja em qualquer outra ação comum de feito declaratório (*querela nullitatis*).⁵² Uma coisa, porém, é certa: diante da nulidade absoluta do processo, o vício da sentença subsiste mesmo após transcorrido o prazo de propositura da ação rescisória.⁵³

Quanto à falta de citação de confrontante, não me parece que seja causa de irremediável nulidade da sentença que declara o usucapião. Na verdade, a posse *ad usucapionem* não opera em prejuízo dos vizinhos, mas apenas do antigo dono. A citação dos confinantes tem apenas o escopo de delimitar a gleba usucapienda, de modo a evitar que terrenos adjacentes sejam irregularmente invadidos pelo título a ser conferido ao usucapiente. Correta, portanto, a lição de Mathias Lambauer e Nelson Luiz Pinto, segundo a qual ocorre, na espécie, uma cumulação de ações: usucapião contra o dono e delimitação contra os vizinhos. Assim, a falta de citação de algum confrontante afeta a ação de delimitação, mas não atinge a de usucapião, cuja sentença subsiste malgrado o defeito registrado na primeira.⁵⁴

Dessa dicotomia decorre que o litisconsórcio é necessário entre os titulares do domínio atingido pela prescrição aquisitiva, mas não tem a mesma natureza no liame entre eles e os confinantes, o que dá a essa pluralidade subjetiva da ação especial o feito de um litisconsórcio *sui generis*.⁵⁵

II – Réus incertos

Além da citação pessoal, por mandado, já apreciada, o procedimento da ação de usucapião exige a citação por edital de réus em lugar incerto e dos eventuais interessados (art. 942).

Cumpra distinguir, de início: a) *réus ausentes*; e b) *réus incertos* propriamente ditos.

Réus *ausentes* são pessoas conhecidas, com interesse certo na causa, cujo paradeiro se ignora, tornando inviável a citação pessoal por mandado. Daí ser necessário o recurso à *ius vocatio* editalícia, como, aliás, ocorre com qualquer demandado, em outras ações, que se venha a colocar em idêntica situação (art. 231, no II). Assim devem ser considerados como réus certos, a serem citados por edital, o proprietário e os confinantes mencionados no assento do Registro de Imóveis, mas cujo domicílio se desconhece.

Réus *incertos*, por sua vez, são aqueles cuja existência é possível mas não conhecida, ainda, do autor, como, por exemplo, o proprietário ou condômino sem título transcrito no Registro de Imóveis. São aqueles que o art. 942, com redação da Lei no 8.951/94, chama de “eventuais interessados”.

A citação dos réus ausentes reclama individuação e nomeação no edital. Embora ausentes, são os réus certos e determinados. São partes necessárias desde a formação da relação processual. Já a citação dos réus incertos representa apenas uma genérica e abstrata convocação de parte eventual. A configuração de parte, na verdade, só ocorrerá se e quando o terceiro

interessado comparecer para integrar o polo passivo da relação jurídico-processual, ao lado dos réus certos.

Dispõe, ainda, o art. 943, que, a par das citações dos réus certos e incertos, deverá *dar-se ciência* aos representantes da Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, para que “manifestem interesse na causa”.

Aqui não há precisamente uma citação, mas apenas uma “cientificação”. A Fazenda Pública não é parte necessária, é apenas possível interessada, como qualquer outro terceiro eventualmente titular de algum direito sobre o imóvel usucapiendo. Sua condição de parte só será configurada se se der seu comparecimento aos autos para contestar a pretensão do autor.⁵⁶

No caso de ser o Poder Público parte certa, impõe-se, desde logo, sua citação regular, por mandado, e não apenas sua cientificação postal.

1.337. Competência

Diante dos termos claríssimos do art. 95, não há margem para dúvidas em torno da competência para o procedimento especial do usucapião de terras particulares: competente é o foro da situação do bem usucapiendo.

Ocorrendo, todavia, interesse da União na causa, o processo será deslocado da competência da Justiça Estadual para a da Justiça Federal. Questionada a alegação da Fazenda Federal, o processo deverá ser prontamente remetido à Justiça Federal, pois somente a ela compete apreciar a legitimidade, ou não, do ingresso da União na causa.⁵⁷

Assim, recusada sua admissão ao processo pelo juiz estadual, entendia-se, em antiga jurisprudência, que o agravo de instrumento seria apreciado e julgado pelo Tribunal Regional Federal e não pelo Tribunal de Justiça local.⁵⁸ Posição ulterior do STJ fixou-se, todavia, em rumo diverso: embora a competência para julgar o usucapião com presença de interesse da União seja de fato da Justiça Federal, o recurso contra decisão do juiz estadual não pode ser submetido a julgamento direto do Tribunal Federal de segunda instância. Só o Tribunal de Justiça terá condição hierárquica para rever a decisão interlocutória do juiz a ele subordinado.⁵⁹ Somente depois de julgado o recurso pelo Tribunal local é que se poderá eventualmente pensar em chegar ao STJ, por meio de recurso especial, para fazer prevalecer a competência da Justiça Federal, acaso irregularmente ofendida pelo acórdão do Tribunal de Justiça.

Quando a sujeição passiva da União for desde o início reconhecida pelo autor – caso em que o *domínio* lhe for atribuído ou que a posição de *confrontante* lhe for imputada –, a ação será proposta, originariamente, na Justiça Federal.⁶⁰ Para esse efeito, basta que a confrontação da área usucapienda se dê com terrenos de marinha.⁶¹

É bom de ver, outrossim, que, dentro da área de competência da Justiça local, o *forum rei sitae* prevalece sobre outros juízes especiais e universais, como o do inventário.⁶² Mesmo reconhecido o interesse da União, a competência da Justiça Federal será endereçada à Seção Judiciária correspondente à situação do imóvel.⁶³

1.338. Conexão e litispendência

A proposição de mais de uma ação de usucapião por pretendentes diversos sobre o mesmo

imóvel não é razão para trancar a segunda demanda a pretexto de litispendência (art. 267, no V).

Em nosso direito positivo somente se verifica a litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada, ou quando se reedita ação idêntica a outra em andamento.⁶⁴ É o que dispõe textualmente o art. 301, § 1º. E, em face do que consta do § 2º do mesmo dispositivo legal, para que uma ação se considere reprodução de outra, mister se faz que ambas envolvam as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Logo, só ocorrerá identidade entre duas ações se todos os seus elementos identificadores forem os mesmos. Entre ações que apresentem apenas alguns elementos comuns (como *objeto do pedido* ou a *causa de pedir*), a relação que se estabelece não é a de litispendência, mas a de conexão, que impõe a unidade de processamento e julgamento, para evitar decisões contraditórias (arts. 103 e 105).

Assim, duas ações de usucapião sobre o mesmo imóvel, intentadas por autores diferentes, não são ações iguais, e devem ser reunidas segundo as regras próprias da conexão de causas.⁶⁵

Já se reconheceu, também, que há conexão, apta a distribuir por dependência os feitos, entre ação de usucapião e ação de reintegração de posse envolvendo as mesmas partes se o mesmo imóvel, pela necessidade de resguardar a devida coerência entre o julgamento da posse numa e noutra causa.⁶⁶

§ 217. PROCEDIMENTO

Sumário: 1.339. Procedimento. 1.340. Petição inicial. 1.341. Citação. 1.342. Justificação preliminar. 1.343. Contestação. 1.344. Revelia. 1.345. Pendência de possessória. 1.346. Ministério Público. 1.347. Instrução e julgamento. 1.348. Sentença. 1.349. Coisa julgada. 1.350. Registro de Imóveis. 1.351. Usucapião como matéria de defesa.

1.339. Procedimento

O procedimento especial da ação de usucapião, regulado pelos arts. 941 a 945 do Código de Processo, limita-se aos casos de bens imóveis, urbanos ou rurais. Aplica-se tanto ao usucapião ordinário como ao extraordinário. Ao usucapião especial corresponde o procedimento sumaríssimo, com os detalhamentos da Lei nº 6.969/81.

A especialização do rito da ação de usucapião, nos moldes do código, consistia em estabelecer uma fase preliminar de justificação da posse do usucapiente, estipular requisitos específicos para a petição inicial, e fixar normas extraordinárias para a citação. Após esses dados especiais da abertura do processo, o rito prosseguia segundo os parâmetros do procedimento ordinário. Com a Lei nº 8.951, de 13.12.94, eliminou-se a justificação liminar de posse, mantida a subsidiariedade do procedimento ordinário (art. 272).

1.340. Petição inicial

A par dos requisitos gerais do art. 282, a ação de usucapião deverá ser iniciada por petição que contenha: *a) o fundamento do pedido; b) a exata individuação do imóvel usucapiendo; e c) pedido de declaração do domínio ou de servidão predial* (arts. 941 e 942).

I – *Fundamento do pedido*

O fundamento do pedido consistirá na explicitação da origem e características da posse, de sua duração e do tipo de usucapião que se pretende configurar.

II – *Individuação do imóvel*

Para perfeita caracterização do bem prescrebendo, exige a lei que se instrua a petição inicial com a *planta do imóvel*.

A ação é real; daí a necessidade de completa e perfeita descrição do imóvel, não só para efeitos práticos do exercício do direito de propriedade, que exige inteira separação e identificação de seu objeto, como principalmente para atender aos pressupostos de matrícula no

Registro Imobiliário.

Está, assim, assente na doutrina e jurisprudência que “o usucapião pressupõe posse sobre imóvel, com perfeita individuação, quanto à sua confrontação, área, divisas e demais características”.⁶⁷

Quanto à planta, é de exigir-se documento elaborado com rigor técnico, por profissional habilitado, não se admitindo sua substituição por esboço ou croquis. ⁶⁸ Sua omissão, não suprida a tempo, é, outrossim, causa de nulidade do processo,⁶⁹ que, todavia, não será declarada de ofício nem sem prova de prejuízo, por não se tratar de nulidade cominada pela lei.

Diante de lotes urbanos, integrados a loteamentos oficiais ou a cadastros minuciosos do município, não se pode ser excessivamente rigoroso na apreciação da planta e caracterização do imóvel, porque não há risco de prejuízos para os litigantes, em face de dados objetivos e oficiais, sempre disponíveis nos registros, com que se pode contar para localizar o terreno e efetuar a eventual matrícula no Registro Imobiliário.⁷⁰

Quando, porém, se tratar de imóveis rurais, as exigências do art. 225, § 3º, da Lei nº 6.015, de 31.12.73, incluído pela Lei nº 10.267, de 28.08.2001, são muito mais rigorosas, de sorte que, além da planta, exige-se que “os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA”.

Costuma-se também exigir a juntada de certidão do Registro Imobiliário para comprovar o nome da pessoa em que se acha matriculado o imóvel, bem como para identificar seus confrontantes, ou certidão negativa de registro, quando se tratar de imóvel não transcrito. A providência é salutar, mas não pode sua falta se erigir em barreira ao processamento da causa porque, em muitos casos, os próprios Registros Públicos não dispõem de indicador real adequado para certificar, com precisão, se o terreno está ou não transcrito em nome de alguém. A ausência de transcrição do imóvel, como já se expôs, não é empecilho à declaração de usucapião, e, não se sabendo quem é dono, por impossibilidade de localizar, positiva ou negativamente, a transcrição no cartório do foro da situação do bem, o caso é de considerar-se o réu como desconhecido ou *incerto*, operando-se a sua citação por edital, nos termos dos arts. 231, nº I, e 942, 2ª parte. O que não é correto nem razoável é indeferir liminarmente a pretensão do usucapiente somente porque não consegue ele (nem o próprio Registro Público) identificar a pessoa em cujo nome eventualmente esteja transcrito o imóvel usucapiendo.

III – Objeto do pedido

Diz o art. 941 que o possuidor usará a ação de usucapião para pedir a declaração do domínio do imóvel ou de servidão predial.

Compreende-se, porém, na expressão *domínio*, não apenas a propriedade plena, mas também seus desdobramentos, de sorte que o pedido de usucapião pode se referir tanto à propriedade como a outros direitos reais menores (enfiteuse, usufruto, uso, habitação).⁷¹

1.341. Citação

Sobre as citações necessárias na ação de usucapião, já tratamos do tema ao cuidar da

legitimação passiva (ver, *retro*, nº 1.336).

No sistema anterior à Lei nº 8.951/94, as diversas citações, por mandado e por edital, dos réus certos e incertos, deviam todas se realizar antes da audiência liminar de justificação da posse do autor, e de seus termos, sob pena de nulidade, deveria constar a indicação do dia e hora dessa audiência.⁷²

A omissão da citação de algum réu ou a irregularidade do ato citatório sanam-se pelo comparecimento da parte à justificação ou pela oportuna contestação da causa sem arguir a nulidade (art. 214, § 1º).

A Fazenda Pública, salvo quando proprietária ou confinante, não é parte na ação de usucapião, por isso não é citada, mas apenas “cientificada” por via postal (v., *retro*, nº 1.336).⁷³

1.342. Justificação preliminar

Antes de iniciar o prazo de contestação, devia o autor promover uma justificação preliminar de sua posse sobre o imóvel usucapiendo, segundo o texto primitivo do art. 942.

Representava a justificação um pressuposto processual, já que, se o autor não conseguisse êxito na demonstração *in limine litis* de sua posse, nem mesmo o prazo de resposta seria aberto, e o processo, no nascedouro, seria extinto sem julgamento de mérito.

O objeto, porém, dessa medida inicial não era, de plano, provarem-se os requisitos do usucapião, mas apenas justificar a *posse*, para evitar que o processo tivesse sequência sem um mínimo de probabilidade de sucesso. Os requisitos que qualificam a posse *ad usucapionem* seriam apurados no contraditório da instrução processual, não sendo objetivo da justificação, nem do julgamento que a seu respeito se pronunciava, os caracteres da posse.⁷⁴

Compunha-se, assim, o procedimento especial do usucapião de duas fases distintas: a primeira destinada à apuração de um simples pressuposto processual, e a segunda destinada à apuração e julgamento da questão de mérito.

Diante da função reservada ao pressuposto processual em causa, entendia-se que a justificação preliminar não exigia prova robusta, definitiva e inquestionável. Segundo a jurisprudência, buscava-se demonstrar apenas que o pedido não era temerário e se achava apoiado em boa aparência,⁷⁵ de sorte que bastava justificar a existência de “posse aparente e superficial” para legitimar o desenvolvimento do processo.⁷⁶

A justificação em exame era basicamente testemunhal, sendo, por isso, realizada em audiência, com participação de ambas as partes, bem como do Ministério Público. A prova, todavia, era unilateral, isto é, produzida apenas pelo autor, por se tratar de comprovação preliminar de pressuposto da ação que estava propondo e que ainda não foi completamente admitida pelo juiz.

Ao réu era dado participar da inquirição das testemunhas, formulando perguntas e contraditas, mas não era permitido arrolar outras testemunhas.⁷⁷ Ao autor cabia requerer a audiência de justificação e arrolar suas testemunhas na petição inicial (art. 942).

Não passava, outrossim, o procedimento à sua segunda fase sem que o juiz julgasse a justificação. O julgamento *in casu* tinha de ser no sentido de reconhecer, ou não, como justificada a posse do autor. No caso positivo, tinha-se uma decisão interlocutória que, reconhecendo a comprovação do pressuposto processual justificado, ordenava o prosseguimento

do feito, abrindo-se o prazo para contestação. No caso de se não reconhecer justificada a posse, a decisão configurava sentença terminativa, já que punha fim ao processo sem julgamento de mérito, trancando-o em seu primeiro estágio procedimental.⁷⁸

Nessa fase preliminar, dado seu caráter unilateral, não era facultado ao réu discutir ou impugnar a justificação. O juiz decidia, de plano, apenas à luz dos elementos de convicção produzidos pelo autor.⁷⁹ A decisão, como todas as demais que se proferiam em processos judiciais, tinha de ser fundamentada (artigos 165 e 458).

Da decisão interlocutória que aprovava a justificação o recurso cabível era o agravo de instrumento (art. 522),⁸⁰ e da que a rejeitava, a apelação (art. 513).⁸¹

Por sua total desnecessidade prática e pelos inúteis embaraços que representava à marcha da ação de usucapião, foi a justificação liminar abolida pela Lei no 8.951/94, que deu nova redação aos arts. 942 e 943 do CPC.

1.343. Contestação

No texto primitivo do art. 942, o procedimento do usucapião compreendia duas fases, separadas pela decisão que julgava a justificação prévia. A citação antecedia à justificação, mas o prazo de contestação somente começava a fluir depois que se dava a intimação do decisório que encerrava a fase preliminar.

Com a eliminação do estágio justificatório, o procedimento da citação se simplificou e a fluência do prazo de resposta deve dar-se a partir do encerramento da *in ius vocatio*, segundo as regras comuns do processo de conhecimento, ou seja, a partir da conclusão da diligência em relação ao último litisconsorte citado.

Na verdade, com a eliminação da justificação e com a submissão da ação de usucapião ao rito ordinário, nada remanesceu na regulamentação respectiva que justifique considerar tal ação como de procedimento especial. Tudo, portanto, conspira para que se tenha, após a Lei no 8.951, de 13.12.94, a ação de usucapião como ordinária.

Em face da citação ampla de todos os terceiros interessados para contestar a ação, tem-se entendido em jurisprudência ser descabido contra a ação de usucapião o manejo de embargos de terceiros⁸² e de oposição.⁸³

1.344. Revelia

O procedimento do usucapião importa sempre a citação de *rés certos* (pessoa em cujo nome o imóvel se acha transcrito e confinantes do imóvel usucapiendo) e de *rés incertos* (interessados ausentes, incertos e desconhecidos).

A revelia, portanto, deve ser examinada em face do tipo de réu e do tipo de citação.

Para os *rés certos*, seja a citação realizada por mandado ou por edital, ocorrerá a revelia desde que a ação não seja contestada nos quinze dias após a consumação do último ato citatório (art. 241, no III).

Se, portanto, algum réu certo, embora ausente, foi citado por edital e deixou de oferecer contestação, tornando-se revel, incumbirá ao juiz dar-lhe curador especial (art. 90, no II).

Quanto aos eventuais terceiros interessados, citados por edital como “incertos e

desconhecidos” (art. 942), não se configura a situação de revelia. Na verdade, sua condição de parte só se concretiza quando se dá o respectivo comparecimento aos autos. Sem esse comparecimento não há que se cogitar de revelia porque nem mesmo a parte chegou a existir. Não teria sentido, portanto, dar-se curador a quem não tem sequer a qualidade de réu do processo e não passa de simples hipótese.⁸⁴

Em torno do tema, portanto, o entendimento jurisprudencial dominante é o de que, sendo certo o réu citado por edital em ação de usucapião, nulo será o processo se se omitir a nomeação de curador especial em caso de revelia. Mas aos interessados incertos não tem cabimento a dação de curador.⁸⁵

Nomeado curador especial, a ele competirá produzir contestação se encontrar elementos suficientes para tanto ou, caso contrário, se limitará a acompanhar o processo para velar por sua regularidade procedimental.⁸⁶

Contra o revel citado por edital, representado por curador, não se operam os efeitos da revelia.

1.345. Pendência de possessória

Dispõe o art. 923 que, na pendência do processo, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio. Quer isto dizer que o possessório repele o petitório, embora, sucessivamente, o julgamento da ação dominial possa vir a retirar a eficácia do interdito possessório já julgado.

O que, porém, não quer a lei é que a tutela contra o esbulho possessório seja anulada pelo concomitante exercício da tutela dominial. Quem esbulha deve, em suma, primeiro restituir, para depois cuidar da defesa de sua propriedade.

Sendo a ação de usucapião uma ação de *declaração do domínio*, sujeita-se, sem dúvida, à interdição do art. 923, de sorte que, seguindo orientação jurisprudencial dominante, na pendência de ação possessória é vedado à parte intentar ação de usucapião tendo por objeto o mesmo objeto imóvel.⁸⁷

Pela mesma razão, no curso da possessória, embora seja dúplice a ação, não pode o réu excepcionar com a defesa fundada em usucapião.⁸⁸

1.346. Ministério Público

Diante da norma do art. 944, o órgão do Ministério Público deve funcionar, como *custos legis*, em todos os atos do processo de usucapião.

O que justifica essa intervenção é o interesse público presente na causa, evidenciado pela citação edital obrigatória de terceiros interessados incertos e desconhecidos, e ainda pela natureza do direito real que se busca declarar com natural eficácia *erga omnes*.⁸⁹

Sendo obrigatória a intimação do Ministério Público, impõe-se reconhecer a nulidade da ação de usucapião em que se omitir tal medida.⁹⁰

Participando do feito, o órgão do Ministério Público dispõe de amplos poderes, tanto de prova como de recurso, não havendo praticamente distinção entre os poderes de parte e de *custos legis* (arts. 83 e 499, § 2º).

Quanto à nulidade do processo por falta de participação do *parquet*, é bom lembrar que o juiz não tem força para obrigar o *custos legis* a praticar concretamente atos processuais. Seu dever, portanto, é apenas o de assegurar sua intimação para os atos e termos do processo. Assim, o que acarreta nulidade é a falta de intimação e não a ausência do órgão do Ministério Público (art. 246 e parág. único).

1.347. Instrução e julgamento

Ultrapassada a fase de citação, o procedimento da ação de usucapião é o ordinário (arts. 942 e 943).

Assim, dependerá dos termos em que a causa houver sido posta na fase de litiscontestação para definir-se a necessidade ou não de audiência de instrução e julgamento.

A falta de contestação ou a ausência de controvérsia sobre tema que reclame prova oral pode, portanto, conduzir ao julgamento antecipado da causa.⁹¹

Se, não obstante a falta de contestação, incidir um dos casos em que a lei não permite a presunção de veracidade dos fatos arrolados pelo autor, caberá ao juiz ordenar-lhe que especifique as provas a produzir em audiência (art. 324), designando, em seguida, dia e hora para sua realização.⁹²

Uma vez contestada a ação, o ônus da prova dos requisitos do usucapião é, a toda evidência, do autor, porque constituem eles o fundamento de seu pretendido direito à prescrição aquisitiva (art. 333, no I).

Provas frequentes e decisivas nesse tipo de ação costumam ser as testemunhas e a perícia.

Eventuais e pequenas divergências entre a perícia e a petição inicial sobre a caracterização do imóvel usucapiendo não devem conduzir à improcedência do pedido. O sentido a dar-se ao evento é o de que a prova técnica serve para melhor esclarecer a controvérsia e até mesmo a suprir as deficiências da peça inaugural. Assim, desde que não se trate de mudar profundamente o pedido ou a causa de pedir, mas apenas de clarear o objeto da pretensão (o imóvel usucapiendo), a perícia deve ser acolhida como elemento de atribuição de *exatidão* à individuação da área litigiosa.⁹³

Se os autores são casados, e um dos cônjuges reconhece fato que prejudica a pretensão de usucapir, não pode sua unilateral confissão ser acolhida pelo juiz antes de confirmada pelo outro consorte. É que a ação de usucapião é ação real imobiliária e, nessa categoria de ações, “a confissão de um cônjuge não valerá sem a do outro” (art. 350, parág. único).⁹⁴

1.348. Sentença

Não é a sentença que acolhe o pedido do autor que aperfeiçoa o usucapião e confere a propriedade da coisa ao prescribente.

O pedido, *in casu*, como dispõe expressamente o art. 941, é voltado para o fim de *declarar-se* o domínio ou outro direito real sobre o imóvel.

O que gera a aquisição da propriedade é, na estrutura da prescrição aquisitiva, o conjunto dos requisitos legais da posse *ad usucapionem*, cuja configuração deve necessariamente anteceder a propositura da ação. O autor já é dono quando entra na justiça em busca da sentença

de usucapião. O que procura e obtém é um título que reconheça seu direito e o recubra da certeza e indiscutibilidade inerentes à coisa julgada.

Com a sentença, o que consegue o autor é, pois, o título, que lhe permite transcrever o imóvel no Registro Público e, conseqüentemente, lhe dá meios de legalizar o poder de dispor dele.⁹⁵

Como se passa com a generalidade das sentenças declaratórias, seu efeito retroage ao momento do fato que, segundo o direito material, produziu o direito subjetivo declarado.

1.349. Coisa julgada

O efeito da sentença de usucapião é *erga omnes*. Porém, a autoridade de coisa julgada, que torna indiscutível e imutável o conteúdo do decisório, isto só se dá em relação aos réus necessários que efetivamente tenham se vinculado ao processo através de citação válida.

Correta é a lição de Ernane Fidelis dos Santos, segundo a qual “aquele que, por exemplo, deveria ser citado pessoalmente e não o foi, ou o foi por edital que não se concretizou, não é obrigado a acatar a decisão, podendo discutir novamente a questão que, para ele, não está acobertada pela coisa julgada”.⁹⁶

É inadmissível pensar-se que, por ter havido citação por edital de réus incertos e desconhecidos, aquele que deveria figurar como réu certo venha a sofrer o prejuízo da *res iudicata*.

A jurisprudência, a propósito do tema, tem sido enfática ao proclamar que “não basta a citação dos interessados incertos para suprir a falta de citação dos interessados certos”,⁹⁷ e que “é ineficaz a sentença, proferida em ação de usucapião, na qual não foi citado aquele em cujo nome está transcrito o imóvel, se a ação correu à revelia”.⁹⁸

O certo, portanto, é que “a sentença na ação de usucapião vale contra terceiros, como ato de comando estatal, mas não faz coisa julgada contra aquele que deveria ter sido pessoalmente citado e não foi”.⁹⁹

Em casos desse jaez, nem mesmo haverá o não citado de recorrer à ação rescisória para deconstituir a sentença de usucapião. Pelas vias ordinárias poderá fazer valer seu direito de propriedade, que restou incólume, quer reivindicando o imóvel em poder do usucapiente, quer lançando mão de qualquer procedimento comum para declarar a invalidade do título de usucapião indevidamente transcrito em prejuízo do originário título de propriedade.¹⁰⁰

Aquele porém que, como réu necessário, foi regularmente citado, há de sujeitar-se à força da *res iudicata* e não poderá jamais tratar a sentença de usucapião como um simples título de propriedade obtido pelas vias negociais comuns. Assim, inadmissível será, por exemplo, lançar mão do processo de retificação de área, quando sua real pretensão for a de alterar a força do que se reconheceu na ação de usucapião, acobertado por sentença transitada em julgado.¹⁰¹

1.350. Registro de imóveis

A sentença que julgar procedente o pedido de usucapião será transcrita, mediante mandado, no Registro de Imóveis, satisfeitas as obrigações fiscais – dispõe o art. 945.

Esse registro não pode tecnicamente ser havido como execução forçada. Seu objetivo é

apenas dar publicidade ao título dominial do autor e facilitar-lhe a disponibilidade do direito respectivo.

Daí ser inadmissível a oposição de embargos à execução de sentença em ação de usucapião.¹⁰²

Por destinar-se à matrícula ou registro do bem em nome do autor, no Registro Imobiliário competente, já se entendeu que não seria mais admissível sentença de usucapião que não descrevesse o imóvel com todos os requisitos necessários à matrícula.¹⁰³

O formalismo, todavia, não deve ser levado a extremos de um rigor inflexível. Se o imóvel está convenientemente descrito na petição inicial, no laudo pericial ou em outra peça dos autos, à qual se reporta a sentença, não seria razoável considerar nula a sentença somente porque não reproduziu *ipsis verbis* a descrição do bem usucapido. Não é pecado imperdoável a integração de dados da causa à sentença por meio de remissões. O que a Lei dos Registros Públicos obriga é a menção de todos os requisitos da matrícula no *mandado judicial* expedido para cumprimento da sentença (Lei nº 6.015/73, art. 226). Nada impede, portanto, que o mandado contenha a transcrição da sentença de usucapião e da outra peça dos autos que complete a descrição do bem a matricular.

Não é preciso, outrossim, que o juiz determine na sentença a transcrição do imóvel no Registro Imobiliário. Trata-se de efeito natural e lógico do julgado, que, por isso mesmo, independe de pedido do autor na inicial e deferimento expresso no julgamento da causa. O registro, *in casu*, como já se afirmou, não é execução forçada de comando condenatório, mas tão apenas ato administrativo de publicidade do título do autor reconhecido por sentença declaratória.¹⁰⁴

Por outro lado, e ainda porque se trata de aquisição originária e não derivada, constituem as sentenças casos excepcionais de títulos de propriedade, que não se vinculam de maneira alguma com o anterior título do antigo proprietário do mesmo bem.¹⁰⁵ Em vista dessa peculiaridade, não cabe ao Registro de Imóveis condicionar a nova matrícula a dados da cadeia dominial pretérita. De sorte que “dispensável é qualquer referência ao registro anterior, ainda que existente no mandado judicial, para abertura de matrícula do imóvel usucapido”.¹⁰⁶

Diz o art. 945 que o registro da sentença estará condicionado à satisfação das “obrigações fiscais”. Examinando-se, porém, o sistema tributário nacional, cujos fundamentos se assentam em parâmetros traçados na Constituição Federal, vê-se que o imposto de transmissão, que os Estados costumavam lançar sobre o usucapião, não corresponde a um fato gerador que se possa ver configurado no ato de aquisição por via de usucapião. É que, sendo forma originária de aquisição dominial, “o usucapião não importa em transmissão da propriedade”. Isto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, determina que o registro da sentença de usucapião seja feito “sem pagamento do imposto de transmissão”, porquanto a legislação tributária é vedado “alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado” (art. 110 do CTN).¹⁰⁷

Como nenhum outro dos tributos contemplados na legislação própria se reporta a fato que pudesse assimilar a prescrição aquisitiva, a conclusão a que se chega, em via doutrinária, é a de que nenhuma obrigação fiscal atualmente existe a ser satisfeita pelo usucapiente, para ter acesso à matrícula do imóvel no Registro Público.¹⁰⁸

1.351. Usucapião como matéria de defesa

O usucapião, como forma de aquisição da propriedade, se aperfeiçoa independentemente da ação destinada a declará-lo. Assim, o possuidor se torna proprietário desde o momento em que se conseguem todos os requisitos legais da prescrição aquisitiva. E, por isso, demandado pelo antigo dono para restituir o imóvel, pode o possuidor se defender com invocação do direito que lhe adveio do usucapião, mesmo que ainda não tenha obtido sentença para matriculá-lo em seu nome no Registro de Imóveis.

Deve-se advertir, porém, que a acolhida da exceção de usucapião acarretará a improcedência da reivindicação do antigo dono, mas não gerará sentença hábil à matrícula do imóvel em nome do excipiente.¹⁰⁹

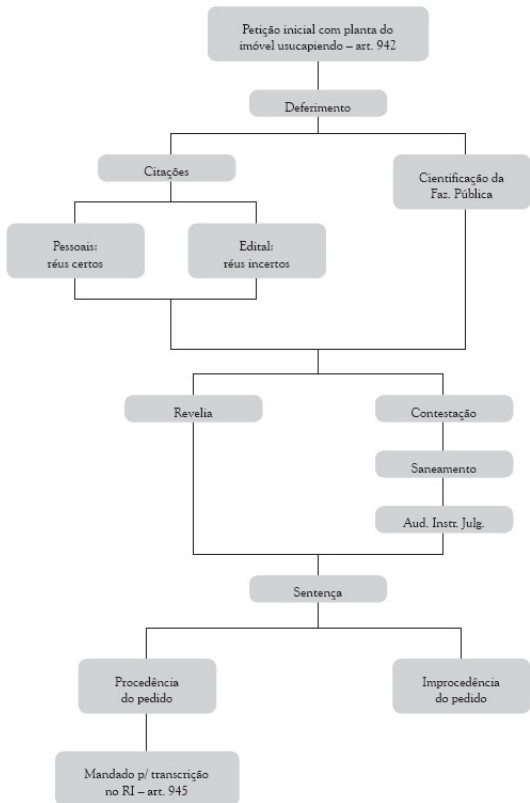
Isto decorre da circunstância de que, na ação reivindicatória, o que se julga, como objeto da sentença e para formação da coisa julgada, é apenas o direito do autor, e não o do réu. O que faz o demandado é apenas oferecer resistência passiva à pretensão do autor, por meio de sua contestação. Daí que, ao julgar a lide, o juiz só pode usar a defesa do réu como argumento lógico para repelir o pedido do autor. Nunca, porém, lhe será permitido julgar a contestação, como se fora uma reconvenção, para deferir “pedidos” do demandado, já que tais pedidos simplesmente inexistem como objeto de julgamento.

Além disso, o usucapião, como remédio processual destinado a formar título para o Registro Público, envolve, ao lado das partes da reivindicatória, outros interessados necessários, como a Fazenda Pública e os confinantes, que devem figurar obrigatoriamente no procedimento especial regulado pelo Código de Processo Civil, nos arts. 941 a 945. Razão pela qual se firmou a jurisprudência no sentido de que “o usucapião pode ser reconhecido como defesa em ação reivindicatória; nunca, porém, como meio hábil a gerar título registrável”.¹¹⁰

Em relação, porém, ao *usucapião especial*, a Lei no 6.969/81 criou em espécie de ação dúplice, em que o usucapião *pro labore*, sempre que reconhecido, em ação ou exceção, autorizará a expedição de título para inscrição no Registro de Imóveis.

Outro aspecto que merece atenção é o de que a prescrição extintiva pode ser arguida, como defesa, em qualquer fase do processo, e mesmo em segunda instância (Cód. Civil, art. 162; CC de 2002, art. 193). Não ocorre, porém, o mesmo com a exceção de usucapião. Para essa defesa de mérito, inexistente regra excepcional como a da prescrição ordinária, de sorte que sua oposição ao pedido reivindicatório somente pode ser formulada na contestação, sob pena de preclusão (art. 303).¹¹¹

ACÇÃO DE USUCAPIÃO DE TERRAS PARTICULARES
(arts. 941-945)



- 1 PINTO, Nelson Luiz. *Ação de Usucapião*, S. Paulo, RT, no 4.1, 1987, p. 46.
- 2 FABRÍCIO. *Op. cit.*, no 437, p. 503; SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, no 189, p. 172.
- 3 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, no 189, p. 172; FABRÍCIO, *Op. cit.*, no 448, p. 517.
- 4 A nova Constituição de 1988 proibiu o usucapião de terras públicas (arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único).
- 5 Para efeito do “Programa Minha Casa, Minha Vida- PMCMV”, A Lei 12.424/2011 acrescentou o art. 1.240-A ao Código Civil, com a seguinte redação: “Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.” Segundo o § 1º do mesmo dispositivo, o direito previsto no *caput* do art. 1240-A “não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.”
- 6 NEQUETE, Lenine. *Da Prescrição Aquisitiva*, 2. ed., Porto Alegre, Sulina, 1970, p. 92; PINTO, Nelson Luiz. *Op. cit.*, no 5.10.1.2, p. 102.
- 7 TJRS, Ap. no 38.534, ac. de 03.11.1981, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, in *Rev. Forense* 285/237, e RT 559/197.
- 8 STF, RE no 100.347, ac. de 23.03.1984, Rel. Min. Moreira Alves, in RTJ 111/1.253.
- 9 TJSP, Ap. no 266.600, ac. de 13.04.1978, Rel. Des. Sydney Sanches, in RT 520/97.
- 10 NEQUETE, Lenine. *Da Prescrição Aquisitiva*, 3. ed., P. Alegre, *Ajuris*, no 22, p. 123.
- 11 A nova Constituição de 1988 previu usucapião, tanto para terrenos urbanos (“política urbana”) como para terrenos rurais (“Política Agrícola e Fundiária”). Em ambos os casos, o prazo prescricional aquisitivo foi fixado em cinco anos (arts. 183 e 191). Esses usucapiões especiais acham-se contemplados, também, pelos arts. 1.239 e 1.240 do Novo Código Civil.
- 12 FABRÍCIO. *Op. cit.*, no 441, pp. 507-508.
- 13 TJMG, Ap. no 64.912, ac. de 20.12.84, Rel. Des. Capanema de Almeida, in *Rev. Jurídica Mineira* 15/128. A sentença da ação de usucapião é declaratória e de efeitos *ex tunc*, retroagindo ao momento em que o usucapiente completou os requisitos para a aquisição do domínio (STJ, 4ª T., REsp no 716.753/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 15.12.2009, DJe de 12.04.2010).
- 14 “O direito pessoal de uso do telefone é insuscetível de usucapião” (TJRJ, Ap. no 10.417/79, ac. 26.02.80, Rel. Des. Cláudio Lima, in RT 543/213). No mesmo sentido: TAMG, Ap. no 134.979-7, Rel. Juiz Célio Paduani, ac. 16.08.1992, in RJTAMG 48/229; TJRJ, Ap. no 5/91, Rel. Des. Mello Serra, in ADV 1992, no 57.547; 1º TACiv.SP, Ap. no 557.561-1, Rel. Juiz Roberto Bedaque, ac. 28.09.1995, in JTACiv.SP 156/164. Em sentido contrário: STJ, REsp no 34.774-2/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. 07.06.1994, in RT 713/226; STJ, REsp no 64.627-8/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 14.08.1995, in RT 723/298. A matéria, aliás, foi sumulada pelo STJ (Súmula 193). Já os direitos reais que atuam sobre coisas corpóreas, ainda que mais limitados do que a propriedade, podem ser adquiridos por meio da usucapião. É o caso, por exemplo, da enfiteuse (TJSP, AI no 22.285, ac. 28.09.1982, in RT 567/75; STJ, 3ª T., REsp no

- 575.572/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 06.09.2005, *DJU* de 06.02.2006, p. 276) e das servidões aparentes (*RT* 579/181 e 588/189; TJMG, 13^a Câmara Cível, Ap. nº 1.0261.07.046868-9/001, Rel. Des. Barros Levenhagen, ac. 21.08.2008, *RT* 877/289).
- 15 Fabrício, *op. cit.*, nº 442, p. 508; RJTJSP 68/223. Por isso mesmo, entre condôminos, o usucapião extraordinário só tem sido admitido quando o promovente mantenha posse localizada e exclusiva sobre o imóvel comum (*RT* 462/101, 359/446, 352/446, 305/173; JTJSP 163/38.). A incerteza da área e sua precisa localização não impedem o usucapião nos casos de *excesso de área*, ou seja, quando o título de propriedade não encobre toda a área possuída e não haja como localizar topograficamente o local do excesso. Aí descreve-se o todo com precisão, abrangendo-se inclusive a área titulada, que não pode ser separada; obtém-se a sentença de usucapião sobre todo o imóvel. Só assim se consegue regularizar o domínio sobre a integralidade da área (Fabrício, *op. cit.*, nº 442, p. 509).
- 16 STF, RE 97.707, ac. de 03.02.83, Rel. Min. Alfredo Buzaid, in *RTJ* 106/770. Em sentido contrário: TJRJ, Embs. 102/89 na Ap. nº 2.170/88, Rel. Des. Rui Octávio Domingues, ac. 14.03.90, in *RDTJRJ* 70/63; STJ, 4^a T., REsp nº 418.945, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 15.08.2002, *RSTJ* 166/442.
- 17 Nelson Luiz Pinto, *op. cit.*, nº 5.10.3, pp. 109-111; Lenine Nequete, *op. cit.*, 2^a ed., p. 163; Adroaldo Furtado Fabrício, *op. cit.*, nº 442, p. 509.
- 18 ULPiano, José. *Das Cláusulas Restritivas*, S. Paulo, 1910, nº 102, p. 154. No mesmo sentido: GOMES, Orlando. *Sucessões*, 3^a ed., Rio, Forense, p. 204; Louis Josserand, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Paris, Recueil Sirey, 1938, t. I, nº 1.573, p. 871; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, CEDAM, 1978, p. 449; WALD, Arnoldo. *Direito das Coisas*, 3. ed., S. Paulo, Sugestões Literárias, 1973, vol. I, p. 139.
- 19 “O fato de uma gleba não estar transcrita em nome de ninguém não significa seja ela devoluta” (TJSP, Ap. nº 238.887, ac. de 25.04.75, Rel. Des. Oliveira Andrade, in *RT* 493/110; Ap. nº 252.153, ac. de 29.06.76, Rel. Des. Almeida Bicudo, in *RT* 506/124). “Inexiste em nosso direito a presunção de serem públicas as terras não transcritas no Registro de Imóveis” (TJSP, Ap. nº 262.349, ac. de 30.08.77, Rel. Des. Vieira de Moraes, in *RT* 518/130). “Ao Estado cabe provar que se trata de terra devoluta, quando faz essa alegação para contestar ação de usucapião” (TJSP, Ap. nº 255.375, ac. de 28.10.76, Rel. Des. Lothario Octaviano, in *RT* 505/113). No mesmo sentido: TJSP, Ap. nº 273.616, ac. de 20.03.79, in *RT* 529/68; STF, RE 84.063, ac. de 08.03.77, in *RTJ* 81/191; RE 90.985, ac. de 05.12.80, in *Juriscível* 98/220; STJ, REsp. 29.075-6/MG, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 30.05.95, in *DJU* de 11.09.95, p. 28824; TRF da 4^a R., Ap. nº 89.04.00895-6/PR, Rel. Juiz Haddad Vianna, in *ADV* 1993, nº 61.160; TRF da 3^a R., Ap. nº 89.03.06638-3, Rel. Juiz Gomes da Silva, ac. de 10.09.91, in *RT* 675/197; TAPR, Rem. Nec. 38.265-2, Rel. Juiz Trotta Telles, ac. de 16.04.91, in *Paraná Judiciário* 36/222; STJ, 3^a T., REsp nº 97.634/RS, Rel. Min. Castro Filho, ac. 16.02.2003, *DJU* de 10.02.2004, p. 246.
- 20 STF, RE nº 93.856-7, ac. de 30.04.85, Rel. Min. Aldir Passarinho, in *Rev. Jur. Mineira* 25/57; RE nº 84.697, ac. de 20.02.79, Rel. Min. Leitão de Abreu, in *Juriscível* 78/85.
- 21 STF, RE nº 97.510, ac. de 04.11.83, Rel. Min. Décio Miranda, in *RTJ* 108/1.200 e *RT* 590/282. TJRJ, Emb. Inf. 26/89, Rel. Des. Barbosa Moreira, ac. 16.08.1989, *Revista Forense* 307/112.
- 22 TJSP, Ap. nº 7.537, ac. de 02.06.81, Rel. Des. Aniceto Aliende, in *RT* 555/71.

- 23 TJSP, AI nº 22.285, ac. de 28.09.82, Rel. Des. Sylvio do Amaral, in *RT* 567/75; STJ, 3ª T., REsp nº 10.986/RS, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 10.02.1992, *DJU* de 09.03.1992, *Revista Jurídica*, 176/71; TJBA, 1ª Câm. Civ., ApCiv. 23.510-9/95, Rel. Des. Carlos A. Dutra Cintra, ac. 26.03.1997, *RT* 741/347.
- 24 NEQUETE, Lenine. *Op. cit.*, 2. ed., p. 173; GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 7. ed., Rio, Forense, vol. IV, p. 139.
- 25 TJMG, Ap. nº 60.760, ac. de 16.12.82, Rel. Des. Humberto Theodoro, in *Rev. Forense* 286/280; TJPR, Ap. nº 563/88, Rel. Des. Silva Wolff, ac. de 19.02.91, in *Paraná Judiciário*, 36/43; STJ, 3ª T., REsp nº 652.449/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 15.12.2009, *DJe* de 23.03.2010.
- 26 STF, Ap. nº 9.691-DF, Pleno, ac. de 06.11.85, Rel. Min. Francisco Rezek, in *RTJ* 118/64; TJSP, Ap. nº 11.754, ac. de 22.09.81, Rel. Des. Evaristo dos Santos, in *RT* 566/97; TARS, Ap. nº 195159223, Rel. Juíza Maria Berenice Dias, ac. 28.11.95, in *JUIS – Saraiva nº* 14; TJPR, Ap. nº 1.155, Rel. Des. Cyro Crema, ac. de 23.09.96, in *JUIS – Saraiva nº* 14. Em sentido contrário: TAMG, Ap. nº 105.244-4, Rel. Juiz José Marrara, ac. de 15.04.91, in *DJMG* 20.06.92, p. 10. TJGO, 1ª T. da 2ª Câm. Civ., ApCiv. nº 38.731-9/188, Rel. Des. Fenelon Teodoro Reis, ac. 04.06.1996, *Revista Jurídica* 229/70; *RT* 731/369.
- 27 STF, RE 91.793-MG, Rel. Min. Moreira Alves, in *RTJ* 97/796; RE 93.864-8-CE, ac. de 11.05.1982, Rel. Min. Cordeiro Guerra, in *RT* 562/255 e *RBDP* 38/128; TJRJ, Ap. nº 2.800/93, Rel. Des. Álvaro Mayrink da Costa, ac. de 16.11.1993, in *RDTJRJ* 25/263; TAPR, Ap. nº 50.056-7, Rel. Juiz Munir Karam, ac. 27.04.1993, in *Paraná Judiciário* 42/114. Alguns acórdãos e algumas lições doutrinárias recentes, entretanto, se inclinam por admitir ao compromisso de compra e venda quitado o caráter de justo título para usucapião ordinário (*RT* 566/97; 432/84; TJSP, Emb. Inf. 229.954-1/9-01, Rel. Des. Ernani de Paiva, ac. de 26.06.1996, in *RT* 735/260; STJ, REsp. 32.972/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. de 19.03.1996, in *RSTJ* 88/101; José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso de Compra e Venda*, S. Paulo, Ed. RT, p. 77; Nelson Luiz Pinto, *op. cit.*, nº 5.10.2.1, pp. 122-123; STJ, 3ª T., REsp nº 652.449/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 15.12.2009, *DJe* de 23.10.2010).
- 28 TJRS, Ap. nº 35.345, ac. de 11.06.80, Des. Carlos Ignacio Sant’anna, in *RJTJRS* 82/437; TJGO, Ap. nº 38.731-9/188, Rel. Des. Fenelon Teodoro Reis, ac. de 04.06.96, in *Adcoas* 30.08.96, nº 8151018, in PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*, 7. ed., São Paulo, RT, 1998, vol. IV, p. 3.667. “Em verdade (o usucapião), é um modo de adquirir-la (a propriedade), mesmo quando o prescribente visa apenas a sanar o título de aquisição do domínio” (GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 1ª ed., Rio, Forense, 1958, nº 134, p. 232). “Nesses casos, o usucapião limita-se a confirmar um direito de propriedade preexistente” (*idem, ibidem*, nº 137, p. 237). Já se decidiu, nessa linha de entendimento, que “é cabível a ação de usucapião por titular de domínio que se encontra em dificuldade, em razão de circunstância ponderável, para unificar as transcrições ou precisar área adquirida escrituralmente” (STJ, 3ª T., REsp nº 292.356/SP, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 27.08.2001, *DJU* de 08.10.2001, p. 213).
- 29 BÖCKING, Eduardo. *Istituzione di Diritto Civile Romano*, trad. italiana, Milano, Società Editrice Libreria, p. 100; PINTO, Nelson Luiz. *Op. cit.*, nº 5.10.2.2, p. 124.
- 30 NEQUETE, Lenine. *Op. cit.*, 2ª ed., p. 187.

- 31 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, cit., p. 166.
- 32 PINTO, Nelson Luiz. *Op. cit.*, no 5.10.2.2, p. 129; LEITE, Armando Roberto Holanda. *Usucapião Ordinário e Usucapião Especial*, S. Paulo, Ed. RT, 1983, p. 78.
- 33 SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, Rio, Freitas Bastos, vol. VI, p. 526; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, 8. ed., S. Paulo, Saraiva, 1987, vol. V, p. 107; GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 7. ed., Rio, Forense, 1980, p. 163.
- 34 O TJMG considerou que o usucapião de dez anos previsto no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil atual, não corresponde a uma redução do prazo de vinte anos instituído pelo art. 550 do Código anterior. Equivale, na verdade, a “uma nova espécie de usucapião, denominada pela doutrina de *usucapião qualificado*”. Por isso, decidiu que não se lhe aplica a regra de transição do art. 2.028 do novo Código. Dito prazo deve ser contado “desde o início da posse, ainda que sob a égide da lei anterior” (TJMG, 9a Cam. Civ., ApCiv 1.0245.07.128309-8/001, Rel. Des. Luiz Artur Hilário, ac. 15.05.2012, *Revista Síntese Direito Imobiliário*, v. 10, jul.-ago. 2012, p. 165).
- 35 MARQUES, J. M. Azevedo. *A Ação Possessória no Cód. Civ. Brasileiro*, S. Paulo, 1923, no 2, p. 2.
- 36 ARZUA, Guido. *Posse, o Direito e o Processo*, 2. ed., S. Paulo, Ed. RT, 1978, p. 71.
- 37 FULGÊNCIO, Tito. *Da Posse e das Ações Possessórias*, 5. ed., Rio, Forense, 1978, vol. I, no 11, p. 15.
- 38 FULGÊNCIO, Tito. *Op. cit.*, *loc. cit.*
- 39 TJMG, Ap. no 64.014, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior; TACiv.RJ, Ap. no 9619/94, Rel. Juiz Paulo Alves, ac. 09.03.95, in *JUIS – Saraiva* no 14.
- 40 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, no 214, N, p. 213.
- 41 A Constituição Federal de 1988, em seu art. 191, modificou os requisitos para a aquisição de imóvel rural, por usucapião especial, anteriormente definidos pela Lei no 6.969, de 10.12.1981. A área máxima que era de 25 hectares passou para 50.
- 42 PINTO, Nelson Luiz. *Op. cit.*, no 5.3, p. 73.
- 43 PINTO, Nelson Luiz. *Op. cit.*, no 5.3, p. 71.
- 44 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, no 195, pp. 180-181; FABRÍCIO. *Op. cit.*, no 449, pp. 517-518; PINTO, Nelson Luiz. *Op. cit.*, no 5.3, pp. 73-74.
- 45 FABRÍCIO. *Op. cit.*, no 451, p. 519.
- 46 TJMG, Ap. no 63.696, ac. de 03.05.1984. Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior, in *Rev. Jur. Mineira* 8/100; AI no 17.476, ac. de 22.03.1984, Rel. Des. Gouthier de Vilhena, in *DJMG* de 29.06.1984 e *RT* 590/207; TAMG, Ap. no 139.548-2, Rel. Juiz Lopes de Albuquerque, ac. de 03.06.1993, in *Rev. Julgs. TAMG* 51/96; TJSC, Ap. no 11.367, Rel. Des. Paulo Gallotti, ac. de 27.06.1995, in *Jurisp. Cat.* 74/285. No entanto, diversa é a situação do herdeiro que mantém posse própria, com ânimo de dono exclusivo sobre o bem integrado ao acervo hereditário. É que “o usucapião por condômino é possível, desde que a posse seja exercida com exclusividade sobre o bem almejado” (TJSP, 1a Câm. Civ., Ap.Civ. no 152.263-1, Rel. Des. Andrade Marques, ac. 22.10.1991, *Revista Jurídica*, 175/59). Nesse sentido: STJ, 4a T., REsp no 668.131/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 19.08.2010, *DJe* de 14.09.2010, *Revista Dialética de Direito Processual*, 92/134.
- 47 TJSP, Ap. no 285.752, ac. de 05.02.81, Rel. Des. Nogueira Garcez, in *RT* 349/84; TJSC, Ap. no

- 42.053, Rel. Des. Vanderlei Romer, ac. de 16.05.95, in *Jurispr. Cat.* 75/394.
- 48 TJSP, AI nº 33.569-1, ac. de 09.06.83, Des. Garrigó Vinhães, in *RT* 587/105.
- 49 CC de 2002, art. 1.199.
- 50 TJMG, Ap. nº 68.468, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior; TAMG, Ap. nº 185.897-9, Rel. Juiz Tenisson Fernandes, ac. 14.06.95, in *Adcoas* de 20.01.96, nº 8148615, in Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado*, 7ª ed., São Paulo, RT, 1998, vol. IV, p. 3.670.
- 51 TJMG, Ap. nº 67.269, ac. de 03.09.85, Rel. Des. Lúcio Urbano, in *Jur. Mineira* 92/333; TJSP, Ap. nº 252.237, ac. de 01.07.76, Rel. Des. Campos Gouvêa, in *RT* 502/79; STJ, REsp. 101.009/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. de 13.10.98, in *DJU* de 16.11.98, p. 40; TJSP, Ap. nº 200.129-2, Rel. Des. Pinheiro Franco, ac. de 19.11.92, in *JTJSP* 141/61. Miguel Reale, Parecer, in *RT* 514/42-44; STJ, 4ª T., REsp nº 668.131/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 19.08.2010, *DJe* de 14.09.2010.
- 52 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, S. Paulo, Ed. RT, 1984, pp. 234-235; ARRUDA ALVIM, Parecer acolhido pelo TJSP, ac. in *Rev. de Processo*, vol. 41; Nelson Luiz Pinto, *op. cit.*, nos 5-6, p. 83; THEODORO Jr., Humberto. “Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade das Sentenças”, in *Revista de Processo*, vol. 19; STF, Pleno, RE 97.589, ac. de 17.12.82, Rel. Min. Moreira Alves, in *DJU* de 03.06.83 e *RTJ* 107/778; STJ, EDCL no REsp. 55.728/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. de 20.08.98, in *DJU* de 26.10.98, p. 120; STJ, 6ª T., REsp nº 194.029/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, ac. 10.03.2007, *DJU* de 02.04.2007, p. 310.
- 53 “Terceiro não citado pessoalmente em ação de usucapião, em nome de quem está transcrito o imóvel, pode reivindicá-lo por ação ordinária, uma vez que a sentença, em relação a ele, não tem autoridade de coisa julgada, sendo desnecessária a propositura da ação rescisória” (STF, 1ª T., RE nº 96.696-0/RJ, Rel. Min. Alfredo Buzaid, ac. de 22.10.1982, *RT* 573/286). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 12.737/PR, Rel. Min. Dias Trindade, ac. de 24.09.1991, p. 15.257. “É cabível a ação declaratória de nulidade de sentença de usucapião, por não ter sido citado quem deveria integrar a lide” (STJ, 4ª T., REsp. nº 94.811/MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. de 29.10.1998, *DJU* de 01.02.1999, p. 197). Nesse sentido: STJ, 3ª T., REsp nº 97.928, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 13.08.1996, *RSTJ* 89/247.
- 54 LAMBAUER, Mathias. *Do Litisconsórcio Necessário*, S. Paulo, Saraiva, 1982, pp. 92-93; PINTO, Nelson Luiz. *Op. cit.*, nº 5.6, p. 85.
- 55 “Caso qualquer dos confrontantes deixe de ser citado pessoalmente, a sentença que ferir interesses seus, que seriam defendidos na ação de usucapião, é, a nosso ver, inexistente, por falta de um pressuposto processual de existência do processo, como também o seria caso não fosse citado o proprietário pessoalmente, e também caso não fosse publicado o edital previsto no art. 942, II, do CPC. Porém, se apesar da falta de citação de um dos confrontantes, a sentença a ele não disser respeito, ou seja, a área usucapienda em nada afete sua área de domínio, posse, ou qualquer outro interesse, não será caso de inexistência ou nulidade ou ineficácia da sentença, pois este não tem, no processo, interesse de réu, de parte, fato que só se pode constatar ao final da ação; daí a necessidade, por precaução da citação de todos. Trata-se de necessidade *secundum eventum litis*” (PINTO, Nelson Luiz. *Op. cit.*, nº 5.6, p. 86).
- 56 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, nº 461, p. 531. A simples intimação não interfere na

- competência da Justiça Estadual. Mas, “se a União intervém no processo, assumindo inequívoca posição de ré, oponente ou assistente, desloca-se a competência para a Justiça Federal” (STF, 1a T., RE no 90.992/SP, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, ac. de 20.05.1980, *RTJ* 93/1.291; STF, Pleno, Confl. Jurisd. no 6.534/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, ac. de 27.02.1985, *RTJ* 113/1008). Ulteriormente, “se a entidade de direito público federal for excluída da relação jurídica processual, o processo retornará à competência da Justiça Estadual” (STJ, 2a Seção, CC no 71/PB, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. de 28.06.1989, *RSTJ* 2/255). Nesse sentido: STJ, 2a S., CC no 28.169/GO, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 12.04.2000, *DJU* de 25.09.2000, p. 62.
- 57 STF, RE no 91.113, ac. de 20.05.80, Rel. Min. Cunha Peixoto, *in RTJ* 103/204; CJ no 6.534, Pleno, ac. de 27.02.85, Rel. Min. Francisco Rezek, *in RTJ* 113/1.008; RE no 92.125, ac. de 07.03.80, Rel. Min. Cordeiro Guerra, *in Juriscível* 87/227; STJ, CComp. 13.013-1/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. de 31.05.95, *in DJU* de 14.08.95, p. 23.977. STJ – Súmula 150: “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.”
- 58 TJSP, AI no 1.095-0, ac. de 12.11.81, Rel. Des. Carvalho Filho, *in RT* 558/92; AI no 977, ac. de 08.10.81, Rel. Des. Henrique Machado, *in RT* 560/99. A jurisprudência do STJ tem se inclinado para a competência do Tribunal Estadual e não do Tribunal Federal, na espécie (STJ, CComp. 1357/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. de 10.10.90, *in RSTJ* 38/415).
- 59 “Nessas circunstâncias, em que pese competir à Justiça Federal o julgamento das causas em que haja interesse da União, ou mesmo aferir a real existência desse interesse, a competência para a análise do recurso de apelação interposto contra a decisão proferida por Juiz de Direito Estadual não pode ser conferida ao Tribunal Regional Federal, consoante o verbete contido na Súmula no 55/STJ. Conflito conhecido para declarar a competência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para o julgamento do recurso de apelação” (STJ, 2a Seção, CC 16.366/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 09.05.2001, *DJU* 20.08.2001, p. 344).
- 60 STF, CF no 6.103-0, ac. de 14.09.78, Rel. Min. Cunha Peixoto, *in RT* 533/235; RE 95.361-2 ac. de 23.09.83, Rel. Min. Aldir Passarinho, *in RT* 587/232; TJSP, AI no 563-1, ac. de 04.03.80, Rel. Des. Evaristo dos Santos, *in RT* 543/82; STJ, REsp. 54.753/SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. de 04.04.95, *in DJ* 15.05.95, p. 13.409.
- 61 STF, RE no 94.108, ac. de 15.12.81, Rel. Min. Soares Muñoz, *in RTJ* 106/223; STJ, CComp. 689/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 13.12.89, *in RSTJ* 18/175.
- 62 STF, RE no 84.056, ac. de 03.09.76, Rel. Min. Cordeiro Guerra, *in RTJ* 79/304; STJ, CC 799/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 13.12.89, *in RSTJ* 11/66.
- 63 STJ, 4a T., REsp. 656.471/PR, Rel. Min. Jorge Scartezzini, ac. 17.02.2005, *DJU* 21.03.2005, p. 402; Súmula no 11 do STJ.
- 64 2o TACiv.-SP, Ap. no 43.733, *in RT* 493/153; STJ, Ag.Rg. no MS 1163/DF, Rel. Min. José de Jesus Filho, ac. de 18.12.91, *in DJU* de 09.03.92, p. 2529; STJ, 2a T., AgRg no REsp no 724.538/RS, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 12.06.2007, *DJU* de 22.06.2007, p. 397; STJ, 1a T., REsp no 627.975/PB, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 21.09.2006, *DJU* de 09.10.2006, p. 260.
- 65 TJMG, Ap. no 69.815, ac. de 07.08.86, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior. Para reconhecer a conexão, não é preciso que as partes sejam as mesmas nas duas ações. Basta

- que ambas tenham por objeto “um mesmo bem da vida” (STJ, 2a S., CC nº 89.681/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 28.05.2008, *DJe* de 05.06.2008).
- 66 STJ, 4a T., REsp nº 967.815/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 04.08.2011, *DJe* de 05.09.2011.
- 67 TJPR, Ap. nº 587/77, ac. de 04.10.77, Rel. Des. Henrique Dorfmund, in Rogério Fernal, *usucapião*, B. Horizonte, 1983, p. 125. Entende-se, porém, que a exigência de individualização não deve ser exagerada a ponto de invalidar o processo em razão de deficiências posteriormente esclarecidas e supridas no curso da ação, através de prova pericial (TJSP, Ap. nº 271.037, ac. de 29.06.78, Rel. Des. Campos Gouvêa, in RT 524/79). Também em sentido liberal: TJMS, Ap. nº 24.925-4/01, Rel. Des. Chaves Martins, ac. de 06.12.94, in RJTJMS 102/15.
- 68 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, nº 456, p. 526; TJ, Ap. nº 9.243, ac. de 16.08.77, Rel. Des. Pompeu de Barros, in RT 510/196; TJSC, Ap. nº 40.103, Rel. Des. Álvaro Wandelli, ac. de 08.02.94, in *Jurispr. Cat.* 72/325. Sobre a admissibilidade de substituir a planta por croqui sem assinatura de profissional habilitado (TJBA, 1a CC, Ap. nº 23.510-9/95, Rel. Des. Carlos A. Dutra Cintra, ac. de 26.03.1997, RT 741/347; RJTJRS 118/399).
- 69 TJMG, Ap. nº 63.939, Rel. Des. Paulo Gonçalves; NEGRÃO, Theotônio. *Cód. Proc. Civil e Leg. Proc. em Vigor*, 17a ed., S. Paulo, Ed. RT, nota 2 ao art. 942, p. 354; in RT 491/77 e 510/196; TJSP, Ap. nº 21.066-4, Rel. Des. Olavo Silveira, ac. de 29.01.98, in JUIS – Saraiva nº 14.
- 70 NEGRÃO, Theotônio. *Op. cit., loc. cit.*, in RT 568/74; TJSP, Ap. nº 187.317-1/6, Rel. Des. Mattos Faria, ac. de 27.04.93, in *Adcoas* 10.11.93, nº 141.814.
- 71 NEQUETE, Lenine. *Da Prescrição Aquisitiva*, 3. ed., p. 83; Fabrício, *op. cit.*, nº 453, p. 521; SANTOS, Ernane Fidelis. *Op. cit.*, nº 193, pp. 179-180.
- 72 “Audiência preliminar do art. 942 do CPC. Não tendo sido citados para a audiência preliminar o MP, a pessoa em cujo nome está transcrito o imóvel e os confrontantes, o processo é nulo *ab initio*” (STF, RE nº 97.654, ac. de 26.10.82, Rel. Min. Alfredo Buzaid, in RTJ 105/432). NEGRÃO, Theotônio. *Op. cit.*, nota 9 ao art. 942, p. 355; TJSP, Ap. nº 264.481, ac. de 18.11.77, Rel. Des. Gonzaga Júnior, in RT 510/91; AI nº 269.076, ac. de 20.04.78, Rel. Des. Costa Leite, in RT 516/88. A nulidade do processo, por volta de citação de algum réu certo, pode ser decretada em ação anulatória, nos moldes do art. 486 do CPC, não havendo necessidade de utilizar-se a ação rescisória (STJ, 4a T., REsp nº 62.853/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 19.02.2004, DJU de 1o.08.2005, p. 460).
- 73 A omissão da cientificação da Fazenda Pública é irregularidade processual menor do que a falta de citação. Só pode conduzir à nulidade do processo se se alegar e provar prejuízo, nos termos do art. 249, § 1o, pois não está ligada ao litisconsórcio necessário nem à formação mesma da relação processual (Ernane Fidelis dos Santos, *op. cit.*, nº 205, pp. 195-197). Já se decidiu, porém, que essa cientificação da Fazenda para manifestar interesse é necessária “e sua falta acarreta a nulidade do processo” (TJSC, Ap. nº 10.845, in RT 493/187).
- 74 “A justificação prévia, como primeira fase da ação de usucapião, destina-se a demonstrar *quantum satis* desde logo que o pedido não é temerário e se acha apoiado em boa aparência legal, bem como a facultar elementos pelos quais se possa inferir quais os interessados certos e incertos que devam ser citados. Só a sentença de segunda fase profere o juízo declaratório

- definitivo, depois de correr a ação os seus trâmites legais: art. 943, parág. único, do CPC” (TJRJ, Ap. no 35.607, ac. de 10.07.75, Rel. Des. Rodrigues Silva, *in RT* 493/195).
- 75 TJRJ, Ap. no 35.607, cit. na nota anterior.
- 76 TJSP, AI no 272.030, ac. de 14.09.1978, Rel. Des. Almeida Camargo, *in RT* 524/96; RJTJSP, 37/27; no mesmo sentido: TJMG, Ap. no 62.984, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior; Ap. no 67.573, ac. de 24.10.1985, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior.
- 77 Fabrício, *op. cit.*, no 457, p. 527.
- 78 “Sendo a justificação da posse pressuposto indispensável para prosseguimento da ação de usucapião, a sua inexistência implica a extinção do processo, sem julgamento de mérito” (TJMG, Ap. no 67.817, ac. de 21.11.85, Rel. Des. Rubem Miranda, *in Jur. Mineira* 92/369); TJRS, Ap. no 35.361, ac. de 08.05.80, Rel. Des. Gervásio Barcellos, *in RJTJRS*, 82/441.
- 79 TJSP, AI no 254.202, ac. de 19.08.76, Rel. Des. Geraldo Roberto, *in RT* 503/108.
- 80 TJSP, AI no 272.030, ac. de 14.09.78, Rel. Des. Almeida Camargo, *in RT* 524/96.
- 81 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, no 201, p. 189.
- 82 NEGRÃO, Theotônio. *Op. cit.*, nota 3 ao art. 945, p. 356; *in RT* 487/68 e *RJTJSP* 38/102; TRF da 3ª R., Ap. no 28.737, Rel. Juiz Fauzi Uchôa, ac. 15.12.1992, *in Rev. TRF da 3ª R.* 12-14/104.
- 83 TJSP, Ap. no 254.065, ac. de 10.08.76, Rel. Des. Cardoso Rolim, *in RT* 514/119; STF, Ação Cível Originária 248/SP, ac. 06.04.78, do voto do Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *in RTJ* 85/730.
- 84 FABRÍCIO, *Op. cit.*, no 468, p. 539; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Cód. de Proc. Civil*, 2. ed., Rio, Forense, p. 210.
- 85 TJMG, Ap. no 61.069, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior; TJMG, Ap. no 67.573, ac. de 24.10.1985, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior; TJSP, Ap. no 278.884, ac. de 08.05.1979, Rel. Des. José Cardinale, *in RT* 527/84.
- 86 “O curador nomeado ao confinante citado por edital, na ação de usucapião, não está obrigado a produzir defesa de mérito, salvo se dispuser de elemento” (TJMG, Ap. no 67.269, Rel. Des. Lúcio Urbano, *in Rev. AMAGIS* 9/224).
- 87 TJMG, Ap. no 48.382; Rel. Des. Edésio Fernandes, *in RT* 530/201; TJSP, AI no 19.224, ac. de 01.07.82, *in RT* 563/95; TACiv.RJ, Ap. no 11.614/93, Rel. Juiz Kuhl Leite, ac. de 07.12.93, *in Arqs. TARJ* 18/132; STJ, 4ª T., REsp no 171.624, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 29.06.2004, *RSTJ* 195/336.
- 88 TJSP, AI no 253.651, ac. de 22.06.76, Rel. Des. Henrique Machado, *in RT* 503/106. A Súmula 237 do STF, que permite a arguição de usucapião em defesa, refere-se naturalmente às ações petórias. Não tem aplicação às possessórias, já que nestas não é lícito ao réu produzir a *exceptio proprietatis* (Cód. Civil, art. 1.210, § 2º).
- 89 Pontes de Miranda, *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, Rio, Forense, 1977, vol. XIII, p. 385.
- 90 TJMG, Ap. no 46.719, ac. de 24.10.77, Rel. Des. Régulo Peixoto, *in Rev. Forense* 263/225; TRF da 2ª R., Ap. no 90.02.20256-3/RJ, Rel. Juiz Ney Magno Valadares, ac. de 15.06.92, *in Rev. TRF da 2ª R.*, 7º/127. Contudo, “o que enseja nulidade, nas ações em que há obrigatoriedade de intervenção do MP, é a falta de intimação do seu representante, não a falta de efetiva manifestação deste” (STJ, 4ª T., REsp no 5.469-0, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 20.10.1992, *RSTJ* 43/227). No mesmo sentido: TJSP, 5ª Câm. Dir. Priv., Ag.

- In. no 198.195.4/4, Rel. Des. Marcus Andrade, ac. 08.11.2001, *RT* 797/242.
- 91 FABRÍCIO, *Op. cit.*, no 469, p. 540; Pontes de Miranda, *op. cit.*, vol. XIII, p. 384.
- 92 PONTES DE MIRANDA, *Op. cit.*, p. 384.
- 93 TJMG, Ap. no 68.659, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior; TJSP, Ap. no 271.037, ac. de 02.09.1978, in *RT* 524/79.
- 94 TJMG, Ap. cit. na nota anterior.
- 95 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, nos 213 e 214-Q, pp. 205 e 215.
- 96 *Op. cit.*, no 213, p. 205.
- 97 TJSP, AI no 9.996, ac. de 19.05.1981, Rel. Des. Sydney Sanches, in *RT* 557/97; TRF da 4ª R., AR 93.04.36630-5, Rel. Juiz Amir Finocchiaro, in *ADV* 08.10.95, no 71.115; TJSC, Ap. no 46.106, Rel. Des. Newton Trisotto, ac. 27.09.94, in *Jurispr. Cat.* 73/399.
- 98 STF, RE 96.696, ac. de 22.10.82, Rel. Min. Alfredo Buzaid, in *RTJ* 104/826; ERE 96.696, Pleno, ac. de 26.10.83, Rel. Djaci Falcão, in *RTJ* 108/732; TJSP, Ap. no 122.711-1, Rel. Des. Reis Kuntz, ac. de 10.05.90, in *RT* 660/93.
- 99 TJRS, Ap. no 583, ac. de 27.03.84, Rel. Des. Elmir Manssour, in *RBDP* 44/195.
- 100 STF, RE e ERE 96.696, cits.; STF, RE 101.289/PR, Rel. Min. Carlos Madeira, ac. de 21.03.86, in *RTJ* 118/198; TJRS, Ap. no 593096761, Rel. Des. Oswaldo Stefanello, in *RJTJTS* 166/286.
- Pontes de Miranda entende que até mesmo o oficial encarregado da transcrição da sentença no Registro de Imóveis pode suscitar dúvida, pois, a seu ver, se a sentença foi proferida sem a citação daquele em cujo nome o imóvel se acha transcrito, o caso é de “sentença nula” (*Comentários ao Cód. Proc. Civil*, vol. XIII, p. 378).
- 101 TJMG, Ap. no 61.544, ac. de 15.09.1983, Rel. Des. Milton Fernandes, in *DJMG* de 10.11.1983.
- 102 NEGRÃO, Theotônio. *Op. cit.*, nota 3 ao art. 945, p. 356; in *RT* 487/68 e *RJTJSP* 38/102.
- 103 TJSP, Ap. no 271.944, ac. de 25.07.1978, Rel. Des. Andrade Junqueira, in *RT* 519/121.
- 104 “O registro da usucapião no cartório de imóveis serve não para constituir, mas para dar publicidade à aquisição originária (alertando terceiros), bem como para permitir o exercício *ius disponendi* (direito de dispor), além de regularizar o próprio registro cartorial” (STJ, 3ª T., REsp no 118.360/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 16.12.2010, *DJe* de 02.02.2011).
- 105 “A usucapião é modo originário de aquisição da propriedade; ou seja, não há transferência de domínio ou circulação entre o proprietário anterior e o usucapiente” (STJ, 3ª T., REsp no 118.360/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 16.12.2010, *DJe* de 02.02.2011). Em outros termos: “Assim, a sentença oriunda do processo de usucapião é tão somente título para registro (...) e não título constitutivo do direito do usucapiente, buscando este, com a demanda, atribuir segurança jurídica e efeitos de coisa julgada com a declaração formal de sua condição” (*idem, ibidem*).
- 106 TJMG, Ap. no 57.810, ac. de 25.02.1982, Rel. Des. Milton Fernandes, in *Jur. Mineira* 85/105.
- 107 STF, RE 94.580-RS, ac. de 30.08.1984, Rel. Min. Djaci Falcão, in *RTJ* 117/652; TAPR, Reex. Nec. 9/90, Rel. Juiz Luiz Cezar de Oliveira, ac. de 27.11.1990, in *Paraná Judiciário* 35/217.
- 108 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, no 214, pp. 207-208; Adroaldo Furtado Fabrício, *op. cit.*, no 477, pp. 549-550.
- 109 TJMG, AI no 15.521, ac. de 19.11.1979, Rel. Des. Vaz de Mello, in *Jur. Mineira* 76/33, e *RT* 540/182; Ap. no 52.463, ac. de 15.02.1980, in *RT* 548/189; TJSC, Ap. no 9.957, ac. de

- 02.08.1974, *in RT* 472/191; TJSP, Ap. nº 101.551, ac. de 27.06.1966 *in Rev. Forense* 220/209.
- 110 TJMG, Ap. nº 63.137, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior. Em ação possessória, porém, nunca será admissível a exceção reconventional de usucapião (TJSP, AI nº 253.651, ac. de 22.06.1976, *in RT* 503/106. Veja-se, ainda, o que se comentou no item nº 1.304, *retro*).
- 111 TJMG, Ap. nº 63.607.

§ 218. DISCIPLINA GERAL DO PROCEDIMENTO DIVISÓRIO E DEMARCATÓRIO (JUÍZO DIVISÓRIO)

Sumário: 1.352. Introito. 1.353. Noções gerais. 1.354. As ações divisórias. 1.355. Objetivo do procedimento demarcatório e divisório. 1.356. Caráter unitário do procedimento. 1.357. Procedimento. 1.358. Citação única. 1.359. Natureza da ação. 1.360. Competência. 1.361. Competência em caso de cumulação de divisão e demarcação. 1.362. Competência em caso de ações propostas separadamente.

1.352. Introito

O tema do juízo de divisão e demarcação de terras é vasto e complexo. Tem sido, por isso, objeto de tratados e estudos alentados, no curso da história antiga e moderna do direito, tanto material como processual.

Acerca da matéria já publicamos um livro sob o título *Terras Particulares: Demarcação, Divisão e Tapumes* (2ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1986), onde, ao longo de mais de quinhentas páginas, tentamos abordar, de maneira exaustiva quanto possível, as questões intrincadas que o juízo divisório enseja em nível de direito substancial e formal.

O presente curso não comporta a renovação aprofundada do estudo já feito em torno do assunto. Abordamos, a seguir, tão somente alguns ângulos mais característicos das ações de divisão e demarcação de terras particulares. Para completar a análise do tema, remetemos o leitor à monografia referida.

1.353. Noções gerais

O mais amplo e importante dos direitos reais regulados pelo direito privado é, sem dúvida, o domínio ou propriedade.

Sobre o bem do domínio, tem o dono o amplo direito de usar, gozar e dispor, bem como o de reavê-lo de quem quer que o possua injustamente (Cód. Civ. de 1916, art. 524; CC de 2002, art. 1.228). E esses poderes, que configuram o domínio, apresentam-se, do ponto de vista jurídico, exclusivos e ilimitados, até prova em contrário, como dispõe o art. 527 do mesmo Código (CC de 2002, art. 1.231).

Para que o dono possa, então, exercer tão extensos e ilimitados poderes, que excluem a coexistência de outros iguais ou similares por parte de outras pessoas, a condição *sine qua non* é que o objeto do domínio seja precisamente identificado.

Em se tratando de *bens móveis*, tal se dá pela individualização inerente à própria natureza dessas coisas, que a distingue de todas as demais. Já quanto aos *bens imóveis*, é pela exata fixação dos limites dos prédios e terrenos que se consegue sua identificação.

Daí assegurar o art. 1.297 do Código Civil de 2002 (CC de 1916, art. 569), que todo “proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas”; enquanto o art. 1.320 do CC de 2002 (art. 629, CC de 1916) acrescenta que “a todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão”.

É o caráter de exclusividade e absolutismo do domínio, sem embargo das tendências restritivas e socializantes do direito moderno, que inclui e mantém nos poderes do proprietário o de forçar a demarcação do seu prédio ou a divisão do prédio comum, pois tanto a incerteza dos limites como a comunhão criam embaraços sérios e indesejáveis ao exercício completo das faculdades inerentes ao direito de propriedade que não podem persistir sempre que o dono se disponha a usufruir plenamente seus direitos subjetivos sobre o imóvel.

1.354. As ações divisórias

Desde o antigo direito romano, pôde o dono do bem imóvel usar de duas ações que, tradicionalmente, se destinam a eliminar, por meio da atividade jurisdicional, os limites confusos e a extinguir o condomínio, que são: a *actio finium regundorum*, hoje denominada “ação de demarcação”, e a *actio communi dividundo*, atualmente apelidada “ação de divisão”.¹

Com elas dá-se a realização em juízo à pretensão de demarcar e de dividir, que se amparam nos arts. 529 e 569 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, arts. 1.281 e 1.297), e cuja regulamentação procedimental se encontra no Capítulo VIII do Título I, Livro IV, do Cód. Proc. Civil, entre os denominados “procedimentos especiais de jurisdição contenciosa” (arts. 946 a 981).

1.355. Objetivo do procedimento demarcatório e divisório

A ação de demarcação cabe ao proprietário “para obrigar o seu confinante a estreimar os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados” (Cód. Proc. Civil, art. 946, no I). E a ação de divisão compete ao condômino “para obrigar os demais consortes a partilhar a coisa comum” (*idem*, art. 946, no II).³

O fito da ação demarcatória, portanto, é “simplesmente reavivar os rumos existentes, ou fixar os que deveriam existir”, na lição de Pontes de Miranda.² Já o da ação divisória é a dissolução do condomínio, transformando a cota ideal de cada comunheiro sobre o prédio comum em “parte concreta e determinada”.³

Ambas formam, em seu conjunto, o que tradicionalmente se denomina “juízo divisório”, que tem em comum não só vários atos procedimentais, como ainda a preocupação de individualizar, da maneira mais perfeita possível, a propriedade imobiliária.

Mas para alcançar este objetivo final, tanto da demarcatória como da divisória, primeiro ter-se-á que acertar o direito material das partes à demarcação ou à divisão. Por isso, o procedimento se desdobra em duas fases distintas e necessárias: uma a respeito da definição do direito de dividir ou demarcar, e outra em que se levam a efeito as operações técnicas de demarcação e divisão, propriamente ditas, e que naturalmente pressupõem o acolhimento da pretensão apreciada e decidida na primeira fase.⁴

1.356. Caráter unitário do procedimento

A contestação do pedido divisório ou demarcatório é feita na primeira fase, no prazo de 20 dias, após a citação (CPC arts. 954 e 968), devendo prosseguir-se conforme procedimento ordinário, até a sentença que, encerrando dita fase, acolherá ou rejeitará o pedido (CPC, arts. 955 e 968).

Nesse ensejo poderá o contestante incluir na matéria a decidir questões como inexistência do domínio do autor, inocorrência de contiguidade entre os prédios, ilegitimidade da linha perimétrica pretendida pelo autor, desnecessidade da demarcação por já existirem limites certos entre os prédios, usucapião em seu favor, inexistência de comunhão, indivisibilidade do imóvel etc.

Assim, em função da *litis contestatio*, poderá o juiz ser levado a decidir, contenciosamente, sobre temas estranhos à divisão ou demarcação, mas que lhes são prejudiciais, fazendo coisa julgada material entre as partes, o que então se julga na sentença da primeira fase.

O processo, no entanto, não é múltiplo, no sentido de envolver duas ações, uma sobre a existência do direito de dividir ou demarcar, e outra sobre a execução deste mesmo direito.

O processo divisório e demarcatório, embora dividido em duas fases, tal como se dá nas ações de prestação de contas, é *uno*, como lembra Lopes da Costa, pois o pedido que o provoca “é um só”, o de assinalar no terreno os limites ou de fixar materialmente os quinhões certos de cada condômino.⁵

Há, então, “um só processo”, com duas sentenças, ambas de mérito:

“a) a primeira sobre o fundamento do pedido;

b) a segunda, da mesma natureza, julgando a demarcação.”⁶

Dá-se, de tal sorte, a cisão da lide em duas partes, configurando a espécie julgamentos parciais e sucessivos de questões de uma só lide.⁷

Toda e qualquer matéria que, outrossim, possa influir na extinção do condomínio ou da confusão de limites e que seja objeto de alegação das partes, tem de ser apreciada e dirimida pelo juiz, pouco importando sua maior ou menor complexidade.

A propósito – ensina Theotônio Negrão –, “não se aplica ao juízo divisório o disposto no art. 984 do CPC, que só tem lugar nos inventários; mesmo as questões de alta indagação devem ser resolvidas na divisão (RTJ 90/1.094)”.⁸ Nesse sentido decidiu o STF no RE 90.677.9

1.357. Procedimento

Na primeira fase o procedimento é ordinário, com possibilidade de julgamento antecipado da lide, se houver revelia (CPC, art. 955). Na demarcatória, a revelia é de pequena

consequência, porque, mesmo sem contestação, o juiz terá de promover a prova pericial para levantamento do traçado da linha demarcanda, antes de proferir a sentença da primeira fase (*idem*, art. 956).

Por outro lado, o atual Código, eliminando certas controvérsias do tempo do Estatuto de 1939, tornou claro que a sentença é indispensável, no primeiro estágio do juízo divisório, ainda quando inexistir contestação dos promovidos (art. 955).

Na segunda fase, também impropriamente chamada por alguns de “fase executória”, o procedimento é especial, observando-se, na demarcação, o rito preconizado pelos arts. 959 a 966; e, na divisão, o dos arts. 969 a 981, todos do CPC.10

É inadequada a conceituação da segunda fase como “executória”, porque na verdade não se trata de executar a sentença da primeira, que nem sequer tem a natureza condenatória, mas apenas a declaratória, positiva ou negativa, conforme reconheça, ou não, o direito de demarcar ou dividir.¹¹

O que há é um prosseguimento da atividade jurisdicional instaurada com a petição inicial, e que não se encerra com a sentença da primeira fase.

Essas ações, no seu todo, como observa Pontes de Miranda, embora integradas entre as do processo de cognição, na verdade são *ações executivas lato sensu*,¹² pela maior carga de executividade que contêm, evidenciada pelo pedido do autor, que, desde a origem do procedimento, não se dirige à declaração, condenação ou constitutividade, mas preponderantemente aos atos materiais de fixar no solo os limites do prédio ou de determinar concretamente a partilha do imóvel comum.¹³

1.358. Citação única

Porque o processo é uno e a segunda fase não é, tecnicamente, uma execução de sentença, dispunha o art. 499 do CPC de 1939 que citação inicial compreendia todos os atos do processo, “inclusive os de execução”.

O dispositivo não foi reproduzido no Código atual, sem que isto, porém, possa levar à conclusão de ser, agora, necessária nova citação após a sentença que acolhe o pedido de divisão ou demarcação.

Na verdade, o que fez o legislador foi excluir uma regra desnecessária e ociosa, e que continha mesmo uma impropriedade terminológica, ao considerar como de *execução* os atos da segunda fase do procedimento.

“Para início e prosseguimento desses atos, evidentemente, não há necessidade de nova citação, nem pelo atual, nem pelo Código anterior”, como judiciosamente observa Marcos Afonso Borges.¹⁴ Se ainda não se esgotou a composição da lide, tal como foi deduzida em juízo pela petição inicial do autor, é claro que a passagem dos atos de definição para os trabalhos técnicos reclamados pela divisão ou demarcação não escapa da relação processual desde o início instalada e aperfeiçoada com a citação dos promovidos.

Para se passar da definição do direito à sua realização, em tais feitos, não há que se mudar de ação ou de processo, pois aqui se depara com ações executivas *lato sensu*, ou seja, com aquelas ações cuja sentença se faz atuar imediatamente, sem ensejar a criação de *actio iudicati* ou execução forçada, no sentido técnico.¹⁵

Outra particularidade do juízo divisório é a autorização legal para que a citação seja feita por edital sempre que algum condômino ou confrontante resida em outra comarca, mesmo que conhecido o seu endereço (arts. 953 e 968).

Se, entretanto, ao pedido de demarcação se cumula a queixa do esbulho, a citação não pode ser feita por edital apenas pelo fato de o réu não ter residência na comarca, como autoriza a regra especial do art. 953. Haverão de ser observadas as regras comuns da citação (arts. 213 e segs.).¹⁶

1.359. Natureza da ação

As ações de divisão e demarcação, do ponto de vista civilístico, “tendo por seu principal fundamento um direito real, a sua natureza deve corresponder à deste direito”; portanto, são elas, no ensinamento sempre atual de Affonso Fraga, *ações reais* (*actiones in rem*).¹⁷

A divisão do condomínio e a fixação dos limites do prédio junto ao seu confinante só existem em função do direito real de propriedade sobre o imóvel a dividir ou demarcar.

O exercício eficaz de tais pretensões em juízo, como se vê, pressupõe, na pessoa do autor, o domínio ou *ius in re* sobre o imóvel litigioso, de modo que, sem ele, inexistirá para os réus a obrigação legal de sujeitar-se ao processo, e o autor será havido como carecedor da ação.

Pela natureza real das questionadas ações, manifestam-se, entre outros, Marcos Afonso Borges,¹⁸ Pontes de Miranda¹⁹ e Lopes da Costa.²⁰

Sendo, na realidade, o domínio um antecedente lógico e indispensável do exercício do direito de reclamar em juízo a divisão ou demarcação, é evidente que só podem ser consideradas *reais* as ações divisórias e demarcatórias. Isto porque, na definição do próprio Código de Processo Civil, são *reais* as ações “fundadas em direito real” (art. 95), entre as quais o citado dispositivo arrolou, expressamente, como sujeita a *foro rei sitae* as de divisão e demarcação.

Sobre a natureza real das ações divisórias e demarcatórias já pairou séria controvérsia, mas, diante da orientação expressamente esposada pelo Cód. Proc. Civil de 1973, não há mais lugar a dúvidas.

A definição da natureza dessas ações, dentro do critério civilístico (*ações reais e pessoais*), é importante para determinar-se a legitimação passiva e ativa, posto que, em se tratando de ações reais imobiliárias, terá o autor de agir mediante consentimento do seu cônjuge (CPC, art. 10), sendo ainda obrigatória a citação de marido e mulher, sempre que casados forem os sujeitos processuais passivos (CPC, art. 10, parágrafo único, no 1).²¹

No plano puramente processual, as ações do juízo divisório são classificadas como executivas *lato sensu*, pela predominância dos atos materiais de transformação da realidade fática, sem a necessidade do concurso da *actio iudicati*, como já demonstramos no tópico anterior.

1.360. Competência

No plano da competência internacional, sendo o procedimento da divisão ou demarcação ação relativa a imóvel situado no Brasil, seu processamento e julgamento são atribuições exclusivas do Poder Judiciário nacional. A regra já se encontrava no art. 12, § 1º, da Lei de

Introdução (“só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil”), e foi reproduzida no art. 89, I, do atual Código de Processo Civil.

Trata-se de competência absoluta e inderrogável;²² mais do que isto, é exclusiva, de sorte que não admite concorrência de tribunais estrangeiros, como se dá nas hipóteses do art. 88 do Código de Processo Civil. Nunca será, portanto, homologável no Brasil qualquer sentença estrangeira que tenha julgado divisão ou demarcação de imóvel aqui localizado.²³

Para a competência interna (isto é, a competência do juiz nacional), a regra a observar é a do *forum rei sitae*. De acordo com o art. 95 do Código de Processo Civil, nas ações fundadas em direito real sobre imóveis, como é o caso da divisão e da demarcação, competente é o foro da situação da coisa, sem que prevaleça o foro de eleição ou o do domicílio das partes. Aqui, também, a competência é absoluta e inderrogável.²⁴

Quando o imóvel for situado em duas comarcas ou dois Estados, o foro será determinado pela prevenção, e o juiz que conhecer da causa terá sua competência prorrogada sobre toda a extensão do imóvel, mesmo aquela porção que se situar fora de sua circunscrição territorial (CPC, art. 107). Não dependerão, por isso, de precatória, as diligências relacionadas com as operações de campo, cuja prática tiver que se verificar no imóvel litigioso, fora do território do juízo da causa.

Se, durante a pendência da causa, o imóvel passar a pertencer a outra comarca, por redivisão territorial da Justiça, ou outro qualquer motivo, a competência também se deslocará, por se tratar de competência *ratione materiae*, não sujeita ao princípio da *perpetuatio iurisdictionis* (CPC, art. 87).²⁵

1.361. Competência em caso de cumulação de divisão e demarcação

Admite o Código a cumulação da divisão e demarcação de um mesmo imóvel, num só processo. Trata-se, porém, de cumulação apenas sucessiva, porque primeiro se realiza a demarcação e depois a divisão, sendo até mesmo distintas as partes de um e outro procedimento cumulados (CPC, art. 947).

Entre a divisão e a demarcação, na espécie, há conexão, porque o objeto (um dos imóveis) é comum nos dois feitos. Mas a cumulação é apenas de ordem prática, fundada na economia processual e na prejudicialidade, sem a força de criar competência para o juiz que nunca a teve. A conexão só amplia ou modifica, em regra, a competência relativa, não a absoluta.

Por isso, entende Pontes de Miranda, com razão, que a competência do juiz da demarcação só se estenderá para a divisão se parte do imóvel dividendo também estiver sob sua jurisdição.

Se cada imóvel confinante ficar de um lado da divisão dos territórios das duas comarcas ou Estados, ou se o imóvel a dividir se achar todo numa só comarca (apenas o demarcando é que se situa nas duas), a competência comum será apenas para a demarcação. A divisão continuará pertencente ao *forum rei sitae* já que as terras a partilhar, a nenhum título, se acham subordinadas ao foro do outro imóvel demarcado, a não ser para o próprio ato da demarcação.

Mas se uma parcela, mínima que seja, do imóvel dividendo invadir o território da outra comarca, então qualquer dos dois foros poderá se prestar para a demarcação e a divisão cumuladas, resolvendo-se o problema pela prevenção.²⁶

Descobrimo a cumulação indevida, no início do processo, o juiz a repelirá desde logo. Se é

no curso das ações cumuladas que o juiz descobre que a linha demarcanda confere com a linha de divisão do território da comarca, ou que o imóvel partilhando está inteiramente alheio à sua jurisdição, deverá então proferir apenas a sentença de demarcação, dando-se por incompetente para prosseguir na divisão do imóvel que restou inteiramente fora da circunscrição territorial de seu juízo.²⁷

1.362. Competência em caso de ações propostas separadamente

Pode acontecer que já estava em curso a ação de divisão, quando um dos vizinhos resolveu propor ação demarcatória a respeito de sua linha de limites com o imóvel dividendo.

Há inegável conexão entre as duas causas pendentes, pois os limites do imóvel em divisão, discutidos na ação demarcatória, representam questão prejudicial para a partilha.

A competência poderá, então, ser atraída para o juízo da divisória (CPC, art. 947, analogicamente), onde serão cumulados os processos, para julgamento, primeiro da demarcatória, e, em seguida, da divisória.

Essa cumulação, todavia, é apenas facultativa, porque em matéria de conexão não se aplica obrigatoriamente a prorrogação preventiva de competência quando esta é absoluta e não apenas territorial. Pode, assim, preferir o juiz simplesmente suspender o curso da divisória, para aguardar o julgamento da demarcatória, em função da sua prejudicialidade (CPC, art. 265, IV, *a*), em vez de cumular os dois processos. Mesmo porque o resultado prático seria igual, pois juntando ou não os dois feitos o julgamento de cada um deles teria que ser sempre separado.

O que não é admissível é o andamento simultâneo das ações de divisão e demarcação, quando relacionadas com um só imóvel. A demarcatória, necessariamente, terá de ser discutida e solucionada em caráter preliminar, em forma de concurso sucessivo de processos.

§ 219. AÇÃO DE DEMARCAÇÃO

Sumário: 1.363. Legitimação ativa para o procedimento demarcatório. 1.364. Legitimação passiva para a demarcação. 1.365. Cumulação de demarcatória e reivindicatória. 1.366. Demarcatória cumulada com queixa de esbulho. 1.367. Roteiro geral do procedimento demarcatório.

1.363. Legitimação ativa para o procedimento demarcatório

Diz o art. 946 que a ação demarcatória cabe ao proprietário para obrigar o seu confinante a estrear os respectivos prédios.

Isto quer dizer que, para demarcação do domínio, só tem ação (legitimidade para propor a demarcatória) o proprietário.²⁸

Mas não apenas o titular do domínio pleno, pois na expressão *proprietário* deve-se compreender também o que detém a propriedade semiplena ou limitada.

A propriedade é plena ou ilimitada quando os seus atributos ou faculdades elementares se acham reunidos em torno de uma só pessoa, que, então, se apresenta como o *proprietário pleno* ou *exclusivo* (o único dono). É *semiplena* ou *limitada* “quando dela se destacam alguns dos seus direitos elementares, como o uso, a percepção de frutos, a sua livre disposição, em que se biparte o domínio entre dois senhores, achando-se ora o nu-proprietário de um lado e o usuário ou usufrutuário de outro, ora o senhorio de um lado e o enfiteuta de outro”.²⁹ É também restrita a propriedade resolúvel, como a do fiduciário.

Ao falar a lei que a demarcatória cabe ao *proprietário* não tem a preocupação de distinguir o *proprietário pleno* do *proprietário limitado*, de modo que também este tem legitimidade *ad causam* para propor a demarcação do prédio sobre o qual incide o seu *ius in re*.

Entende Assis Moura que apenas na enfiteuse se pode falar, propriamente, em desmembramento do domínio, e portanto só o enfiteuta seria considerado participe do direito de propriedade, adquirindo condição para promover a demarcação como proprietário. Para os demais titulares de direitos reais sobre coisa alheias, o domínio permaneceria com o nu-proprietário, sem que se pudesse falar em igual direito para o que tivesse o uso, o gozo, o direito à seqüela, a retenção etc.

Para o mencionado autor, o usufrutuário, o usuário, o credor hipotecário ou anticresista só poderiam figurar no processo demarcatório como *assistentes* do proprietário.³⁰

A meu ver, não há razão para uma interpretação tão restritiva como esta. O que se deve fazer é a restrição do direito que fundamenta a demarcação, de modo que os limites alcançados

sejam pertinentes sempre apenas àquele direito e não alcancem nem prejudiquem outros direitos incidentes sobre o mesmo imóvel.

Assim, se dois usufrutuários requerem a demarcação das áreas de incidência dos respectivos direitos reais limitados, a eficácia de tal demarcação não pode ser oposta futuramente aos titulares da nua-propriedade. Mas parece-me irrecusável que o bom senso não pode tolerar que o usufrutuário seja diminuído no direito de posse, uso e gozo do imóvel em razão da confusão de limites, sem que possa usar da ação demarcatória para precisar as extremas do prédio possuído.

Cabe a ação, pois, tal como entendia Morato, a todo aquele que tem *ius in re*, como quer que seja o seu domínio, tendo direito de promovê-la, além do condômino, o titular do domínio menos pleno, qual o nu-proprietário, o fiduciário, o usufrutuário e o enfiteuta.³¹

Cumpra observar, por outro lado, que o direito real pode ou não se equiparar a um desmembramento da propriedade, gerando para o respectivo titular a posse, uso, gozo ou disposição do bem, pois somente quem se colocar numa dessas situações é que merecerá o nome de proprietário limitado ou restrito, em sentido jurídico.

O credor hipotecário, embora detentor de um *ius in re aliena*, não dispõe da faculdade de apossar-se da coisa ou de usá-la como se dono fosse. Seu direito limita-se à sequele e preferência para efeitos executivos. Não lhe cabe, portanto, pretender exercer direitos que pressupõem atos típicos do domínio.³²

Assim, a legitimação ativa para a propositura da ação demarcatória há de compreender não só o *pleno proprietário*, como também o *proprietário limitado*, como tal compreendido o nu-proprietário, o usufrutuário, o usuário, o habitador, o senhorio, o enfiteuta e o titular da servidão.³³ Além do coproprietário e do proprietário com domínio resolúvel.³⁴

Sobre a legitimação do condômino, v. nosso *Terras Particulares*, no 130, pp. 203-205.

1.364. Legitimação passiva para a demarcação

O art. 569 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 1.297), que se insere no capítulo dos direitos de vizinhança, instituiu o direito de demarcar como um direito do proprietário contra seu confinante.

E o Código de Processo Civil, ao regular o procedimento dessa mesma ação, repetiu que a ação de demarcação cabe para o proprietário obrigar seu confinante a estrear os respectivos prédios.

Assim, embora a faculdade de demarcar seja uma emanção do direito de propriedade (ou dos direitos reais dela derivados), não quer isto dizer que só possa ser movimentada contra outro proprietário.

O vizinho confinante, perante quem o proprietário quer fazer valer a faculdade de estrear limites, tanto pode ser proprietário verdadeiro como presumido, inclusive o possuidor em nome próprio, sem título dominial (*tanquam dominus*).³⁵

A demarcação, na verdade, não tem a característica de ser um procedimento entre proprietários. “Somente o promovente deve necessariamente estar investido da qualidade de titular de domínio: o confrontante promovido pode ser mero possuidor.”³⁶

O problema que surge em casos de imóveis detidos por meros possuidores está na questão

da eficácia da sentença. Se o promovente apenas cita o possuidor, este estará sempre obrigado a respeitar a autoridade de coisa julgada, no que diz respeito à linha demarcada. Mas se o vero dono recuperar a posse, a ele será inoponível a *res iudicata* por não ter participado do processo demarcatório.

Sempre, pois, que o promovente da demarcatória encontrar uma situação dúbia de posse e domínio na área vizinha à linha demarcada, aconselha a prudência que seja requerida a citação tanto do possuidor em nome próprio como do titular do domínio que figura no Registro de Imóveis. Só assim a sentença terá autoridade de *res iudicata* perante todos os possíveis interessados.

1.365. Cumulação de demarcatória e reivindicatória

Acirrado tem sido o debate em torno da cumulatividade ou não das ações de demarcação e de reivindicação num só procedimento.

Whitaker, liderando a corrente que se bate pela não cumulatividade, ensinava que a demarcatória é inconciliável com a reivindicatória porque:

a) é essencial a certeza do prédio na reivindicatória, que deve necessariamente ser individuado com precisão de limites, para que o pedido seja tratado em juízo; enquanto

b) o pedido demarcatório se baseia justamente na ausência ou imprecisão dos limites do imóvel litigioso.³⁷

O argumento é falho, todavia, porque a objeção arguida só teria aplicação a uma das formas de cumulação processual, ou seja, a cumulação simultânea. Acontece que existe também, em direito processual, a cumulação sucessiva de pedidos, em que, primeiro, é de ser examinado e solucionado um deles, para, em seguida, e em consequência de seu acolhimento, passar-se ao exame da segunda pretensão, dita, por isso, *consequente* ou *eventual*.

Assim, por exemplo, acontece quando o autor pede o reconhecimento do inadimplemento contratual e, por isso, a condenação do réu a restituir o objeto do negócio não cumprido. A restituição, na espécie, só será cabível se se decretar a dissolução do contrato. Não a poderia, logicamente, pretender o autor, sem antes dissolver o vínculo contratual. Mas, uma vez desfeito o contrato, pode o juiz apreciar, na mesma sentença, o segundo pedido também.

Não é diverso o que se passa com a pretensão reivindicatória. Se o autor não consegue definir, de plano, os limites do terreno com a necessária precisão, não está em condições de reivindicar, desde logo, sua restituição. Mas se pede primeiro a demarcação, que há de redundar na caracterização e discriminação da área a recuperar, não há nada, de ordem lógica ou jurídica, que em tese possa impedir esse cúmulo sucessivo de pretensões conexas e consequenciais.

A liquidez do objeto reivindicando resulta, na espécie, do procedimento demarcatório, de sorte que somente depois de acertados os limites da coisa é que se estaria em condições de solucionar o pedido reivindicatório.

Postas as questões em tais termos, parece-me lógico e curial admitir-se a viabilidade do cúmulo dessas duas ações, sob a forma de cúmulo, é claro, eventual ou sucessivo.

Mas, na realidade, o problema não é de incompatibilidade, e sim de *inocuidade* da cumulação, pois que o fim visado pela reivindicatória já, normalmente, é alcançado por meio da

pura e simples demarcação, sem a mais mínima necessidade de formular-se também o pedido de reivindicação de maneira expressa e cumulativa.

A restituição de terrenos invadidos, como consequência do juízo demarcatório, “é cousa da essência da demarcatória, é o seu mais natural efeito”, como advertia Morato, firme nas lições de Borges Carneiro, Corrêa Telles, Ramalho e Raphael Correa.³⁸ Assim também ensinava Pereira e Souza. E o insuperável Clóvis insistia em que “independentemente de queixa (de turbação ou esbulho), o traçado da linha de limites importará na restituição do terreno invadido, se invasão houve”.³⁹

Isto quer dizer que para esse objetivo, ou seja, para recuperar a área invadida pelo vizinho confrontante, não há necessidade de cumular-se o pedido reivindicatório ao pedido de demarcação.⁴⁰

No entanto, por inexistir incompatibilidade entre os dois pedidos, tanto que um contém o outro, a formulação expressa de ambos numa só petição inicial não conduz à inépcia da petição, nem à carência da ação, não devendo ser motivo de extinção do processo sem julgamento de mérito.

O que, de fato, terá ocorrido será mera repetição ou reiteração do mesmo pedido, ou, como dizia Lopes da Costa, mera “superfetação”.⁴¹

Nesse sentido, tem-se decidido no TJMG que:

“A cumulação de demarcatória com reivindicatória não conduz à nulidade processual, pela simples razão de que o pedido de demarcação já contém em si o de reivindicação, pela própria natureza da *finium regundorum*.”⁴²

1.366. Demarcatória cumulado com queixa de esbulho

Dispõe o art. 951 do atual Código de Processo Civil que o autor “pode requerer a demarcação com queixa de esbulho ou turbação, formulando também o pedido de restituição do terreno, invadido com os rendimentos que deu, ou a indenização dos danos pela usurpação verificada”.

Trata-se de restauração de antiga norma que o Regulamento nº 720, de 1890, continha em seu art. 67, que, entretanto, nada tem a ver com o direito à definição e assinalação da linha de limites ou com o direito de requerer a entrega da área injustamente possuída por um dos confrontantes em detrimento do outro.

Essas questões, puramente dominiais que são, resolvem-se pela demarcatória, dentro de seu objetivo específico e de suas forças naturais, sem dependência do cúmulo da queixa de esbulho ou turbação.

Mas, a par da definição e assinalação da linha de divisa e da reivindicação da área eventualmente usurpada, existem questões possessórias discutíveis e solucionáveis no juízo da demarcação, como as pertinentes a frutos, rendimentos e perdas e danos, que poderão ser apreciadas e dirimidas pelo juiz na parte condenatória da sentença de demarcação. Urge, porém, ficar bem claro que “a questão do domínio e dos limites é uma; a da posse, outra”, como bem adverte Pontes de Miranda.⁴³

O cúmulo de ação de demarcação com a ação de esbulho, expressamente previsto pelo Código, não converge para a questão de recuperar ou reclamar terrenos invadidos pelo vizinho.

Como já demonstramos, a demarcatória, por sua própria natureza, ao fixar os limites antes confusos entre os dois prédios contíguos, transmite ao verdadeiro dono o direito a alcançar a posse dos terrenos que, pela confusão, estavam no poder indevido do confinante. A demarcatória, de tal sorte, “opera por sua natureza a reivindicação ou restituição do *seu* ao seu *dono* – o que não é efeito de cumulação nenhuma, senão uma das virtudes, um dos atributos, uma das operações da *finium regundorum*”.⁴⁴

O sentido verdadeiro da cumulação em causa é tão somente permitir a reclamação de frutos e danos anteriores à propositura da ação, ou seja, desde a época do próprio esbulho ou turbacão, o que, normalmente, não entra nos limites do pedido de demarcação puro e simples.⁴⁵

Dessa cumulação não decorrem efeitos tipicamente possessórios, como o da reintegração liminar, que não são compatíveis com o juízo petitório e complexo da ação de demarcação.

O julgamento da queixa de esbulho é feito na sentença que encerra a primeira fase do procedimento demarcatório, juntamente com a definição da linha demarcanda.

Para lograr-se êxito nessa pretensão cumulada há de restar provada posse efetiva da parte que a propõe sobre a área reivindicada, anteriormente à invasão. Não é possível beneficiar-se da cumulação em tela aquele que apenas demonstra existir área sua na posse do vizinho. O esbulho, como é lógico, pressupõe posse prévia do esbulhado.

Sendo, outrossim, a demarcatória uma ação dúplice, não só o autor, mas também o réu, pode fazer a queixa de esbulho. E se a queixa partir do réu, não necessitará ele de usar a reconvenção, podendo servir-se da própria contestação, posto que o juízo dúplice se caracteriza justamente por essa possibilidade de reação independentemente do recurso à reconvenção.

1.367. Roteiro geral do procedimento demarcatório

Para facilitar a apreensão geral do procedimento demarcatório, damos, a seguir, sob forma esquemática, os seus estágios principais:

I – PRIMEIRA FASE (contenciosa)

1) Postulação:

- a) petição inicial, com os requisitos do art. 950 do Código de Processo Civil;
- b) citação dos confrontantes, pessoalmente ou por edital (CPC, art. 953);
- c) contestação no prazo comum de 20 dias (CPC, art. 954);
- d) possibilidade de reconvenção, exceções e ação declaratória incidental.

2) Julgamento conforme o estado do processo:

- a) extinção prematura do processo, sem decisão do mérito, é possível quando faltar condição da ação ou pressuposto processual;
- b) julgamento antecipado do mérito, com extinção do processo, é viável quando ocorre acolhimento de defesa prejudicial do direito de demarcar, que dispensa prova em audiência.

3) Saneamento:

- a) com ou sem contestação, o juiz sempre ordenará a realização da prova pericial, de levantamento da linha demarcada (CPC, art. 956);
- b) o rito será ordinário (completo), se houver contestação; e abreviado (art. 330, II), se se der revelia (CPC, art. 955).

4) Instrução processual:

- a) haverá sempre perícia realizada por um agrimensor e dois arbitradores (CPC, art. 957);
- b) os arbitradores farão estudo e elaborarão laudo sobre o traçado da linha, observando:
 - títulos dos litigantes;
 - marcos e rumos existentes;
 - fama da vizinhança, informações de antigos moradores do lugar e outros elementos;
- c) o agrimensor juntará ao laudo:
 - planta da região; e
 - memorial descritivo das operações de campo.

5) *Decisão:*

- a) as partes terão 10 dias para falar sobre a perícia (CPC, art. 957, parágrafo único);
- b) haverá audiência de instrução e julgamento somente quando necessária (prova testemunhal);
- c) a sentença solucionará as questões propostas na *litis contestatio* e, se julgar procedente o pedido, determinará o traçado da linha, conforme a perícia realizada (CPC, art. 958).

II – SEGUNDA FASE (executiva)

1) *Trânsito em julgado*: a fase executiva dos trabalhos de campo se inicia após o trânsito em julgado da sentença da primeira fase, independentemente de nova citação (CPC, art. 959).

2) *Trabalhos de campo*:

- a) tarefas do agrimensor (CPC, art. 959):
 - colocar no solo os marcos necessários para assinalar a linha demarcanda (são marcos obrigatórios, segundo o art. 963, o primordial e o dos vértices dos ângulos, podendo o último ser dispensado se no local houver acidente natural de difícil remoção ou destruição);
 - elaborar planta e memorial descritivo com as referências necessárias para a identificação, em qualquer tempo, dos pontos assinalados;
 - juntar ao memorial e à planta as cadernetas de campo (CPC, art. 926);
- b) tarefas dos arbitradores (CPC, art. 964):
 - autenticação dos trabalhos do agrimensor, que compreende a conferência da linha, marcos e rumos, bem como da planta e memorial descritivo;
 - elaboração de relatório em que os arbitradores declararão a exatidão do memorial e da planta, ou apontarão as divergências encontradas.

3) *Discussão do relatório*:

- a) após a juntada do relatório, as partes terão o prazo comum de 10 dias para se manifestarem (CPC, art. 965);
- b) o juiz decidirá as reclamações e mandará fazer as retificações nos marcos, planta e memorial que se fizerem necessárias (art. 965);
- c) quando houver retificação dos trabalhos do agrimensor, os arbitradores renovarão a diligência de autenticação.

4) *Auto de demarcação*: será lavrado pelo escrivão, depois de resolvidas todas as questões e reclamações a respeito dos trabalhos de campo (art. 965).

5) *Sentença*: a segunda fase, e com ela todo o procedimento demarcatório, se encerra por meio de sentença de homologação da demarcação (art. 966).

6) *Execução de sentença*:

- a) a sentença será transcrita no Registro Imobiliário, somente depois de seu trânsito em

julgado;

b) a entrega da área demarcada poderá ser exigida, entre as partes, nos moldes da execução de sentença para entrega de coisa certa (expedição imediata de mandado de imissão na posse, nos termos do art. 461-A).

§ 220. AÇÃO DE DIVISÃO

Sumário: 1.368. Legitimação ativa para o procedimento divisório. 1.369. Legitimação passiva para a divisão. 1.370. Litisconsórcio passivo necessário. 1.371. Posição dos confrontantes na divisão. 1.372. Roteiro geral do procedimento divisório.

1.368. Legitimação ativa para o procedimento divisório

A cada condômino assiste o direito de exigir a divisão, e, consequentemente, a legitimidade para propor a ação divisória, quando os demais consortes não atendam amigavelmente sua pretensão.

Esse direito de pedir a divisão da coisa comum é singular e não depende de anuência ou aprovação de outros consortes. Cada um dos consortes o detém, individualmente, e o pode opor a todos os demais.

Como anota Câmara Leal, “ninguém pode ser constrangido a viver em comunhão contra a sua vontade – *in communione, vel societate, nemo compellitur invitatus detineri* (Cód. 3-37; 5). Pelo que, mesmo que todos os demais condôminos se oponham à divisão, isso não impede que ela se verifique, uma vez requerida pelo condômino que a quer”.⁴⁶

Por isso mesmo, não importa a opinião da maioria, nem tampouco a extensão da cota do condomínio que pede a divisão. “Feita a prova do *ius in re*, ainda que em parte insignificante do imóvel, está justificado o direito de agir do promovente da demarcação e divisão.”⁴⁷

O condômino que tem a faculdade de requerer a divisão é, ordinariamente, aquele que se apresenta como titular de direito de propriedade sobre as terras comuns. Mas, como já demonstramos,⁴⁸ não é somente o titular do domínio pleno e integral; “pode fazê-lo também o consorte de um domínio menos amplo, tal como o enfiteuta, o nu-proprietário, o fiduciário e o usufrutuário”.⁴⁹

Dada essa hipótese especial de ser a ação proposta por quem se mostre detentor apenas da propriedade restrita, “torna-se necessária a citação dos demais titulares do direito desmembrado, para que intervenham na lide” e possa a sentença também contra eles produzir sua normal eficácia.⁵⁰

Até mesmo os compossuidores, investidos da ação publiciana (isto é, aqueles que exercem posse, sem título, mas em vias de usucapião), podem usar a ação divisória para partilhar a posse comum.⁵¹

É claro, porém, que os titulares de direitos reais limitados, assim como os possuidores só são

legítimos para postular a divisão quando apresentam sua pretensão em face de outros titulares de igual direito ou situação jurídica sobre o imóvel dividendo. Só há condomínio ou copropriedade para efeito de autorizar a divisão quando todos os consortes se apresentam em situação jurídica homogênea, detendo direitos iguais.

Um usufrutuário tem, assim, legitimidade para postular a divisão do imóvel usufruído, desde que o faça perante outro cusufrutuário. Jamais se há de pensar que o enfiteuta possa querer dividir o imóvel, sobre que recai seu direito real, com o senhorio. Entre eles não há relação de copropriedade, posto que seus direitos são diversos e necessariamente devem coexistir.

Nem tampouco é de admitir que um usufrutuário, isoladamente, possa dividir o imóvel com um condômino do nu-proprietário. O titular do direito real sobre a coisa alheia tem, pela natureza de seu direito, apenas um *direito real relativo*, ou seja, um direito sobre a coisa alheia. Ele adquire tal direito sobre uma coisa que continua a pertencer a outrem e que deve atingi-la nas condições em que dita coisa se encontra, sem poder modificá-la ou aliená-la sob qualquer forma. Se, assim, o usufrutuário adquiriu seu direito real sobre a cota que o nu-proprietário tem num condomínio, terá que se conformar em exercer o *jus in re aliena* apenas sobre a cota ideal, com todas as limitações que são inerentes ao condomínio. A extinção do condomínio, *in casu*, importaria alterar o direito principal do proprietário direto (nu-proprietário), o que não está no alcance de quem tem somente um limitado direito real sobre a coisa alheia.

Já, contudo, entre os diversos cotitulares de um mesmo direito real sobre a coisa alheia, a situação é diferente, porque a pretensão de dividir o imóvel para efeito do exercício do direito real conjunto não afeta a situação jurídica do proprietário direto, e entre eles há realmente um estado homogêneo de comunhão em torno de igual direito real, exercitado sobre o mesmo bem.

Quanto ao herdeiro, já vimos que, enquanto não ultimado o juízo da *familiae erciscundae*, não pode cogitar de instaurar a *comun dividundo*. Como lembra Morato, “é expresso o Código Civil no art. 1.580, declarando indivisível, quanto à posse e domínio, o direito dos coerdeiros chamados à herança, enquanto não se ultima a partilha” (CC de 2002, art. 1.791).⁵²

Não tem o herdeiro, em tal situação, legitimidade para pretender o juízo divisório comum. Não que não tenha o sucessor hereditário *ius in re*, pois, pelo simples fato da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.572 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 1.784), o domínio e posse da herança se transmitem desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários. Mas porque sem a partilha hereditária “faltariam base para o conhecimento do condomínio ideal do consorte e o elemento capital para a formação e discriminação dos respectivos quinhões”.⁵³ Enquanto não partilhada a universalidade que é a herança, não se pode precisar nem quem exatamente são os herdeiros, nem tampouco qual a cota de cada um deles sobre cada bem deixado pelo *de cujus*.

O espólio, porém, quando figurar como condômino de imóvel divisível, poderá ser autor ou réu na ação divisória, atuando por meio do inventariante não dativo ou através dos herdeiros. A parte processual, portanto, antes da partilha hereditária do quinhão entre os sucessores, será o espólio (universalidade indivisível, enquanto não julgado o inventário e partilha) e não cada herdeiro individualmente. Na realidade, a comunhão hereditária agirá como um único condômino em face dos demais consortes do imóvel dividendo.

Sobre a intervenção de titulares de direitos reais limitados no juízo divisório, v. nosso *Terras Particulares*, no 223, pp. 340-341.

1.369. Legitimação passiva para a divisão

Diz o art. 946 do Cód. de Processo Civil que a ação de divisão cabe ao condômino “para obrigar os demais consortes a partilhar a coisa comum”.

Daí ensinar Pontes de Miranda que, como sujeitos passivos, hão de ser citados “todos os condôminos”, porque são eles os interessados na divisão postulada pelo promovente.⁵⁴

Interpretando a legislação anterior, entendia Morato que o Código de Processo Civil (de 1939) exigia como requeria o Decreto nº 720, de 1890, “a citação dos interessados” e por interessados se haveria de entender não somente os condôminos, “senão também os posseiros intrusos, o credor hipotecário, o credor anticrético, em suma, todos os que têm interesses em conexão íntima na causa”.⁵⁵

Para justificar sua tese, explicava Morato que, para completo êxito e execução da sentença na causa, era de indeclinável necessidade a citação do estranho que mantivesse posse no imóvel, tanto de boa como de má-fé.

Se esse terceiro tem direito a ser indenizado pelas benfeitorias realizadas na coisa comum e se o condômino terá de suportar tal indenização, são ambos interessados no resultado da ação divisória, não só para se apurar a questão de boa ou má-fé do posseiro, como também para definir-se o *quantum* do ressarcimento.

O Código de Processo Civil de 1973 não contém mais regra como a do art. 422 do Estatuto de 1939, que mandava, genericamente, citarem-se os “interessados”. Além de definir a ação de divisão como a que cabe entre os condôminos, para forçar a partilha da coisa comum (art. 946, II), na petição inicial manda mencionar e qualificar apenas os condôminos, e descrever tão somente “as benfeitorias comuns” (art. 967, II e III).

Parece, assim, que o legislador do novo Código de Processo Civil preferiu orientação restritiva, isto é, a que considerava interessados ou partes necessárias da divisão apenas os condôminos, como aliás, já pensavam Carvalho Santos e Câmara Leal, desde os tempos do Estatuto de 1939.

Dessa maneira, as questões entre os condôminos e os intrusos e outros interessados deverão ser solucionadas a parte do juízo divisório.

Mas, sem o caráter de obrigatoriedade, e apenas como uma faculdade dos condôminos, não vejo empecilho a que, desde logo, se convidem esses terceiros para acompanhar a divisão e manifestar suas pretensões, posto que o processo é sempre contencioso e em sua primeira fase segue o rito ordinário, permitindo, destarte, a cumulação de pedidos conexos e compatíveis entre si (CPC, art. 292).

Em suma, e não obstante o silêncio da lei, continua atual a advertência de Francisco Morato, para quem “partes principais, a quem devem necessariamente ser feitas as citações na *communi dividundo*, são os condôminos, não há dúvida. Mas terceiros podem ter interesse na causa, interesse que há de embaraçar forçosamente a execução da sentença homologatória, por falta de intervenção deles no feito. Se tiverem benfeitorias indenizáveis e não forem citados, podem entrar com embargos de eficácia possível para suspender a execução e provocar novo processo. Se forem intimados e no feito conhecer-se da questão das benfeitorias e do seu valor, o exequente entra aparelhado para a execução mediante depósito do valor já estimado e entrega imediata da coisa, sem mais formalidades”.

Nestas condições – conclui Morato – “aconselha a boa doutrina não descure o profissional providente da citação de todos os interessados no pleito, ainda que em qualidade de terceiros não condôminos”⁵⁶.

Note-se, por último, que a legitimação passiva da ação divisória prende-se, na verdade, à condição de condômino do réu, pois só se partem terras ainda em comum. Assim, se todos os condôminos venderam em conjunto uma área certa e determinada a estranho, ou se algum condômino assim procedeu, com anuência dos demais, o adquirente dessa parcela do imóvel comum não haverá de ser considerado condômino e, portanto, não terá legitimidade para figurar passivamente no processo divisório.

Já o mesmo não ocorre com o caso em que um condômino, por sua própria iniciativa e sem anuência dos demais, aliena a terceiro parte certa e delimitada do imóvel comum. É claro que, possuindo todos os comunheiros propriedade sobre toda a coisa comum, não pode um deles isoladamente alienar parte certa dela. “Se o fizer, porém, a alienação não é nula, nem anulável, por esse motivo, mas *condicional*.”⁵⁷ Isto é, o direito do adquirente ao local descrito no título de aquisição ficará sob a condição suspensiva de ser contemplado, ou não, com um quinhão na cogitada situação.

Por isso, o adquirente que compra porção certa de imóvel comum, sem anuência de todos os condôminos, é, na verdade, um novo comunheiro, que por isso tem de se sujeitar ao processo divisório. É sujeito passivo do procedimento de extinção do condomínio, podendo ser ou não aquinhoadado no local mencionado no seu título, conforme os critérios normais que se impõem à observância na partilha. Não tem privilégio algum em face dos demais consortes.

1.370. Litisconsórcio passivo necessário

A eficácia da divisão só ocorre se todos os condôminos participarem do processo ou forem cientificados regularmente de sua existência.

Todos os condôminos do imóvel dividendo têm de ser citados para a causa, sob pena de nulidade do processo e ineficácia da partilha.⁵⁸ Trata-se de litisconsórcio necessário e unitário, nos termos do art. 47 do Cód. de Processo Civil.

Pode, no entanto, ocorrer que o promovente não consiga localizar e identificar pessoalmente todos os condôminos, sem embargo de todo esforço nesse sentido.

O levantamento deverá ser feito, normalmente, através do Registro Imobiliário, a partir do título que deu origem à comunhão. Os sucessivos desdobramentos e transcrições dos títulos derivados do primitivo revelarão, quase sempre, a situação atual do condomínio, ou seja, quem são os condôminos no momento da propositura da ação divisória.

É possível, no entanto, ocorrer que, falecido algum ou alguns condôminos, em cujo nome ainda permaneça a transcrição imobiliária, por falta de realização ou conclusão de partilha hereditária, não consiga o promovente identificar quem são os sucessores do consorte falecido.

Caber-lhe-á, então, proceder à citação-edital desses sucessores como condôminos desconhecidos, indicando-os apenas como sucessores deste ou daquele ex-condômino.

A esses sucessores não identificados ter-se-á de dar curador especial, para defesa de seus interesses no curso no processo, desde que permaneçam revéis, não se fazendo representar nos autos (CPC, art. 90, II).

Nula, já se disse, será a divisão procedida em juízo sem a citação de todos os condôminos. E essa nulidade não atinge apenas a parte do ausente, mas contamina toda a partilha, já que, sendo necessário o litisconsórcio, só com a presença de todos os interessados teria a sentença condição de produzir sua natural eficácia. A citação geral dos condôminos é, pois, condição *sine qua non* da validade do processo e de eficácia da sentença.

A falta de citação, todavia, não macula o processo se o condômino omitido na convocação citatória vier a comparecer espontaneamente, fazendo-se representar no feito e acompanhando a divisão normalmente. É que o comparecimento espontâneo do litigante em juízo supre a citação (CPC, art. 214, § 1º).

1.371. Posição dos confrontantes na divisão

Os confrontantes, salvo a hipótese de cumulação de divisão e demarcação, são estranhos ao procedimento divisório. Partes são apenas os condôminos. Não há que se pensar, portanto, em citação dos confrontantes para a ação *communi dividundo*.

Nem por isso sofrem prejuízos, em seu direito dominial, pela não participação na ação divisória do prédio confinante.

O direito de demandar a restituição dos terrenos próprios que tenham sido usurpados em razão dos trabalhos divisórios é expressamente ressalvados aos confrontantes pelo art. 974 do Cód. de Proc. Civil, direito esse que poderá ser exercitado ainda no curso do processo, ou mesmo depois de transitada em julgado e executada a sentença de divisão.

No caso, porém, de cumulação da ação divisória com a demarcatória (CPC, art. 947), tanto os condôminos como os confrontantes passam a ser partes.

Desaparece, então, para os confrontantes que foram citados para o juízo divisório, a possibilidade de usar a ação de restituição contra os condôminos (CPC, art. 948). “Neste caso, sendo os confrontantes partes na ação, devem fiscalizar seus interesses, visto como, nada reclamando, concordam com os limites que devem ter sido descritos na petição pelo autor.”⁵⁹

Além disso, a linha divisória na espécie será objeto de sentença, que produzirá *res iudicata* também para os confrontantes que figuraram no processo. Daí ser impossível admitir-se que, inconformados com ela, possam os confrontantes intentar reivindicação contra os condôminos, sem ferir a autoridade da coisa julgada.

1.372. Roteiro geral do procedimento divisório

I – Primeira fase

1) *Postulação*:

a) petição inicial com os requisitos do art. 967 do Código de Processo Civil;

b) citação dos condôminos (CPC, arts. 968 e 853);

c) contestação no prazo comum de 20 dias (CPC, artigos 968 e 954).

2) *Julgamento conforme o estado do processo*:

a) extinção sem julgamento de mérito, se faltar alguma condição da ação ou algum pressuposto processual;

b) julgamento antecipado da lide, se não houver contestação (arts. 968 e 955), ou se as

questões ventiladas na litiscontestação não reclamarem outras provas (art. 330, I);

c) saneamento do processo, se tiver havido contestação, e houver outras provas a produzir (perícia e testemunhas); (observância do rito ordinário, conf. art. 955);

d) audiência de instrução e julgamento;

e) sentença de mérito sobre o pedido de divisão;

f) apelação, com efeito suspensivo e devolutivo.

II – Segunda fase

1) *Trabalhos preparatórios* (após o trânsito em julgado da sentença da primeira fase):

a) nomeação, pelo juiz, do agrimensor e arbitradores e solução da questão de honorários;

b) intimação dos condôminos para exibição dos títulos que ainda não foram apresentados nos autos, e formulação de pedidos sobre a constituição de quinhões, tudo no prazo comum de 10 dias (art. 970);

c) audiência das partes, em 10 dias, sobre os títulos e os pedidos de quinhão (art. 971);

d) se não houver impugnação, o juiz ordenará a divisão geodésica; havendo impugnação, decidirá o juiz, em 10 dias, o incidente, podendo admitir provas, e depois de ouvir o impugnado. A decisão será sobre os títulos e os pedidos que devam ser atendidos na formação dos quinhões (art. 971, parágrafo único);

e) caberá agravo;

f) início dos trabalhos geodésicos, por meio da medição do imóvel dividendo (arts. 969 e 972);

g) paralelamente, os arbitradores realizarão o exame, classificação e avaliação das terras, elaborando laudo que será entregue ao agrimensor (art. 976);

h) com base na medição e nos elementos fornecidos pelos arbitradores, o agrimensor concluirá os trabalhos de campo e elaborará a planta do imóvel e o memorial descritivo das operações (art. 975);

i) o agrimensor completará a avaliação do imóvel, utilizando os dados fornecidos pelos arbitradores (art. 977);

j) em conjunto, os arbitradores e o agrimensor apresentarão laudo em que farão o histórico e cálculo da divisão, propondo, no mesmo laudo, a forma da divisão (plano de divisão) (art. 978).

2) *Deliberação da partilha*:

a) as partes são ouvidas, com o prazo de 10 dias, sobre o cálculo e plano da partilha (art. 979), com possibilidade de produção de provas;

b) havendo reclamação, as outras partes serão ouvidas, bem como os peritos;

c) despacho de deliberação da partilha, mandando que a divisão seja executada conforme o plano, ou conforme o que deliberar o juiz (art. 979);

d) da deliberação da partilha não cabe recurso.⁶⁰

3) *Trabalhos de execução da partilha*:

a) elaboração do orçamento definitivo da divisão pelo agrimensor, se houver necessidade de alterar-se o cálculo do plano inicial;

b) trabalhos de campo do agrimensor para medir e demarcar os quinhões (art. 980);

c) desenho dos quinhões e das servidões aparentes sobre a planta do imóvel (art. 980);

d) elaboração do memorial descritivo dos trabalhos de campo (art. 980);

e) autenticação dos trabalhos de campo do agrimensor pelos arbitradores, que elaborarão

relatório (arts. 965 e 980);

f) ouvida as partes, em 10 dias, sobre os trabalhos técnicos (arts. 965 e 980);

g) decisão do juiz, acolhendo ou rejeitando as reclamações (poderá ordenar provas);

h) retificações e correções dos trabalhos técnicos, se forem necessários.

4) *Julgamento da divisão*:

a) lavratura de auto da divisão e elaboração das folhas de pagamento, pelo escrivão, para assinatura pelo juiz, agrimensor e arbitradores (art. 980);

b) ouvida das partes, sobre o auto e as folhas de pagamento, no prazo que o juiz assinar;

c) sentença homologatória da divisão (art. 980);

d) apelação sem efeito suspensivo (art. 520, I).

5) *Execução da sentença*:

a) a sentença será transcrita no Registro Imobiliário, somente depois de seu trânsito em julgado;

b) a entrega dos quinhões poderá ser exigida entre os condôminos, segundo o rito das execuções para entrega de coisa certa (expedição imediata de mandado de imissão na posse, nos moldes do art. 461-A).

§ 221. QUESTÕES COMUNS À DIVISÃO E DEMARCAÇÃO

Sumário: 1.373. Divisão e demarcação de posse. 1.374. Questões possessórias. 1.375. Coisa julgada. 1.376. Rescisão do julgado divisório. 1.377. Exceção de prescrição. 1.378. Divisão e demarcação sumaríssimas (jurisdição voluntária). 1.379. Formalidades importantes no juízo divisório. 1.380. Inépcia da petição inicial. 1.381. Execução de sentença.

1.373. Divisão e demarcação de posse

A ação de demarcação do domínio só cabe ao proprietário. “Mas os compossuidores têm ação de demarcação da posse, como têm a ação de divisão da composesse”, adverte Pontes de Miranda.⁶¹

A disputa de limites não é privilégio dos detentores do domínio. Podem perfeitamente dois possuidores limítrofes se deparar com a necessidade de definir os extremos de suas posses. A demarcação terá cabimento, e não será demarcação de domínio, mas demarcação de posse.

O que não se concebe é que o mero possuidor invoque o domínio do verdadeiro dono do imóvel para forçar a demarcação do prédio com base no direito real que não lhe toca. Se, entretanto, age como possuidor e pretende assinalar os limites de sua posse, a questão é possessória e não dominial, e tem de ser solucionada em juízo como tal.

Cabe a demarcação, portanto, em favor do possuidor, tanto nas circunstâncias da posse *ad usucapionem* como da posse que ainda não perfez o prazo da prescrição aquisitiva, mas que merece a tutela da *ação publiciana*. “O possuidor de boa-fé, com prescrição já cumprida, ou com posse longa, é proprietário em face e contra todo mundo, menos somente contra o verdadeiro proprietário.”⁶²

Se tal possuidor conta com proteção legal *erga omnes*, equivalente à do vero proprietário, inclusive contra seu confinante, segue-se que também lhe compete o direito de demarcar sua posse. Na realidade, e pelo tratamento que a lei dispensa à posse, “o possuidor de boa-fé *in via usucapiendi* é considerado como tendo um verdadeiro direito real”.⁶³

Se o prazo de usucapião já se cumpriu, o direito de propriedade já pertence ao prescribente, pois o procedimento que se requer para a transcrição no Registro Imobiliário é apenas de natureza declarativa. Pode ele, nessa qualidade, propor a demarcatória como dono do imóvel, provando na fase contenciosa a aquisição originária de seu domínio. A sentença da primeira fase do procedimento demarcatório reconhecerá seu domínio,⁶⁴ embora não se possa ainda, com base nela, obter-se a transcrição, no Registro Imobiliário, posto que para tal fim o procedimento

declaratório do usucapião exige participação de outros interessados que não apenas os da demarcação (CPC, art. 941 e segs.).

Mesmo sem obter a transcrição, terá o usucapiente condições de fixar, com precisão, seus limites com o vizinho, através da demarcatória.

1.374. Q uestões possessórias

O art. 421 do CPC de 1939 ressaltava, de forma expressa, a possibilidade de as partes do juízo divisório recorrerem ao uso dos interditos possessórios para solucionar, em ação direta, seus conflitos sobre a posse do imóvel em divisão ou demarcação, de sorte que a pendência de ação da espécie não era, por si só, empecilho à instauração do processo possessório.

Embora omissa o código atual, a regra persiste, posto que o uso dos interditos em tela é autonomamente assegurado pelo Código Civil a todo possuidor e, expressamente, aos condôminos sobre a coisa comum (CC de 1916, art. 623; CC de 2002, art. 1.314).⁶⁵

Cumpra, todavia, distinguir entre atos esbulhativos ou turbativos praticados pelos consortes, uns contra os outros, no curso do juízo divisório, e os atos inerentes ao próprio processo de divisão e demarcação.

Só autorizam o recurso aos interditos os atos atentatórios à posse dos consortes, arbitrariamente praticados por terceiros ou outros comunheiros, não os atos processuais de divisão, posto que estes, todos os integrantes do condomínio, estão obrigados a tolerar, mesmo que alterem a situação possessória anterior e causem alguma moléstia aos interesses individuais de cada coproprietário.

O ajuizamento dos interditos, quando cabíveis, será feito em autos próprios, sem interferência na marcha do procedimento divisório.

1.375. Coisa julgada

Traçando os limites objetivos da coisa julgada, o art. 468 do CPC dispõe que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da *lide* e das *questões* decididas”.

Diante do critério da lei, portanto, a coisa julgada material pressupõe processo contencioso, com sentença que tenha julgado o *mérito* (isto é, a *lide*), mas seu alcance fica limitado apenas às *questões decididas*.

Lide, ou litígio, é o fato pré-processual que justifica a instauração do processo e, conforme Carnelutti, se apresenta como o conflito de interesses instalado entre as partes, sempre que à *pretensão* de uma delas opõe-se a *resistência* da outra.⁶⁶

Os pontos que se discutem para dar solução a uma lide são as *questões*, sobre as quais incidirá a força de lei caracterizadora da *res iudicata*.

No correr do processo, as dúvidas que surgem quanto às razões aduzidas pela parte é que fornecerão os elementos configuradores das questões. A dúvida ou questão pode revelar-se através da própria pretensão do autor, na petição inicial, quando formula o pedido, dando seus fundamentos e indicando em que consiste a resistência do réu; bem como na resposta ou contestação do demandado, que, por seu turno, pode invocar outros fatos e razões para contrapor-

se à pretensão do autor.⁶⁷

Assim, ao propor uma divisória ou uma demarcatória, o autor se diz proprietário de um imóvel e aponta como situação litigiosa a comunhão ou a confusão de limites.

Se o réu não discute a propriedade, as questões a decidir serão aquelas pertinentes à partilha da coisa comum e ao traçado da linha divisória dos imóveis. Sobre elas incidirá a coisa julgada material, tornando, a seu tempo, indiscutível e imutável a solução que se lhes der, desde que esgotada a possibilidade de recursos (CPC, art. 467).

Tal se dá porquanto a coisa julgada, segundo os ensinamentos de Ronaldo Cunha Campos, encontra seus *limites objetivos* “nos elementos nos quais se resolveram as soluções das questões”.⁶⁸

Como a discussão dominial não é fato necessário e imprescindível à solução dos processos divisórios e demarcatórios, quando a ela não se refira a *litis contestatio*, força é concluir que coisa julgada inexistirá a respeito dessa questão, mesmo após o trânsito em julgado da sentença que julgar procedente o pedido e daquela que homologar o resultado dos trabalhos técnicos de divisão e demarcação.

A coisa julgada, assim estabelecida, ficará restrita às questões solucionadas, ou seja, às divisas e aos quinhões partilhados. Se, porém, descobrir uma das partes que a outra se baseou em título dominial inválido e que, assim, lhe usurpou, ilegítimamente, parte de sua propriedade, não estará impedida de propor ação reivindicatória para fazer prevalecer o seu título de domínio e obter o reconhecimento da ineficácia daquele que se utilizou no processo divisório ou demarcatório.

Exata, portanto, a lição de Pontes de Miranda de que não é correto dizer “que a decisão sobre a divisão faz coisa julgada material sobre o domínio”. É que – explica o grande mestre –, “tratando-se de divisão... se não se julgou da validade dos títulos, inclusive usucapião, a eficácia de coisa julgada é somente quanto à declaração dos quinhões, e não sobre o direito de propriedade”.⁶⁹

Também quanto à demarcação, o ensinamento de Pontes de Miranda é o mesmo: “Não se pode afirmar, *a priori*, que a decisão na demarcação impeça a reivindicação. Pode não ter sido decidido sobre o domínio. Se se decidiu, é essa parte sentencial que faz coisa julgada material e obsta no que foi julgado, oposta a exceção, à ação de reivindicação.”⁷⁰

Quando juiz de primeiro grau, tive oportunidade de julgar uma ação de reivindicação em que o autor havia sido lesado numa divisão inteiramente injurídica. Por falta de contestação em tempo útil, a divisão teve prosseguimento e acabou contemplando um ex-condômino que já havia vendido toda sua parte ao autor da reivindicatória. Decidi que, inexistindo solução ao problema dominial no juízo divisório, procedente era a ação de reivindicação, posto que inexistia *res iudicata* quanto ao domínio do réu, e provado ficara o do autor, agora no novo processo.

1.376. Rescisão do julgado divisório

Segundo o que acabamos de expor, não é necessário propor ação rescisória para intentar ação de reivindicação, quando a divisão ou demarcação atribui área a litigante sem domínio, desde que, é natural, não se tenha estabelecido e solucionado questão dominial no processo demarcatório ou divisório.

Ao contrário, sempre que tais questões tenham sido suscitadas e dirimidas na primeira fase do procedimento, sobre elas pairará a imutabilidade e indiscutibilidade próprias da coisa julgada material.

Exatamente neste sentido são os ensinamentos de Lopes da Costa e Faria Motta: “A sentença que homologa a demarcação faz coisa julgada sobre esta, não, porém, sobre o domínio. Sobre o domínio haverá coisa julgada na sentença proferida na primeira fase, quando tenha havido contestação sobre a propriedade.”⁷¹

Por outro lado, se se pretende desfazer a divisão ou demarcação por vícios do processo, após o trânsito em julgado da sentença homologatória, o remédio processual adequado será a ação rescisória, dentro das limitações do art. 485 do CPC. Isto porque se cuida de sentença proferida em procedimento de jurisdição contenciosa, não podendo ser tratada, para rescisão, como julgado “meramente homologatório”.⁷²

Assim é a jurisprudência do STF:

“Transitada em julgado a sentença que homologou a divisão, somente poderá ser anulada por meio de ação rescisória.”⁷³

Pontes de Miranda, todavia, lembra que a divisão pode provir de acordo direto dos interessados, submetidos à posterior homologação do juiz. Nessa situação, o procedimento divisório assume a natureza de *jurisdição voluntária* e a sentença que o aprova é, então, “meramente homologatória”.⁷⁴

De fato, a divisão feita em juízo, mas sem lide, é procedimento de simples jurisdição graciosa ou voluntária, em que a intervenção do juiz tem feito administrativo e não jurisdicional. Daí por que a eventual rescisão de uma divisão feita em tais moldes não reclama a ação especial do art. 485 do CPC. Sua anulação ou desconstituição seguirá o rito comum previsto no art. 486 do mesmo Código, portanto.⁷⁵

Quando, porém, não há acordo, e o juiz homologa os trabalhos técnicos, a sentença é “homologatória”, mas não “meramente homologatória”. No primeiro caso, a divisão ou demarcação voluntária pode ser atacada por via de ação comum (art. 486 do CPC), porque, se vício houver, será do negócio jurídico havido entre as partes. Mas, no segundo caso, só se poderá manejar contra o julgado a ação rescisória (art. 485), porque teremos sentença de mérito, com a homologação do plano de divisão ou demarcação “e não declaração de vontade”.⁷⁶

Ação proposta sob o rito especial de jurisdição contenciosa, outrossim, não se transforma em procedimento de jurisdição voluntária só porque incorreu contestação. A revelia não altera a natureza do procedimento, nem mesmo a transação intercorrente, posto que, em ambas as hipóteses, a sentença que encerrar o processo será sentença de mérito, com força e autoridade de *res iudicata* material (CPC, arts. 269, I, II, III, 467 e 468).

Em tais casos, a rescisão da divisão ou demarcação só será viável, obviamente, através da ação rescisória (CPC, art. 485).⁷⁷

1.377. Exceção de prescrição

No juízo divisório ou demarcatório incorre a prescrição extintiva, porque, enquanto perdurar a comunhão ou a confusão de limites, lícita será a pretensão de dividir ou demarcar.

É que a divisão e a demarcação integram a essência do direito de propriedade, como

faculdades indissociáveis dele.

Nesse sentido decidiu o TAMG que “o direito de promover divisão é facultativo e *as faculdades não prescrevem*”.⁷⁸

Assim, somente a prescrição aquisitiva é que se pode opor à pretensão divisória, porque o usucapião faz desaparecer o direito da propriedade do antigo comunheiro, substituindo-o pelo domínio originário do atual possuidor *animus domini*.

O TJMG, em torno do tema, acentuou:

“As ações reais duram enquanto dura o direito real de que dimanam. A prescrição extintiva não pode ocorrer quando não se verifica a aquisitiva, o usucapião. Assim, não carece de ação aquele que não promoveu a execução da sentença divisória por mais de 30 anos, sem que haja usucapião.”⁷⁹

Por outro lado, “se é admissível usucapião de condômino contra os demais, é indispensável que sua posse seja *localizada e com ânimo de possuir com exclusividade*”.⁸⁰

O momento processual adequado à arguição da prescrição aquisitiva, no juízo divisório, é o da contestação, na primeira fase do procedimento. Dessa forma, se o interessado deixa de fazê-lo em sua resposta, não lhe será lícito reabrir a questão na segunda fase, reservada apenas aos trabalhos práticos de formação dos quinhões.

A prescrição que pode ser arguida em qualquer fase ou instância (Cód. Civ. de 1916, art. 162; CC de 2002, art. 193) é apenas a extintiva, e nunca a aquisitiva.

Passado o momento da contestação, sem que se tenha arguido o usucapião, preclusa se torna a matéria (CPC, arts. 300 e 303).⁸¹

1.378. Divisão e demarcação sumaríssimas (jurisdição voluntária)

Em nossa obra *Terras Particulares*⁸² defendemos a tese de que ainda subsiste no sistema do Código de Processo Civil de 1973 a possibilidade de divisão e demarcação sumaríssimas, sem embargo da ausência de previsão expressa.

Esse mesmo entendimento foi sufragado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação nº 57.381, de que foi relator o eminente Des. Bernardo Figueira, conforme se vê do acórdão publicado no *Diário do Judiciário* do dia 26.05.82.

Nossa justificativa é a seguinte:

O art. 440 do CPC de 1939 previa uma forma de procedimento de jurisdição voluntária para a divisão ou demarcação em juízo, dependendo de concordância de todos os interessados.

Então o processo divisório se simplificava bastante, pois suprimia-se a fase chamada contenciosa e já se iniciavam diretamente as operações de campo. Admitia-se tal procedimento tanto entre maiores como também com a participação de incapazes.⁸³

O código atual não contém dispositivo análogo. Mas nem por isso é de desprezar a possibilidade de abreviar-se o procedimento divisório.

É que, sendo as partes maiores e capazes, podem elas transigir, total ou parcialmente, sobre as questões do processo divisório, o que, por si só, elimina etapas e abrevia a solução da causa em juízo. Podem até mesmo reduzir todo o processo a um só termo nos autos, como permite o art. 1.773 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 2.015).

Por outro lado, se não há litígio entre as partes, e a divisão ou demarcação só não se faz

amigavelmente por questão de capacidade (há, por exemplo, um condômino ou um confinante menor interdito), a meu ver nada impede que se utilize o procedimento comum dos feitos de jurisdição voluntária, que é muito mais singelo e célere, sem acarretar os gastos e o tempo exigidos pelos procedimentos especiais das ações de divisão e demarcação, contidos no art. 946 e seguintes do CPC, procedimentos que pressupõem litígio a dirimir entre as partes.

Há hoje um rito comum para os feitos de jurisdição voluntária que o código manda aplicar a qualquer caso de negócio jurídico que se não possa consumir sem a intervenção judicial, mas que não se caracterize pela litigiosidade. Confira-se o disposto no art. 1.103 do CPC.

Assim, requerida a divisão sob a forma de jurisdição voluntária, o juiz dará curador especial ao incapaz, se houver conflito entre seu interesse e o do seu representante legal (CPC, art. 90, no I) e ouvirá, em todos os atos processuais, o representante do Ministério Público.

Não haverá a fase contenciosa do juízo divisório justamente porque litígio inexistente e todos os interessados requerem, em conjunto, a divisão ou demarcação.

Nomeará o juiz um perito (agrimensor) que procederá aos trabalhos divisórios e apresentará um só laudo, contendo todos os elementos necessários à extinção da comunhão ou à definição da linha divisória.

Colhida a prova técnica, serão ouvidos os interessados e o representante do Ministério Público, ficando então habilitado o juiz a decidir, em 10 dias, com dispensa de observância da legalidade estrita, como dispõe o art. 1.109 do CPC.⁸⁴

1.379. Formalidades importantes no juízo divisório

O juízo divisório é um procedimento eminentemente técnico. As formalidades que a lei traça para as perícias e os trabalhos finais de fixação de linhas e quinhões devem ser rigorosamente cumpridas, porque integram a essência do procedimento e representam o penhor de que seu objetivo será fielmente atingido.

Assim, tem-se decidido que:

“É nula a sentença homologatória de divisão sem as folhas de pagamento e sem a demarcação dos quinhões.”⁸⁵

“A falta de folha de pagamento no processo divisório implica nulidades deste, pois, sendo a mesma folha título declaratório de propriedade, obviamente que constitui formalidade substancial nos processos divisórios.”⁸⁶

“Sob pena de nulidade da sentença, é indispensável que a prova pericial se realize dentro dos padrões técnicos determinados pela lei para a *actio finium regundorum*.”⁸⁷ A jurisprudência do STJ tem admitido a indicação pelas partes de assistentes técnicos ao agrimensor e aos arbitadores nomeados pelo juiz.⁸⁸

“Constitui formalidade essencial a lavratura do auto de divisão, com lançamento de cada quinhão e assinatura do juiz, agrimensor e peritos, sem o que não fica o processo divisório em fase de homologação.”⁸⁹

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação demarcatória, considerou, outrossim, nula a perícia realizada em desacordo com as formalidades legais e ordenou que outra se fizesse, com respeito às exigências do art. 958 do CPC.⁹⁰

O ac. do STF, no RE 88.702, dá notícia de “anulação parcial do processo por falta de

nomeação de arbitradores e agrimensor para levantarem o traçado da linha demarcanda”.91

A perícia, nas ações de demarcação, não é perícia comum, mas sim um trabalho técnico subordinado a requisitos especiais tanto da parte dos louvados como do conteúdo do laudo. Não se pode definir a linha demarcanda a não ser com base em perícia que observe as exigências dos arts. 956 e 957 do CPC.

Sobre o tema, ver nosso *Terras Particulares*, 2a ed., nos 195 e 285, pp. 292-293 e 419-420.

1.380. Inépcia da petição inicial

A natureza técnica do procedimento divisório e a complexidade das operações necessárias para atingir-se a perfeita extinção do condomínio impõem ao promovente o dever de elaborar a petição inicial com rigorosa observância dos requisitos do art. 967 do CPC, sob pena de *inépcia* da postulação.

A propósito desses requisitos essenciais, já decidiu o TJMG:

“Havendo pretensão de extinguir o condomínio, dois pressupostos são necessários, legalmente, para que o processo tenha andamento em juízo:

a) a precisa caracterização da coisa a dividir; e

b) a demonstração de como se formou a comunhão sobre a mesma coisa, com exata explicação de sua origem e de todos os seus participantes.”92

Nesse mesmo acórdão ficou esclarecido que “indicar a origem da comunhão, evidentemente, não significa apontar apenas o título do promovente, através do qual adquiriu uma cota ideal do condomínio já existente. Indicar a origem da comunhão, como é lógico e claro, só pode ser o ato de explicar como o imóvel, primitivamente integrado ao domínio exclusivo de alguém, teria passado, por sucessão *inter vivos* ou *causa mortis*, à propriedade plúrima”.

A descrição tem de partir, portanto, do momento em que o imóvel pertencia apenas a um senhor e tem de prosseguir pelas diversas sucessões até o estágio condominial do momento da propositura da divisão.

Quanto à demarcatória, é requisito essencial da petição inicial a descrição dos “limites por constituir” (CPC, art. 950).

Sobre essa matéria, já decidiu o TJSP que “sem que o promovente diga qual a linha pleiteada é impossível aos promovidos a conveniente defesa e, igualmente, ao juiz, a apreciação da controvérsia e a fixação da linha demarcatória”.93

Não se trata, porém, de defeito insanável, em face do que dispõe o art. 284 do CPC. Ao juiz competirá ordenar a emenda da inicial deficiente, já que em torno do assunto tem-se entendido que “é suprável, no decurso da lide, a falta na inicial da descrição minuciosa dos limites da coisa a demarcar”.94

De outra parte, não deve a exigência do art. 950 do CPC se transformar na imposição ao autor de fazer uma descrição técnica e minuciosa da linha demarcanda, como se fosse um perito ou um agrimensor. Muitas vezes, a confusão de limites não permitirá que isso ocorra. Deverá, então, indicá-la apenas por aproximação.

O STF, a respeito do tema, já assentou que “não se pode tomar com excessivo rigor a exigência da lei, ao estabelecer como requisito da inicial da ação de demarcação que o autor descreva minuciosamente os limites. A finalidade da exigência é afixação do *objeto do pleito*”.95

Aliás, o novo CPC (de 1973) não fala mais em *descrição minuciosa*, mas apenas em descrição dos limites por constituir (art. 950).

1.381. Execução de sentença

Já houve julgados no sentido de que o juízo divisório seria puramente constitutivo, de sorte a exaurir a função jurisdicional na sentença de partilha.

No entanto, o exato posicionamento doutrinário e jurisprudencial é o que reconhece às sentenças de divisão e demarcação, além da força constitutiva, a natureza de título executivo judicial, a exemplo do que ocorre com o formal de partilha em inventário (CPC, art. 475-N, VII).

A propósito, já decidiu o STF que não é correto exigir do comunheiro a propositura de ação de reivindicação contra o outro consorte que detenha o quinhão que na divisão coube ao primeiro. Admissível, segundo os princípios e a tradição, é a “execução específica da sentença, de um contra outro comunheiro, para entrega do quinhão adjudicado ao exequente e detido pelo executado”.⁹⁶

Também no TJMG o problema foi apreciado e dirimido no mesmo rumo:

“As ações de divisão e demarcação são executáveis por via do processo próprio de execuções de sentença que condena à entrega de coisa certa.”⁹⁷

Esse, também, o ensinamento de Sálvio de Figueiredo Teixeira.⁹⁸

Com a reforma do Código de Processo Civil operada pela Lei no 10.444, de 07.05.2002, que introduziu o art. 461-A, o cumprimento das sentenças que condenam à entrega de coisa simplificou-se bastante. Não há mais necessidade de instaurar-se um novo processo de natureza executiva (*actio iudicati*). O cumprimento far-se-á por simples e imediata expedição de mandado de imissão na posse. É assim, portanto, que se deverá proceder no juízo divisório (tanto na divisão como na demarcação), se o quinhão ou a área demarcada não for espontaneamente entregue ao litigante a quem a sentença a atribuiu.

Fluxograma no 68

AÇÃO DE DEMARCAÇÃO
(arts. 950-966)

Petição inicial – art. 950

Citação – art. 953

20 dias

Revelia

Contestação

10 dias

Ouvida do autor

Saneador

Perícia – art. 956

10 dias

Alegações das partes – art. 957, parág. único

Aud. instr. julg., se houver prova oral

Sentença da 1ª fase – art. 958

Procedência do pedido

Improcedência do pedido

Trânsito em julgado

Extinção do processo

Colocação de marcos p/ agrimensor – arts. 959, 960, 962

Elaboração de planta e memorial p/ agrim. – arts. 959, 960, 962

Autenticação da demarcação p/ arbitradores – art. 964

Juntada do relatório dos arbitradores – art. 965

Alegações das partes – 10 dias – art. 965

Retificações, se necessárias

Auto de demarcação – arts. 965 e 966

Sentença homologatória – art. 966

Fluxograma nº 69

ACÇÃO DE DEMARCAÇÃO CUMULADA COM DIVISÃO
(arts. 947-949)

Petição inicial – arts. 950 e 967

Citação de condôminos e confrontantes

20 dias

Contestação de condôminos e confrontantes

Confrontantes só podem contestar
pedido demarcatório

Condôminos podem contestar a divisão
e a linha demarcanda

Saneador

Provas

Perícia p/ definir
linha de limites

Outras provas para solucionar
pedido divisório

Sentença única p/ decidir os dois pedidos cumulados – 1ª fase

Trânsito em julgado: fase executória

Primeiro realizam-se todas as operações de
demarcação. Conf. fluxograma nº 68

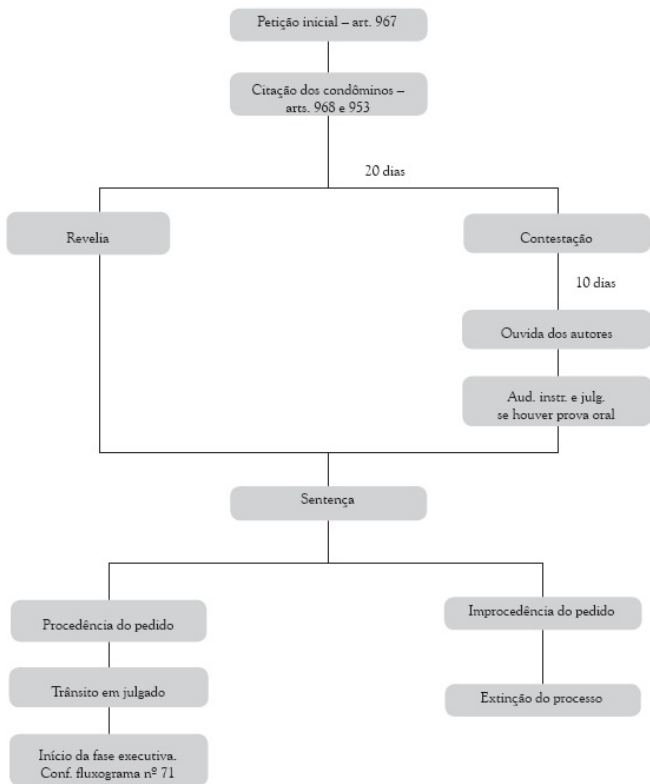
Sentença de homologação da demarcação

Segue-se a fase executiva da divisão.
Conf. fluxograma nº 71

Sentença de homologação da divisão

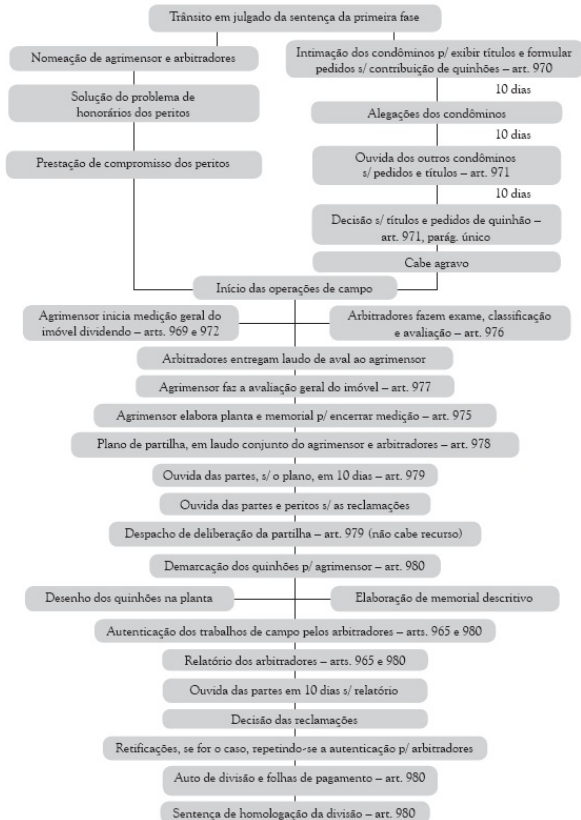
Fluxograma nº 70

AÇÃO DE DIVISÃO – PRIMEIRA FASE
(arts. 967 e 968)



Fluxograma no 71

ACÇÃO DE DIVISÃO – SEGUNDA FASE
(arts. 969-981)



- 1 Na melhor técnica processual, é impróprio falar-se em “ações” diferentes apenas porque diverso o fundamento jurídico material do pedido. Na verdade, o que varia não é o direito de ação, mas a pretensão, e, em razão desta, altera-se o “procedimento” ou rito da tramitação judicial do feito. A rigor, portanto, inexistem *ações* de divisão e demarcação. O que, na realidade, existem são “o procedimento da divisão” e o “procedimento da demarcação” (cf. nossa obra *Terras Particulares*, ed. 1981, no 78, pp. 103-109).
- 2 PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao CPC*, vol. XIII, ed. 1977, p. 413.
- 3 CRUZ, Alcides. *Demarcação e Divisão de Terras*, ed. 1979, no 37, p. 72.
- 4 “Encerrada, por sentença irrecurável, a primeira fase da divisória (contenciosa), não mais se mostra admissível, já na segunda (executiva), reabrir-se a discussão de matéria relativa à existência e extensão de domínio sobre o imóvel comum” (STJ, 4^a T., REsp. no 13.420-0/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 27.10.1992, DJU de 30.11.1992, p. 22.617).
- 5 LOPES DA COSTA, *Demarcação, Divisão e Tapumes*, ed. 1963, no 104, p. 119.
- 6 LOPES DA COSTA, *Op. cit.*, no 107, p. 127.
- 7 “Na ação de divisão há duas decisões de mérito, a primeira, examinando a viabilidade da divisória, a segunda, homologando a divisão propriamente dita. Os atos previstos nos arts. 979 e 980 somente deverão ser realizados após encerrada a primeira fase, dita contenciosa” (STJ, 3^a T., REsp. no 165.782/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 24.05.1999, DJU de 27.11.2000, p. 156).
- 8 *Cód. Proc. Civil e Leg. Proc. em Vigor*, 12. ed., p. 275.
- 9 Ac. de 12.06.79, Min. Rafael Mayer, in *Juriscível do STF* 80/132.
- 10 V., no final dos §§ 201 e 202, roteiros pormenorizados dos atos que compõem todo o procedimento da demarcação e da divisão (nos 1.367 e 1.372).
- 11 LOPES DA COSTA. *Op. cit.*, no 101, p. 118.
- 12 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 453.
- 13 V., sobre o tema, nosso *Terras Particulares*, 2. ed., no 88, pp. 128-133.
- 14 Marcos Afonso Borges, art. in *Rev. de Processo*, vol. 9, p. 237.
- 15 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 426.
- 16 *RJTJESP*, 42/213.
- 17 FRAGA, Affonso. *Theoria e Prática na Divisão e Demarcação das Terras Particulares*, 4. ed., 1936, no 33, pp. 75-78.
- 18 *Op. cit.*, p. 238.
- 19 *Op. cit.*, p. 413.
- 20 *Op. cit.*, nos 35, 36 e 255.
- 21 V. nosso *Terras Particulares*, nos 83 a 85, pp. 117 e segs.
- 22 CF. BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, 2. ed., Rio, Forense, 1980, vol. 79, no 17, p. 28.
- 23 Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, Rio, Forense, 1977, vol. 13, p. 403.
- 24 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., 1986, vol. VI,

- no 225, p. 224.
- 25 1º TACiv.-SP, Ap. no 183.072, ac. de 17.10.1972, in RT 451/177; TAMG, Ap. no 5.510, ac. de 15.05.1975, in RT 475/201; STJ, 2ª S., CC no 35.761/SP, Rel. p/ ac. Min. Ari Pargendler, ac. 11.12.2002, DJU de 15.09.2003, p. 231.
- 26 PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, Forense, 1977, vol. 13, p. 405.
- 27 PONTES DE MIRANDA. *Comentários*, cit., vol. 13, p. 405.
- 28 “É pressuposto essencial para a propositura da ação demarcatória que seja o autor proprietário do imóvel demarcado” (STJ, 4ª T., REsp. no 20.529-7/AL, Rel. Min. Dias Trindade, ac. de 30.08.1993, DJU de 20.09.1993, p. 19.179). Sem a oportuna juntada do título de propriedade, o processo será extinto, sem apreciação do mérito (TJSP, 6ª CC, Ap. no 82.507-1, Rel. Des. Ernani de Paiva, ac. de 19.03.1987, RJTJESP 108/98; STJ, 4ª T., REsp. no 2.637/PR, rel. Min. Athon Carneiro, ac. de 14.08.1990, DJU de 10.09.1990, p. 9.131). “Ausente a prova do domínio da coisa demarcada, cumpre ao jogador decretar o autor careador da ação” (TAMG, 3ª Câ. Civ., Ap. no 349.749-6, Rel. Juíza Tereza Cristina da Cunha Peixoto, ac. 05.12.2001).
- 29 FARIA MOTTA. *Condomínio e Vizinhança*, 1942, no 77, p. 73.
- 30 ASSIS MOURA. *Prática das demarcações e divisões*, 1930, no 54, p. 57.
- 31 MORATO. *Da Prescrição nas ações divisórias*, S. Paulo, Saraiva, 2ª ed., 1944, § 63, p. 138.
- 32 MORATO. *Op. cit.*, § 63, p. 139.
- 33 FARIA MOTTA. *Op. cit.*, no 82, pp. 77-8.
- 34 FARIA MOTTA. *Op. cit.*, no 82, pp. 77-8.
- 35 Athos Aquinos de Magalhães, *Theoria e Prática do Direito de Demarcar e da Ação de Demarcação*, no 190, p. 91. Os titulares de direitos reais limitados incidentes sobre a área demarcada devem ser citados. O compromissário comprador com título registrado no registro imobiliário é litisconsorte passivo necessário no juízo divisório (TJSP, 2ª CC, Emb. Infr. no 231.576-1, Rel. Des. J. Roberto Bedran, ac. de 18.06.1996, JTJ 188/259). Em se tratando de ação real sobre imóvel, na demarcatória devem ser citados ambos os cônjuges, sob pena de nulidade (TJMG, 4ª Câ. Civ., Ap. no 65.944, Rel. Des. Paulo Gonçalves, ac. 13.12.1984, RF 292/278). Excluem-se, porém, do litisconsórcio necessário, ativo ou passivo, os casos de casamento sob regime de separação absoluta de bens (Cód. Civil, art. 1.647, II).
- 36 MAGALHÃES, Athos Aquino de. *Op. cit.*, no 190, p. 91; FRAGA, Affonso. *Theoria e Prática na Divisão e Demarcação das Terras Particulares*, 4. ed., 1936, no 47, p. 105. FARIA MOTA, J. A. *Op. cit.*, no 84, p. 79.
- 37 *Terras*, 2. ed., no 27, p. 92.
- 38 “Do Chamamento à autoria nas ações divisórias”, in RT 17/299.
- 39 In RT 79/8.
- 40 TJSP, 4ª CC, AI no 21.703-1, Rel. Des. Alves Braga, ac. de 18.03.1982, RJTJESP 78/243; TJSP, 7ª CC, Ap. no 205.860-1, Rel. Des. Campos de Mello, ac. de 06.04.1994, JTJ 165/56; TJRGS, 5ª CC, Ap. no 594148496, rel. Des. Luiz Gonzaga Pila Hofmeister, RJTJRGS 172/328.
- 41 *Demarcação, Divisão e Tapumes*, no 45, p. 63. Também Orlando Gomes considera puramente acadêmica a discussão sobre a cumulatividade da demarcação com a

- reivindicação, desde que a unanimidade da doutrina admite como implícito no pedido demarcatório o de restituição de áreas ocupadas pelo vizinho: *Questões de Direito Civil*, p. 259.
- 42 TJMG, 4^a C. Civ., Ap. no 61.670, Rel. Des. Freitas Barbosa; TJRS, Ag. 593137706, Rel. Des. Oswaldo Stefanello, ac. de 30.01.93, in *RJTJRS* 165/219; TAMG, Ap. no 223.637-9, Rel. Juiz Edivaldo George, ac. de 22.10.96, in *RJTAMG*, 65/162.
- 43 *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, vol. XIII, p. 434.
- 44 MORATO. *Da Prescrição nas Ações Divisórias*, 2. ed., § 60, pp. 126-127.
- 45 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, no 231, p. 258; MORATO, in *RT* 17/300.
- 46 CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. *Comentário ao Cód. de Proc. Civil*, Rio, Forense, 1940, vol. 5, no 313, p. 316.
- 47 TAMG, Ap. no 5.923, ac. de 02.08.74, Rel. Juiz Jorge Fontana, JTAMG 2/119.
- 48 V., em nosso *Terras Particulares*, no 204, pp. 308-310.
- 49 LIMA, Alexandre Delfino de Amorim. *Cód. de Proc. Civil do Brasil*, 2. ed., 1959, vol. 2, no 174, p. 340.
- 50 LIMA, Alexandre Delfino de Amorim. *Op. cit.*, vol. 2, no 174, p. 341.
- 51 V., em nosso *Terras Particulares*, no 205, pp. 310-314.
- 52 MORATO, Francisco. *Op. cit.*, § 64, p. 140.
- 53 MORATO, Francisco. *Op. cit.*, § 64, p. 141.
- 54 PONTES DE MIRANDA, *Op. cit.*, vol. 13, p. 482. “O art. 968 somente cogita de condôminos” (*Comentários*, cit., vol. 13, p. 483).
- 55 MORATO, Francisco. *Op. cit.*, § 74, p. 155.
- 56 MORATO, Francisco. *Op. cit.*, § 74, p. 156.
- 57 *Rev. Forense* 150/313; *Jurisprudência Mineira* 34(1)/115.
- 58 FRAGA, Afonso. *Op. cit.*, p. 292, nota 3.; STJ, 4^a T., REsp. no 13.366/MS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 30.03.1993, *LEXSTJ*, 49/209; TJMG, 11^a Câm. Cível, Ap. no 1.0686.06.175676-9/001(1), Rel. Des. Duarte de Paula, ac. 14.10.2009, *DJe* de 27.10.2009.
- 59 MARTINS, Tancredo e MARTINS, Octavio. *Divisões e Demarcações*, 1917, p. 262.
- 60 Há acordãos que admitem agravo contra a decisão que delibera a partilha (STJ, 4^a T., REsp. no 40.691-9/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 29.03.1994, *DJU* de 13.06.1994, p. 15.111; TJSP, 1^a CC, AI no 124.455-1, Rel. Des. Luis de Macedo, ac. de 09.11.1989, *RJTJESP* 125/353; TJSP, 5^a CC, AI no 183.925-1, Rel. Des. Silveira Netto, ac. de 22.10.1992, *JTJ* 143/165).
- 61 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, vol. 13, p. 406.
- 62 FRAGA, Afonso. *Op. cit.*, no 46, p. 103, nota 11.
- 63 FRAGA, Afonso. *Op. cit.*, no 46, p. 103, nota 11.
- 64 Cf. FARIA MOTTA, J. *Op. cit.*, no 82, p. 77, nota.
- 65 BORGES, Marcos Afonso. *Op. cit.*, p. 238. THEODORO JR., Humberto. *Terras Particulares*, 2. ed., no 315, pp. 467-470.
- 66 CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, p. 54; *Istituzioni*, vol. I, p. 7.
- 67 CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*, § 18, p. 56.
- 68 *Op. cit.*, § 19, p. 63.

- 69 *Op. cit.*, pp. 506-507.
- 70 *Op. cit.*, p. 478.
- 71 COSTA, Lopes da. *Op. cit.*, no 127; FARIA MOTTA. *Condomínio e Vizinhança*, no 153.
- 72 COSTA, Lopes da. *Op. cit.*, no 128, p. 145; STJ, 3^a T., REsp no 776.242/SC, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 07.12.2006, DJU de 26.02.2007, p. 586.
- 73 STF, RE 85.538, ac. de 26.10.1976, Min. Moreira Alves, in RTJ 80/674. No mesmo sentido: TJMG, Ap. no 62.115, Des. Paulo Tinoco, ac. de 20.12.1983, in DJMG de 08.05.84.
- 74 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 479.
- 75 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, no 296, pp. 414-444; nos procedimentos de jurisdição voluntária, segundo Luiz de Bueno Vidigal, “o juiz desempenha nas homologações função análoga à do tabelião nas escrituras públicas”. O ato homologado, portanto, “não depende, para anular-se, de ação rescisória” (*Comentários ao CPC*, vol. VI, 1974, pp. 160-161).
- 76 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 479.
- 77 TJMG, Ap. no 20.854, Des. Cunha Peixoto, ac. de 25.06.1962, in *Jur. Mineira* 37/94; STJ, 3^a T., REsp no 776.242/SC, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 07.12.2006, DJU de 26.02.2007, p. 586.
- 78 Ap. no 104, ac. de 20.09.1965, Juiz Monteiro Ferraz, in RF 215/161.
- 79 Ap. no 16.843, in DJMG de 15.07.60.
- 80 TAMG, Ap. no 104, in RF 215/161; TJSP, Ap. no 231.996-2/1, Rel. Des. Pereira Calças, ac. de 28.06.1994, in JTJSP 163/38.
- 81 Nesse sentido: TJGO, Ap. no 11.845, ac. de 13.11.1979, in *Rev. Goiana de Jurisp.* 14/192.
- 82 *Op. cit.*, no 102, pp. 150-152.
- 83 COSTA, Lopes da. *Op. cit.*, no 148, p. 168; TJMG, Agr. 4.192, in *Rev. Forense* 1.603/279; Ap. no 12.598 e 13.150, in repertório de Alexandre de Paula, vol. 25, p. 1.473.
- 84 V., em nosso *Terras Particulares*, no 102, pp. 150-152, as cautelas procedimentais a serem adotadas pelo juiz na condução da divisão sumaríssima.
- 85 TJSP, Ap. no 160.731, ac. de 14.12.1970, Des. Moreno Gonzales, in RF 238/152.
- 86 TJMG, Ap. no 33.727, Rel. Des. Jacomino Inacarato, ac. de 24.11.1970, in *Jur. Mineira* 49/166.
- 87 TJMG, Ap. no 60.767, 4^a C. Cív., Rel. Des. Vaz de Mello.
- 88 STJ, 4^a T., REsp. no 38.026-0/SP, rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 25.10.1993, DJU de 06.12.1993, p. 26.668.
- 89 TJSP, Ap. no 33.595, ac. de 09.10.1947, Des. Caramuru Teixeira, in RJ 117/180.
- 90 TJSP, Ap. no 10.609, ac. de 10.12.1981, Des. Evaristo Santos, in RT 558/92.
- 91 Ac. de 25.09.1979, Rel. Min. Soares Muñoz, in *Juriscível* 84/118.
- 92 Ap. 63.720, 4^a Câ. Cív., Rel. Des. Paulo Gonçalves, ac. de 26.04.1984.
- 93 Ag. no 50.672, ac. de 23.11.1950, Des. Breno Caramuru, in RF 140/264. No mesmo sentido: TJMT, Ag. no 1993, ac. in RF 255/315.
- 94 STF, RE 24.972, ac. de 07.05.1954, Min. Orosimbo Nonato, in RF 162/159.
- 95 RE 10.492, ac. de 16.11.1948, Min. Orosimbo Nonato, in RF 123/116; TAMG, Ap. no 108.398-9, Rel. Juiz Mercêdo Moreira, ac. de 17.04.1991, in DJMG 24.03.92, p. 14.
- 96 RE 74.376, ac. de 05.10.1972, Min. Xavier de Albuquerque, in RTJ 63/272.

97 Ap. no 16.843; DJMG, 15.07.1960. No mesmo sentido: TJRS, ac. *in RF* 121/532; TJSP, ac. *in RT* 558/59.

98 *Cód. Proc. Civil Anotado*, Ed. Forense, 1984, p. 411, nota ao art. 908.

§ 222. DISPOSIÇÕES GERAIS

Sumário: 1.382. Introito. 1.383. Caráter contencioso do inventário. 1.383-a. Inventário e partilha por via administrativa. 1.383-b. Regulamentação baixada pelo Conselho Nacional de Justiça sobre o inventário extrajudicial. 1.383-c. Execução da partilha por via administrativa. 1.384. Inventário negativo. 1.385. Competência. 1.386. Universalidade do foro sucessório. 1.387. Questões solucionáveis no juízo sucessório. 1.388. Administração da herança. 1.389. O inventariante. 1.390. Encargos do inventariante. 1.391. Remoção do inventariante. 1.392. Legitimação para promover o inventário.

1.382. Introito

Com a morte da pessoa natural, seus bens transmitem-se aos sucessores legítimos e testamentários (Cód. Civil de 1916, art. 1.572; CC de 2002, art. 1.784). Uma vez, porém, que o patrimônio do autor da herança constitui uma universalidade, torna-se necessário apurar quais são os bens que o integram, a fim de definir o que passou realmente para o domínio dos sucessores. E, havendo mais de um sucessor, há, ainda, necessidade de definir quais os bens da herança que tocaram a cada um deles.

Para esse fim, existe o procedimento especial do *inventário e partilha* (arts. 982 a 1.045 do CPC), que se apresenta como procedimento complexo integrado por dois estágios bem distintos.

O *inventário* (estágio inicial) consiste na atividade processual endereçada à descrição detalhada de toda a herança, de molde a individualizar todos os bens móveis e imóveis que formam o acervo patrimonial do morto, incluindo até mesmo as dívidas ativas e passivas e quaisquer outros direitos de natureza patrimonial deixados pelo *de cujus*.

A *partilha* é o segundo estágio do procedimento e vem a ser a atividade desenvolvida para ultimar a divisão do acervo entre os diversos sucessores, estabelecendo e adjudicando a cada um deles um quinhão certo e definido sobre os bens deixados pelo morto.

Esse procedimento especial, embora criado especificamente para resolver a questão da sucessão *causa mortis*, presta-se também para solucionar casos de partilha, como o da sucessão provisória em bens de ausentes (art. 1.163) e o da divisão dos bens comuns após a dissolução da sociedade conjugal (art. 1.121, parágrafo único).

Quanto à complexidade do rito, a lei prevê duas espécies de procedimento para o inventário e partilha: um completo, que é o *inventário*, propriamente dito (arts. 982 a 1.030), e outro, sumário ou simplificado, que é o *arrolamento* (arts. 1.031 a 1.038).

O inventário, na tradição de nosso direito processual civil, era sempre judicial, enquanto a partilha, a critério dos herdeiros, tanto podia ser processada em juízo como extrajudicialmente. A Lei no 11.441, de 04.01.2007, alterando o art. 982 do CPC, passou a permitir que a opção pela extrajudicialidade pudesse ser feita também em relação ao inventário. De qualquer modo, para realizar o inventário e a partilha sem a intervenção do juiz, é preciso que todos os interessados sejam maiores e capazes e que haja acordo geral entre eles (Código Civil, art. 2.015; CPC, art. 982, na redação da Lei no 11.441/2007, modificada pela Lei no 11.965/2009).

1.383. Caráter contencioso do inventário

Sempre houve controvérsia doutrinária a respeito da natureza do procedimento sucessório *causa mortis*. Entre os doutores antigos, todavia, o entendimento predominante era o de que se tratava de procedimento de jurisdição voluntária, visto que a disputa entre os sucessores não era pressuposto, mas apenas um evento ocasional do curso do feito.

No entanto, o legislador de 1973 optou pela classificação do inventário e partilha entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. A solução pode não ter sido a mais técnica, mas é a da lei. E uma vez que, *ex vi legis*, o juízo é contencioso, a consequência inevitável é a autoridade de coisa julgada material assumida pela sentença que dirimir as questões debatidas entre os sucessores, tanto no inventário como na partilha judicial.¹ Claro, porém, que não sendo obrigatória a partilha judicial, não se terá de cogitar de *res iudicata* quando o juiz limitar-se a homologar partilha amigável, naqueles casos em que a lei a permite.

Com maior razão, não se haverá de pensar em coisa julgada no inventário e partilha processados perante tabelião, nos moldes autorizados pelo novo texto do art. 982, instituído pela Lei no 11.441/2007. Nessa hipótese, a transmissão da herança se dá por via puramente negocial, sem intervenção do juiz. Mesmo optando os sucessores pelo procedimento judicial, é possível que a partilha se faça por acordo entre eles, caso em que o juiz se limitará a homologá-la, por meio de um ato de jurisdição voluntária, afastando o processo de seu normal feitiço contencioso.

O caráter contencioso do inventário terá, como a seguir demonstraremos, importante reflexo na rescisão da partilha viciada (v. nos 1.412 a 1.415, *infra*).

1.383-a. Inventário e partilha por via administrativa

Em lugar de promover o inventário e partilha em juízo, podem os interessados adotar a via administrativa, recorrendo ao chamado foro extrajudicial, em que atuam os tabeliães ou notários.

Sem qualquer participação do juiz, o inventário e a partilha serão efetuados por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário, independentemente de homologação judicial (art. 982, *caput*). Trata-se de sistema antigo no direito europeu e que, a partir da Lei no 11.441/2007, passou a vigorar também entre nós, gerando só benefícios para as partes e para os serviços judiciários. De fato, entre maiores e capazes que se acham em pleno acordo quanto ao modo de partilhar o acervo hereditário, nada recomenda ou justifica o recurso ao processo judicial e a submissão a seus custos, sua complexidade e sua inevitável demora. Por outro lado, a retirada do inventário da esfera judicial contribui para aliviar a justiça de uma sobrecarga significativa de processos. A reforma do art. 982, portanto, só merece aplausos.

A utilização da via notarial, todavia, não é uma imposição da lei, mas uma faculdade aberta aos sucessores, que, se preferirem, poderão continuar a utilizar o procedimento judicial para obter a homologação do acordo de partilha, observando o rito dos arts. 1.031 a 1.035. Se tal acontecer, a partilha consensual não dependerá das exigências formais traçadas pelo art. 982 para o inventário e partilha administrativos. A divisão amigável poderá constar de petição, termo nos autos ou mesmo de escritura pública, a qual não estará obviamente condicionada à participação de advogado. As partes serão assistidas por advogado em juízo, ao postularem a homologação prevista no art. 1.031 e não necessariamente no ato notarial, já que este não terá sido praticado com o fim de excluir o processo judicial. No caso de hipossuficiente, o ato notarial é gratuito e a assistência poderá ser praticada por defensor público (art. 982, §§ 1º e 2º, com redação da Lei nº 11.965, de 3.7.2009).

A existência de testamento a cumprir e a presença de interessado incapaz na sucessão impedem o inventário por escritura pública. A validade do ato notarial dependerá, ainda, de estarem todas as partes assistidas por advogados, cuja qualificação e assinatura constarão obrigatoriamente de escritura (art. 982, § 1º, alterado pela Lei nº 11.965/2009).

Para utilizar-se, portanto, a via administrativa na prática do inventário e partilha, impõe-se o cumprimento das seguintes exigências legais:

a) todos os interessados hão de ser *maiores e capazes*; os regularmente emancipados, antes da idade legal, equiparam-se plenamente aos maiores e, assim, poderão também participar do ato notarial (Código Civil, art. 5º, parágrafo único); basta que um dos participantes seja incapaz para inviabilizar a solução administrativa da sucessão;

b) a sucessão não pode ser testamentária; tem de ser legítima, pois a existência de testamento torna obrigatório o seu cumprimento pelas vias judiciais;²

c) todos os interessados devem estar *concordes* quanto aos termos do inventário e quanto à partilha, de forma que qualquer divergência entre eles conduzirá ao procedimento judicial contencioso. A participação do cônjuge sobrevivente é obrigatória, seja como meeiro, herdeiro ou titular do direito real de habitação (Cód. Civil, art. 1.831);

d) todas as partes interessadas deverão comparecer à presença do tabelião assistidas por advogado, que pode ser comum ou não, ou de defensor público, no caso de beneficiário da assistência judiciária; não é preciso outorgar mandato, porque partes e advogados estarão presentes ao ato notarial e todos firmarão a escritura; declarará cada interessado quem é o advogado que o assiste, e este, no exercício de seus múnus, se identificará e se qualificará convenientemente; não há necessidade de que todos sejam assistidos pelo mesmo advogado, embora isto possa acontecer, e se forem vários cada qual declinará a quem está assistindo; a nenhum dos interessados será permitido firmar a escritura sem a assistência advocatícia, sob pena de invalidar o ato, pois a lei proíbe ao tabelião lavrá-lo sem a observância dessa exigência. Trata-se, pois, de solenidade substancial ao aperfeiçoamento do inventário e partilha administrativos;

e) a sistemática instituída pela Lei nº 11.441 aplica-se ao inventário e à partilha mesmo nos casos de óbito ocorrido antes de sua entrada em vigor. Deve-se, porém, observar que as regras materiais a respeito da sucessão hereditária serão aquelas em vigor na data da abertura da sucessão, ou seja, da morte do inventariado (Cód. Civil, art. 1.787);³

f) é possível fazer-se numa só escritura a cessão e transferência de direitos hereditários,

seguida de partilha.⁴

Naturalmente, não há vedação a que os interessados (cônjuge e herdeiros) se façam representar por procurador, constituído por instrumento público e com poderes especiais para o ato.

Como se passa com as escrituras em geral, o tabelião é responsável pelo controle do recolhimento do imposto de transmissão e pela exigência de comprovantes das quitações tributárias que digam respeito aos bens transmitidos e sem os quais a escritura de inventário e partilha não logrará registro no cartório imobiliário (CTN, art. 134, V, e Lei nº 8.935/94, art. 30, XI).

O modo de estruturar o conteúdo da escritura será equiparável ao observado nas comuns escrituras de divisão de condomínio: identificam-se todos os comunheiros e todos os bens comuns; atribui-se valor ao cervo e define-se a quota ideal com que cada interessado irá concorrer na partilha; por último, elabora-se uma folha de pagamento para cada um deles, descrevendo os bens que formarão o respectivo quinhão.

Não haverá partilha, mas apenas inventário, quando a transmissão *causa mortis* contemplar sucessor único. Em qualquer caso, seja único ou sejam vários os sucessores, não haverá formal de partilha para ser levado ao registro imobiliário. A própria escritura pública será o título hábil para o ato registral, devendo o tabelião fornecer aos interessados o competente traslado.

Não há lugar para a figura do inventariante no inventário administrativo. Tudo se resolve de plano, no contato direto e imediato entre os interessados, seus advogados e o tabelião.⁵ Não há processo, nem mesmo procedimento, mas simplesmente um único ato notarial. A escolha do tabelião é feita pelas partes e não fica sujeita a vinculação ao último domicílio do *de cujus*, ao local do óbito, à situação dos bens ou ao domicílio dos sucessores. Há de respeitar-se, porém, a sede funcional do tabelião, que somente tem atribuição para lavrar atos de seu ofício dentro de sua circunscrição territorial. Os interessados podem deslocar-se à procura de tabelião de sua confiança fora de seu foro, mas o tabelião não pode transportar-se para lavrar escritura em local não compreendido pela sua circunscrição territorial.

A sucessão processada administrativamente não é privativa dos nacionais ou dos estrangeiros residentes ou domiciliados no País. Também os que aqui não vivem podem realizar o inventário e partilha dos bens situados no Brasil, desde que o façam perante tabelião brasileiro e sob observância de todas as exigências do art. 982 e seus parágrafos.

Entretanto, os bens situados no estrangeiro não podem ser partilhados no Brasil, devendo ser objeto de procedimento autônomo no país onde se situem.⁶

Para os “brasileiros que estejam no estrangeiro, e pretendem fazer a separação, o divórcio, o inventário, a partilha, poderão recorrer ao cônsul brasileiro, que exerce funções de tabelionato e de oficial de registro civil, nos termos do art. 18 da Lei de Introdução ao Código Civil”.⁷ Continuará obrigatória a assistência de advogado inscrito na OAB.⁸

1.383-b. Regulamentação baixada pelo Conselho Nacional de Justiça sobre o inventário extrajudicial

Através da Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, o Conselho Nacional de Justiça detalhou procedimentos a serem observados pelos tabeliães na lavratura de escrituras de inventário e

partilha. Dentre eles, merecem destaque os que são comentados a seguir.

É possível, segundo tal Resolução, a promoção do inventário extrajudicial também por cessionários de direitos hereditários, mesmo na hipótese de cessão de parte do acervo, desde que todos os herdeiros estejam presentes e concordes (art. 16).

Em regra não se exige a participação na escritura do cônjuge do herdeiro. Havendo, porém, renúncia ou algum tipo de partilha que importe transmissão de direitos (v.g., formação de quinhão maior do que o decorrente de partilha normal), necessária será a intervenção do cônjuge do herdeiro. Não se exigirá, porém, essa medida, qualquer que seja o tipo de partilha, se se tratar de casamento sob o regime da separação absoluta (Resolução no 35/CNJ, art. 17).

A sucessão no caso de união estável pode ser promovida por inventário e partilha extrajudicial, havendo, é claro, consenso de todos os herdeiros. A própria união estável pode ser reconhecida por essa via, que se prestará, inclusive, para definir a meação do companheiro sobrevivente (Resolução no 35/CNJ, arts. 18 e 19).

É, ainda, admissível o uso de escritura pública para os casos de sobrepartilha, ainda que referente a sucessão anteriormente processada em juízo, mesmo que a seu tempo houvesse herdeiro menor, hoje maior e capaz (Resolução no 35/CNJ, art. 25). O mesmo pode acontecer com as retificações de partilha, quando haja consentimento de todos os interessados (*idem*, art. 13).

Algumas providências que a Resolução no 35/CNJ reputa necessárias para a perfeição da escritura de inventário e partilha extrajudiciais:

a) As partes e respectivos cônjuges devem estar, na escritura, nomeados e qualificados (nacionalidade, profissão, idade, estado civil), com especificação do regime de bens, data de casamento, pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; número do documento de identidade, número de inscrição no CPF/MF, domicílio e residência (art. 20).

b) O autor da herança será qualificado de maneira completa, com especificação do regime de bens do casamento, pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver, dia e lugar em que o óbito ocorreu, data da expedição da certidão de óbito (livro, folha, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito), e com a menção ou declaração dos herdeiros ou de que o autor da herança não deixou outros herdeiros, nem testamento (art. 21).

c) Admite-se a representação dos interessados por procurador, que deverão estar munidos de procuração por instrumento público com poderes especiais. Veda-se, porém, a cumulação de funções de mandatário e de assistente das partes (art. 12).

d) Documentos a serem apresentados ao tabelião: (i) certidão de óbito do autor da herança; (ii) documento de identidade oficial e CPF das partes e do autor da herança; (iii) certidão comprobatória do vínculo de parentesco dos herdeiros; (iv) certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados e pacto nupcial, se houver; (v) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a ele relativos; (vi) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver; (vii) certidão negativa de tributos; (viii) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR, se houver imóvel rural a partilhar (art. 22).

e) Os documentos de identidade das partes serão sempre exibidos em originais. Os demais documentos necessários à lavratura do ato notarial poderão constar de cópias autenticadas (art. 23). A escritura pública deverá fazer menção a todos os documentos apresentados (art. 24).

f) A gratuidade prevista na Lei no 11.441/2007, segundo a Resolução no 35/CNJ,

compreende as escrituras de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais (art. 6º). Bastará que os interessados declarem não possuir condições de arcar com os emolumentos (art. 7º). Essa gratuidade do ato notarial, antes prevista de forma expressa apenas para a separação e divórcio, foi expressamente assegurada também ao inventário e partilha pela Lei nº 11.965, de 3.7.2009, que deu nova redação ao art. 982 e seus parágrafos.

Em Minas Gerais, a Corregedoria Geral de Justiça baixou o Provimento nº 164/CGJ/2007 (publicado no *DJMG* de 02.03.2007), que também dispõe sobre a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por escritura pública.

Menciona o referido Provimento, com inteira procedência, a possibilidade de se utilizar a via notarial mesmo quando haja processo judicial em andamento ainda não julgado por sentença. Nesse caso, a escritura mencionará o juízo onde tramita o feito e o tabelião procederá à comunicação à autoridade judicial, nos trinta dias seguintes à lavratura de seu ato (art. 9º e parágrafo único).

1.383-c. Execução da partilha por via administrativa

Ao formal de partilha extraído do processo sucessório judicial, a lei confere a qualidade de título executivo judicial para reclamar a entrega dos bens divididos em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores singulares ou universais (art. 475-N, VII). Feita a partilha por ato notarial, não há que se pensar em formal de partilha e tampouco em execução de título judicial. A escritura pública, todavia, retratando obrigação de entrega de coisa, de forma certa, líquida e exigível, configura, por si só, título executivo, nos termos do art. 585, II.

Com base, portanto, em escritura obtida nos moldes do art. 982, o sucessor poderá promover execução forçada, caso outro interessado retenha bem do acervo que lhe tenha sido adjudicado na partilha. A execução será, na espécie, de título extrajudicial, e não de título judicial, como acontece com o formal, tornando, de tal sorte, mais amplo o campo de debate no caso de eventuais embargos (art. 745, V).

1.384. Inventário negativo

Se o morto não deixou bens patrimoniais, não há evidentemente o que inventariar. Mas, mesmo assim, há situações jurídicas em que o cônjuge supérstite tem interesse em obter o reconhecimento oficial do óbito sem herança.

O inventário negativo não se acha expressamente disciplinado pelo Código. Nem por isso doutrina e jurisprudência lhe recusam cabimento e utilidade. Basta lembrar que a lei não permite o casamento do viúvo que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não promover o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros (CC de 2002, art. 1.523, I). E a penalidade para a infração dessa obrigação legal é a sujeição ao regime obrigatório da separação de bens no novo matrimônio (CC de 2002, art. 1.641, I).

O inventário negativo é, nessa conjuntura, o expediente criado pela praxe forense para provar que o óbito se deu sem deixar bens a partilhar.

Trata-se de medida de jurisdição voluntária, que preenche lacuna da lei e merece aplausos da doutrina e jurisprudência.⁹ O procedimento sumário instituído pela experiência do foro

consiste em acusar, em petição, o óbito ao juiz, assumindo o requerente o compromisso de inventariante, com citação dos demais interessados e audiência do Ministério Público e da Fazenda Pública. Prestadas as declarações com a menção de ausência total de bens a inventariar, e havendo concordância de todos os convocados ao processo (que tanto pode ser expressa como tácita), o feito se encerra com sentença de homologação do declarado pelo inventariante, a qual, através de certidão, servirá de documento para instituir o processo de casamento do cônjuge viúvo, ou para qualquer outro fim legal.¹⁰

Após a instituição do inventário extrajudicial (Lei no 11.441, de 04.01.2007), também o inventário negativo pode ser formalizado por escritura pública (Resolução no 35, de 24.04.2007, do Conselho Nacional de Justiça).

1.385. Competência

Em nível de competência internacional, cabe à Justiça brasileira, com exclusão de qualquer outra, o processamento do inventário de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residência fora do território nacional (art. 89, no II). Trata-se de competência exclusiva e, por conseguinte, absoluta e improrrogável.¹¹

Em contrapartida, falece competência à Justiça brasileira para proceder a inventário e partilha de bens não situados no Brasil, mesmo que o *de cujus* tivesse seu último domicílio em território nacional.¹²

Na ordem da competência interna, a competência para o inventário dos bens aqui situados é atribuída ao foro do domicílio do autor da herança (art. 96, *caput*). Há porém dois casos de foros subsidiários, segundo o parágrafo único do mencionado artigo, a saber:

- a) inexistindo domicílio certo, a competência será a do foro da situação dos bens;
- b) se o domicílio não era certo e se os bens se acharem em lugares diferentes, a competência se fixará no foro do lugar em que ocorreu o óbito.¹³

A competência interna, por sua vez, é presidida por critérios territoriais, o que a torna apenas relativa e, por conseguinte, prorrogável quando o processo vier a ser aberto em foro diverso, sem oposição dos interessados.¹⁴

É de se observar a regra de competência privativa da justiça nacional (art. 89, inc. II) também para o foro extrajudicial, no caso de inventário e partilha por via administrativa. Dessa maneira, para aplicar-se o art. 982, na redação das Leis nos 11.421/2007 e 11.965/2009, deverão utilizar tabeliães e advogados habilitados a atuar no País.

1.386. Universalidade do foro sucessório

Conforme dispõe o art. 96 do CPC, a competência do foro do domicílio do autor da herança abrange não só o inventário e partilha judiciais como “todas as ações em que o espólio for réu”.

Cuida a lei, porém, de uma competência de *foro* e não de *juízo*, de sorte que se na mesma comarca em que se abriu o inventário houver mais de uma Vara com igual competência, a ação contra o espólio poderá, eventualmente, ser distribuída a juízo diverso, desde que integrante da mesma comarca.¹⁵

A universalidade do foro do inventário não é, outrossim, completa, visto que não atinge os

casos em que o espólio seja autor nem prejudica o foro das ações reais imobiliárias, previsto no art. 95 (*forum rei sitae*), que deverá prevalecer sobre o sucessório, ainda quando o espólio seja réu.¹⁶

1.387. Questões solucionáveis no juízo sucessório

A finalidade do procedimento sucessório contencioso é definir os componentes do acervo hereditário e determinar quem são os herdeiros que recolherão a herança (inventário), bem como definir a parte dos bens que tocará a cada um deles (partilha). Para alcançar esse objetivo, caberá ao juiz solucionar todas as questões suscitadas, seja em torno de bens e obrigações do *de cujus*, seja em torno da qualidade sucessória dos pretendentes à herança.

Sobre o campo de atuação do juiz nesse procedimento especial, dispõe o art. 984 que “o juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas”.

Disso decorre a regra geral que é a de competir ao juiz do inventário a solução de toda e qualquer questão de que dependa o julgamento do inventário e da partilha. Somente, portanto, quando a questão, por sua natureza, depender de um outro processo especial, ou se achar subordinada a fato somente pesquisável por meio de outras provas que não a documental, é que o magistrado do inventário poderá remeter os interessados para as vias ordinárias.

A complexidade da tese jurídica aplicável à controvérsia mostra-se irrelevante, pois só se pode ter como questão de alta indagação para os fins do art. 984 “aquela que exige um procedimento comum, vale dizer, um processo próprio”, e não a que decorre de “dificuldade de aplicação do direito”.¹⁷ Não são, pois, dessa natureza as questões de direito, por mais controvertidas e complexas que sejam.¹⁸

Da decisão que remete o interessado para as vias ordinárias o recurso cabível é o agravo.¹⁹

A remessa da questão para exame nas vias ordinárias representa, outrossim, uma decisão interlocutória e, como tal, desafia recurso de agravo de instrumento.²⁰ Não há de se pensar em agravo retido, por ser inútil, na espécie, essa figura impugnativa, diante da inexistência de posterior apelação para ratificá-la.

1.388. Administração da herança

Entre a morte do *de cujus* e a partilha de seus bens entre os sucessores, há um patrimônio que fica em situação imprecisa quanto à sua nova titularidade. Enquanto essa imprecisão não é afastada, impõe-se atribuir a alguém o encargo de administrar a massa hereditária.

Para essa função a lei institui duas figuras, a saber: o administrador provisório (art. 985) e o inventariante (art. 990).

O inventariante desempenha importante função de agente auxiliar do juízo, pois é a ele que compete fazer evoluir o inventário até atingir a partilha final do acervo comum. Sua função é, pois, exercida *dentro* do processo, a partir de nomeação judicial e compromisso prestado perante a autoridade judiciária.

O administrador provisório, por sua vez, é aquele que dá continuidade prática à posse do

autor da herança, enquanto não ocorre a investidura do inventariante em seu múnus processual regular (art. 986). Sua função é a de não deixar sem administração a massa hereditária no espaço de tempo entre a morte do *de cujus* e a abertura do inventário. Cessa, portanto, tão logo ocorra a nomeação do inventariante.

Nos termos da lei, trata-se de uma gestão provisória, que se apoia diretamente no fato de deter a posse dos bens a inventariar e que não depende de prévia nomeação ou investidura judicial.

Essa qualidade de administrador provisório do espólio a lei reconhece ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão (CC de 2002, art. 1.797, I).

Se não houver companheiro ou cônjuge supérstite, a administração será atribuída:

a) ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

b) ao testamenteiro;

c) a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz (CC de 2002, art. 1.797).²¹

Os poderes do administrador são os de representar ativa e passivamente o espólio, em juízo ou fora dele, desde que reconhecida a regularidade da situação daquele que age na defesa da herança.²²

Por se tratar de gestor de bens alheios, o administrador provisório não conta com poderes de disposição dos bens do espólio e fica obrigado a trazer ao acervo os frutos percebidos desde a abertura da sucessão, respondendo pelo dano a que, por dolo ou culpa, der causa. Assiste-lhe, por outro lado, o direito ao reembolso de todas as despesas necessárias e úteis que fizer em relação ao espólio (art. 986).

1.389. O inventariante

O procedimento sucessório reclama a colaboração de um agente auxiliar especial do juízo, que é o inventariante, ou seja, uma pessoa nomeada pelo juiz para administrar o acervo hereditário e promover o inventário e partilha.

Em se tratando de um múnus público, a investidura depende de nomeação do juiz e prestação de compromisso nos autos “de bem e fielmente desempenhar o cargo” (art. 990, parágrafo único).

Sua escolha não é ato arbitrário nem discricionário do juiz, pois acha-se vinculada a um critério especificado e delimitado pela lei (art. 990 do CPC, com a redação da Lei nº 12.195, de 14.01.2010). A ordem legal de preferência a ser observada é a seguinte:

I – o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II – o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados;

III – qualquer herdeiro, se nenhum está na posse e administração do espólio;

IV – o testamenteiro, se lhe foi confiada a administração do espólio ou se toda a herança

estiver distribuída em legados;

V – o inventariante judicial, se houver;

VI – pessoa estranha idônea onde não houver inventariante judicial.

Segundo a tradição de nosso direito, o juiz fica obrigado a cumprir rigorosamente a escala legal de preferência para a nomeação do inventariante.²³ Dentro de uma mesma classe, porém, pode surgir um conflito sério, que desacolhe a escolha de qualquer um dos herdeiros que a integram. Doutrina e jurisprudência entendem que, nessa circunstância especial, e em caráter puramente excepcional, será lícito ao juiz fugir da ordem legal de preferência. Isto, porém, “somente se legitima em casos graves e excepcionais, cumpridamente justificados”.²⁴

Os encargos da inventariança pressupõem capacidade da pessoa a ser investida na administração do espólio. Por isso, se o preferente, na escala legal, for menor ou incapaz, a escolha deve passar para a classe seguinte. O representante legal do incapaz não pode assumir o compromisso de inventariante em nome do representado. Se não houver outro legitimado à inventariança, o representante legal somente terá condições de assumir o cargo como estranho à sucessão, em nome próprio, a título de inventariante dativo (art. 990, no VI).²⁵

A função do inventariante dura enquanto não se dá a partilha dos bens do espólio. Mas se, encerrada a divisão dos bens arrolados, ainda subsistem outros litigiosos para sobrepartilhar, não desaparece juridicamente a figura do espólio e, por conseguinte, os poderes de representação do inventariante persistem, então, mesmo depois de julgada a partilha.²⁶

O herdeiro que tenha posição jurídica litigiosa antagônica com o espólio ou com os demais coerdeiros não deve ser nomeado inventariante. Mas o interesse comum de haver e preservar a cota hereditária, naturalmente, não representa óbice à investidura. Não se aplicam, por razões óbvias, ao inventariante os motivos ordinários de suspeição de peritos, assistentes e outros auxiliares da justiça.²⁷

1.390. Encargos do inventariante

Segundo dispõe o art. 991, incumbe ao inventariante:

I – representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, desde que não se trate de inventariante dativo (arts. 12, § 1º, e 990, no VI);²⁸

II – administrar o espólio, velando-lhe os bens com a mesma diligência como se seus fossem;

III – prestar as primeiras e últimas declarações pessoalmente ou por procurador com poderes especiais;

IV – exhibir em cartório, a qualquer tempo, para exame das partes, os documentos relativos ao espólio;

V – juntar aos autos certidão do testamento, se houver;

VI – trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído;

VII – prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz lhe determinar;

VIII – requerer a declaração de insolvência (art. 748).

Todos esses poderes o inventariante os exerce como simples gestor de coisas alheias, pelo que, mesmo representando legalmente o espólio, e ainda que não se trate de inventariante dativo, “sua atuação no processo se limita aos atos compatíveis apenas com os de simples administração,

sendo-lhe vedado confessar, transigir ou renunciar, sem poderes expressos”.²⁹

Ato que ultrapasse a simples administração e implique disposição de bens do espólio também podem, eventualmente, ser praticados pelo inventariante, mas, então, todos os interessados na herança serão ouvidos e o ato somente será concretizado depois de autorização do juiz. Essas exigências constam do art. 992 para os seguintes atos a cargo do inventariante:

I – alienação de bens de qualquer espécie;

II – transação em juízo ou fora dele;

III – pagamento de dívidas do espólio;

IV – despesas de conservação e melhoramento dos bens do espólio.

Não exige a lei a existência de consentimento unânime de todos os herdeiros, mas o juiz não pode autorizar os atos de disposição sem antes ouvir as razões de todos os interessados. Depois de ponderá-las, competirá ao magistrado deliberar sobre o ato proposto pelo inventariante, expedindo-se o competente alvará se a decisão judicial for de deferimento da pretensão.

Frequentes são os casos de alvará para que o inventariante cumpra contratos do *de cujus*, principalmente de promessas de venda de bens quando inconteste é o direito do promissário comprador frente ao espólio.³⁰ Outros casos de alienação pelo inventariante são aqueles necessários para obter recursos para custeio das despesas do processo ou para honrar obrigações do *de cujus*, reconhecidas por todos os interessados.

Não havendo interesses de incapazes a preservar, a alienação de bens da herança pelo inventariante pode ser feita através de escritura pública, com prévia autorização em alvará, sem depender de hasta pública, regra que prevalecerá sempre que se houver de dar cumprimento a compromissos de compra e venda do *de cujus*.³¹

Não pode o inventariante encerrar sua função no processo sem apresentar as contas de sua gestão. “Precisamente pelo fato de administrar bens alheios, está o inventariante obrigado à respectiva prestação de contas, seja determinada pelo juiz, seja voluntariamente, ao fim de sua gestão, seja a requerimento de qualquer interessado, não importando esteja o processo de inventário encerrado e findo há muito tempo.”³²

Quando as contas são apresentadas espontaneamente ou são ordenadas de ofício pelo juiz, não há propriamente uma *ação de prestação de contas*, mas um simples incidente do processo sucessório. Nesse caso, os herdeiros são ouvidos, por meio de seus advogados, sem necessidade de citação pessoal.³³ Deve-se, no entanto, facultar ampla discussão e prova em torno das contas deduzidas em juízo.

Quando, porém, as contas forem reclamadas por algum interessado, o uso do procedimento especial da ação de prestação de contas (arts. 915 a 918) torna-se obrigatório.

Em qualquer caso, a prestação será processada em apenso aos autos do inventário (art. 919).

1.391. Remoção do inventariante

O inventariante que foi nomeado pelo juiz pode ser removido de seu cargo por ato da mesma autoridade. Não se trata, todavia, de demissão *ad nutum*, pois a lei enumera as hipóteses em que a remoção se faz possível.

Conforme consta do art. 995, isto se dá:

I – se as primeiras e últimas declarações não forem prestadas no prazo legal;

II – se ao inventário não for dado andamento regular, ou seja, se o inventariante embaraçar o curso processual suscitando dúvidas infundadas ou praticando atos meramente protelatórios;

III – se por culpa dele se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem dano bens do espólio;

IV – se o espólio não for defendido nas ações em que for citado; se houver omissão na cobrança de dívidas ativas ou na promoção de medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos;

V – por falta de prestação de contas ou por rejeição das contas prestadas;

VI – por sonegação, ocultação ou desvio de bens do espólio.

A remoção, no sistema legal, tem o feito de ato punitivo, pressupondo infração dos deveres do cargo. Não pode, por isso mesmo, ser determinada de plano e sem oportunidade de defesa para o inventariante.

Prevê o Código, por isso, um procedimento especial para o incidente, que deverá ser processado em apenso aos autos do inventário (art. 996, parágrafo único). Assim, requerida a remoção, ordenará o juiz a intimação do inventariante para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa e provas (art. 996, *caput*). E somente depois de dito prazo é que o magistrado se habilitará a decidir o incidente (art. 997).

Ordinariamente, a remoção é provocada por requerimento de interessado que se julga prejudicado pela atuação irregular do inventariante. Não impede a lei, contudo, a iniciativa do próprio juiz. Como decidiu o STF, “ao juiz compete sempre a direção do processo, e não é de exigir-se fique ele inerte se entende que o inventariante vem procedendo inconvenientemente, prejudicando o processo de inventário”.³⁴ Mas, a requerimento ou não, o que não deve ocorrer é a remoção de plano, ou seja, sem oportunidade de defesa para o inventariante.³⁵

As controvérsias mais frequentes em torno da conduta do inventariante referem-se ao curso irregular e retardado do processo, por falta da necessária diligência do representante legal do espólio. Deve-se, no entanto, ponderar que a simples demora na conclusão do inventário não é, por si, causa da remoção prevista no art. 995. Para que a sanção legal incida “é preciso que haja comportamento malicioso e que a demora seja a ele imputada”.³⁶ Em outras palavras, “o que a lei quer punir, no art. 995, do CPC, é falta de exação do inventariante”.³⁷

Em suma, desde que evidenciada a negligência ou a malícia do inventariante, como causa da marcha retardada do processo, é de destituí-lo do cargo. E essa negligência é de presumir-se sempre que, intimado, deixar de promover, sem justificativa, o ato que lhe compete no curso do feito.³⁸

A enumeração do art. 995, outrossim, tem sido entendida como não exaustiva, de sorte a não impedir que outras causas, também reveladora de deslealdade, improbidade, ou outros vícios, sejam válidas para a remoção do inventariante.³⁹

Assim, por exemplo, já se decidiu que a grave dissensão entre os herdeiros pode autorizar o magistrado a remover o inventariante, designando outro, fora da ordem preferencial da lei, porquanto “o inventariante deve guardar isenção absoluta no desempenho de suas funções, para equilíbrio das relações entre os diversos herdeiros”.⁴⁰

Por se tratar de simples incidente, segundo a definição do próprio Código (art. 996, parágrafo único), não há que se cogitar de sentença e de condenação em verba advocatícia no julgamento da remoção do inventariante. O ato decisório configura apenas decisão interlocutória e a sucumbência atinge somente as custas, nos termos do art. 20, § 1º.⁴¹ O recurso manejável,

por conseguinte, será o agravo de instrumento (art. 522),⁴² já que seria inútil, na espécie, o agravo retido.

1.392. Legitimação para promover o inventário

O requerimento de abertura do inventário judicial cabe, em primeiro lugar, ao administrador provisório, ou seja, àquele que se achar na posse e administração do espólio (art. 987).

Não se trata, porém, de legitimidade exclusiva, posto que igual iniciativa pode, também, ser tomada pelas pessoas indicadas no art. 988, ou seja:

- I – o cônjuge supérstite;
- II – o herdeiro;
- III – o legatário;
- IV – o testamenteiro;
- V – o cessionário do herdeiro ou do legatário;
- VI – o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;
- VII – o síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge supérstite;
- VIII – o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;
- IX – a Fazenda Pública, quando tiver interesse.

A legitimação do art. 988 é *concorrente*, pelo que não estão as pessoas nele arroladas sujeitas a aguardar o transcurso do prazo legal (art. 983) para comprovar a inércia do administrador provisório. Desde o óbito, qualquer um dos legitimados está autorizado a requerer o inventário.

Note-se, todavia, que a legitimação para promover o inventário não se confunde com a de exercer a inventariança. O fato, pois, de um herdeiro provocar a abertura do processo não importa preferência para o aludido múnus processual. As regras para essa investidura são outras e constam do art. 990.

O inventário é processo necessário, pois há um interesse de ordem pública no acerto da sucessão *causa mortis*. Por isso, a lei quebra o princípio do *ne procedat iudex ex officio* (art. 20) e determina que o juiz ordenará, de ofício, a abertura do inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos arts. 987 e 988 o requerer no prazo do art. 983 (art. 989). Nessa hipótese, a petição inicial é substituída por uma portaria do juiz.

O inventário que deve ser promovido no prazo de sessenta dias da abertura da sucessão (i. é, da morte do inventariado), fixado pelo art. 983, sob pena de providência prevista no art. 989, é tanto o judicial como o administrativo. Se, pois, os interessados fizeram lavrar a escritura pública de inventário e partilha, sem abrir o processo sucessório em juízo (art. 982), dentro do bimestre legal, não terá cabimento a portaria judicial de que cogita o art. 989. O inventário notarial supre o inventário judicial para todos os fins de direito.

§ 223. INVENTÁRIO JUDICIAL

Sumário: 1.393. Procedimento. 1.394. Petição inicial. 1.395. Primeiras declarações. 1.396. Citações e interveniências. 1.397. Impugnação dos citados. 1.398. Herdeiro omitido nas declarações do inventariante. 1.399. Avaliação. 1.400. Últimas declarações. 1.401. Cálculo do imposto *causa mortis*. 1.402. Colações. 1.403. Sonegados. 1.404. Pagamento de dívidas do morto.

1.393. Procedimento

O procedimento sucessório em juízo, como já se mencionou, compreende dois estágios – o do inventário e o da partilha –, podendo ser desdobrado nos seguintes termos essenciais:

I – *Inventário*:

- a) petição inicial;
- b) nomeação do inventariante;
- c) primeiras declarações;
- d) citação dos interessados;
- e) avaliação do acervo;
- f) últimas declarações;
- g) liquidação do imposto de transmissão da herança.

II – *Partilha*:

- a) petição de quinhões;
- b) deliberação da partilha;
- c) julgamento da partilha.

1.394. Petição inicial

O fundamento da pretensão de inventariar bens é, no processo sucessório, a morte de alguém que deixou bens de natureza patrimonial. Esse fato deve, pois, ser desde logo comprovado por quem requer a abertura do inventário. Exige, por isso, o art. 987, parág. único, que a petição inicial venha instruída com a certidão de óbito do autor da herança.

O legislador não só considera necessário o procedimento do inventário, como também lhe atribui o caráter de urgência. Assina, por isso, o prazo de 60 dias para que os legitimados promovam a sua abertura, sob pena de o procedimento iniciar-se *ex officio* (arts. 983 e 989). Além de um prazo para abrir-se o processo de inventário, a lei marca, também, o prazo para seu

encerramento, que é de doze meses a contar da sua abertura (art. 983, na redação da Lei nº 11.441/2007).

Os dois prazos – o de início e o de finalização – podem eventualmente ser prorrogados pelo juiz, de ofício ou a requerimento de parte (art. 983, *in fine*).

1.395. Primeiras declarações

Estando em ordem a petição inicial, o juiz a despachará nomeando o inventariante, para que este assuma o encargo de promover o inventário e partilha dos bens deixados pelo morto.

Prestado o compromisso de bem e fielmente desempenhar o múnus processual, por meio de termo lavrado nos autos, terá o inventariante 20 dias para apresentar suas primeiras declarações (art. 993).

Essas declarações podem ser feitas pessoalmente ou por intermédio de advogado. Mas, por sua relevância, não se incluem entre as compreendidas pela cláusula *ad judicium*, de maneira que o procurador, para fazê-las em nome do inventariante, deve exibir procuração com poderes especiais para semelhante fim (art. 991, nº III).

Ao escrever compete lavrar termo nos autos para colher as declarações do inventariante que, além da assinatura do inventariante, será firmado pelo juiz e pelo serventuário que o redigiu. O conteúdo necessário das declarações se acha previsto no art. 993 e, em síntese, compreende:

a) a identificação do morto e das circunstâncias em que se deu o óbito (data, local e hora), com o esclarecimento de existir ou não testamento a cumprir;

b) nomeação e qualificação dos herdeiros e do cônjuge sobrevivente, se for o caso, com indicação do respectivo regime matrimonial;

c) relação completa e individuada de todos os bens que formam a herança, com os respectivos valores.

Quando se tratar de comerciante em nome individual, ou de sócio de sociedade que não a anônima, as declarações do inventariante deverão ser seguidas de um exame avaliatório ordenado pelo juiz para que se faça um balanço do estabelecimento comercial, no primeiro caso, ou uma apuração de haveres, no segundo (artigo 993, parágrafo único).

Essa perícia não é de ser feita, porém, antes de completada a relação processual com a citação de todos os interessados, aos quais deverá se assegurar condições de seu completo acompanhamento.⁴³

A apuração compreenderá não apenas um exame de valores contábeis, mas também um levantamento do valor real e exato da participação do *de cujus* sobre o acervo societário.⁴⁴

Deve-se ponderar, outrossim, que as sociedades anônimas não se incluem no regime do art. 993, parág. único, como, aliás, ressalva expressamente o inciso nº II do texto legal cogitado. Com relação às ações, seu valor para efeito de inventário é apurado pela cotação na Bolsa de Valores, “e, se não houver, apenas pela avaliação delas, e não dos bens da companhia”.⁴⁵

1.396. Citações e interveniências

Após as primeiras declarações – peça básica para fixar o objeto do juízo sucessório e determinar a legitimação dos que vão concorrer à partilha dos bens do espólio –, segue-se a

citação de todos os interessados para acompanhar o feito em todos os seus termos. Manda o art. 999 que a citação compreenda o cônjuge, os herdeiros, os legatários, a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamenteiro, se o finado deixou testamento.⁴⁶

Torna-se dispensável a diligência citatória quando os interessados espontaneamente comparecem aos autos representados por advogado e, em tempo útil, se declaram cientes das primeiras declarações (art. 214, § 1º).

Sobre a forma da citação no inventário, o Código traça uma disciplina especial, com os seguintes detalhes:

a) o prazo de manifestação dos citados é de 10 (dez) dias (art. 1.000);

b) ao cumprir o mandado citatório, o oficial de justiça entregará uma cópia das primeiras declarações a cada parte (art. 999, § 3º); e o escrivão remeterá iguais peças à Fazenda Pública, ao Ministério Público, ao testamenteiro e ao advogado da parte que já se achar representada nos autos (§ 4º);

c) caberá a citação por edital de todos os interessados que residirem fora da comarca do inventário (inclusive no estrangeiro), ainda quando seja conhecido o endereço (art. 999, § 1º). Claro, porém, que se for da conveniência do promovente, pode-se preferir a citação por precatória, que às vezes é mais barata e mais ágil do que a feita através dos editais.

Questão frequentemente debatida é da interveniência de cônjuge no inventário em que outro consorte é herdeiro. Uma vez que se trata de procedimento contencioso a envolver bens imóveis, é evidente que um só dos cônjuges não tem legitimidade para participar sozinho da causa (art. 10 e parág. único). A jurisprudência, aliás, é hoje pacífica no sentido de ser necessária a citação do cônjuge do herdeiro para os termos do inventário.⁴⁷ Reconhece-se que, até mesmo depois da separação judicial, o cônjuge conserva o direito de interferir no inventário em que ex-consorte figura como sucessor, se os bens hereditários se referem a óbito anterior à dissolução da sociedade conjugal e sobre os quais haverá de incidir meação do interveniente.⁴⁸

Sendo admitida a união estável pelos herdeiros, a participação do companheiro (ou companheira), para haver sua meação, pode dar-se nos autos do inventário, independentemente de sentença em ação própria.⁴⁹

1.397. Impugnação dos citados

Após consumada a última citação, correrá o prazo de 10 (dez) dias, comum para todos os interessados, dentro do qual poderão manifestar-se sobre as declarações do inventariante. Caberá então *impugnação*, cujo conteúdo pode ser de tríplice natureza (art. 1.000), ou seja:

I – erro ou omissão do inventariante, quanto aos bens, direitos ou obrigações do espólio;

II – reclamação quanto à escolha do inventariante;

III – contestação à qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

Qualquer das impugnações deve se basear em questão de direito ou em prova documental, visto que no procedimento do inventário não há dilação para prova oral ou pericial. Se a matéria envolver questão que dependa desse tipo de prova, será havida como de alta indagação e as partes remetidas para debatê-la nas vias ordinárias (art. 984).

Para assegurar o princípio do contraditório, o juiz antes de solucionar a impugnação ouvirá o

inventariante e o outro herdeiro interessado, se for o caso.

A impugnação à escolha do inventariante (art. 1.000, no II) não se confunde com a remoção (art. 995). Esta pressupõe inventariante regularmente investido no encargo processual, que, no desempenho da função, praticou ato irregular, merecendo, por isso, uma sanção. Já a impugnação é ato inicial que visa a demonstrar irregularidade na escolha feita pelo juiz, sem qualquer conotação necessária de falha ou culpa do gestor da herança.

Sobre a decisão que o juiz profere acerca da impugnação, dispõe o parág. único do art. 1.000 o seguinte:

a) julgamento procedente à impugnação referida no no I do *caput*, o juiz mandará retificar as primeiras declarações;

b) se acolher o pedido de que trata o no II, nomeará outro inventariante, observada a preferência legal;

c) verificando que não pode decidir de plano a controvérsia sobre a qualidade do herdeiro impugnado, a que alude o no III, por constituir matéria de alta indagação, o juiz remeterá a parte para as vias ordinárias (normalmente, investigação de paternidade e petição de herança); se o herdeiro for admitido contra a impugnação, mas com ressalva de discussão do assunto em ação ordinária (anulação de assento do registro civil ou de reconhecimento de paternidade, por exemplo), o feito sucessório continuará com sua presença, mas, na partilha, a entrega do seu quinhão ficará sobrestada até julgamento da ação pendente.

O julgamento das questões suscitadas sobre as primeiras declarações (art. 1.000) configura decisão interlocutória, desafiando, por isso, recurso de agravo (art. 522).50

1.398. Herdeiro omitido nas declarações do inventariante

Quem se considere herdeiro e não tenha figurado, como tal, nas declarações do inventariante, não precisa mover, necessariamente, ação ordinária para obter o reconhecimento de seu direito de participar no juízo sucessório. Poderá demandar sua admissão diretamente ao juiz do inventário, desde que a partilha ainda não tenha sido feita (art. 1.001).

Antes de decidir, o juiz ouvirá os demais interessados em 10 (dez) dias. Se a questão for havida como de alta indagação, o pretendente será remetido para as vias ordinárias. Mas a lei lhe confere uma providência cautelar, que é a da reserva de bens do espólio em poder do inventariante em volume suficiente para garantir-lhe o quinhão, caso sua qualidade de herdeiro venha a ser reconhecida na ação própria (art. 1.001, *in fine*).51

Esta mesma medida é de ser deferida também àquele que figurou nas declarações de inventariante e foi excluído em razão de impugnação, sendo sua qualidade de herdeiro submetida a ação própria. De igual forma, o terceiro que esteja a litigar em busca de bens próprios incluídos no acervo hereditário, como é o caso da concubina que manteve sociedade de fato com o *de cujus*, também merece, em situação de *fumus boni iuris*, a tutela de medida equivalente à do art. 1.001, embora o texto legal tenha sido redigido apenas com menção a herdeiro.52

1.399. Avaliação

Superada a fase das impugnações, procede-se à avaliação judicial dos bens inventariados,

cujas finalidades são duplas, ou seja:

- a) definir o valor dos bens para efeito de preparar a partilha; e
- b) propiciar base para cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*.

Segundo dispõe o art. 1.003, a estimativa será feita pelo avaliador judicial e, onde não houver esse serventuário permanente da justiça, o juiz nomeará perito para cada processo.

Se for o caso de estabelecimento comercial ou quota em sociedade, além do avaliador para os bens comuns, o juiz nomeará um perito contábil para levantar o balanço ou apurar os haveres do *de cujus* (art. 1.003, parágrafo único). Se os herdeiros não vão suceder ao defunto na cota social, mas apenas vão receber da sociedade o valor de seus haveres, é necessário citar a sociedade para acompanhar a apuração, porque afinal será a ela que competirá pagar aos herdeiros o crédito do autor da herança. Esse procedimento incidental, para evitar tumulto, deverá processar-se em apenso ao inventário.

A avaliação, outrossim, nem sempre se mostra obrigatória. Se há incapazes entre os sucessores, não há como fugir da perícia judicial. Mas se todos são maiores e capazes, a dispensa da avaliação ocorrerá quando:

a) a Fazenda Pública concordar expressamente com o valor atribuído aos bens do espólio nas primeiras declarações (art. 1.007);

b) os sucessores concordarem com o valor dos bens declarados pela Fazenda Pública. No caso da discordância ser parcial, a avaliação só incidirá sobre os bens que tiverem sido objeto da divergência (art. 1.008).

Após a juntada do laudo, as partes terão 10 (dez) dias para se manifestar (art. 1.009). Se a discordância for apenas quanto ao valor atribuído aos bens, o julgamento será de plano, conforme os dados disponíveis no processo (art. 1.009, § 1º). Julgando procedente a impugnação, o juiz determinará que o perito retifique a avaliação, observando os fundamentos da decisão (§ 2º).

Há casos em que a perícia terá de ser renovada por outro avaliador. São aqueles em que restar demonstrado erro ou dolo do perito (art. 1.010, no I).

Outra hipótese de renovação, porém, pelo mesmo perito, é a de redução do valor dos bens por defeito apresentado posteriormente à perícia (art. 1.010, no II).

Fora daí não se deve admitir renovação de perícia de avaliação, seja por inconformismo das partes, seja por retardamento no recolhimento do tributo *causa mortis*, mesmo porque, pela lei, o imposto em questão é calculado sobre o valor venal dos bens na data da avaliação (CTN, art. 38, Súmula no 113 do STF). Quer isto dizer que “os efeitos da mora serão corrigidos pelos juros, multas e correção monetária previstos na lei fiscal”,⁵³ e não por meio de renovação da avaliação.

Mas, para a segunda parte do processo sucessório, ou seja, para a partilha, a jurisprudência dominante é no sentido da necessidade de renovar-se a avaliação, quando, “pelo decurso de longo tempo, tiver ocorrido grande alteração dos valores atribuídos inicialmente aos bens”.⁵⁴

1.400. Últimas declarações

Encerrada a avaliação, caberá ao inventariante prestar suas últimas declarações, que deverão representar o termo final do inventário propriamente dito.

Nelas poderão ser emendadas, aditadas ou complementadas as declarações iniciais, atendendo a fatos novos ou erros e omissões cometidos pelo inventariante.

Com essas declarações finais, retrata-se a situação definitiva da herança a ser partilhada e adjudicada aos sucessores do *de cujus*.

Sobre elas, as partes serão ouvidas em 10 (dez) dias (art. 1.012), cabendo ao juiz decidir a respeito das eventuais impugnações, de plano.

1.401. Cálculo do imposto *causa mortis*

Uma vez ultimada a fase das últimas declarações, o processo vai ao contador do juízo, que elabora o cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*, assim como das custas do processo.

Nesse cálculo, deve-se levar em conta que apenas os bens imóveis do espólio se sujeitam ao tributo sucessório e que, se o *de cujus* era casado em regime de comunhão de bens, a meação do cônjuge supérstite não representa herança, mas bem próprio, que, por isso, não suportará tributo algum.⁵⁵

O imposto será, outrossim, apurado sobre o líquido da herança, de sorte que do valor dos bens inventariados deverão ser deduzidas, antes do cálculo, as dívidas passivas, as despesas do funeral, as custas do processo, a taxa judiciária etc.⁵⁶

Depois de elaborado o cálculo pelo contador do juízo, sobre ele poderão manifestar-se os interessados no prazo comum de cinco dias. Em seguida, igual prazo será aberto à Fazenda Pública (art. 1.013). Se alguma impugnação houver e for considerada procedente pelo juiz, determinará este a reforma de cálculo (§ 1º).

Estando em ordem o cálculo, o juiz o julgará, para autorizar o recolhimento do tributo devido na sucessão (art. 1.013, § 2º).

Houve, de início, alguma controvérsia quanto ao recurso manejável contra o julgamento do cálculo. Hoje, porém, o entendimento que prevalece é o de tratar-se de decisão interlocutória, que, por isso mesmo, desafia agravo de instrumento.⁵⁷ Fica afastada a possibilidade do agravo retido, porque a necessidade de superar a controvérsia em torno do cálculo exige imediata solução, a fim de que o processo sucessório possa passar para a sua segunda fase.

1.402. Colações

Entre os herdeiros necessários, não deve, em princípio, ocorrer a diversidade de quinhões, pois seus direitos sucessórios são iguais. Por outro lado, a doação dos pais aos filhos importa, pela lei, adiantamento da legítima (Cód. Civ. de 1916, art. 1.171; CC de 2002, art. 544). Disso decorre que todo descendente que houver recebido doação ou dote deverá computar o adiantamento da legítima por ocasião do inventário e partilha do acervo deixado pelo doador, salvo se no ato de liberalidade tiver sido contemplado com a dispensa da conferência (Cód. Civ. de 1916, arts. 1.788 e 1.789; CC de 2002, arts. 2.005 e 2.006).⁵⁸

Consiste, pois, a colação, no ato judicial de reconstituição do acervo hereditário, por meio da adição dos bens doados em vida aos descendentes ao patrimônio deixado no momento da morte do *de cujus*, para que a partilha se faça segundo a justa e precisa equalização de todas as legítimas de todos os herdeiros descendentes.⁵⁹

Se os bens doados ainda se conservam em poder do donatário, a colação pode ser feita pela restituição dos próprios bens ao monte hereditário (colação *in natura*). Se o herdeiro já não os possui ou se não se interessa em restituí-los, a colação será feita pelo respectivo *valor*, o qual se computará na formação do quinhão do donatário.

A colação deve partir da iniciativa do donatário, que a promoverá por declaração, tomada por termo em cinco, nos 10 (dez) dias que se seguem à citação prevista no art. 1.000 (art. 1.014).

O valor básico para a colação é aquele pelo qual o bem figurou no ato de liberalidade (Código Civil de 2002, art. 2.004). A regra do parágrafo único do art. 1.014 do Código de Processo Civil, que previa a colação pelo valor do bem ao tempo da abertura da sucessão foi implicitamente revogada pelo novo Código Civil.⁶⁰ Continua, no entanto, vigorando para as sucessões abertas antes do advento da atual regra de direito material, em face do princípio de que toda sucessão se rege pela lei do tempo de sua abertura.⁶¹

O dever de colacionar as doações não desaparece com a posterior renúncia à herança nem com a exclusão do herdeiro da sucessão, desde que haja excesso a repor ao monte (parte inoficiosa da doação) (art. 1.015).

Se vários são os bens doados a um só descendente, lícito lhe é escolher os que se devolverão ao monte partilhável (art. 1.015, § 1º). Se o excesso recair sobre imóvel que não comporte divisão cômoda, promoverá o juiz licitação entre os herdeiros, na qual ao donatário caberá preferência, em igualdade de condições com os outros herdeiros (art. 1.015, § 2º).

Quando o donatário não faz espontaneamente a colação, o inventariante, ou qualquer outro herdeiro, poderá intimá-lo a fazê-lo. Nesse caso, se o herdeiro negar o recebimento dos bens ou a obrigação de os conferir, o juiz resolverá o incidente, dentro dos autos do próprio inventário. Para tanto, ouvirá todos os interessados em cinco dias e decidirá, à vista das alegações e prova produzidas (art. 1.016). Rejeitada a oposição, o herdeiro terá cinco dias para proceder à conferência nos autos. Se não o fizer, o juiz decretará o sequestro dos bens sujeitos à colação, para partilha, ou, se já não existirem, ordenará que seu valor seja imputado ao quinhão do donatário (art. 1.016, § 1º).

Se a matéria for de alta indagação, ou seja, se não for solucionável à vista dos documentos do processo, as partes serão remetidas para as vias ordinárias, ficando suspensa a entrega de quinhão ao herdeiro enquanto pender a demanda, e enquanto não se der caução correspondente ao valor dos bens disputados (art. 1.016, § 2º). A decisão é interlocutória, desafiando recurso de agravo.

A ação ordinária pode ter o cunho condenatório, se for de iniciativa do espólio, ou a natureza declaratória negativa, se partir do herdeiro.

1.403. Sonegados

Ocorre a *sonegação* quando bens do espólio são dolosamente ocultados para não se submeterem ao inventário ou à colação.⁶² “Trata-se de um ato ilícito cometido por um herdeiro contra os demais, de maneira *intencional* ou *maliciosa*.”⁶³

A lei pune a sonegação de duas maneiras:

a) se o sonegador é apenas herdeiro, perderá o direito sucessório sobre o objeto sonegado; se já não mais o tiver em seu poder, terá de pagar ao espólio o respectivo valor mais perdas e danos

(Cód. Civ. de 1916, arts. 1.780 e 1.783; CC de 2002, arts. 1.992 e 1.995);

b) se o herdeiro for também inventariante, além da perda do direito mencionado, sofrerá remoção do cargo (Cód. Civ. de 1916, art. 1.781; CC de 2002, art. 1.993; Cód. Proc. Civ., art. 995, VI).

A punição legal da perda de direito aos bens incide apenas sobre quem tenha a qualidade de herdeiro. O cônjuge meeiro perde tão somente a inventariança, não a sua meação, já que esta não integra o direito hereditário.⁶⁴

A pena é imposta por sentença em ação ordinária, de sorte que não é matéria para ser decidida em mero incidente do inventário. A legitimidade para propor dita ação cabe a qualquer herdeiro ou aos credores da herança (Cód. Civ. de 1916, art. 1.782; CC de 2002, art. 1.994).

Ao inventariante só se pode imputar a sonegação “depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração por ele feita, de não existirem outros por inventariar”(art. 994). É que, até as últimas declarações, permite a lei que o inventariante faça emendas ou adições às primeiras (art. 1.011).

1.404. Pagamento de dívidas do morto

As obrigações do autor da herança não desaparecem com a morte. Não sendo personalíssimas, acompanham o patrimônio deixado pelo devedor e transferem-se para os seus herdeiros, dentro das forças da herança que lhe couber.

Há, pois, interesse dos credores em receber o débito integral do espólio, antes da partilha. Para esse fim, prevê o Cód. de Processo Civil um procedimento administrativo, paralelo ao inventário, cuja disciplina se encontra nos arts. 1.017 a 1.021.

Os credores interessados deverão formular petição instruída com os documentos comprobatórios da dívida (“prova literal”), que será distribuída por dependência e autuada em apenso aos autos do inventário (art. 1.017, § 1º).

Dar-se-á vista a todos os interessados e, havendo acordo, o juiz declarará habilitado o credor, ordenando a separação de dinheiro ou de bens suficientes para o pagamento (art. 1.017, § 2º). Nos termos do art. 1.020, também os legatários terão de ser ouvidos.

É indispensável o acordo unânime, porque a habilitação, *in casu*, é não contenciosa. Por isso, não havendo concordância de todas as partes sobre o pagamento, será o credor remetido para os meios ordinários (art. 1.018), ou seja, terá ele de propor a ação contenciosa contra o espólio, que for compatível ao título de seu crédito (execução ou ordinária de cobrança, conforme o caso).

Há, porém, uma medida cautelar que o juiz toma, *ex officio*, em defesa do interesse do credor que não obtém sucesso na habilitação: se o crédito estiver suficientemente comprovado por documento e a impugnação não se fundar em quitação, o magistrado mandará reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para pagar o credor, enquanto se aguarda a solução da cobrança contenciosa (art. 1.018, pará. único).

Sendo deferida a habilitação, caberá ao inventariante efetuar o pagamento, se o espólio dispuser de dinheiro. Caso contrário, os bens separados serão alienados em praça ou leilão, conforme as regras da arrematação do processo de execução por quantia certa (art. 1.017, § 3º).

Quando o credor tiver de promover execução forçada contra o espólio, a penhora poderá recair sobre os bens que o juiz, na forma do art. 1.018, mandou separar para garantia da

obrigação não habilitada (art. 1.021).

É bom notar, por outro lado, que, embora a lei institua um procedimento não contencioso para a habilitação dos credores no inventário, o uso desse expediente é apenas uma faculdade e não uma condição para o recebimento das obrigações do espólio. Nada impede, por isso, que o credor, ciente das resistências dos herdeiros, opte, desde logo, pelo ajuizamento do processo contencioso.⁶⁵

A circunstância, outrossim, de não se achar vencida a dívida não impede que o credor se habilite no inventário. Ocorrendo a concordância geral, o juiz deferirá a habilitação e mandará separar os bens para o pagamento a ser feito à época do vencimento (art. 1.019).

Por fim, é bom ressaltar que, uma vez deferida a habilitação de crédito, inadmissível será a partilha sem antes proceder-se à separação de bens para o pagamento ao credor.⁶⁶

Há, outrossim, que se fazer uma distinção entre *separação* e *reserva* de bens no procedimento sucessório. A separação destina-se à satisfação do crédito habilitado. Equivale a uma atual penhora, colocando desde já os bens à disposição do inventariante para com eles realizar o pagamento, bens esses que serão excluídos do acervo a partilhar entre os sucessores. A reserva, por sua vez, tem natureza cautelar apenas. Funciona como uma espécie de arresto, vinculando os bens reservados a uma futura e eventual penhora (art. 818).

Da mesma maneira que os bens separados, também os reservados não devem figurar na partilha, enquanto não resolvida a execução. Se, indevidamente, incidir sobre eles a partilha, nem por isso sofrerá prejuízo o credor. É que o ato será inoponível ao exequente, devido à força do gravame cautelar ou da própria penhora se aquele já houver se convertido nesta, na forma do art. 818. Nem mesmo haverá de se exigir uma anulação da partilha, visto que as mutações dominiais posteriores à penhora são simplesmente ineficazes perante a execução e os atos que a preparam.⁶⁷

§ 224. PARTILHA

Sumário: 1.405. Espécies de partilha. 1.406. Partilha judicial. Deliberação. 1.407. Esboço e lançamento da partilha. 1.408. A sentença da partilha. 1.409. O formal de partilha. 1.410. Emenda ou retificação da partilha. 1.411. Pacto de não partilhar.

1.405. Espécies de partilha

A sucessão *causa mortis* pode dar-se em favor de um só ou de diversos sucessores. No primeiro caso, homologado o cálculo do imposto de transmissão e feito o respectivo recolhimento, o juiz *adjudicará* o acervo ao único interessado, por sentença, e findo estará todo o procedimento sucessório. Havendo, porém, vários sucessores, ter-se-á de proceder à *partilha*, para adjudicar a cada um deles o respectivo quinhão do acervo deixado pelo autor da herança.

O direito brasileiro conhece três modalidades de partilha para solucionar a sucessão hereditária: *a) a amigável; b) a judicial; e c) a partilha em vida* (Cód. Civ. de 1916, arts. 1.773 a 1.776; CC de 2002, arts. 2.015 a 2.018).

A partilha *amigável* é a que se faz por acordo de vontades entre todos os sucessores. Requer capacidade de exercício dos interessados e acordo unânime entre eles. Pode tomar a forma de escritura pública ou de termo nos autos do inventário, ou, ainda, de escrito particular homologado pelo juiz. Tem cabimento tanto no caso de inventário completo como no de arrolamento.

Pode ocorrer, ainda, no inventário administrativo previsto no art. 982 (na redação das Leis nos 11.441/2007 e 11.965/2009), caso em que se torna completamente dispensável o processo judicial (v., *retro*, o item 1.383-a).

A partilha em vida ocorre quando o ascendente toma a iniciativa de realizar a repartição de seus bens entre os descendentes mediante ato entre vivos ou de última vontade (Cód. Civ. de 1916, art. 1.776; CC de 2002, art. 2.018). É, pois, admissível a antecipação de partilha em *doação* ou em *testamento*, cuja validade, no entanto, dependerá de não ser prejudicada a *legítima* dos herdeiros necessários.

Os próprios descendentes, no entanto, jamais poderão antecipar, entre si, partilha negocial dos bens do ascendente, porque a lei não admite qualquer contrato que tenha por objeto a herança de pessoa viva (Cód. Civ. de 1916, art. 1.089; CC de 2002, art. 426).

1.406. Partilha judicial. Deliberação

Encerrado o inventário com a homologação e pagamento do imposto *causa mortis*, e uma

vez feita a separação de bens para pagar dívidas do espólio, se houver (art. 1.017, § 3º), abrir-se-á a segunda fase do procedimento judicial da sucessão hereditária, cujo primeiro ato será a assinatura, pelo juiz, do prazo de 10 dias, comum a todos os interessados, dentro do qual deverão ser formulados os pedidos de quinhão (art. 1.022).

Prepara-se, assim, a *partilha judicial*, colhendo-se inicialmente as pretensões dos sucessores a respeito da forma de dividir os bens comuns. De posse desses dados, ou mesmo na falta deles, caberá ao juiz proferir, em 10 dias, o *despacho de deliberação da partilha*, no qual resolverá os pedidos das partes e designará os bens que constituirão os quinhões de cada herdeiro e legatário (art. 1.022).

Esse ato judicial é de mero impulso processual, já que apenas prepara a partilha e poderá ser modificado a qualquer momento, enquanto não atingida a meta final, que é a homologação do ato de divisão dos bens comuns. Por isso, não se tem admitido recurso algum contra a deliberação da partilha.

O inconformismo da parte terá de ser manifestado contra a sentença de partilha e não contra o simples despacho que a prepara.⁶⁸

O critério que preside a boa partilha inspira-se em três regras tradicionais: a da *igualdade*, a da *comodidade* e a da *prevenção de litígios*.

De acordo com a primeira, os quinhões devem, em qualidade e quantidade, propiciar bens iguais para os diversos herdeiros, seja no bom, seja no ruim, no certo e no duvidoso. Todavia, mormente quando o monte-mor seja constituído de vários e extensos imóveis, o princípio da *igualdade* não exige a participação de todos os sucessores em todos os bens do espólio. A igualdade realmente obrigatória é a econômica, que se traduz na formação de quinhões iguais, segundo a avaliação do acervo.⁶⁹

Pelo princípio da *comodidade*, deve-se atentar na partilha às condições pessoais de cada sucessor, de modo a atender a interesses profissionais, de vizinhança, de capacidade administrativa etc. Dessa forma, um comerciante urbano teria preferência para receber mercadorias ligadas ao seu ramo, ou imóvel útil à expansão de seu negócio; um agricultor, para receber terrenos rurais e máquinas agrícolas; o confinante, para receber áreas contíguas de sua atual propriedade etc.

Por força do terceiro princípio, recomenda-se evitar, quanto possível, a comunhão entre os aquinhoados na partilha,⁷⁰ o excessivo retalhamento de glebas isoladas para um só herdeiro, a instituição desnecessária de servidões etc.

Numa combinação do princípio da igualdade com o da comodidade, está assente na jurisprudência que “na partilha não se deve apenas observar a igualdade aritmética dos quinhões, pela igual participação de todos os herdeiros em todos os bens da herança, mas também atentar para a prevenção de litígios futuros e a maior comodidade dos coerdeiros”.⁷¹ Nessa ordem de ideias, já se julgou, corretamente, que, para as determinações do Código Civil, e do Código de Processo Civil, nem sequer se pode considerar partilha aquela em que se limita a atribuir uma parte ideal à viúva e a cada um dos herdeiros em todos os imóveis inventariados.⁷²

Cabe ao juiz, ainda na fase de deliberação da partilha, decidir sobre a necessidade ou conveniência da venda de bens para pagamento de dívidas do espólio ou para partilha do preço, quando se tratar de coisas insuscetíveis de divisão cômoda e não comportáveis no quinhão de um só dos herdeiros ou na meação do cônjuge sobrevivente. Nessa hipótese, um dos interessados

poderá requerer ao juiz a adjudicação do bem indivisível, repondo aos outros, em dinheiro, o que ultrapassar a sua quota (Cód. Civil de 1916, art. 1.777; CC de 2002, art. 2.019). Se houver mais de um pretendente, marcar-se-á licitação para a disputa entre eles.

1.407. Esboço e lançamento da partilha

Cabe ao partidor do juízo dar cumprimento ao despacho de deliberação da partilha. Antes de dar forma definitiva à divisão dos bens inventariados, aquele serventuário da Justiça elaborará um projeto, que a lei chama de *esboço da partilha*, para submeter ao crivo das partes e do juiz.

Esse esboço delineará a formação dos quinhões, segundo os bens e valores atribuídos ao cônjuge meeiro, se houver, e a cada um dos herdeiros, além de balancear a quota disponível do *de cujus* e as dívidas atendidas.

Segundo o art. 1.023, o esboço definirá o ativo e o passivo da herança, assim como os pagamentos a serem efetuados com o patrimônio de *de cujus*, os quais observarão a seguinte ordem legal:

- I – dívidas atendidas;
- II – meação do cônjuge;
- III – meação disponível;
- IV – quinhões hereditários, a começar pelo coerdeiro mais velho.

A soma de todos esses valores forma o monte-mor, do qual, antes da partilha, serão abatidos os valores correspondentes às dívidas passivas do espólio, as despesas de funeral do autor da herança, as custas do processo e os honorários do advogado. O líquido será o *monte partível*.

A meação do cônjuge não integra a herança propriamente dita. Trata-se de bem de terceiro, condômino do inventariado. Daí a necessidade de separá-la antes de iniciar a formação dos pagamentos aos herdeiros.

Após essa separação, surge a parte restante, que é a *meação do morto*. Se houver testamento ou doação anterior ao óbito, é preciso apurar-se, em seguida, a *metade disponível*, para chegar-se, finalmente, à *legítima* dos herdeiros necessários (Cód. Civ. de 1916, art. 1.721; CC de 2002, art. 1.846).

Tudo isso feito, o partidor lançará no esboço os diversos pagamentos a que fazem jus os herdeiros, isto é, indicará o quinhão de cada um, discriminando bens e valores que o comporão.

Juntado aos autos, o esboço será submetido à apreciação das partes, da Fazenda Pública e do Ministério Público, quando funcionar no processo. O prazo para falar, nesse estágio, é de cinco dias (art. 1.024).

Solucionadas as eventuais reclamações, lançar-se-á a partilha nos autos (art. 1.024), ou seja, caberá ao escrivão lavrar um termo no processo em que se descreverão todos os termos essenciais da partilha esboçada e aprovada judicialmente.

Esse lançamento da partilha, segundo o art. 1.025, constará de duas partes distintas, ou seja:

I – de um *auto de orçamento*, que mencionará:

a) os nomes do autor da herança, do inventariante, do cônjuge supérstite, dos herdeiros, dos legatários e dos credores admitidos;

b) o ativo, o passivo e o líquido partível, com as necessárias especificações;

c) o valor de cada quinhão; e

II – de uma *folha de pagamento* para cada parte, declarando a quota a pagar-lhe, a razão de pagamento, a relação dos bens que lhe compõem o quinhão, as características que os individualizam e os ônus que os gravam.

O juiz e o escrivão assinarão o auto de orçamento e cada uma das folhas de pagamento (art. 1.025, parág. único).

Essas peças processuais são imprescindíveis ao procedimento da partilha judicial. Sobre elas incidirá a sentença do segundo estágio do processo sucessório *causa mortis* e será com base nelas que se extrairá o formal de partilha para transcrição no Registro de Imóveis, depois da homologação judicial.

1.408. A sentença da partilha

Comprovado o pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*, assim como a regularidade da situação do espólio em face dos compromissos tributários em geral,⁷³ a partilha deverá ser julgada por sentença (art. 1.026).

O julgamento, na espécie, é homologatório da partilha lançada nos autos, na forma do art. 1.025. Não se trata, porém, de sentença *meramente homologatória*, como aquela em que o juiz homologa a partilha amigável entre maiores e capazes. Aqui o procedimento é *contencioso*, e o ato homologado (isto é, a partilha lançada nos autos pelo partidor do juízo) foi precedido de amplo contraditório e resultou de deliberação judicial, onde se solucionaram todas as pendências ou divergências acaso manifestadas entre as partes. A sentença é, pois, de mérito e faz *coisa julgada material*, só podendo ser atacada depois de esgotada a via recursal, por ação rescisória.

Quanto à sua natureza, a sentença é *constitutiva*, porque extingue a comunhão hereditária e define a nova situação jurídica dos herdeiros sobre os bens do espólio.

Quando inexistente pluralidade de sucessores, partilha não haverá, obviamente. Todo o procedimento dos arts. 1.022 a 1.026 será substituído por um único ato decisório: a sentença de adjudicação, que atribuirá todo o patrimônio do autor da herança a seu único sucessor.

Em qualquer caso, a sentença, seja de partilha, seja de adjudicação, desafiará o recurso de apelação.

Com o julgamento da partilha ou com a adjudicação, cessam as funções do inventariante. Se houver alguma causa pendente de interesse do espólio, os herdeiros deverão recebê-la no estado em que estiver.⁷⁴ Não ficam, porém, prejudicados os alvarás para a transferência de bens do espólio expedidos antes da partilha, mesmo que a escritura tenha de ser lavrada após o trânsito em julgado da sentença do art. 1.026.75

1.409. O formal de partilha

Ultimada a partilha, os interessados fazem jus não só à posse dos bens com que foram aquinhoados, como a um título, para documentação e conservação de seus direitos. Por isso, o artigo 1.027 prevê que, após o trânsito em julgado da sentença do art. 1.026, dois fatos deverão ocorrer, ou seja:

- a) a entrega a cada herdeiro dos bens que lhe tocaram; e
- b) o fornecimento a cada um deles de um *formal de partilha*.

Consiste este formal numa *carta de sentença* extraída dos autos do procedimento sucessório firmada pelo escrivão e pelo juiz, da qual deverão constar traslados das seguintes peças (art. 1.027):

- I – termo de inventariante e títulos de herdeiros;
- II – avaliação dos bens que constituíram o quinhão do herdeiro;
- III – pagamento do quinhão hereditário;
- IV – quitação dos impostos;
- V – sentença.

Esse documento será título hábil para transcrição no Registro Imobiliário quando o quinhão se formar à base de bens imóveis (Lei no 6.015/73, art. 167, inc. I, nos 24 e 25).

Vale, também, o formal de partilha como título executivo judicial para fundamentar execução forçada do quinhoeiro contra o inventariante ou contra coerdeiro e sucessores, visando à entrega dos bens partilhados (art. 475-N, VII).⁷⁶

Em casos de inventários de pequeno valor, quando o quinhão não exceder cinco vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo, o formal de partilha poderá ser substituído por uma simples certidão passada pelo escrivão do feito, contendo apenas a folha de pagamento do herdeiro e a sentença de partilha transitada em julgado (art. 1.027, parág. único).

1.410. Emenda ou retificação da partilha

O inventário e partilha, como qualquer procedimento judicial, encerram-se com a sentença, que põe fim à prestação jurisdicional, de molde a impedir que o juiz venha a decidir de novo sobre aquilo que constituiu o objeto da relação processual exaurida.

Quando, porém, tenha havido erro na descrição dos bens inventariados, permite o art. 1.028 a sua correção nos mesmos autos do inventário, desde que haja acordo unânime entre os interessados.

Nessa hipótese, o trânsito em julgado da sentença da partilha não será óbice à reabertura do processo para tomar-se por termo a retificação dos bens partilhados, que será submetida a nova sentença homologatória. Os primitivos formais (se já expedidos) serão recolhidos e substituídos por outros, que se adaptem à emenda ou retificação.⁷⁷

Havendo discordância de um ou alguns herdeiros, impossível será a medida do art. 1.028. Somente por via de ação ordinária ou rescisória será cabível a declaração e saneamento do erro cometido no inventário e partilha.

Além do erro cometido pelas partes na descrição dos bens do espólio, podem ocorrer inexistências materiais na própria partilha em relação aos demais termos e documentos do processo. Equívocos dessa natureza o juiz pode corrigir a qualquer tempo, até mesmo de ofício e sem que se exija requerimento ou consentimento unânime das partes. Esse poder acha-se expressamente previsto no art. 1.028, 2a parte, que nada mais é do que uma especificação, para o inventário, da regra geral do art. 463, no I.

Havendo, por outro lado, amplo e irrestrito acordo entre os interessados, não há limites para as emendas à introduzir na correção da partilha, mormente quando se trata de herdeiros maiores e capazes.⁷⁸

Na verdade, a ratificação gerada pelo total acordo das partes faz surgir um novo

procedimento, em sequência à partilha, cuja natureza é de jurisdição voluntária, em face da inteira ausência de conflito ou litígio entre os interessados. Nessa altura, mesmo fatos graves e relevantes, como a exclusão ou inclusão de herdeiros na reforma da partilha, não devem ser condicionados à ação rescisória da sentença anterior. Como bem decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em caso desse jaez, “caracterizada a ausência de contenciosidade, o pedido deve ser examinado sob a égide da jurisdição voluntária, razão pela qual não tem incidência, na espécie, o art. 1.030 do CPC”.⁷⁹

1.411. Pacto de não partilhar

Em regra, adjudicação ocorre em inventário quando há herdeiro único tornando incogitável a partilha. Mas, lembra, Orlando Gomes que, no direito italiano, ocorre também a adjudicação global, sem partilha, a todos os herdeiros, quando o bem tem sua indivisibilidade ordenada pela lei, no interesse de produção.⁸⁰

No Brasil, o inventário judicial é sempre obrigatório, após o falecimento do autor da herança. A partilha, porém, sendo maiores e capazes todos os herdeiros, é apenas facultativa e pode ser relegada para o futuro, sem previsão necessária de prazo fatal para sua posterior realização.

“O fim da partilha – ensina Pontes de Miranda – é tirar todo o caráter hereditário da comunhão como transitória e breve; por isso mesmo, impôs prazos para a abertura e para o encerramento do *inventário*. Os herdeiros, inventariados os bens e pagos os impostos, *são livres para permanecer em estado de comunhão*, tal como aquele em que se achavam, mas já agora *inter vivos*.”⁸¹

Isto quer dizer que, uma vez findo o inventário que é imposto de forma cogente pela lei, tornam-se definidos os bens que compõem a herança e os herdeiros ou sucessores que ocuparam o lugar do *de cujus* na respectiva titularidade dominial. Se, portanto, convencionam os interessados não partilhar o acervo inventariado, mas conservá-lo em condomínio, extinta estará a comunhão hereditária, em seu lugar implantada uma comunhão ordinária, ou seja, *inter vivos*.

Nosso Código Civil – lembra Carlos Maximiliano – não proíbe as convenções de indivisão do acervo hereditário. “Só proíbe a deliberação unilateral de protrair a partilha” e “restringiu a nulidade ao caso de ser o *testador* o autor da mesma”... “Conclui-se do exposto que deve prevalecer o acordo de *não partilhar*, firmado entre sucedendo e sucessores desde que seja feito por tempo determinado expresso no próprio ato *inter vivos*”.⁸² E, em outra passagem, o mesmo autor admite tanto o acordo na doação em adiantamento de legítima como na sucessão comum após a morte do autor da herança, de sorte a admitir “a continuação do estado de indivisão, convencionada em contrato entre os sucessores do falecido ou entre este e aqueles”.⁸³

A convenção de não partilhar inclui-se na liberdade de contratar, que, *in casu*, só não pode ser eterna porque a lei não tolera a comunhão indefinida ou perpétua. Daí a conclusão de Carlos Maximiliano de que “pode a indivisão pactuada ser total ou parcial, abranger a fortuna inteira ou uma fração da mesma”. Mas “o pacto de não partilhar, ou não dividir, celebrado entre coerdeiros ou condôminos, só prevalece quando combinado por tempo certo, determinado, com limite declarado; é contrária à ordem pública e, portanto, insubsistente a convenção de não partilhar jamais”.⁸⁴

Orlando Gomes ensina também que o direito do comuneiro à partilha é irrenunciável. Ninguém dele se priva voluntariamente. “Nada impede, entretanto, que todos os herdeiros convençionem que o patrimônio se conservará indiviso por certo prazo...”⁸⁵

Igual é o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira:

“O estado de indivisão, consequência natural da sucessão hereditária, é assim estabelecido em caráter transitório. Mas pode ser mantido por convenção (indivisão ou comunhão convencional). Tendo-se, porém, em vista um confronto com o direito de propriedade exclusivo, sem dúvida constitui situação antinatural, e não deverá ser perpétuo. Admite-se, portanto, a estipulação por tempo determinado.”⁸⁶

No direito alemão vigora regra semelhante, de sorte a permitir que os herdeiros possam convençionar a exclusão da partilha a respeito da totalidade da herança ou de apenas alguns bens isolados.⁸⁷

O Código Civil francês expressamente permite “*a los coherederos convenir la suspensión de la partición por una duración máxima de cinco años*”.⁸⁸ E Planiol y Ripert explicam que, “*en determinadas circunstancias, los herederos tienen interés grande en posponer la partición, por ejemplo, cuando las condiciones económicas son desfavorables a lá realización de bienes indivisibles por su índole...*”⁸⁹

No direito italiano, os pactos de indivisão entre os herdeiros são admitidos até por 10 anos.⁹⁰

Do exposto, fácil é concluir que há um consenso geral em torno da não obrigatoriedade da partilha judicial logo após a morte do autor da herança, sendo perfeitamente aceitável o acordo entre os sucessores para conservarem os bens do acervo hereditário em comunhão indivisa.

Daí que, manifestado o acordo geral dos sucessores maiores e capazes em prol da indivisão, não pode o juiz impor-lhes a partilha como única forma de encerrar o processo sucessório. Se todos estão acordes em que os bens inventariados sejam adjudicados em comum, sem partilha, nada mais estão a fazer do que exercer o direito de não dividir e pactuar a indivisão, que a unanimidade da doutrina reconhece como assegurado por nossa legislação civil. A única restrição que se faz é quanto à duração dessa comunhão emergente do processo sucessório, que não pode ser ilimitada no tempo e não pode ir além de cinco anos, no direito brasileiro.⁹¹

Apreciando caso em que os herdeiros de uma gleba rural insistiam em não dividi-la após o inventário, julgou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a participação de meu voto, que era direito das partes ajustar, por termo nos autos, o pacto de indivisão, com estipulação do prazo julgado conveniente, devendo, em seguida, ocorrer a adjudicação global da área inventariada à comunidade dos herdeiros, sem partilha.⁹²

§ 225. INVALIDAÇÃO DA PARTILHA

Sumário: 1.412. Ação de anulação e ação rescisória de partilha. 1.413. Conceituação de partilha judicial. 1.414. Conceituação de partilha amigável. 1.415. Casuismo da rescisória de partilha. 1.416. Ação de nulidade de partilha. 1.416-a. Ação de petição de herança.

1.412. Ação de anulação e ação rescisória de partilha

Procurando eliminar velha divergência a respeito da ação cabível para rescindir a partilha homologada em juízo, o atual Código de Processo Civil fez uma distinção entre as hipóteses de anulação e as de rescisão de partilha, segundo os termos dos arts. 1.029 e 1.030.

Dessa maneira ficou claro que a *ação de anulação*, prescritível em um ano, é cabível apenas diante da *partilha amigável* (art. 1.029). Quanto à *partilha judicial*, sob a autoridade da *res judicata*, só se admite sua desconstituição por meio da *ação rescisória* (art. 1.030).

Com efeito, dispõe o art. 1.029:

“A *partilha amigável*, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz.”

E o art. 1.030 completa:

“É rescindível a *partilha julgada por sentença*:

I – nos casos mencionados no artigo antecedente;

II – se feita com preterição de formalidades legais;

III – se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.”

Assentadas estas premissas, urge apenas bem caracterizar o que seja *partilha amigável* e *partilha judicial*, visto que, em muitos casos, a circunstância da intervenção judicial no ato divisório poderá suscitar uma certa controvérsia a respeito da respectiva homologação.

É o que tentaremos fazer a seguir.

1.413. Conceituação de partilha judicial

O que, fundamentalmente, distingue a *partilha amigável* da *judicial* é a natureza da intervenção do juiz: a *amigável* é apenas *homologada por sentença*; a *partilha* é fruto da autonomia da vontade exercitada num autêntico “negócio jurídico resultante do acordo de vontades dos interessados”, como anota Orlando Gomes.⁹³ Daí que a rescisão não se volta contra

a sentença, mas contra o negócio ultimado entre os coerdeiros, e o fundamento da ação ordinária será um daqueles que dizem respeito à nulidade ou anulabilidade dos negócios jurídicos em geral.

Quanto à *partilha judicial*, sua base não é a vontade das partes, e sim do juiz. Dentro de um processo contencioso, o juiz pode e deve ouvir as partes; pode mesmo acolher a vontade de uma delas e até obter delas um pronunciamento uniforme sobre a matéria a deliberar. A solução final, todavia, será o fruto de sua autoridade judicante.

Aqui, então, não caberá cogitar de nulidade ou anulabilidade da partilha, porque – lembra Orlando Gomes –, “a sentença que a delibera não é ato jurídico, no sentido de comportamento autorregulador de interesses, sendo absurdo admitir-se sua anulação pelos vícios que invalidam os negócios jurídicos. Assim sendo, partilha judicial jamais é anulável. Mas a sentença pode ser rescindida por defeito que lhe diga respeito, ou ao processo. A rescisão se obtém pelo meio próprio: a ação rescisória. Justifica-se sua propositura, por conseguinte, somente quando se possa arguir nulidade de direito processual”.⁹⁴

Pontes de Miranda fala em ação de deliberação de partilha como fundamento da pretensão da ação rescisória de partilha. E explica que esta ação se configura quando as partes formulam pedidos de quinhão e o juiz delibera, em seguida, como formar tais quinhões (CPC, art. 1.022), cabendo ao partidor a função de formalizar o esboço e ao escrivão a lavratura do auto de partilha (art. 1.024), que finalmente será julgado por sentença (art. 1.026).⁹⁵

Nesse *iter* do procedimento deliberatório da partilha – reafirma-se –, é irrelevante o eventual acordo de vontades entre os coerdeiros.

Explica Ernane Fidelis dos Santos:

“O Código, por outro lado, seguindo a linha do princípio que adotou, veio a se contentar com a simples possibilidade de controvérsia na partilha, como se dá em todos os procedimentos de jurisdição contenciosa. Irrelevante, portanto, que as partes tenham concordado simplesmente com o esboço. Desde que não tenha havido a partilha nos moldes estabelecidos pelo art. 1.773 do Cód. Civil, ela será sempre julgada por sentença, sujeita à coisa julgada e à ação rescisória, sem necessidade de divergência efetiva, como, a contrário, poderia parecer na linguagem do art. 1.774 do Cód. Civil.”⁹⁶

Idêntico é o posicionamento de Clito Fornaciari Júnior:

“A partilha é feita judicialmente quando há divergência ou quando os herdeiros não são capazes. Nos casos de partilha judicial, quer seja por um motivo, quer seja por outro, a participação do juiz é ativa, pois o mesmo tem que verificar a regularidade dos atos processuais praticados, mas, acima de tudo, decidir sobre a partilha...”

“Não desnatura a partilha judicial o fato de nenhum herdeiro ou interessado ter-se oposto ao esboço de partilha ou ao requerimento de adjudicação... Basta que haja potencialmente a possibilidade de litígio para que a partilha seja caracterizada como judicial. Ninguém sustentaria que o processo contencioso deixa de o ser pelo fato da revelia.”⁹⁷

O TJMG, por suas Câmaras Cíveis Reunidas, deu exata aplicação a esse entendimento, decidindo, com fundamento em excelente voto do Des. Costa Loures, que o remédio para atacar a partilha judicial é a ação rescisória, e não a anulatória, porquanto a sentença que homologa a partilha feita e deliberada em juízo “não configura ato de jurisdição voluntária, mas, sim, de jurisdição contenciosa, razão pela qual a mesma não é alcançada na compreensão do art. 486 do vigente Estatuto Processual”.⁹⁸

Na apelação nº 68.802, da Comarca de Carangola, em que tive oportunidade de funcionar como Revisor, embora meu voto não tenha sido vencedor, assim me pronunciei:

“O ponto de toque da questão é o de ter o legislador, expressamente, conferido o caráter de procedimento contencioso ao inventário e partilha. Disso decorre que sua solução é sempre sentença de mérito, ou seja, solução de pedido com força e autoridade de coisa julgada material (CPC, arts. 269, nº I, 467 e 468).

“E que, na estrutura de nosso direito processual, a coisa julgada material não tem como pressuposto a discussão da lide em juízo, mas, sim, a existência de um procedimento contencioso em torno de uma pretensão.

“O mesmo que se dá com a partilha hereditária ocorre, também, com a partilha *inter vivos* do imóvel em condomínio. O procedimento da divisão é sempre contencioso quando processado segundo o rito dos arts. 967 a 981 do CPC, pouco importando que haja ou não contestação dos demandados.”

“O tema já foi apreciado pelo STF, em aresto que serve, analogicamente, de padrão para o desate do presente recurso:

“Como bem acentuou o eminente Min. Amaral Santos, no RE nº 63.888 (RTJ 50/121 e segs.), onde alude à hipótese de ação de divisão não contestada:

“O processo divisório ou demarcatório é caracteristicamente de jurisdição contenciosa, pois nele há partes e possibilidades de contraditório, os dois requisitos para que se configure essa jurisdição e que a distinguem da jurisdição voluntária (cf. Chiovenda, *Instituições de Dir. Proc. Civil*, trad. de Guimarães Menegale, 2ª ed., 2º vol., nº 142; nossas *Primeiras Linhas*, 2ª ed., 1º vol., nº 55). Tal processo é provocado por via de ação, e a sentença que a julga procedente ou improcedente ainda que a ação não seja contestada, se classifica como definitiva, no sentido de que compõe a lide, produzindo coisa julgada formal e substancial. Transitada em julgado a sentença, sua revogação somente poderá dar-se por via, de ação rescisória.”99

Em síntese:

“Se a hipótese for de partilha por sentença judicial, a ação competente é a rescisória, e deve ser proposta no prazo de dois anos, ainda que o fundamento seja um dos vícios da vontade.”100

1.414. Conceituação de partilha amigável

Em princípio, partilha amigável é aquela feita por um dos meios apontados no art. 1.773 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 2.015), e judicial a que resulta do processo contencioso, regulado pelo Código de Processo Civil.

Encerrado o procedimento de inventário, com a definição do monte e dos herdeiros, bem como a liquidação do imposto de transmissão, o processo contencioso deve prosseguir obrigatoriamente até a partilha, se houver divergência entre os sucessores ou se algum deles for incapaz (Cód. Civil de 1916, art. 1.774; CC de 2002, art. 2.016).

Em se tratando, porém, de maiores e capazes, autorizados estarão a resolver a partilha por negócio jurídico, ou seja, por ajuste particular de vontade. Não obstante, poderão também, facultativamente, prosseguir no rito contencioso, mesmo que, de início, não se registre nenhum conflito concreto entre eles.

A partilha amigável será:

- a) lavrada por escritura pública;
- b) reduzida a termo nos autos do inventário; ou
- c) redigida em escrito particular, caso em que terá de se submeter à homologação judicial.

Nos dois primeiros casos a lei nem sequer exige a participação do juiz. A partilha é perfeita e acabada pelo só acordo de vontade dos sucessores. No último caso, a homologação é mero ato integrativo de eficácia, mas sem qualquer interferência do juiz no mérito do negócio levado a cabo entre os interessados. Assim, se o juiz desnecessariamente homologa o acordo tomado por termo no inventário, ou se necessariamente homologa a partilha lavrada em documento particular, o ato judicial configurará, em qualquer hipótese, sentença meramente homologatória, isto é, de jurisdição graciosa ou voluntária, cuja rescindibilidade estará subordinada às regras do ataque aos negócios jurídicos em geral (CPC, art. 486).

Haverá, também, partilha amigável, rescindível por ação ordinária, quando as partes maiores e capazes observarem o rito de arrolamento regulado pelos arts. 1.031 a 1.034 do CPC, que já se inicia com base em acordo sobre a partilha a ser homologado.

Mas não é partilha amigável a que se procede após o arrolamento em função do valor do espólio, com prévio acerto entre as partes (CPC, art. 1.036 e §§). O que há nessa espécie de arrolamento é apenas uma simplificação do procedimento, sem, contudo, eliminar a sua natureza contenciosa; “o que muda é a ação, no sentido de direito processual, o *rito* ou *curso*”.¹⁰¹

Por isso, lembra Pontes de Miranda, o ato do juiz que julga a partilha no arrolamento não precedido de partilha amigável é “sentença em partilha judicial, feita em ação de arrolamento”.¹⁰²

Com a nova redação dada ao art. 982, *caput*, pela Lei nº 11.441/2007, o uso da escritura pública pode dispensar não só a partilha judicial como até mesmo o processo do inventário perante o juiz. Basta que as partes sejam capazes e estejam acordes em resolver a sucessão por via administrativa. O ato notarial retrata negócio jurídico puramente voluntário e completamente estranho à atividade jurisdicional. Nem mesmo homologação ocorrerá em juízo. A anulação ou desconstituição do ato negocial poderá acontecer por meio de ação comum, tal como se passa com qualquer negócio jurídico extraprocessual, no prazo de um ano previsto no art. 1.029, parágrafo único.

1.415. Casuismo da rescisória de partilha

Para as sentenças de mérito do processo contencioso de partilha, os casos de rescisória são não apenas os comuns do art. 485 do CPC, como também os especiais enumerados no art. 1.030 daquele estatuto:

- a) Em primeiro lugar, vêm os casos de erro, dolo, coação ou de incapacidade.

Os vícios de erro, dolo e coação podem afetar tanto a atividade das partes, no fornecimento de dados ao processo ou na aceitação daqueles que lhes são apresentados, como pode dizer respeito aos atos do próprio magistrado que julgou a partilha.

A incapacidade para autorizar a rescisória é apenas a relativa, porque a absoluta conduz à nulidade de pleno direito e não apenas à rescindibilidade.

- b) Em segundo lugar, aponta o art. 1.030, como causa de rescisória da partilha judicial, a

“preterição de formalidades legais”. Trata-se, aliás, de uma simples explicitação da regra contida no art. 485, no V, onde já se prevê como causa geral da rescisão da sentença de mérito “a violação literal de disposição de lei”.

c) Em terceiro e último lugar, arrola-se a preterição na partilha de herdeiros, ou inclusão de quem não o seja.

Aqui, impõe-se distinguir mais uma vez a partilha nula da partilha rescindível.¹⁰³

Só se cogita de parte legítima para propor a rescisória de que cuida o art. 1.030, no III, do CPC, quando o herdeiro prejudicado seja alguém que se ache sob a autoridade da *res iudicata*. Logo, o dispositivo legal só tem incidência para quem foi parte no processo onde a partilha se julgou, porque a coisa julgada não beneficia nem prejudica terceiros, consoante a expressa disposição do art. 472 do CPC.

Daí a lição corretíssima de Hamilton de Moraes e Barros, no sentido de que “não é a ação rescisória o *remedium iures* apropriado de que dispõe os herdeiros, que não participaram do inventário, para atacar a partilha. Tal remédio é a petição de herança”.¹⁰⁴

O herdeiro preterido ou prejudicado, que se pode valer da rescisória, é, pois, o que figurou no processo. Ao que não figurou, a sentença é *res inter alios acta* e, despida da autoridade da *res iudicata*, não impede que o terceiro discuta sua validade em simples ação ordinária em primeiro grau de jurisdição.¹⁰⁵

1.416. Ação de nulidade de partilha

Aplicam-se à partilha amigável os casos de nulidades previstos no art. 145 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 166): incapacidade do agente, inobservância de forma essencial e ilicitude de objeto.

Assim, é caso de ação de nulidade e não de ação anulatória o da partilha amigável feita por menor impúbere ou interdito, quer por defeito de representação, quer por inobservância da forma legal, que, *in casu*, só poderia ser a da partilha judicial (Cód. Civil de 1916, art. 1.774; CC de 2002, art. 2.016).

Seria caso de nulidade por ilicitude de objeto, por exemplo, a partilha de imóvel rural com retalhamento geodésico em quinhões de área inferior ao módulo de parcelamento estabelecido na forma do Estatuto da Terra.

É caso de nulidade, finalmente, o de partilha subjetiva incompleta ou não unânime. A partilha amigável, segundo os arts. 1.773 e 1.774 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, arts. 2.015 e 2.016), só pode ser negócio jurídico unânime, de modo que – adverte Pontes de Miranda – “se falta um dos figurantes, não há só nulidade, há inexistência”.¹⁰⁶

A importância da distinção entre os casos de nulidade da partilha se dá em razão dos prazos prescricionais. Enquanto a anulatória prescreve apenas em um ano, a ação de nulidade é, segundo Pontes de Miranda, imprescritível.¹⁰⁷ Embora a doutrina civilista atual seja infensa às ações imprescritíveis, força é reconhecer que em caso de nulidade o prazo de prescrição tem sido recomendado como o maior previsto na lei, ou seja, o de 20 (vinte) anos.¹⁰⁸ Para o sistema legal brasileiro, reconhece-se que “nenhum direito sobrevive à inércia do titular por tempo maior de 20 (vinte) anos. Esta prescrição *longi temporis* não respeita a vulnerabilidade do ato nulo e, portanto, escoados 20 (vinte) anos do momento em que poderia ter sido proposta a ação de

nulidade, está trancada a porta, e desta sorte opera-se a consolidação do negócio jurídico, constituído, embora, sob o signo do desrespeito à ordem pública”.¹⁰⁹ A doutrina referida permanece atual e acatada, salvo apenas quanto ao prazo máximo que, pelo Código Civil de 2002, art. 205, se reduziu para dez anos.

A ação de nulidade, tal como a anulatória, é a ordinária, de competência do juiz de primeiro grau.

Mesmo quando a partilha tenha sido judicial, mas se acha contaminada de nulidade absoluta que atinja toda a relação processual, como é o caso de falta de participação, ou de citação de herdeiro necessário, a declaração de nulidade não depende de ação rescisória e pode ser obtida por simples ação ordinária em primeira instância.

É que a ação rescisória do art. 485 do CPC pressupõe coisa julgada material, a qual, por seu turno, pressupõe relação processual validamente estabelecida entre as partes que deverão sofrer os efeitos da sentença.

Assim, é de jurisprudência que a ação rescisória do art. 1.030 do CPC “não se aplica a herdeiro que não participou do inventário e para quem a decisão é *res inter alios acta*, cabendo-lhe propor a ação de nulidade da partilha –, pressuposto da de petição de herança e que prescreve em 20 (vinte) anos” (10 anos, segundo o Código Civil de 2005, art. 205).¹¹⁰

Na mesma linha vem a jurisprudência do STF, para quem, “para anular a partilha, os herdeiros dela excluídos, que não participaram do inventário, devem utilizar-se da ação de nulidade ou de petição de herança vintenárias, e não da rescisória”.¹¹¹

É que, em situações como a da falta da citação do revel, “persiste, no direito positivo brasileiro, a *querela nullitatis*, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória que, em rigor, não é a cabível para essa hipótese”.¹¹²

A respeito do assunto cogitado nestes últimos tópicos, sugerimos a leitura de nosso trabalho intitulado “Partilha: Nulidade, Anulabilidade e Rescindibilidade”, publicado na *Revista Jurídica Mineira*, em dezembro de 1986, vol. 32, pp. 13-33.

1.416-a. Ação de petição de herança

A petição de herança julgada após a partilha acarreta sua nulidade, cujo reconhecimento independe de nova ação. A invalidade *in casu* é automática, decorre do simples fato de ter sido a partilha ultimada sem a presença do investigando vitorioso. O cumprimento da sentença de petição de herança faz-se por meio de simples pedido de retificação de partilha, já que inexistente coisa julgada oponível ao herdeiro não participante do inventário.¹¹³

Os efeitos da sentença de petição de herança, todavia, não prejudicam os terceiros de boa-fé que tenham adquirido, de boa-fé, bens partilhados em favor de herdeiro aparente. Nesse caso, o dissídio fica restrito aos sucessores, devendo haver reparação ao herdeiro ausente do processo de inventário pelos que dispuseram do acervo, mantendo-se válida a disposição feita ao adquirente de boa-fé.¹¹⁴

§ 226. ARROLAMENTO

Sumário: 1.417. Simplificação do inventário. 1.418. Arrolamento sumário do art. 1.031. 1.419. Arrolamento comum do art. 1.036. 1.419-a. Lei no 6.858, de 24.11.1980. 1.419-b. Inventário administrativo.

1.417. Simplificação do inventário

O Código de Processo Civil, em seus artigos 1.030 a 1.038, cuida de procedimentos simplificados para certos tipos de inventário, criando uma espécie de *procedimentos compactos*, em que grande parte das solenidades e termos do rito comum dos artigos antecedentes é eliminada, tornando o feito mais célere e econômico.

Essa parte do código sofreu profundas modificações através da Lei no 7.019, de 31.08.82, que deu nova redação a toda seção do arrolamento.

Antes, a legislação codificada já havia sofrido um certo impacto por meio da Lei no 6.858, de 24.11.80, que dispensara o inventário ou arrolamento para percepção, pelos dependentes, de vantagens econômicas deixadas pelo *de cujus* no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e no Fundo de Participação do PIS-PASEP, bem como para levantar ou receber, em iguais circunstâncias, restituições de imposto de renda e outros tributos, saldos bancários, cadernetas de poupança e fundos de investimentos de valor igual ou inferior a 500 ORTN.

Com o advento da Lei no 7.019, a dispensa de inventário ou arrolamento para as hipóteses da Lei no 6.858 passou a figurar expressamente no novo texto do art. 1.037 do Código.

Hoje, a par dos casos de dispensa do inventário (Lei no 6.858), o rito simplificado do arrolamento é observado em duas hipóteses distintas, a saber:

a) quando os herdeiros optam pela partilha amigável, qualquer que seja o valor do espólio (art. 1.031); e

b) quando o valor do acervo a partilhar não ultrapassa 2.000 ORTN (art. 1.036).

O procedimento simplificado do arrolamento terá cabimento também no caso de herdeiro único (art. 1.031, § 1º).

1.418. Arrolamento sumário do art. 1.031

Preferindo os sucessores a partilha amigável, a simplificação do arrolamento dependerá basicamente de dois requisitos:

a) todos os herdeiros devem ser maiores e capazes; e

b) devem estar em total acordo com a partilha amigável.

O procedimento simplificado do arrolamento terá cabimento também no caso de herdeiro único (art. 1.031, § 1º).

Para o caso do art. 1.031, não importa o valor dos bens do espólio. A característica do procedimento é a dispensa de “lavatura dos termos de qualquer espécie” (art. 1.032), bem como dos atos avaliatórios e de partilha em juízo.

Em relação ao inventário comum, podem-se registrar, portanto, as seguintes simplificações:¹¹⁵

a) dispensa de todos os termos, até mesmo do de compromisso e declarações de inventariante;

b) dispensa da avaliação (somente ocorrerá avaliação, se houver credor habilitado e este impugnar a estimativa dos herdeiros relativa aos bens separados para o pagamento da dívida) (arts. 1.033 e 1.035, parág. único);

c) dispensa da remessa dos autos ao contador e partidor;

d) lançamento e recolhimento do imposto *causa mortis* por via administrativa (art. 1.034, § 2º);

e) a juntada dos comprovantes de quitações fiscais dispensa a apresentação de certidões negativas de tributos;

f) o inventariante é escolhido e indicado pelos herdeiros;

g) a intervenção do Ministério Público só se dará quando houver testamento a cumprir.

Esse arrolamento sumário é também utilizável para o pedido de adjudicação, na hipótese de herdeiro único (art. 1.031, § 1º).

O procedimento a observar pode ser assim resumido:

a) a petição inicial será formulada em nome de todos os interessados, e será acompanhada da certidão de óbito do inventariado; conterá a descrição de valor dos bens do espólio bem como a declaração dos títulos dos herdeiros; nela se fará, ainda, a designação do inventariante, e formular-se-á o pedido de sua nomeação;

b) estando em ordem a petição, o juiz nomeará o inventariante;

c) será, então, apresentada a partilha amigável, por escritura pública, por termo ou por documento particular (a partilha pode ser anexada à petição inicial ou pode, até mesmo, estar contida nos próprios termos da inicial) (art. 1.031). Se se tratar de herdeiro único, simplesmente será requerida a adjudicação dos bens descritos na inicial (art. 1.031, § 1º). Se se utilizar a escritura pública, sua lavatura não dependerá de todas as exigências do art. 982, tornando-se dispensável, por exemplo, a presença de advogado no ato notarial, já que a partilha só se aperfeiçoará, dentro dos autos, com a homologação judicial; esta sim dependerá de estarem todas as partes representadas por advogado no processo (v., *retro*, o item nº 1.383-a);

d) em seguida homologará o juiz a partilha, ou deferirá a adjudicação, independentemente de vista à Fazenda Pública e de recolhimento do imposto de transmissão (arts. 1.031 e 1.034, § 2º).

A sistemática do arrolamento sumário dos arts. 1.031 a 1.035 subtraiu do Judiciário o dever de controlar o recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*. Apenas serão exigidas com a inicial as quitações dos impostos anteriores à sucessão (art. 192 do CTN, art. 1.031 do CPC).

A apuração, lançamento e cobrança do tributo sucessório serão realizados totalmente pelas

vias administrativas (art. 1.034, § 2º). Isto em nada diminui as garantias do Fisco, uma vez que, após a homologação da partilha, o seu registro não se poderá fazer no Registro de Imóveis sem o comprovante do recolhimento do tributo devido (art. 143 da Lei dos Registros Públicos). Por outro lado, independentemente de intervir no processo de arrolamento, a Fazenda Pública não estará adstrita aos valores nele declarados pelas partes.¹¹⁶

Com isso, tornaram-se estranhas ao arrolamento todas as questões relativas ao tributo incidente sobre a transmissão hereditária de bens.¹¹⁷ De tal sorte que, nesse procedimento especial, “não pode a Fazenda Pública impugnar a estimativa do valor dos bens do espólio feita pelo inventariante – valor atribuído tão somente para fins de partilha – e requerer nova avaliação para que se possa proceder ao cálculo do Imposto de Transmissão *causa mortis*, uma vez que este será sempre objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não podendo ser discutido nos autos de arrolamento”.¹¹⁸

Em face dessa nova orientação legislativa, nem mesmo vista mais se abre à Fazenda Pública para falar sobre as declarações do inventariante. Como tem proclamado a jurisprudência, “a *vista*, que tinha a Fazenda no texto anterior (art. 1.033), foi deliberadamente suprimida no texto novo, o que significa que a fiscalização se deslocou para a esfera administrativa”.¹¹⁹

Para ressaltar, porém, os interesses do Fisco, no arrolamento concluído sem a sua presença, a Lei nº 9.280, de 30.05.96, criou o § 2º do art. 1.031, no qual se dispôs que, após o trânsito em julgado da sentença de partilha ou adjudicação, o formal ou os alvarás “só serão expedidos e entregues às partes após comprovação verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos”, inclusive o imposto de transmissão “*causa mortis*”.

1.419. Arrolamento comum do art. 1.036

Em função do pequeno valor dos bens, o rito do inventário pode ser simplificado, independentemente de acordo geral dos herdeiros (art. 1.036). Mas aqui, ao contrário do que se passa no arrolamento sumário do art. 1.031, não está excluída a hipótese de divergências e de um contencioso entre as partes. A simplificação do rito, por isso, é menor e bem menos significativa.

A escolha do inventariante, por exemplo, observará a ordem de preferência legal, mas o compromisso fica dispensado (art. 1.036).

Nas próprias declarações, o inventariante nomeado descreverá e avaliará os bens, e apresentará o plano de partilha (art. 1.036).

Os herdeiros terão de ser citados, na forma do art. 999, para se manifestarem sobre as declarações (art. 1.000) e se todos se manifestarem de acordo o julgamento da partilha pode ser desde logo proferido, visto que o art. 1.036, § 4º, manda aplicar, no que couber, as regras do art. 1.034, cujo § 2º remete o problema do lançamento do imposto de transmissão para a via administrativa.

Se, porém, qualquer das partes ou o Ministério Público impugnar a estimativa, o juiz promoverá a avaliação judicial em 10 dias (art. 1.036, § 1º). Apresentado o laudo, será realizada uma audiência para deliberação da partilha e solução dos pedidos de pagamentos de dívidas do espólio. Tudo será decidido de plano na audiência (art. 1.036, § 2º). A experiência tem revelado a inutilidade dessa audiência criada pela lei ao arrepio das praxes forenses. Por isso, as questões

de que se trata têm sido submetidas à vista das partes e julgadas sem o embaraço da audiência. Desde que se assegure o contraditório, não há que se cogitar de nulidade do processo, pela não realização da inconveniente audiência do art. 1.036, § 2º.

Provas das quitações dos tributos relativos aos bens do espólio (e não ao imposto de transmissão desses bens), o juiz estará habilitado a julgar a partilha.

A presença de incapazes entre os herdeiros não afasta o procedimento do art. 1.036. Impõe, porém, a citação do Ministério Público para funcionar na causa.

A simples participação do incapaz não torna obrigatória a avaliação judicial. Somente quando algum herdeiro ou o representante do Ministério Público discordar da estimativa do inventariante é que tal medida se tornará indispensável (art. 1.036, § 1º).

1.419-a. Lei nº 6.858, de 24.11.1980

Além dos casos de simplificação do inventário, por via do arrolamento, o Código estatui sua total dispensa, quando o *de cujus* deixar apenas os valores previstos na Lei nº 6.858 (saldos do FGTS, PIS-PASEP, restituições de imposto de renda e outros tributos, recolhidos por pessoa física, saldos bancários e de cadernetas de poupança, e fundos de investimento de valor até 500 ORTN's).

Assim, “os montantes das contas individuais do FGTS e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, devem ser liberados aos dependentes habilitados, independentemente de inventário ou arrolamento; o levantamento só depende de autorização judicial se não houver dependentes habilitados, hipótese em que serão recebidos pelos sucessores previstos na lei civil, mediante alvará a ser requerido ao juízo competente para o inventário ou arrolamento”.¹²⁰

Na espécie, a competência não se regula pela pessoa jurídica responsável pela administração dos fundos (FGTS e PIS-PASEP), mas pelos princípios comuns dos procedimentos sucessórios *causa mortis*. É, pois, da competência da Justiça Estadual, e não da Federal, a autorização do levantamento dos valores relativos ao PIS-PASEP e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta.¹²¹

Também se submeterão a simples alvará de levantamento os saldos de contas bancárias e demais verbas enumeradas no art. 2º da Lei nº 6.858, de 24.11.1980.

1.419-b. Inventário administrativo

A Lei nº 11.441/2007 instituiu um inventário que se pode realizar por via administrativa, com intervenção apenas de tabelião e advogado (*vide, retro*, o item 1.383-a). A opção pelo ato notarial prejudica o inventário judicial. A previsão dessa via puramente negocial para solucionar a sucessão hereditária, no entanto, não impede que os interessados prefiram o processo judicial para ultimar a transmissão dos bens deixados pelo *de cujus*, caso em que a partilha consensual se submeterá à homologação na forma do art. 1.031.

Ainda que o processo sucessório tenha se iniciado em juízo e sem consenso entre os interessados, poderá ser encerrado por partilha notarial, a qualquer tempo, se não houver interessado incapaz envolvido na sucessão. Se isto ocorrer, a partilha feita extra-autos por meio

de escritura pública, nem reclamará homologação judicial para ser levada ao registro de imóveis. O processo judicial será simplesmente encerrado por perda de objeto.

Se, todavia, as partes preferirem solenizar a partilha em juízo, poderão juntar a escritura aos autos e requerer que a extinção do processo se dê com a homologação facultativa do ato negocial de dissolução do condomínio *causa mortis*.

§ 227. DISPOSIÇÕES COMUNS

Sumário: 1.420. Medidas cautelares. 1.421. Sobrepartilha. 1.422. Curatela especial ao herdeiro. 1.423. Inventários cumulados. 1.424. Honorários de advogado. 1.425. Extinção do processo por paralisação da causa. 1.426. Assistência judiciária. 1.427. Terceiros prejudicados.

1.420. Medidas cautelares

Prevê o Código algumas medidas cautelares próprias do processo sucessório judicial e que podem ser adotadas tanto no curso do inventário como do arrolamento. São elas:

a) sobrestamento da entrega do quinhão do herdeiro impugnado, no caso de remessa da impugnação para as vias ordinárias (art. 1.000, parágrafo único);

b) reserva do quinhão do herdeiro não admitido, com remessa da pretensão para as vias ordinárias (art. 1.001);

c) reserva de bens para pagar ao credor que não logrou habilitação na via administrativa (art. 1.018, parágrafo único).

De acordo com o dispositivo no art. 1.039, todas essas medidas preventivas perderão sua eficácia:

I – se a *ação principal* (isto é, a de petição de herança, a de impugnação da qualidade de herdeiro ou a de cobrança) não for proposta em 30 dias, contados da data em que da decisão foi intimada a parte interessada, ou seja, o impugnante (art. 1.000, parág. único), o herdeiro excluído (art. 1.001) ou o credor não admitido (art. 1.018);

II – se o juiz declarar extinto o processo de inventário, com ou sem julgamento de mérito.

Trata-se, em primeiro lugar, de aplicação ao juízo sucessório da regra geral do art. 808, no I, que, de maneira ampla, prevê a cessação de eficácia de toda medida cautelar preparatória, quando a parte não intenta a ação principal no prazo de 30 dias, fixado pelo art. 806.

É que as medidas preventivas são tomadas sumariamente, sem uma certeza a respeito do direito da parte. Criam um constrangimento para o adversário que não pode perdurar indefinidamente. Urge, por isso, em prazo curto, instalar o processo de mérito para alcançar-se a solução definitiva do conflito. As medidas cautelares só se justificam pela contribuição que podem prestar à eficácia do processo principal. Daí a assinatura de um prazo decadencial para que a questão de mérito seja deduzida em juízo. A inobservância desse prazo induz desinteresse da parte pela excepcional tutela preventiva com que foi beneficiada. A cessação da medida preparatória, então, ocorrerá de pleno direito.

Pela mesma razão da acessoriedade que existe entre a medida cautelar e o processo principal, ocorrerá também a cessação de eficácia das medidas questionadas quando se extinguir, com ou sem julgamento de mérito, o processo de inventário que as motivou. Por exemplo, pode-se dar a extinção do inventário antes do julgamento da petição de herança, quando a totalidade dos bens inventariados é consumida no pagamento de dívidas regularmente habilitadas, ou quando o espólio incorre em insolvência civil ou falência (CPC, art. 748; Dec.-Lei nº 7.661/45, art. 39, parágrafo único; Lei 11.101/2005, arts. 94, § 1º, e 125).¹²² Pode-se, ainda, cogitar de extinção de inventário, sem julgamento de mérito, em situação como a de versar o processo, ajuizado no Brasil, sobre bens situados no estrangeiro, ou no caso de provar-se que a pessoa dada como morta ainda vive.¹²³

1.421. Sobrepartilha

Sobrepartilha é uma nova partilha, referente ao mesmo espólio, de bens que, por qualquer motivo, ficaram fora da descrição no inventário, ou fora da partilha geral já realizada.¹²⁴

Segundo o disposto no art. 1.040, ficam sujeitos à sobrepartilha:

I – *os bens sonegados*, isto é, os que foram ocultados ou desviados dolosamente do processo sucessório;

II – *os bens desconhecidos* ao tempo da partilha e que só vieram a ser descobertos depois de sua homologação;

III – *os bens litigiosos* e *os de liquidação difícil ou morosa*.

Por bens litigiosos entendem-se aqueles cuja posse ou domínio do espólio se acha envolvido em disputa judicial. Para que o inventário não fique longamente paralisado, os bens não litigiosos podem ser desde logo partilhados, reservando-se os controvertidos para uma partilha complementar, depois de resolvida a pendência judicial que os envolve.

Bens de liquidação difícil ou morosa são aqueles que se encontram em zonas remotas, longe da sede do inventário, e que, por isso, dependem de diligências e precatória de cumprimento demorado. São, ainda, aqueles que, por sua própria natureza, reclamam operações complexas, como, por exemplo, a liquidação de sociedade ou a apuração de haveres do morto em pessoa jurídica de que era sócio.

A sobrepartilha correrá nos próprios autos em que se realizou a partilha (art. 1.041, parágrafo único) e observará os mesmos trâmites previstos para o inventário e o arrolamento (art. 1.041, *caput*). Não é, no dizer de Hamilton de Moraes e Barros, uma ação nova, mas simples fase ou complemento da ação velha já pendente, o inventário-partilha.¹²⁵

Após a criação do inventário e partilha por via administrativa (art. 982, com a redação das Leis nos 11.441/2007 e 11.965/2009), a sobrepartilha é remédio que se pode utilizar tanto em relação aos processos sucessórios judiciais como aos casos de atos notariais. Naturalmente, se não concorreram as condições para a partilha extrajudicial, a sobrepartilha também será processada em juízo. Se, porém, a partilha primitiva se der administrativamente, nada impedirá que a sobrepartilha também se ultime por meio da escritura pública prevista no art. 982. Até mesmo quando a primeira partilha tenha sido feita contenciosamente, pode acontecer que na fase de sobrepartilha sobrevenha consenso geral entre os interessados. Poderão, perfeitamente, realizá-la por via notarial, se nenhum incapaz figurar entre eles.

1.422. Curatela especial ao herdeiro

Para integrar a relação processual do juízo sucessório exige-se, naturalmente, a capacidade dos interessados, ou o seu suprimento através da assistência ou da representação.

Pode acontecer, porém, que o incapaz não disponha, ainda, de uma pessoa legalmente investida no múnus da representação. Para essa emergência, autoriza o art. 90, no I, que o juiz nomeie um curador especial (curador à lide), apenas para os atos do processo.

Igual curador deverá nomear o juiz do inventário ou do arrolamento, quando o herdeiro incapaz e seu representante estiverem concorrendo, com direitos próprios, na partilha da herança (art. 1.042, no II).

Dar-se-á, também, curador especial ao ausente e ao citado por edital que permaneça revel (arts. 90, no II, e 1.042, no I).

1.423. Inventários cumulados

Prevê o Código dois casos de cumulação de inventários, a saber:

a) o do falecimento do cônjuge meio supérstite antes da partilha dos bens do pré-morto, desde que os herdeiros de ambos sejam os mesmos (art. 1.043);

b) o do falecimento do herdeiro, no curso do inventário, desde que não possua outros bens além do quinhão na herança (art. 1.044).

No primeiro caso, não importa que haja bens novos a inventariar em razão da morte do segundo cônjuge. Se, porém, houver herdeiros diferentes nas duas heranças, não será possível a cumulação.¹²⁶ Admitida a cumulação, o inventariante será um só para os dois inventários. Ocorrerá, todavia, nova petição inicial para o segundo inventário e nova atuação. Os dois processos serão apensados e a partilha será única (art. 1.043, §§ 1º e 2º). A reunião dos inventários, todavia, somente cabe se o primeiro deles ainda não se encerrou.¹²⁷

No caso do art. 1.044 (falecimento de herdeiro), a cumulação depende da inexistência de outros bens a inventariar, além do quinhão na herança. Os herdeiros do falecido simplesmente ocupam seu lugar no processo pendente e partilham seu quinhão juntamente com o todo da herança já inventariada.

Tanto na hipótese do art. 1.043 como na do art. 1.044, não há necessidade de renovar as declarações do inventariante, pois as primeiras prevalecem, assim como o laudo de avaliação (art. 1.045).

Se houver, porém, alteração dos valores que comprometa a partilha, mormente quando, no caso de cônjuges, ocorra inclusão de bens novos, necessária se tornará a avaliação de todos os bens das duas heranças.

Permite a lei, outrossim, que seja aproveitada a abertura do inventário do cônjuge supérstite, mesmo depois de encerrada a partilha do espólio do cônjuge pré-morto, para a inclusão de bens omitidos no primeiro inventário. A rigor, a inclusão desses bens deveria ser precedida de sobrepartilha na sucessão do primeiro cônjuge morto, para só depois figurar na partilha da segunda herança. No entanto, por medida de economia processual, o art. 1.045, parág. único, permite que a falha do antigo processo seja simplesmente suprida no novo. Duas heranças serão, na verdade, submetidas a um só inventário (isto é, ao do segundo cônjuge morto). O imposto de

transmissão, todavia, incidirá sobre as duas sucessões ocorridas.

1.424. Honorários de advogado

Uma vez que o inventário judicial somente pode ser promovido por meio de advogado, torna-se a verba advocatícia um custo forçado da transmissão hereditária do patrimônio deixado pelo morto.

Devem, portanto, sair do monte da herança os gastos com a remuneração do procurador judicial contratado pelo inventariante, no interesse geral da comunhão. Isto é correto tanto para efeito do cálculo do imposto *causa mortis* (STF, Súmula no 115) como para efeito do rateio desses honorários entre os diversos sucessores contemplados na herança.¹²⁸

Quando, porém, há interesses conflitantes entre os sucessores e cada um se faz representar por advogado próprio no processo sucessório, não terá cabimento o rateio da verba honorária; cada um pagará o procurador que contratou.¹²⁹

No caso de inventário e partilha por via de escritura pública (art. 982), as despesas do ato notarial e da assistência advocatícia comum serão rateadas entre os interessados. Se cada sucessor contratar seu próprio advogado, não haverá rateio de honorários: cada qual custeará a remuneração do respectivo assistente.

1.425. Extinção do processo por paralisação da causa

Entre as causas de extinção do processo, sem julgamento de mérito, inclui-se a do abandono da causa, ou seja, a sua paralisação por mais de 30 dias, por culpa do autor (art. 267, no III), ou por mais de um ano, por negligência de ambas as partes (art. 267, no II).

O acerto da transmissão de bens entre o morto e seus sucessores não interessa apenas a estes. A Fazenda Pública e toda a sociedade têm real interesse na definição do processo sucessório, tanto que até de ofício o juiz deve instaurar o respectivo procedimento (art. 989).

Firmou-se, por isso, a jurisprudência no sentido de que a paralisação do inventário ou arrolamento “não justifica seja decretada a extinção do processo”.¹³⁰ Na verdade, “cuidando-se, no inventário, de uma forma de prestação de serviço público, por via judiciária, com o objetivo de legitimar situações jurídicas de interesses particulares, que exigem o concurso do Estado para final constituição, nada justifica a extinção do processo em face de sua paralisação”.¹³¹

Por conseguinte, “se o inventariante, porventura, se mostra desidioso, deixando o feito paralisado indevidamente por tempo superior a 30 dias, o que cumpre ao juiz fazer, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, é simplesmente removê-lo e nomear outro em substituição, nos termos dos arts. 995, no II, e 996 do Código de Processo Civil, e nunca declarar extinto o feito, mormente de ofício, por manifesta incompatibilidade dessa providência com o processo de inventário”.¹³²

1.426. Assistência judiciária

Não há razão para negar a incidência dos benefícios da assistência judiciária no juízo

sucessório.

Muitas vezes, famílias pobres não dispõem de outro bem que a própria morada deixada pelo *de cujus*. Exigir que se venda o imóvel para custear o processo sucessório seria suprema injustiça e total subversão dos propósitos inspiradores do salutar instituto da justiça gratuita.

Reiterados, por isso, são os pronunciamentos da jurisprudência em prol da aplicação da assistência judiciária ao arrolamento ou inventário, sempre que a viúva, por exemplo, seja miserável e não disponha de recursos “para custear as despesas com o inventário dos bens deixados por seu marido”.¹³³

O Tribunal de Justiça de São Paulo, analisando um recurso contra decisão que negara a assistência judiciária pelo simples fato de existirem bens a inventariar, proclamou: “A tese sustentada no despacho recorrido não encontra respaldo na sistemática legal. A lei diz expressamente que se considera necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio ou da família. O simples fato de ser o interessado possuidor ou proprietário de um imóvel não afeta sua condição de necessitado, na acepção restrita da lei, mesmo porque a exigência do pagamento das custas pode ser feita posteriormente, nos termos do art. 12 da Lei no 1.060, uma vez que o devedor possa satisfazer esse ônus”.¹³⁴

A Lei no 11.965/2009 introduziu o § 2º do art. 982 para deixar claro que, mesmo optando os sucessores pela partilha extrajudicial, farão jus, quando hipossuficientes, à gratuidade do ato notarial.

1.427. Terceiros prejudicados

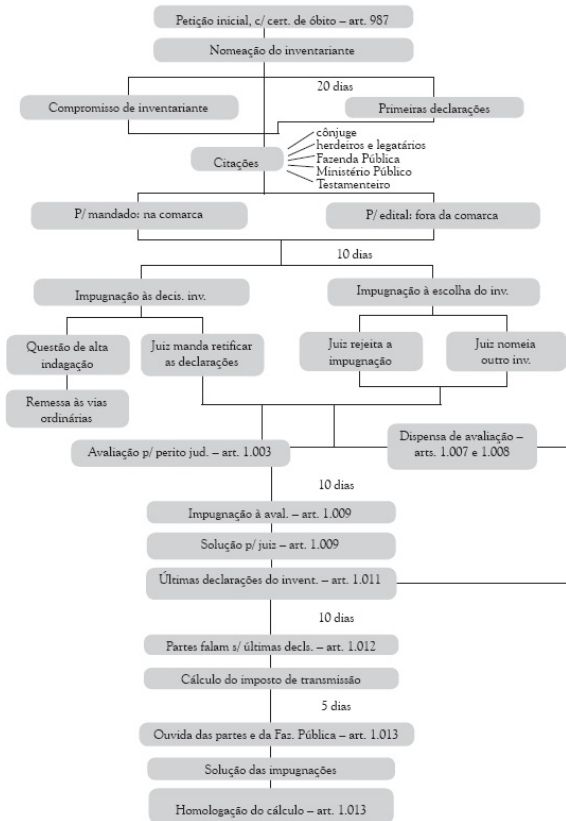
O processo de sucessão hereditária visa a gerar título para transcrição do imóvel no Registro Público em nome do herdeiro e, ainda, a propiciar-lhe título executivo judicial para imitir-se na posse do quinhão que lhe destinar a partilha do acervo inventariado.

Assim, a indevida inclusão de bens de terceiro entre aqueles descritos no inventário ou no arrolamento apresenta, potencialmente, uma moléstia ao direito e à posse do verdadeiro titular.

Para coibir essa turbacão judicial, o remédio adequado acha-se previsto no art. 1.046, de sorte que, por expressa disposição da lei, “os embargos de terceiro constituem recurso idôneo para exclusão ao processo de inventário de bens de quem prova a posse e o domínio da coisa descrita no acervo hereditário como pertencente ao espólio”.¹³⁵

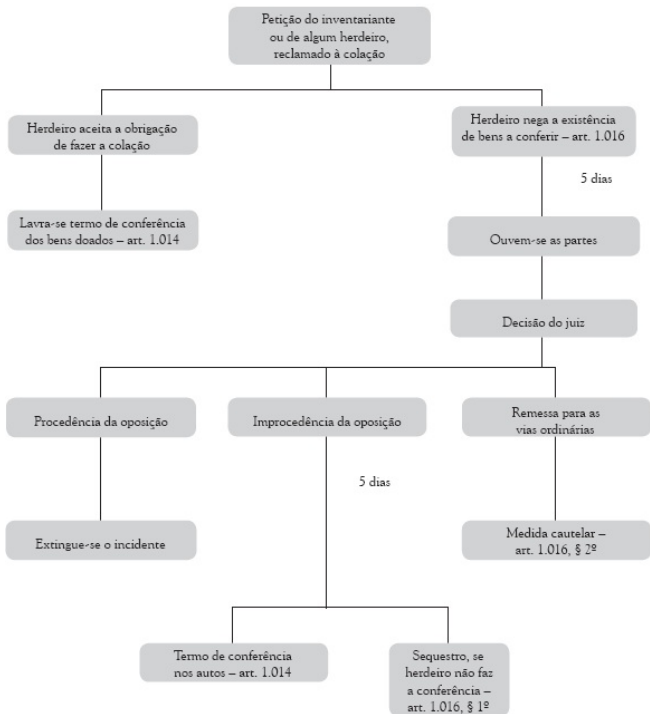
Fluxograma no 72

INVENTÁRIO JUDICIAL
(arts. 982-1.013)

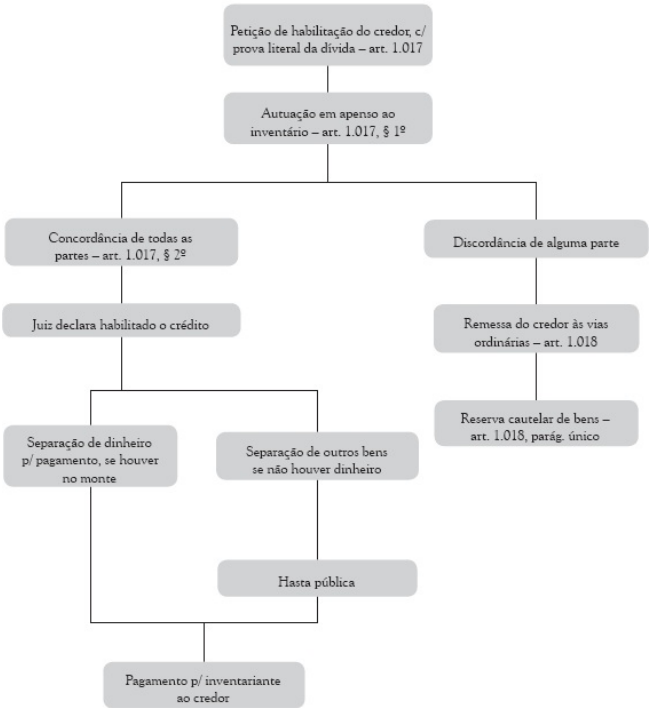


Fluxograma nº 73

COLAÇÕES (arts. 1.014-1.016)

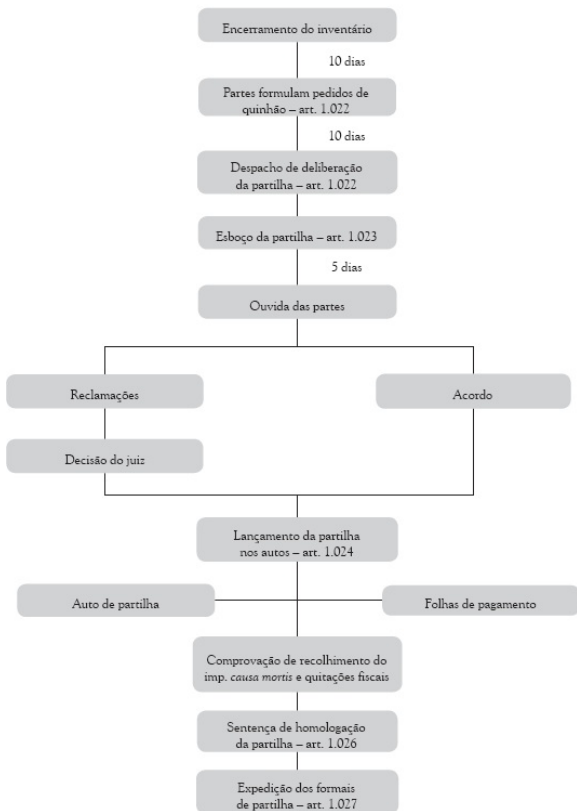


PAGAMENTO DE DÍVIDA DO ESPÓLIO
(arts. 1.017-1.021)



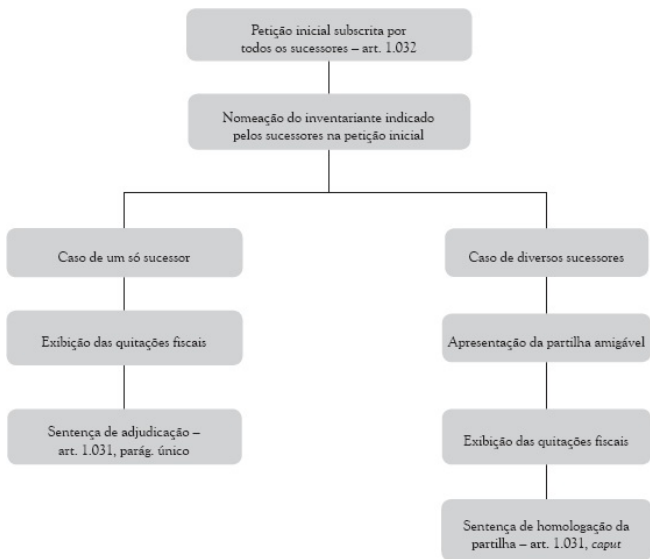
Fluxograma nº 75

PARTILHA JUDICIAL
(arts. 1.022-1.030)



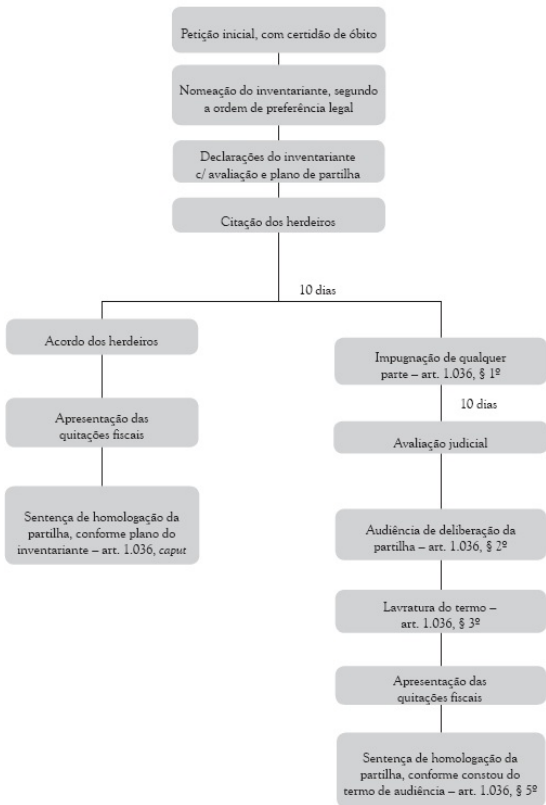
Fluxograma no 76

ARROLAMENTO SUMÁRIO (CONVENCIONAL) (arts. 1.031-1.035)



Fluxograma no 77

ARROLAMENTO COMUM (LEGAL)
(art. 1.036 e parágrafos)



INVENTÁRIO E PARTILHA POR VIA ADMINISTRATIVA (art. 982)

Os interessados dirigem-se ao cartório do tabelião

São acompanhados de advogado(s) ou defensor dativo

Apresentam certidão de óbito e relação dos bens deixados pelo *de cujus* e identificam todos os sucessores, comprovando o vínculo sucessório de cada um deles

Exibem as quitações fiscais.

Tabelião lavra a escritura: a) começando pela identificação do morto, depois dos sucessores e seus advogados; b) prossegue pela descrição e valor dos bens do acervo hereditário; c) conclui pela formulação das folhas de pagamento para cada sucessor

Assinam a escritura: o tabelião, os sucessores e os advogados

Extraem-se traslados para o Registro de Imóveis

- 1 “As questões decididas em procedimento de inventário e partilha podem perfeitamente alcançar a qualidade da imutabilidade por coisa julgada, resguardados apenas os limites subjetivos” (TJSP, Ap. nº 256.895, ac. de 15.02.1977, Rel. Des. Sydney Sanches, in RT 509/79).
- 2 Mesmo diante do testamento, se todos os sucessores forem capazes, será possível utilizar-se a escritura pública para efetivar a partilha de forma amigável. Neste caso, porém, a escritura terá de ser levada ao processo judicial de inventário para obter-se a necessária homologação (Zeno Veloso. *Lei n.º 11.441, de 04.01.2007 – aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais*. Belém: Anoreg/PA, 2008, p. 24).
- 3 VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 27.
- 4 VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 28.
- 5 Se houver obrigações ativas e passivas pendentes, a cargo do espólio, os interessados obrigatoriamente nomearão um deles para cumpri-las, conferindo-lhe, na escritura de inventário e partilha, poderes de inventariante (Resolução nº 35/CNJ, art. 11).
- 6 AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides de. *Inventário e partilha*, 20. ed., São Paulo: LEUD, 2006 – Separata – Atualização, p. 11; VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, pp. 25-26.
- 7 VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 26.
- 8 VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 26.
- 9 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio, Forense, 1980, vol. IX, nos 109 e 110, pp. 181-184; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 3. ed., Rio, Forense, 1980, vol. VI, nº 484, p. 277; Antônio Carlos Marcato, *Procedimentos Especiais*, S. Paulo, Ed. RT, 1986, nº 11, pp. 126-127. “O inventário negativo é admitido pela doutrina e pela jurisprudência e é de interesse para o cônjuge sobrevivente e herdeiros” (TJSP, Ap. nº 251.940, ac. de 25.05.1976, Rel. Des. Lafayette Sales Júnior, in RT 488/97). “A declaração do inventariante de que não possui bens é o suficiente, pois goza de fé” (TJPR, Ap. nº 13.448, Rel. Des. Sidney Mora, ac. de 28.04.1997, in JUIS – Saraiva nº 14).
- 10 OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado das Sucessões*, 4ª ed., Rio, Max Limonad, 1952, vol. III, nos 936 e 937, p. 895; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit., loc. cit.*
- 11 Não pode, por isso, ser homologada sentença estrangeira de inventário e partilha de bens situados no Brasil, qualquer que seja a nacionalidade, o domicílio e a residência do autor da herança (STF, SE nº 2.789, ac. de 18.09.1975, Rel. Min. Moreira Alves, in Rev. Forense 257/189; STJ, Corte Especial, SEC nº 1.032/GB, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 19.12.2007, DJU de 13.03.2008, p. 1). Hamilton de Moraes e Barros, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio, Forense, 1980, vol. IX, nº 111, pp. 184-185. No entanto, já se decidiu que, em divórcio já homologado pelo STF, “não fere o art. 89, II, do CPC, que prevê a competência absoluta da justiça brasileira para proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, a decisão de Tribunal estrangeiro que dispõe sobre a partilha de bens móveis e imóveis em decorrência da dissolução da sociedade conjugal, aplicando a lei brasileira” (STF, Sent. Estrang. Contestada 4.512, Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, ac. de

- 21.10.1994, *in DJ* de 02.12.94, p. 33.198). Também “não ofende a ordem jurídica brasileira a homologação de sentença estrangeira de natureza meramente declaratória que reconhece os requerentes como legítimos herdeiros” (STF, Sent. Estrang. Contestada 4.944, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. de 28.11.1996, *in DJ* de 28.02.97, p. 4.066). Em caso de divórcio, “o fato de determinado imóvel estar localizado no Brasil não impede a homologação da sentença estrangeira de partilha quanto ao mesmo bem”, desde que respeitados os critérios determinados pela lei brasileira (STJ, Corte Especial, SEC no 878/PT, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 18.05.2005, *DJU* de 27.06.2005, p. 203).
- 12 TJSP, AI 2666.029, ac. de 22.12.1977, Rel. Des. Vieira de Moraes, *in Rev. Forense* 269/208; STF, RE 99.230, ac. de 22.05.1984, Rel. Min. Rafael Mayer, *in RTJ* 110/750; Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, Rio, F. Bastos, 1949, § 713, p. 528; Celso Barbi, *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, 2ª ed., Rio, Forense, 1981, vol. I, no 494, p. 400.
- 13 A lei não previu, mas pode acontecer que o de *cujus* não tinha domicílio no País, sua morte também não ocorreu no território nacional e os bens da herança estejam em diversas comarcas. Nesse caso, a exemplo do que se passa com a ação de divisão, o inventário poderá ser aberto em qualquer uma das comarcas de situação dos bens do espólio, estendendo-se sua competência para a totalidade do acervo (CPC, art. 107). O STJ já decidiu que no juízo sucessório, quando for o caso, cabe a determinação da competência “com base na prevenção” (STJ, 2ª Seção, CC 23.773/TO, Rel. Min. Menezes Direito, ac. de 10.02.1999, *DJU* de 05.04.1999, p. 77).
- 14 TJSP, AI 263.103, ac. de 03.11.1977, Rel. Des. Barbosa Pereira Filho, *in RT* 512/124; STJ, CC 15.227/GO, Rel. Min. Costa Leite, ac. de 13.12.1995, *in DJU* de 20.05.1996, p. 16.660; STJ, CC 13.646-6/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 09.08.95, *in DJU* de 25.09.1995, p. 31.059; TJMG, 1ª Câ. Cível, CC no 175.406-8/00, Rel. Des. Garcia Leão, ac. 08.08.2000; TJDF, 2ª Câ. Cív., CC no 19990020036629, Rel. Des. Sérgio Bittencourt, *DJU* de 24.05.2000, p. 7; STJ, 1ª S., CC no 52.781, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 23.11.2005, *DJU* de 12.12.2005. Contra: TJSP, *RJTJESP* 100/278.
- 15 TJMG, CJN 850, ac. de 29.12.1983, Rel. Des. Paulo Gonçalves. Havendo foro de eleição, este prevalecerá sobre o foro do inventário (STJ, 3ª T., REsp no 420.394/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 19.09.2002, *Revista Jurídica*, 301/89).
- 16 STF, RE 84.056, ac. de 03.06.1976, Rel. Des. Cordeiro Guerra, *in RTJ* 79/304; STJ, CC 5.579/RJ, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. de 23.11.1993, *in DJ* de 13.12.1993, p. 27.370.
- 17 TJSP, Ap. no 59.411, ac. de 28.08.1985, Rel. Des. Nélson Schiavi, *in RT* 603/63; TJMG, AI 14.502, ac. de 18.08.1977, Rel. Des. Monteiro Ferraz, *in DJMG* de 11.10.1977; TJSC, Ag. no 6.208, Rel. Des. João Martins, ac. de 04.06.1991, *in Jurisp. Cat.* 68/267; STJ, 4ª T., REsp no 450.951/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 23.03.2010, *DJe* de 12.04.2010.
- 18 NEGRÃO, Theotônio. *Cód. Proc. Civil e Leg. Proc. em Vigor*, 17ª ed., S. Paulo, Ed. RT, 1987, p. 363, notas 1 e 2 ao art. 984; TJSP, Ap. no 49.208-1, ac. de 28.06.1984, Rel. Des. Camargo Sampaio, *in RT* 591/84; TJSP, Ag. no 257.049-1, Rel. Des. Cunha Cintra, ac. de 18.05.1995, *in JTJSP* 171/197; STJ, 3ª T., REsp no 32.525/BA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 15.12.1993, *DJU* de 18.04.1994, p. 8.491; STJ, 3ª T., REsp no 960.885/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 17.3.2009, *DJe* de 08.06.2009.
- 19 TJSP, 5ª CC, Ag. no 73.753-1, Rel. Des. Marcio Bonilha, ac. de 22.05.1986, *RJTJESP*

- 105/328; TJSP, 10a C. D. Priv., Ag. no 35.311-4, Rel. Des. Roberto Stucchi, ac. de 04.03.1997, *RJTJESP* 202/228.
- 20 TJSP, Ap. no 239.445, ac. de 24.04.1975, Rel. Des. Dias Filho, in *RT* 495/100; TJPR, Ag. no 12.828, Rel. Des. Altair Patitucci, ac. de 07.10.1996, in *JUIS – Saraiva* no 14.
- 21 “O administrador provisório é o cônjuge sobrevivente ou herdeiro que se encontra na posse dos bens” (TJSP, Ap. no 86.125-2, ac. de 06.03.1985, in *RT* 596/87). Nesse sentido: STJ, REsp. 4.386/MA, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. de 09.10.1990, in *RSTJ* 20/333; *RT* 670/176; STJ, 3a T., REsp 777.566/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 27.4.2010, *DJe* 13.05.2010.
- 22 Para o TJSP, nada há que o impeça de representar o espólio em juízo, até a nomeação do inventariante (Ap. no 86.125-2, *op. cit.*, *loc. cit.*). Para Ernane Fidelis dos Santos a representação é ampla e não sofre sequer as limitações do chamado inventariante dativo (*Comentários ao Cód. Proc. Civil*, 2a ed., Rio, Forense, 1986, vol. VI, no 277, p. 299).
- 23 OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*, 4. ed., S. Paulo, Max Limonad, 1952, vol. III, no 794, p. 793; BARROS, Hamilton de Moraes e. *Op. cit.*, no 121, p. 212; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, Forense, 1977, t. XIV, p. 61; TJMG, AI 15.463, ac. de 05.11.1979, Rel. Des. Hélio Costa, in *Jur. Mineira* 76/30; TJRJ, ac. da 8a Câ., Rel. Des. Carpena Amorim, in *ADV* de 1992, no 57.418. “A ordem legal para a nomeação do inventariante somente pode ser desobedecida quando o herdeiro não esteja em condições de desempenhar o encargo” (TJRS, 7a Câ. Cível, AgI 70003943495, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, ac. 3.4.2002).
- 24 Hamilton de Moraes e Barros, *op. cit.*, no 121, p. 213; STF, RE no 88.001-RJ, ac. de 04.03.1980, Rel. Min. Cunha Peixoto, in *RTJ* 101/667; STJ, REsp. 88.296/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. de 03.11.1998, in *DJU* de 08.02.1999, p. 275; TJRJ, AI 728/94, Rel. Des. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. de 29.06.1994, in *RF* 331/255; TJSP, Ag. no 144.817-1, Rel. Des. Marcus Andrade, ac. de 25.04.1991, in *RJTJSP* 134/309; STJ, 3a T., REsp. no 88.296/P, Rel. Min. Nilson Naves, ac. de 03.11.1998, *DJU* de 08.02.1999, p. 275; STJ, 4a T., REsp. no 283.994/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. de 06.03.2001, *DJU* de 07.05.2001, p. 150. Entre os casos que justificam o afastamento da ordem legal (art. 990), a jurisprudência prevê o da “patente litigiosidade entre as partes”, com a consequente função de “evitar tumultos processuais desnecessários” (STJ, 4a T., REsp no 388.859/DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 06.03.2001, *DJU* de 07.05.2001; STJ, 3a T., REsp no 1.055.633/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 21.10.2008, *DJe* de 16.06.2009).
- 25 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, vol. XIV, pp. 62-63.
- 26 TJMG, Ap. no 72.947, ac. de 30.04.1987, Rel. Des. Vaz de Mello, in *DJMG* de 06.10.87; TJSP, Ap. no 243.618-1, Rel. Des. Toledo César, ac. de 30.01.1996, in *JTJSP* 180/55; TAMG, 5a Câ. Cível, Ap. 320.002-6, Rel. Juiz Brandão Teixeira, ac. 22.02.2001.
- 27 TJMG, Ap. no 50.660, ac. de 05.04.1979, Rel. Des. Monteiro Ferraz, in *Jur. Mineira* 74/164.
- 28 “Se a inventariante do espólio é dativa, mas tem o pátrio poder sobre os herdeiros menores, a falta de procuração outorgada em nome destes (por ela própria) não compromete a regularidade do processo, ainda mais se o acórdão lhes reconheceu o direito pleiteado.” (STJ, 3a T., AgRg no Ag no 439.655/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 04.05.2006, *DJU* de 12.06.2006, p. 472).
- 29 TJMG, Ap. no 47.668, ac. de 05.12.1978, Rel. Des. Lamartine Campos, in *Jur. Mineira* 73/73;

- TAMG, Ap. no 7.624, ac. de 08.10.1976, Rel. Walter Machado, in *Jur. Mineira* 71/185.
- 30 TJSP, AI 247.961, ac. de 09.12.1975, Rel. Des. Geraldo Roberto, in *RT* 500/84; TJSP, Ag. no 268.988-1/7, Rel. Des. Guimarães e Souza, ac. de 05.12.1995, in *RT* 724/322.
- 31 TAMG, Ap. no 10.192, Rel. Ottogamiz de Oliveira, in *DJMG* de 19.09.1977; TJSP, Ap. no 254.802, ac. de 17.09.1976, Rel. Des. Dantas de Freitas, in *RT* 499/121; Ap. no 241.559, ac. de 23.12.1975, Rel. Des. Dias Filho, in *RT* 515/119; TJSP, Ap. no 259.080-2, Rel. Des. Albano Nogueira, ac. de 18.09.1995, in *JUIS – Saraiva* no 14.
- 32 TJMG, Ap. no 69.961, ac. de 17.04.1986, Rel. Des. Rubem Miranda, in *DJMG* de 23.08.1986; TJRS, Ap. no 593015159, Rel. Des. Freitas Filho, ac. de 01.12.1993, in *RJTJRS* 163/300; TJSP, Ag. no 234.017-1, Rel. Des. Olavo Silveira, ac. de 29.09.1994, in *JTJSP* 166/189. “A circunstância de poder o juiz determinar, a qualquer tempo, preste contas o inventariante, em via administrativa, não exclui a possibilidade de a isso ser compelido jurisdicionalmente, a pedido de quem tenha seus bens por ele geridos” (STJ, 3a T., REsp no 80.478, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 16.04.1996, *DJU* de 13.05.1996. No mesmo sentido: STJ, 4a T., REsp no 323.370/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 14.12.2004, *DJU* de 14.03.2005, p. 340).
- 33 TJMG, AI 16.974, ac. de 13.09.83, Rel. Des. Paulo Tinoco, in *DJMG* de 15.12.1983; TJSP, AI 132.705-1, Rel. Des. César Peluso, ac. de 07.08.1990, in *RT* 662/84; *RF* 314/96; TJMS, Ap. no 46.991-9, Rel. Des. Rêmo Letteriello, ac. de 14.06.1994, in *RJTJMS* 97/48.
- 34 STF, RE 99.567, ac. de 14.06.1983, Rel. Min. Aldir Passarinho, in *RTJ* 109/751; TJSP, Ap. no 227.213-1, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, ac. de 31.05.1995, in *JTJSP* 176/86; TJPR, Ag. no 27.983-8, Rel. Des. Sydney Zappa, ac. de 15.09.93, in *Paraná Judiciário* 43/31; STJ, 3a T., REsp no 163.741/BA, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 29.06.1999, *DJU* de 10.04.2000, p. 83; STJ, 4a T., REsp no 1.114.096/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 18.06.2009, *DJe* de 29.06.2009.
- 35 TJMG, AI, 14.255, ac. de 10.08.1976, Rel. Des. Ferreira de Oliveira, in *Rev. Forense* 260/259; TJPR, Ag. no 30.456-1, Rel. Des. Silva Wolff, ac. de 19.04.1994, in *Paraná Judiciário* 45/30; STJ, 3a T., REsp no 163.741/BA, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 29.06.1999, *DJU* de 10.04.2000, p. 83.
- 36 TJSP, AI 44.677-1, ac. de 01.03.1984, Rel. Des. Camargo Sampaio, in *RT* 587/76; TJRJ, Ag. no 331/91, Rel. Des. Humberto Manes, in *ADV* de 1992, no 57.705.
- 37 TJRS, AI 35.257, ac. de 10.06.1980, Rel. Túlio M. Martins, in *RJTJRS* 82/247; TJDF, AI 72.800, Rel. Des. Carlos Augusto Pingret, ac. de 15.08.1994, in *DJ* de 11.10.94, p. 12.492; STJ, 4a T., AgRg no Ag no 42.157/MG, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 18.10.1993, *DJU* de 29.11.1993, p. 25.894; STJ, 4a T., REsp no 1.114.096/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 18.06.2009, *DJe* de 29.06.2009.
- 38 TJSP, Ap. no 31.176-1, ac. de 07.06.1983, Rel. Des. Jurandyr Nilsson, in *RT* 587/106; TJMG, Ap. no 72.335, ac. de 26.03.1987, Rel. Des. Lauro Pacheco, in *DJMG* de 26.09.1987; TJMG, Ag. no 21.707-3, Rel. Des. Hugo Begtsson, *DJMG* de 21.03.1991, in *ADV* de 1991, no 53.861; TJPR, 4a Câm. Cível, AI no 17.344 (Processo: 87680-0), Rel. Des. Otávio Valeixo, ac. 09.08.2000, *DJPR* de 28.08.2000.
- 39 STF, RE 88.166-RJ, ac. de 15.04.1980, Rel. Min. Rafael Mayer, in *RTJ* 94/734; TJSP, AI 16.963-4, Rel. Des. Alfredo Migliore, ac. de 17.10.1996, in *LEX-JTJ* no 192, p. 205; STJ, 4a T., REsp no 37.740/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 10.05.1994, *DJU* de 30.05.1994, p.

- 12.486; STJ, 4a T., REsp no 1.114.096, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 18.06.2009, *DJe* de 29.06.2009.
- 40 TJMG, AI 18.822, ac. de 27.02.1986, Rel. Des. Capanema de Almeida, in *Jur. Mineira* 93/70; TJDF, 2a Câm. Civ., AI no 2002.00.20.04575-7, Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, ac. 02.12.2002, *DJDF* 30.04.2003, p. 27.
- 41 TJSP, Ap. no 41.755-1, ac. de 20.03.1984, Rel. Des. Evaristo dos Santos, in *RT* 587/73; TJMG, AI 18.822, ac. de 27.02.1986, Rel. Des. Capanema de Almeida, in *Jur. Mineira* 93/70; STJ, 4a T., REsp no 337.374/BA, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 07.02.2002, *DJU* de 27.05.2002, p. 177. O acórdão, no entanto, admitiu a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, para conhecer de apelação interposta no lugar do agravo.
- 42 TJRS, AI 35.520, ac. de 11.06.1980, Rel. Des. Teixeira de Souza, in *TJRS* 81/264; STF, RE 88.166-RJ, ac. de 15.04.1980, Rel. Min. Rafael Mayer, in *RTJ* 94/738; STJ, REsp. no 6.645-0, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, ac. de 23.02.1994, *RSTJ* 59/176; STJ, REsp. no 37.740-4/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. de 10.05.1994, *RT* 709/206; STJ, 3a T., REsp. no 76.573/PR, Rel. Min. Costa Leite, ac. de 12.12.1995, *RSTJ* 83/193; STJ, 3a T., REsp no 69.830/PR, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 08.04.1997, *DJU* de 19.05.1997, p. 20.630; STJ, 4a T., REsp. no 337.374/BA, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 07.02.2002, *DJU* de 27.05.2002, p. 177. O STJ, nos acórdãos citados, não considera erro grosseiro a interposição da apelação em lugar do agravo. Existem, porém, julgados que admitem a apelação (*RT* 479/95, 493/82, 604/47). Nesse sentido: STJ, 4a T., REsp no 714.035/RS, Rel. Min. Jorge Scartezini, ac. 16.06.2005, *DJU* de 1o.07.2005, p. 558.
- 43 Deve-se facultar aos interessados a indicação de assistentes técnicos para acompanhar a apuração de haveres ou o balanço do estabelecimento individual (TJRJ, AI 1.088, ac. de 27.04.1978, Rel. Des. Vivaldo Couto, in *RT* 523/204); TJMG, Ag. no 21.885/2, Rel. Des. Leonídio Mathias Doehler, ac. de 27.08.1991, in *Jurispr. Min.* 115/109.
- 44 STF, AI 78.478, ac. de 30.05.1980, Rel. Min. Décio Miranda, in *Jurisicível* 91/36; TJSP, Ap. no 260.684, ac. de 15.09.1977, Rel. Des. Gentil Leite, in *Rev. Forense* 265/231; TJRJ, Ap. no 4.098, ac. de 27.05.1977, Rel. Des. Basileu Ribeiro Filho, in *Rev. Forense* 269/254; TJRJ, Ag. no 217/93, Rel. Des. Perlingeiro Lovisi, in *ADV* de 11.02.1996, no 72.631; TAMG, Ap. no 215.707-1, Rel. Juiz Wander Marotta, ac. de 25.05.1996, in Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado*, São Paulo, RT, 1998, 7a ed., vol. IV, p. 3.812.
- 45 TJRJ, AI no 2.605, ac. de 11.09.1980, Rel. Des. Décio Cretton, in *RT* 552/172.
- 46 A circunstância de ter o herdeiro cedido seus direitos negocialmente não exclui sua legitimidade processual, pelo que sua citação é sempre necessária (TJSP, Ap. no 258.726, ac. de 14.06.1977, Rel. Des. Tomaz Rodrigues, in *RT* 507/88).
- 47 TJSP, AI 269.273, ac. de 16.03.1978, Rel. Des. Cesar de Moraes, in *Rev. Forense* 266/193; TJRJ, AI 3.367, ac. de 16.09.1980, Rel. Des. Graccho Aurélio, in *RT* 547/183; TJSP, Ap. no 262.135, ac. de 03.11.1977, Rel. Des. Viseu Júnior, in *RT* 521/99; TJSP, Ag. no 250.372-1/0, Rel. Des. Antônio Mansur, ac. de 11.04.1995, in *ADCOAS* de 10.07.1995, no 147.755.
- 48 STF, RE 90.831, ac. de 26.02.1980, Rel. Min. Thompson Flores, in *Jurisicível* 88/195; TJRJ, Ap. no 1.206/86, ac. de 23.06.1987, Rel. Des. Antônio Assumpção, in *COAD*/1987, no 35.986/749; TJSP, AI 261.676, ac. de 21.07.1977, Rel. Des. Costa Leite, in *RT* 507/112.
- 49 TJSP, 2a C. D. Priv., Ag. no 10.555-4, Rel. Des. Roberto Bedran, ac. de 06.08.1996, *JTI*

- 183/179; TJSP, 2a C. D. Priv., Ag. no 73.160-4, Rel. Des. Roberto Bedran, ac. de 07.04.1998, *JTJ* 207/192.
- 50 “Contra a decisão que julga impugnação oposta à habilitação de herdeiro, cabível o agravo de instrumento” (STJ, 3a T., REsp. no 63.247/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 08.06.2000, *DJU* de 28.08.2000, p. 71). O mesmo acontece com o indeferimento da habilitação de companheira do *de cujus* (STJ, 4a T., REsp. no 164.170/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 28.04.1998, *RSTJ* 132/425) ou com o deferimento da habilitação de herdeiros (STJ, REsp. no 164.170 cit., *RT* 778/223). Assim se procede, também, em relação à decisão sobre a disputa para ocupar a inventariança (STJ, 3a T., REsp no 141.548/RJ, Rel. Min. Pádua Ribeiro, ac. 19.05.2005, *DJU* de 13.06.2005, p. 286).
- 51 Há controvérsia sobre a admissibilidade da reserva de quinhão para o filho ilegítimo ainda não reconhecido. O TJRS tem admitido essa medida preventiva com amplitude (AI 28.113, ac. de 20.07.1977, Rel. Des. Hermann Roenick; AI 28.868, ac. de 01.11.1977, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro; AI 30.615, ac. de 21.09.1972, Rel. Des. Bonorino Buttelli, in *RJTJRS* 67/193; 70/184; 73/427). Também o STJ já admitiu tal reserva (STJ, REsp. 57.156-1/MS, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. de 12.06.1995, in *RT* 722/311). Nega a possibilidade da medida antes do reconhecimento da paternidade a Jurisprudência do TJMG (AI 19.369, ac. de 12.04.1988, Rel. Des. Fernandes Filho, in *DJMG* de 14.10.1988, com a invocação de oito precedentes do mesmo tribunal). No entanto, prevaleceu a admissibilidade no Ag. no 22.934-3, Rel. Des. Murillo Pereira, ac. de 13.08.1992, in *Jurisp. Min.* 121/112. No TJSP também tem prevalecido o entendimento restritivo (AI 110.286, ac. de 25.08.1961, Rel. Des. Nogueira Garcez, in *Rev. Forense* 203/163; AI 59.326-1, ac. de 02.04.1985, Rel. Des. Márcio Bonilha, in *RT* 598/82; Ap. no 63.203-1, ac. de 19.09.1985, Rel. Des. Olavo Silveira, in *RT* 603/761). Isto, porém, não quer dizer que a corrente dominante negue totalmente a medida cautelar ao filho ilegítimo não reconhecido. O que se lhe recusa é a concepção pura e simples da reserva de quinhão, nos termos do art. 1.001 do CPC. Para obtê-la terá de demonstrar, em ação cautelar própria, a confirmação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Uma coisa, por outro lado, deve ser ressaltada: mesmo os que admitem a aplicação do art. 1.001 ao filho ilegítimo antes do julgamento da investigatória, o fazem com a ressalva de que a separação de bens não pode implicar impedimento a que os demais herdeiros concluam a partilha entre si do acervo restante (Moura Bittencourt, *Concubinato*, 2a ed., S. Paulo, LEUD, 1980, p. 195). Nesse sentido: STJ, 3a T., REsp no 57.156-1, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 12.06.1995, *RT* 722/311; STJ, 3a T., REsp no 628.724/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, ac. 03.05.2005, *DJU* de 30.05.2005, p. 370.
- 52 “Em dadas circunstâncias pode ser deferido pedido de reserva de bens feito por concubina do *de cujus* em processo de inventário” (TJSP, Ap. no 1.940-1, Rel. Des. Nereu César de Moraes, ac. de 25.03.1980, in *Rev. Forense* 281/243). Nesse sentido: TJSP, Ag. no 179.405-1/4, Rel. Des. César Peluso, ac. de 25.08.1992, in *RT* 697/77; TJRS, Ag. no 594078248, ac. de 11.08.1994, in *RJTJRS* 167/263. Em sentido contrário: TJSP, AI 7.074-1, Rel. Des. Evaristo dos Santos, ac. de 07.10.1980 in *RJTJESP* 68/267; TJSP, Ag. no 168.439-1, Rel. Des. Euclides de Oliveira, ac. de 17.03.1992, in *RJTJSP* 137/348; TJSP, Ag. no 13.001-4, Rel. Des. Roque Mesquita, ac. de 28.05.1996, in *JTJSP* 180/186.
- 53 STF, RE 82.457, ac. de 21.09.1976, Rel. Min. Cordeiro Guerra, in *RTJ* 79/608; TJMG, Ag. no

- 22.144-1, Rel. Des. Freitas Barbosa, ac. de 03.09.1991, in *Jurisp. Min.* 115/117. Contra: STJ, REsp. 14.880-0/MG, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. de 01.06.1995, in *DJU* de 19.06.1995, p. 18.636.
- 54 STF, RE 101.622, ac. de 03.04.1984, Rel. Min. Soares Muñoz, in *RTJ* 110/416. “Incorrendo as hipóteses previstas no CPC, art. 1.010, a avaliação dos bens imóveis de espólio não será repetida” (STJ, 4a T., RMS no 830/ES, Rel. Min. Bueno de Souza, ac. 23.10.1991, *RSTJ* 27/218).
- 55 A Constituição de 1988 permite que o imposto de transmissão *causa mortis* incida sobre “quaisquer bens ou direito” (art. 155, no I, *a*). Logo, doravante os Estados poderão ampliar a área de incidência do tributo fazendo com que, através de lei local, não apenas os imóveis da herança sejam tributados, mas todo e qualquer bem que integre o acervo deixado pelo *de cuius*.
- 56 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Op. cit.*, no 151, p. 280; TJMG, AI 17.652, ac. de 21.03.1985, Rel. Des. Capanema de Almeida, in *RT* 602/206; TJSP, AI 269.276, ac. de 05.10.1978, Rel. Des. Afonso André, in *RT* 524/95.
- 57 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Op. cit.*, no 151, p. 282; STF, RE 94.537, ac. de 28.08.1981, Rel. Min. Cordeiro Guerra, in *Juriscível* 106/221; RE 86.947, ac. de 25.04.1978, Rel. Min. Djaci Falcão, in *RTJ* 87/295; TJRJ, AI 252, ac. de 06.04.1976, Rel. Des. Romeu Rodrigues Silva, in *ADCOAS-BJA*/78, no 58.531, p. 502; TJMG, Ap. no 46.994, ac. de 13.04.1978, Rel. Des. Mello Júnior, in *Jur. Mineira* 71/68; Ap. no 69.525, ac. de 17.12.1985, Rel. Des. Lincoln Rocha, in *DJMG* de 11.11.1986; Ap. no 72.949, ac. de 03.09.1987, Rel. Des. Ayrton Maia, in *DJMG* de 24.11.1987; STJ, REsp. 34.895-3/PE, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, ac. de 21.03.1996, in *DJU* de 08.04.1996, p. 10.463.
- 58 “A dispensa de colação de bem doado é eficaz e oponível a terceiros, na medida em que a doação saia da cota disponível do doador” (TJMG, EI na Ap. no 62.018, ac. de 26.03.1985, Rel. Des. Werneck Cortes, in *Jur. Mineira* 91/88; TJSP, Ap. no 266.472, ac. de 21.02.1978, Rel. Des. Vieira de Moraes, in *RT* 512/116); STJ, REsp. 17.555/MG, Rel. Min. Dias Trindade, ac. de 09.03.1992, *DJ* de 06.04.1992, in *Lex-JSTJ/TRFs* 35/224; STJ, 3a T., REsp no 730.483/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 03.05.2005, *DJU* de 20.06.2005, p. 287.
- 59 MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*, cit., no 135, p. 140.
- 60 Embora prevalecendo o valor constante da doação, haverá necessidade de atualizá-lo monetariamente para homogeneização temporal de todos os valores da partilha. A atualização deverá ser feita por índices de correção monetária até a data da abertura da sucessão. (Cf. Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil. Direito das sucessões*. 8a ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 367; Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite *et al.* *Manual de direito das famílias e sucessões*. Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 786).
- 61 Na colação, mesmo quando realizada na vigência do Código Civil de 2002, os bens, “para efeito de acerto das legítimas, devem ser avaliados com base no valor que possuírem à época da abertura da sucessão, conforme o disposto no art. 1.014, parágrafo único, do CPC, dispositivo esse que corresponde à norma vigente à época da abertura das sucessões examinadas nos presentes autos” (STJ, 3a T., REsp. 595.742/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 06.11.2003, *DJU* 01.12.2003, p. 356). No mesmo sentido: TJSP, 9a Câm. Dir. Privado, AI 575.548-4/4-00, Rel. Des. Grava Brasil, j. 08.07.2008, publ. 28.07.2008.

- 62 OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*, cit., vol. III, no 844, p. 838.
- 63 “A sonegação de bem pelo inventariante não se concretiza pela simples omissão no declarar sua existência. A sonegação é a ocultação maliciosa” (TJSP, Ap. no 285.094, ac. de 21.08.1979, Rel. Des. Aniceto Aliende, in *RT* 533/79. No mesmo sentido: STJ, REsp. 163.195/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 12.05.1998, in *DJU* de 29.06.1998, p. 217). “Não havendo malícia, não há sonegação” (Silvio Rodrigues, *Parecer in Rev. Forense* 263/105). A sonegação não é causa de nulidade da partilha. Basta que se faça a sobrepartilha (STJ, 3a T., REsp no 770.709/SC, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 10.06.2008, *DJU* de 20.06.2008).
- 64 TJSP, Ap. no 37.868-1, ac. de 10.11.1983, Rel. Des. Freitas Carmargo, in *RT* 582/51.
- 65 TJMG, Ap. no 51.460, ac. de 21.08.1979, Rel. Des. Edésio Fernandes, in *DJMG* de 04.10.1979; STJ, 4a T., REsp no 921.603/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 15.10.2009, *DJe* de 26.10.2009.
- 66 “Não há dúvida alguma de que a hasta pública deve realizar-se antes da partilha” (OLIVEIRA, Wilson de. *Inventários e Partilhas*, São Paulo, Saraiva, 1975, no 6.14, p. 96).
- 67 STJ, 3a T., REsp. 703.884/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 23.10.2007, *DJU* 08.11.2007.
- 68 TJMG, AI 14.455, ac. de 15.03.1977, Rel. Des. Ribeiro do Valle, in *Jur. Mineira* 68/82; TJSP, AI 252.809, ac. de 29.06.1986, Rel. Des. Almeida Bicudo, in *RT* 506/123; TJSP, AI 49.065-1, ac. de 25.10.1984, Rel. Des. Jorge Tannus, in *RJTJSP* 92/277; TJMG, 6a Câ. Cív., AI no 380.029-5, Rel. Des. Belizário de Lacerda, ac. 10.10.2002, *DJMG* de 22.10.2002. Hamilton de Moraes e Barros, *op. cit.*, no 161, ps. 310-311; Pontes de Miranda, *Coments. ao CPC*, cit., vol. XIV, p. 201. Quando, porém, o juiz decide questões de direito junto com a deliberação de formação dos quinhões, o ato deixa de ser simples despacho ordinário para adquirir a natureza de decisão interlocutória. Então cabível será o agravo. Nesse sentido: STJ, REsp. 40.691-9/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 29.03.1994, in *DJU* de 13.06.1994, p. 15.111; TJMG, 5a Câ. Cív., Ap. no 1.0000.00.319191-3/000, Rel. Des. Dorival Pereira, ac. 22.05.2003, *DJMG* de 24.06.2003.
- 69 TJMG, Ap. no 12.633, Rel. Des. Ferreira de Oliveira, in *Minas Forense* 29/147. Por isso, “o princípio da igualdade da partilha conduz à avaliação contemporânea de todos os bens, especialmente em face da inflação existente no País” (STF, RE 100.332, ac. de 01.06.1984, Rel. Min. Oscar Corrêa, in *RTJ* 110/1.162). Se a avaliação for antiga e imprestável para a aferição da igualdade dos quinhões, todos os bens da herança deverão ser reavaliados para que a partilha se faça adequadamente (nesse sentido: STF, RE 101.622, ac. de 03.04.1984, Rel. Min. Soares Muñoz, in *RTJ* 110/416; STJ, REsp. 35.182-4/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 30.05.1995, in *DJU* de 23.10.1995, p. 35.661).
- 70 TJSP, AI 16.461, ac. de 15.09.1981, Rel. Des. Toledo Piza, in *RT* 556/88.
- 71 TJMG, Ap. no 30.779, ac. de 20.10.1969, Rel. Des. Hélio Costa, in *Jur. Mineira* 44/376; STF, RE 78.316-4, Rel. Min. Cunha Peixoto, in *Jur. Mineira* 71/262; TJMG, Ap. no 21.034, Rel. Des. Abreu e Silva, in *Jur. Mineira* 40/103.
- 72 TJSP, Ap. no 234.599, ac. de 03.07.1976, Rel. Des. Geraldo Roberto, in *RT* 488/70; Ap. no 270.886, ac. de 12.10.1979, Rel. Des. Afonso André, in *RT* 537/51.
- 73 CTN, art. 192. Também tratando-se de imóvel rural, obrigatória será a apresentação do Certificado de Cadastroamento do INCRA (Lei no 4.947/66, art. 22, § 2o; Dec.-Lei no

- 1.128.70, art. 2º, parágrafo único).
- 74 TJSP, Ap. no 257.633, ac. de 02.06.1977, Rel. Des. Souza Lima, in *RT* 505/71; TJMG, Ap. no 14.032/7, Rel. Des. Murilo Pereira, ac. de 19.08.1993, in *Jurispr. Min.* 124/231; TAMG, 5a Câm. Civ., Ap. no 320.002-6, Rel. Juiz Brandão Teixeira, ac. 22.02.2001.
- 75 TJSP, AI 257.802, ac. de 08.02.1977, Rel. Des. Penido Burnier, in *RT* 505/92; TJSP, AI 237.914-1/9, Rel. Des. Roberto Bedran, ac. de 01.11.1994, in *RT* 712/154; TJSP, Ap. no 206.067-1/0, Rel. Des. Campos Mello, ac. de 18.05.1994, in *RT* 713/101. Mesmo após a sentença de partilha, perdura a inventariança, havendo bens a sobrepartilhar (STJ, 3a T., REsp no 284.669/SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, ac. 10.04.2001, *DJU* de 13.08.2001, p. 152; STJ, 4a T., REsp no 977.365/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 26.02.2008, *DJe* de 10.03.2008).
- 76 Sobre a execução do formal de partilha, consulte nosso *Curso de Direito Processual Civil*, 4a ed., Rio, Forense, 1988, vol. II, no 705, pp. 793-794.
- 77 “A emenda da partilha, decorrente de engano na descrição de imóvel, tem lugar haja ou não o trânsito em julgado da sentença que a julgou, e se realiza nos próprios autos do inventário” (TJSP, AI 20.872, ac. de 25.02.1982, Rel. Des. Felizardo Calil, in *RT* 568/73); TJDF, Ap. no 99.543, Rel. Des. José de Campos Amaral, ac. de 13.10.1997, in *DJ* de 19.11.1997, p. 28.371; STJ, 4a T., REsp no 35.873-6/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 28.03.1995, *DJU* de 29.05.1995, p. 15.518. Contudo, a correção da partilha, nos moldes do art. 1.058 do CPC, pressupõe a concordância de todos os interessados (STJ, 4a T., REsp no 109.188/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 21.03.2002, *DJU* de 26.08.2008, p. 221).
- 78 “O art. 1.028 do CPC faculta a correção da partilha mesmo após transitada em julgado a decisão que a homologou, nada impedindo ao juiz de, em face de novos elementos, proceder à sua modificação, para excluir ou incluir herdeiros, aditar ou retirar outros bens, mormente não ocorrendo, como na hipótese, o trânsito em julgado” (TJSP, Ap. no 49.365-1, ac. de 04.09.1984, Rel. Des. Toledo César, in *RT* 592/65). Nesse sentido: STJ, REsp. 35.873-6/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 28.03.1995, in *DJU* de 29.05.1995, p. 15.518.
- 79 TJMG, Ap. no 66.443, ac. de 13.06.1985, Rel. Des. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in *RT* 600/194.
- 80 *Sucessões*, Rio, Forense, 1970, no 247, p. 323.
- 81 *Tratado de Direito Privado*, 2. ed., Rio, Borsoi, 1969, t. 60, § 5.988, p. 223.
- 82 *Direito das Sucessões*, 4. ed., Rio, F. Bastos, 1958, v. III, no 1.465, p. 301.
- 83 *Op. cit.*, no 1.466, p. 301.
- 84 *Op. cit.*, no 1.463, pp. 298-299.
- 85 *Op. cit.*, no 247, p. 322.
- 86 *Instituições de Direito Civil*, 3. ed., Rio, Forense, 1980, vol. VI, no 487, p. 286.
- 87 ENNECCERUS-KIPP-WOFF, *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1951, t. V, vol. II, § 84, p. 22.
- 88 MAZEAUD et MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, B. Aires, EJE, 1965, Parte IV, vol. IV, no 1.624, pp. 25-26.
- 89 *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Habana, Cultural, 1952, vol. IV, no 487, p. 552.
- 90 RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, S. Paulo, Saraiva, 1958, vol. III, § 134, p. 561.
- 91 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit., loc. cit.*

- 92 TJMG, Ag. no 18.100, da Comarca de Poços de Caldas.
- 93 GOMES, Orlando. *Sucessões.*, Rio, Forense, 1970, no 256, p. 332.
- 94 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, no 256, p. 333.
- 95 PONTES DE MIRANDA, *Tratado da Ação Rescisória*, cit., § 29, p. 346.
- 96 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao CPC.*, Rio, Forense, 1978, no 343, p. 433. Os artigos 1.773 e 1.774 são do Código Civil de 1916 e correspondem, respectivamente, aos arts. 2.015 e 2.016 do Código Civil de 2002.
- 97 FORNACIARI JÚNIOR, Clito. “Partilha Judicial – Via adequada à desconstituição”, in *Rev. dos Tribunais*, vol. 551, p. 56.
- 98 AR no 722, Rel. Des. Oliveira Leite, in *DJMG* de 21.09.1983, em ac. confirmado pelo STF, no RE no 100.597-1, Rel. Min. Djaci Falcão, in *DJU* de 15.03.1985; STJ, REsp. 21.377/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 05.10.1993, in *DJ* de 22.11.1993, p. 24.958; STJ, REsp. 32.306/RS, Rel. Min. Costa Leite, ac. de 29.03.1994, in *RSTJ* 65/344.
- 99 RE no 85.538, voto do Min. Moreira Alves, em dec. unânime, in *RTJ* 80/674-675 e Ulderico Pires dos Santos, *Teoria e Prática da Ação Rescisória*, Rio, Forense, 1978, no 140, pp. 274-275.
- 100 SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários ao Código de Processo Civil*, série RT, São Paulo, 1977, vol. XI, tomo I, no 445, p. 394.
- 101 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 279.
- 102 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 291.
- 103 TJMG, Ap. no 29.406, ac. de 12.11.1968, Rel. Des. Edésio Fernandes, in *Jur. Mineira* 44/265.
- 104 Hamilton de Moraes e Barros, *Comentários do Cód. Proc. Civil*, 2. ed., Rio, Forense, 1980, vol. IX, no 172, p. 331.
- 105 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, no 343, p. 434.
- 106 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 267.
- 107 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 267.
- 108 STF, RE no 68.495, ac. de 27.04.1971, Rel. Min. Amaral Santos, in *RTJ* 58/587; RE 93.700, ac. de 01.10.1982, Rel. Min. Rafael Mayer, in *RTJ* 108/217; TJMG, Ap. no 38.122, ac. de 20.03.1973, Rel. Des. Ribeiro do Valle, in *DJMG* de 14.06.1973; Ap. no 33.669, ac. de 04.05.1971, Rel. Des. Ribeiro do Valle, in *Jur. Mineira* 48/168; TJRJ, Ap. no 9.047, ac. de 30.08.1979, Rel. Des. Basileu Ribeiro Filho, in *RT* 543/211; TJRS, Ap. no 500400791, ac. de 10.11.1983, Rel. Des. Galeno Lacerda, in *RT* 587/220; STJ, REsp. 11.668/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. de 18.02.1992, in *DJU* de 16.03.1992, p. 3.101.
- 109 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 2. ed., Rio, Forense, 1982, no 109, p. 548; BEVILÁQUA, Clóvis. *Cód. Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 12. ed., Rio, Francisco Alves, 1959, p. 333, nota ao art. 146.
- 110 TJRJ, Ap. no 9.047, ac. de 30.08.1979, Rel. Des. Basileu Ribeiro Filho, in *RT* 543/211; STJ, REsp. 45.693-2, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 28.11.1994, in *JSTJ/TRFs* 71/233.
- 111 RE 93.700, ac. de 01.10.1982, Rel. Min. Rafael Mayer, in *RTJ* 108/217; TJMG, Ap. no 1.421-7/82.232-3, Rel. Des. Ayrton Maia, ac. de 11.02.1993, in *Jurisp. Min.* 121/135.
- 112 STF, RE 97.589, ac. de 17.11.1982, Rel. Min. Moreira Alves, in *DJU* de 03.06.1983; no mesmo sentido: TJRJ, Ap. no 12.033, ac. de 24.06.1980, Rel. Des. Olavo Tostes Filho, in *RT* 550/186.

- 113 STJ, 4a T., REsp. no 16.137/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 21.02.1995, *RSTJ* 74/204; STJ, 4a T., REsp. no 74.478/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 23.09.1996, *RT* 738/250.
- 114 STF, 1a T., RE no 90.706-8/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, ac. de 12.08.1988, *RT* 681/250.
- 115 MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*, cit., no 147, p. 149.
- 116 FREIRE, Maria Berenice Dias. “Considerações sobre o arrolamento em face da Lei no 7.019, de 31.08.82”, in *Ajuris* 28/204.
- 117 TJPR, AI 172/83, ac. de 13.03.1984, Rel. Des. Zeferino Krukoski, in *RT* 587/167; STJ, REsp. 50.529-1/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. de 07.12.1994, in *JSTJ/TRFs* 71/265; STJ, REsp. 36.758-1/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. de 14.12.1994, in *RT* 718/266. Observa-se, porém, que a homologação da partilha somente acontecerá depois que ficar comprovado nos autos o pagamento dos tributos, pelas vias administrativas (STJ, 2a T., REsp no 434.483/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 03.08.2006, *DJU* de 18.08.2006, p. 362).
- 118 TJMG, AI 18.742, ac. de 16.09.1986, Rel. Des. Márcio Sollero, in *DJMG* de 19.03.87; TJPR, Ag. no 21.281-5, Rel. Des. Luiz Perrotti, ac. de 01.09.1992, in *Paraná Judiciário* 40/56; TJMG, Ap. no 81.644-1, Rel. Des. Lúcio Urbano, ac. de 15.05.1990, in *Jurispr. Min.* 110/187.
- 119 TJRJ, Ap. no 27.617, ac. de 22.11.1983, Rel. Des. Dorestes Baptista, in *Rev. Forense* 286/275; TJSP, AI no 57.434-1, ac. de 21.02.1985, Rel. Des. Gonçalves Santana, in *RJTJSP* 94/267; TJRS, Ag. no 592059463, Rel. Des. Alceu Binato de Moraes, ac. de 19.08.1992, in *Rev. Julg. TJRS* 157/237. “Ainda que o pagamento não esteja completo ou tenha o inventariante calculado mal o imposto, essas questões não podem ser tratadas e discutidas em arrolamento sumário” (STJ, 2a T., REsp no 927.530/SP, Rel. Min. Castro Meira, ac. 12.06.2007, *DJU* de 28.06.2007, p. 897).
- 120 STJ, 2a Seção, CC. 15.367/SC, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. de 14.11.1995, in *DJU* de 04.12.1995, p. 42.073.
- 121 STJ, *Súmula* no 161.
- 122 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários*, cit., no 180, p. 345; Couto e Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, S. Paulo, Ed. RT, 1977, vol. XI, t. I, no 469, p. 412; MARCATO, Antônio Carlos. *Op. cit.*, no 151.4, p. 152.
- 123 COUTO E SILVA. *Op. cit.*, loc. cit.
- 124 OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado do Direito das Sucessões*, cit., no 958, p. 909.
- 125 *Op. cit.*, no 181, pp. 349-350. “Na hipótese de existirem bens sujeitos à sobrepartilha por serem litigiosos ou por estarem situados em lugar remoto da sede do juízo onde se processa o inventário, o espólio permanece existindo, ainda que transitada em julgado a sentença que homologou a partilha dos demais bens do espólio” (STJ, 3a T., REsp. no 284.669/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 10.04.2001, *DJU* de 13.08.2001, p. 152).
- 126 STJ, 3a T., REsp. no 311.506/AL, Rel. Min. Menezes Direito, ac. de 18.06.2002, *DJU* de 09.09.2002, p. 224.
- 127 TJRJ, 3a CC, Ag. no 105, Rel. Des. Moacyr Rebello, ac. de 25.03.1976, *RP* 5/370.
- 128 “Os honorários advocatícios de profissional contratado pela inventariante, em nome do espólio e no interesse comum dos herdeiros, constituem encargos da herança, e devem ser deduzidos de seu monte, ainda que alguns herdeiros estejam representados por advogados

- diversos” (1^o TACiv.-SP, Ap. no 365.236, ac. de 19.12.1986, Rel. Juiz Oswaldo Caron, in *RTJE* 44/156); TJRS, Ap. no 595142183, Rel. Des. Einloft Pereira, ac. de 21.12.1995, in *RJTJRS*, vol. 175, t. II, p. 668. STJ, 3^a T., REsp no 210.036/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 19.02.2001 *DJU* de 09.04.2001, p. 353; *RSTJ* 138/369.
- 129 STF, RE 87.201, ac. de 03.12.1977, Rel. Min. Antônio Neder, in *RTJ* 85/302; RE 81.706, ac. de 11.05.1976, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, in *RTJ* 79/960; RE 94.716, ac. de 26.10.1982, Rel. Min. Rafael Mayer, in *RTJ* 103/1.214; TJRS, Ag. no 597070325, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres, ac. de 18.06.1997, in *RJTJRS* 183/235. STJ, 4^a T., REsp no 324.085/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 26.02.2002, *DJU* 15.04.2002, p. 225.
- 130 TJSP, Ap. no 241.944, ac. de 17.04.1975, Rel. Des. Carlos Antonini, in *RT* 515/116; Ap. no 58.346-1, ac. de 02.04.1985, Rel. Des. Toledo Cesar, in *RJTJSP* 95/148; TJSP, Ag. no 153.216-1, Rel. Des. Ernani de Paiva, ac. de 12.09.1991, in *RJTJSP* 137/315.
- 131 TJSP, Ap. no 34.576-1, ac. de 08.09.1983, Rel. Des. Ney Almada, in *RT* 581/63; TJSP, Ap. no 262.487-1, Rel. Des. Ruiter Oliva, ac. de 19.11.1996, in *JUIS – Saraiva* no 14. TJMG, 7^a Câm. Cív., Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, ac. 04.07.2006, *DJMG* 1^o 02.2007.
- 132 TJSP, Ap. no 241.701, ac. de 08.05.1975, Rel. Des. Alves Ferreira, in *RT* 510/125; TJRJ, Ag. no 1.669/92, Rel. Des. Sérgio Cavalieri, in *ADV* de 07.08.1994, no 66.300.
- 133 TJMG, AI 112, Rel. Des. Paula Mota, in *Rev. Forense* 85/712.
- 134 TJSP, AI 3.356-1, ac. de 17.06.1980, Rel. Des. Valentim Silva, in *RT* 544/103. No mesmo sentido: TJPR, Ap. no 758/77, in *RT* 523/234; TJMG, Ap. no 53.254, in *DJMG* de 13.02.1981; TJSP, AI 268.178-1, Rel. Des. Pinheiro Franco, ac. de 05.10.1995, in *JUIS – Saraiva* no 14. STJ, 3^a T., REsp no 257.303/MG, Rel. Min. Pádua Ribeiro, ac. 12.11.2001, *DJU* de 18.02.2002, p. 411.
- 135 TJMG, Ap. no 48.096, ac. de 09.05.1978, Rel. Des. Edésio Fernandes, in *DJMG* de 22.06.1978; TJDF, Ap. no 74.973, Rel. Des. Estevam Carlos Lima Maia, ac. de 13.02.1995, in *DJ* de 15.03.1995, p. 2.857. STF, 2^a T., RE no 81.413/MG, Rel. Min. Thompson Flores, ac. 19.08.1975, *RTJ* 77/915; *RF* 306/192.

§ 228. GENERALIDADES

Sumário: 1.428. Conceito. 1.429. Natureza jurídica. 1.430. Requisitos. 1.431. Ato judicial atacável. 1.432. Penhora de bem alienado em fraude contra credores. 1.433. Casos especiais. 1.434. Embargos a atos do juízo divisório. 1.435. Embargos do credor com garantia real. 1.435-a. Embargos e mandado de segurança.

1.428. Conceito

O processo consiste numa relação jurídica que liga entre si o autor, o réu e o Estado-juiz, de sorte que a sujeição aos efeitos dessa relação, evidentemente, não devem se fazer sentir além das pessoas que a compõem.

Nessa ordem de ideias, a sentença, que corresponde à prestação jurisdicional no processo de conhecimento, só faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros (art. 472). *Res inter alios iudicata tertio neque nocet neque prodest.*

Se isto é verdade quanto ao comando direto do julgado, o mesmo não se pode dizer das suas consequências indiretas ou reflexas, que frequentemente atingem relações outras da parte com terceiro, cuja eficácia prática estaria a depender justamente do direito discutido no processo.

Daí a permissão para que o terceiro, mesmo não tendo sua relação jurídica discutida no processo, nele possa intervir através de remédios como a *assistência* (art. 50) e o *recurso de terceiro interessado* (art. 499), com o fito de coadjuvar uma das partes a obter sentença favorável, e, com isso, indiretamente, buscar preservar seu interesse na conservação de situação jurídica necessária à boa execução de seu direito (não litigioso) contra a parte assistida.

Da mesma forma, no processo de execução, a atividade satisfativa do Estado posta à disposição do credor se desenvolve por meio de uma relação jurídica em cujo polo passivo figura o devedor. São, pois, os bens do devedor que haverão de ser atingidos pelas medidas constitutivas voltadas para a preparação e realização da prestação a que faz jus o credor. Só ele, em princípio, há de sujeitar-se através de seus bens, presentes e futuros, à atividade sancionatória desenvolvida na execução forçada.

Ultrapassando o limite da responsabilidade executiva do devedor (art. 591), e sendo atingidos bens de quem não é sujeito do processo, comete o poder jurisdicional *esbulho judicial*, que, evidentemente, não haverá de prevalecer em detrimento de quem se viu, ilegitimamente, prejudicado pela execução forçada movida contra outrem.

Daí a existência dos *embargos de terceiro*, remédio processual que a lei põe à disposição de quem, não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de

apreensão judicial, em casos como o de penhora, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha etc. (art. 1.046).

Enquanto, na intervenção assistencial, o terceiro se intromete em processo alheio para tutelar direito de outrem, na esperança de, *indiretamente*, obter uma sentença que seja útil a seu interesse dependente do sucesso da parte assistida, nos embargos, o que o terceiro divisa é uma oposição *direta* ao seu direito ou à sua posse, ilegitimamente atingidos num processo entre estranhos.

Na intervenção, portanto, o assistente apresenta-se como titular de um direito *dependente*, que, sem estar em jogo no processo, pode ser indiretamente prejudicado pela derrota da parte assistida. Nos embargos, a defesa é de um *direito autônomo* do terceiro, estranho à relação jurídica litigiosa das partes do processo primitivo e que, a nenhum título, poderia ser atingida ou prejudicada pela atividade jurisdicional.

Trata-se de remédio processual que o embargante utiliza para tutelar uma posição jurídica material autônoma, distinta e incompatível com aquela que envolve os primitivos litigantes.¹

Aproximam-se os embargos de terceiro da ação interventiva denominada “oposição” (art. 56). Distinguem-se dela, todavia, porque a oposição é típica ação interligada de conhecimento, voltada diretamente a discutir o direito ou a coisa disputada pelas partes da causa primitiva. O oponente ataca diretamente a pretensão daquelas partes e procura contrapor-lhe um outro direito capaz de excluir, em caráter prejudicial, tanto o do autor como o do réu. Já nos embargos de terceiro, o objetivo visado não é o direito das partes em litígio, mas o *ato estatal* do juiz que indevidamente constringiu ou ameaçou constringir bem de quem não era parte no processo. Não há ataque ao direito nem do autor nem do réu, que poderão continuar a ser atuados, normalmente, mesmo após o sucesso dos embargos de terceiro, o que não se passa quando é procedente a oposição, já que a sentença aniquila todas as pretensões deduzidas pelas partes do processo primitivo.

Deve, destarte, o embargo de terceiro ser conceituado como a “ação proposta por terceiro em defesa de seus bens contra execuções alheias”.²

1.429. Natureza jurídica

Como sempre ocorre com os procedimentos especiais, a ação de embargos de terceiro engloba elementos heterogêneos, apresentando-se como figura complexa, onde se mesclam traços de natureza jurídica múltipla.

Há, entre eles, uma natural carga declaratória, em torno da ilegitimidade do ato executivo impugnado. Há, também, um notável peso constitutivo, pois, reconhecido o direito do embargante, revogado terá de ser o ato judicial que atingiu ou ameaçou atingir seus bens. Há, enfim, uma carga de executividade igualmente intensa, porquanto a atividade jurisdicional não se limita a declarar e constituir. Vai além e, tão logo reconhecido o direito do embargante, atos materiais do juízo são postos em prática para liberar o bem constrito e pô-lo novamente sob a posse e disponibilidade efetivas do terceiro. A atividade material – característica dos procedimentos executivos *lato sensu*, como o da ação de despejo e dos interditos possessórios – está presente nos embargos de terceiro, já que, independentemente de uma posterior *actio iudicati*, medidas concretas de efetivação do comando jurisdicional em prol do embargante são

atuadas de imediato, até mesmo em caráter liminar (art. 1.051).

1.430. Requisitos

Os embargos de terceiro são manejáveis por senhor e possuidor e até mesmo apenas por possuidor (art. 1.046, § 1º).

Requisitos dessa medida, portanto, são o *direito* ou a *posse* do terceiro a justificar a exclusão dos bens da medida executiva que se processa entre estranhos ao embargante.³

Há quem veja nessa ação uma espécie de interdito possessório utilizável no âmbito das turbações ou esbulhos judiciais. Seu âmbito, porém, é maior do que o dos interditos. Não se limita à tutela puramente possessória. Na verdade, qualquer direito material incompatível com o ato executivo pode ser arguido e protegido através da ação especial do art. 1.046 do Código de Processo Civil.

Como ensina Pontes de Miranda, “os embargos de terceiro são a ação do terceiro que pretende ter *direito ao domínio* ou *outro direito*, inclusive a posse, sobre os bens penhorados ou por outro modo constritos”.⁴

Enquanto os interditos se restringem à questão possessória, sendo-lhes estranha a questão dominial, a sistemática dos embargos expressamente abrange o domínio ou qualquer outro direito, real ou pessoal, que assegure ao embargante a posse sobre o bem indevidamente atingido pela execução alheia.⁵

Segundo esse entendimento, a jurisprudência tem assentado que “são cabíveis embargos de terceiro em favor de quem, embora não tendo a posse, é titular inquestionável do domínio de bem que, por tal circunstância, não pode sofrer, no processo, apreensão judicial”.⁶ Principalmente quando o ato impugnado tende à alienação judicial, como é o caso da penhora, não teria sentido consentir na sua manutenção apenas pelo fato de o dono não contar com a posse atual sobre o bem constrito. É, sem dúvida, o seu domínio que estará sendo ameaçado com a perspectiva da expropriação judicial, e o remédio a seu alcance não pode ser outro senão os embargos de terceiro.⁷

Não cabe ao embargante, porém, imiscuir-se no processo alheio para discutir o direito das partes ou os atos ali praticados. A função dos embargos é tão somente a de demonstrar o direito do embargante e sua incompatibilidade com a medida judicial em curso no processo alheio. Assim, o terceiro, não sendo parte na execução, não pode, por exemplo, alegar nulidade desta nem irregularidade do título do exequente.⁸

Em suma, o sucesso dos embargos subordina-se aos seguintes requisitos:

- a) existência de medida executiva em processo alheio; e
- b) atingimento de bens de quem tenha direito ou posse incompatível com a medida.

Não basta, outrossim, ao embargante provar que não é parte no processo em que ocorreu a constrição judicial atacada, pois há na lei casos em que se dá a chamada *responsabilidade executiva* de terceiro. Cumpre-lhe, pois, comprovar que não é parte da execução nem seus bens se acham legalmente alcançáveis pela atividade executiva alheia, ou seja, que não se acha incluído nas situações previstas nos arts. 592 e 593. O que houver de restar positivado é a incompatibilidade do direito embargante com a execução pendente.

1.431. Ato judicial atacável

Destinam-se os embargos de terceiro a impedir ou fazer cessar a turbação ou esbulho na posse de seus bens por *ato de apreensão judicial* derivado de processo alheio, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário e partilha (art. 1.046).

Os próprios termos do enunciado legal deixam claro que a relação nele contida é de caráter meramente exemplificativo. Se o fim do instituto é preservar a incolumidade dos bens de terceiro em face do processo de que não participa, qualquer ato executivo realizado ou ameaçado, indevidamente, pode ser atacado por via dos embargos de terceiro.

O dano temido é o que provém da atividade executiva da jurisdição. Com os embargos impedem-se atos materiais do juízo na esfera do patrimônio de quem não deve suportar a eficácia do processo alheio. Não é função desse remédio permitir a intromissão do terceiro no processo de conhecimento para influir no julgamento da lide. Para tanto, o caminho disponível é o da “oposição”.

Mas atacar *ato executivo* pode ocorrer não apenas no processo de execução forçada, pois também no processo de conhecimento o juiz, eventualmente, pode determinar medidas constritivas ou que tendem imediatamente à constrição de bens. Não importa, destarte, o tipo de processo; o que é importante é definir a possibilidade de a medida ordenada pelo juiz influir sobre o patrimônio alheio, afetando o direito ou a posse sobre bens de estranho à relação processual.

O art. 1.048, ao cuidar do cabimento temporal dos embargos, menciona expressamente a possibilidade de seu manejo ainda no curso do processo de conhecimento.

A própria sentença, com que se encerra o processo de conhecimento, pode ela mesma ser um ato executivo, como nas ações constitutivas e nas executivas *lato sensu* (v.g., ações possessórias e de despejo).

Se o terceiro se sente ameaçado, em seus bens, pela sentença proferida contra outrem, não precisa aguardar o ato concreto de execução do julgado.

A ameaça, em si, já é a *turbação* de que fala o art. 1.046, pois leva o terceiro a se avizinhar, diante da sentença, da sua natural eficácia constritiva. No caso de sentença constitutiva, ela mesma produz de imediato o prejuízo ao direito do terceiro, representado pela invasão, indevida, de sua esfera jurídica.

Pela natureza dos embargos – remédio apenas de defesa do terceiro – é bom lembrar que por seu intermédio não se invalida ou se desconstitui a sentença dada em processo alheio. Apenas se impede que sua eficácia atinja o patrimônio de quem não foi parte na relação processual.

Nesse sentido é irrelevante a circunstância de haver ou não passado em julgado a sentença. A *res iudicata* é fenômeno que só diz respeito aos sujeitos do processo, pelo que não representa empecilho algum à defesa do terceiro contra os efeitos da sentença.⁹

Por fim, e desde que a enumeração do art. 1.046 é meramente exemplificativa, razão alguma ocorre para justificar certa postura restritiva que busca limitar aos atos de apreensão e depósitos judiciais (arresto, sequestro, penhora etc.) o cabimento dos embargos de terceiro, excluindo de seu alcance casos como o dos mandados possessórios e de despejo. Esse entendimento, francamente minoritário, agride a *mens legis*, que outra não é, segundo a tradição de nosso direito, que a de impedir qualquer turbação ou esbulho judicial contra domínio ou posse

de quem não figura como parte no processo.

A melhor doutrina e a jurisprudência dominante andam certas, portanto, quando admitem os embargos de terceiro, entre outros casos, para impedir o cumprimento de mandados possessórios e de despejo sempre que se demonstrar que estranhos ao processo estarão ameaçados pelo ato executivo.¹⁰

1.432. Penhora de bem alienado em fraude contra credores

Muito se discutiu sobre a possibilidade de manter a penhora sobre o bem fraudulentamente alienado pelo devedor insolvente, mediante comprovação da fraude contra credores no próprio bojo da ação de embargos de terceiro manejada pelo adquirente.

Depois de muita vacilação, finalmente pacificou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a fraude à execução, por ato *ineficaz* (art. 592, no V), pode ser incidentalmente alegada e reconhecida no bojo dos embargos de terceiro. Não, porém, a fraude contra credores, visto que, na sistemática do direito positivo brasileiro, cuida-se apenas de negócio jurídico *anulável* (Cód. Civ. de 1916, arts. 106, 107 e 147, no II; CC de 2002, arts. 158, 159 e 171, II).

Se a aquisição, na espécie, não é nem *nula* nem *ineficaz*, a propriedade do bem cabe, de fato e de direito, ao terceiro adquirente, enquanto não ocorrer a anulação do negócio fraudulento por meio da competente *ação pauliana* (Cód. Civ. de 1916, art. 109; CC de 2002, art. 161).

Ficando a responsabilidade executiva restrita aos bens do devedor (art. 591), não se sujeitam à penhora os bens anteriormente alienados, ainda que em fraude dos credores existentes. E se os bens, antes da ação pauliana, integram patrimônio diverso do sujeito à execução, irregular é a penhora feita antes da adequada revogação do ato de disposição. Ajuizados os embargos de terceiro, não seria possível ao credor invocar em singela contestação o que, pela lei, depende de anterior ação e sentença constitutiva. Daí que, inquestionavelmente, não cabe, sem quebra da sistemática do próprio tratamento legal da fraude, pretender solucionar semelhante conflito no campo acanhado dos embargos de terceiro.

Pode não ser esta a orientação mais simples e mais barata, mas é a que corresponde ao direito positivo brasileiro. De tal sorte correta é a orientação atual do Pretório Excelso: “A ação própria para anular o ato viciado por fraude contra credores é a pauliana, sendo incabível a pretensão em via de embargos de terceiro, conforme se firmou na mais recente jurisprudência do Plenário e das Turmas do STF.”¹¹ No STJ, a matéria já está até sumulada (*Súmula* 195).

1.433. Casos especiais

O art. 1.047 enumera, além dos exemplos do art. 1.046, mais dois casos especialmente destacados para solução dentro do procedimento dos embargos de terceiro, que são:

I – a defesa da posse turbada nas ações de divisão e demarcação; e

II – a defesa da garantia real ameaçada por execução de outro credor do devedor comum.

No primeiro inciso, o art. 1.047 cuida de tutela da posse propriamente dita e, no segundo, de direito real, onde nem sequer se pode divisar qualquer tipo de posse para o embargante sobre a garantia real como fundamento da pretensão de opor-se ao ato executivo.

1.434. Embargos a atos do juízo divisório

Pondo fim a uma antiga polêmica sobre serem ou não admissíveis os embargos de terceiro em face do juízo de divisão e demarcação, o Código de 1973, esponsando a teoria da melhor doutrina, dispôs, de forma expressa, que se prestam ditos embargos, além dos ataques aos atos executivos comuns, também “para defesa da posse, quando, nas ações de divisão ou de demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de rumos” (art. 1.047, no I).

Os atos materiais, que preparam ou realizam a divisão e a demarcação, embora não sejam atos propriamente de constrição judicial, são, sem dúvida, suficientes para molestar a posse de terceiro sobre o terreno, não só pela presença física dos agentes do juízo e sua atividade técnica no local, como também pela iminência de se transformarem em atos definitivos de adjudicação de domínio e posse em favor de comunheiros e confrontantes pela conclusão do procedimento.

É bom lembrar que o art. 1.047, I, do Código de Processo Civil, cuidou de definir, como causa suficiente para justificar os embargos de terceiro, a simples realização de atos materiais da divisão e demarcação em terras possuídas por estranhos ao processo. Mas não apenas tais atos materiais de operações técnicas autorizam a interposição dos questionados embargos, já que simples atos processuais como o arrolamento, inventário e partilha são suficientes, segundo o art. 1.046, para permitir os embargos de terceiro. Assim, basta existir um processo de divisão ou demarcação, envolvendo uma área de terceiro, para que se considere como ameaça à sua posse, ou ao seu domínio e posse, de forma a legitimar a reação do molestado, pela via dos embargos de terceiro.

No processo divisório, que é abrangente de atos executivos e de conhecimento, e que, depois da sentença, ainda admite execução forçada para entrega de coisa certa, os embargos podem ser admitidos desde o estágio de cognição até a consumação da execução forçada, pela efetiva imissão de posse em favor do quinhoeiro ou da parte que promoveu a demarcação.

O terceiro pode, desde logo, impedir o início dos trabalhos de campo, como pode, depois do julgado, impedir a execução de entrega de coisa certa, tudo isso por meio de oposição dos questionados embargos. Exaurido, porém, o procedimento, com a efetiva imissão de posse, só pelas vias ordinárias poderá o terceiro prejudicado agir contra a violação que lhe acarretou o juízo divisório.

Admitem-se os embargos do art. 1.047, no I, tanto sobre todo o imóvel dividendo ou demarcando como sobre uma porção certa e localizada dele.

Têm legitimidade para propô-los os confinantes, nas hipóteses dos arts. 948 e 974, bem como quaisquer outros estranhos que mantenham posse *ad interdicta* sobre o imóvel ou parte dele. Em se tratando de comunheiro do prédio dividendo, sua posse *pro diviso* não é suficiente para justificar os embargos de terceiro, visto que não impede a partilha nem é contrária à natureza da própria comunhão a dissolver. Será essa posse localizada simplesmente levada em conta entre os vários critérios de formação dos quinhões.

Não se consideram, outrossim, terceiro os sucessores, a título singular ou universal, dos comunheiros do imóvel submetido ao juízo divisório.

Sobre o tema dos embargos de terceiro em face das ações de divisão e demarcação, consulte-se, ainda, nosso *Terras Particulares – Demarcação, Divisão e Tapumes*, 2ª ed., São

1.435. Embargos do credor com garantia real

É velha e ainda não solucionada a polêmica sobre a penhorabilidade, ou não, do bem hipotecado ou gravado de outra garantia real, em ação do credor quirografário.

Procurando tomar posição diante do conflito, o Código de 1973 adotou as seguintes premissas:

a) não incluiu o bem hipotecado ou gravado com outras garantias reais entre os bens impenhoráveis (arts. 649 e 650);

b) previu a obrigação do credor de promover a intimação do credor hipotecário, pignoratício ou anticrético, sempre que o bem gravado fosse atingido pela penhora (art. 615, no II);

c) conferiu ao credor com garantia real embargos de terceiro para “obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese” (art. 1.047, no II); e

d) finalmente, limitou a defesa do exequente embargado, perante o credor com garantia real, às alegações de “insolvência” do devedor, “nulidade” ou “inoponibilidade a terceiro” do título do embargante e não alcance do gravame real sobre a coisa penhorada (art. 1.054).

Desse conjunto normativo fácil é concluir que o novo Código se filiou à corrente antiga que procura preservar da execução quirografária o objeto da garantia real dada a outro credor. Isto porque a experiência da vida nos ensina que nem todo momento é adequado para uma útil venda judicial, sendo mesmo frequentes os casos de arrematação ruinosa, a preços muito inferiores às cotações de mercado, simplesmente por influência das circunstâncias da execução forçada.

Procurou o legislador, por isso, preservar, quanto possível, o credor com garantia real das vicissitudes da execução alheia, conferindo-lhe remédio processual para obstar a venda judicial, quando não fosse ela do interesse do titular do direito real.

Não deixou, porém, a venda judicial ao puro alvedrio do credor hipotecário, pignoratício ou anticrético pois permitiu ao credor quirografário exequente impugnar os embargos dos primeiros mediante invocação do estado de insolvência do devedor comum (art. 1.054, no I).

Isto quer dizer que o credor hipotecário ou pignoratício, em princípio, pode impedir a execução alheia sobre sua garantia real. Mas não pode fazê-lo se o devedor estiver em dificuldades financeiras, de molde a evidenciar a inexistência de outros bens livres para responder pela obrigação quirografária.

Essa, a meu ver, é a única forma de conciliar sistematicamente os dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, os quais, ao mesmo tempo que não incluem os bens da garantia real entre os impenhoráveis, conferem também embargos de terceiro ao titular daquela garantia para obstar a arrematação dos mesmos bens quando penhorados por outrem. É que, provando-se a insolvência do devedor executado, rejeitados serão os embargos do credor com garantia real. Sendo, contudo, normal a situação do patrimônio do devedor, e podendo o credor quirografário contar com outros bens para realizar a execução forçada, serão preservados aqueles vinculados à garantia real.

A insolvência de que fala o art. 1.054, no I, não é necessariamente a proveniente da sentença de falência ou da sentença que abre a execução coletiva do devedor civil. Para repelir os embargos do credor hipotecário ou pignoratício, bastará ao embargado demonstrar a situação

patrimonial deficitária do executado, ou a inexistência de outros bens livres a penhorar. Aliás, pelo próprio Código, o simples fato de só possuir o devedor bens gravados já funciona como presunção legal de insolvência (art. 750, no I).

Em suma, “ainda que não esteja vencida a hipoteca, podem os credores quirografários penhorar o bem gravado, se *há insolvência* ou se *não há outros bens*”, como sempre ensinou a melhor doutrina.¹²

Nesse sentido foi a exegese a que chegou o STF quando assentou que, tendo sido o credor hipotecário regularmente intimado do praxeamento promovido pelo credor quirografário, “não poderá impedir que se faça a arrematação, salvo se tiver alegado nos embargos e comprovado que o devedor possui outros bens sobre os quais poderá incidir a penhora”.¹³ Vale dizer que o pressuposto da penhorabilidade, na espécie, é justamente não contar o credor quirografário com outros bens do devedor para excutir. Desde que se demonstre a existência desses bens livres, o credor hipotecário consegue êxito nos embargos destinados a liberar sua garantia real da execução alheia.

1.435-a. Embargos e mandado de segurança

A apreensão judicial de bem que não pertença às partes do processo, ou que afete a posse legítima de terceiro, é, em si, um ato de autoridade ilegítimo ou abusivo. A relação jurídica processual não autoriza o juiz, em princípio, ir além dos seus limites subjetivos e objetivos. Portanto, se alguém que não é parte do processo sofrer turbacão ou esbulho por decorrência de ato judicial, e se contar com prova documental para demonstrar, de plano, a ilicitude de que foi vítima, estará exatamente na hipótese em que a Constituição assegura a proteção por mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX). Com efeito, o que dispõe a Carta Magna, a propósito desse remédio processual enérgico, é que ele será concedido (i) para proteger direito líquido e certo, (ii) quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública.

Diante, portanto, de um quadro como o exposto, o terceiro esbulhado ou turbado judicialmente reunirá condições para se defender tanto pela via dos embargos de terceiros (CPC, art. 1.046) como do *mandado de segurança* (CF, art. 5º, LXIX). A hipótese é uma daquelas em que a ordem jurídica põe à disposição da parte *tutelas jurisdicionais diferenciadas* todas aptas a proporcionar-lhe o mesmo resultado jurídico. Ao interessado caberá optar por uma delas, segundo suas conveniências e as particulares do caso concreto. A lei processual ao instituir um procedimento, nem sempre o faz com o fito de transformá-lo na única via de acesso à justiça. Mais de um remédio processual pode estar ao alcance do titular do direito lesado ou ameaçado para buscar a tutela devida.

A jurisprudência, por isso mesmo, tem assentado que “é lícito ao terceiro prejudicado requerer mandado de segurança contra ato judicial, em lugar de interpor, conta ele, embargos de terceiro”¹⁴. Nessa mesma linha, é de jurisprudência sumulada que “a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso” (Súmula no 202 STJ). *Mutatis mutandis*, a situação é a mesma: o terceiro prejudicado pode impetrar mandado de segurança, sem ser obrigado a se valer dos embargos do art. 1.046 do CPC, desde, é claro, que reúna todos os requisitos previstos no art. 5º, LXIX, da Constituição. Além de tudo, é importante lembrar que o tempo útil para manejo dos embargos de terceiro é diminuto e pode exaurir-se

antes daquele previsto para a ação de segurança (CPC, art. 1.048: no processo de conhecimento, os embargos só podem ser opostos antes do trânsito em julgado da sentença, e, no processo de execução só até 5 dias depois da arrematação). O acesso à justiça para o terceiro, se ficasse sempre restrito aos embargos, restaria desnecessariamente prejudicado, quando estivessem presentes os requisitos constitucionais do mandado de segurança.

Mas, se o terceiro já opôs embargos, faltar-lhe-á interesse de agir para justificar a impetração de mandado de segurança contra o mesmo ato judicial¹⁵.

Ademais, é preciso estar atento a que o mandado de segurança é ação especialíssima, que não conta com dilação probatória ao longo de seu processamento. A prova das alegações do impetrante tem de ser pré-constituída, para conferir liquidez e certeza, ao direito para o qual se postula a tutela. Logo, se o interessado não conta com esse tipo de prova, somente pela via dos embargos de terceiro poderá atacar o ato judicial abusivo.

§ 229. PROCEDIMENTO

Sumário: 1.436. Legitimação ativa. 1.437. Legitimação passiva. 1.438. Oportunidade. 1.439. Competência. 1.440. Procedimento. 1.441. Sentença.

1.436. Legitimação ativa

Conforme o texto do art. 1.046, a legitimidade para propor embargos de terceiro cabe a quem não figura como parte no processo pendente e, não obstante, sofre esbulho ou turbação na posse de seus bens por ato de apreensão judicial.

A questão, porém, não se restringe à singela verificação de estar ou não o embargante figurando em um dos polos da relação processual preexistente, pois a própria Lei, nos §§ do art. 1.046, indica situações em que o embargante, mesmo figurando como parte no processo, pode manejar com êxito os embargos de terceiro. E, por outro lado, várias são as situações em que uma pessoa se sujeita a atos executivos sem ter sido parte no processo em que se emitiu a ordem de constrição judicial (sucessor, sócio solidário etc.).

Correta, portanto, a lição de Pontes de Miranda, para quem *aquele que não foi parte no processo*, a que alude o art. 1.046, deve ser entendido como “aquele que não participa da eficácia do ato judicial”.¹⁶ Em outras palavras, “é preciso, para embargar como terceiro, que não tenha ele participado do juízo, nem a respeito dele tenha força ou efeito o julgado”.¹⁷

“No fundo, os embargos de terceiro são ação para que o juiz respeite os princípios concernentes à eficácia das sentenças, notadamente aos seus limites.”¹⁸

Eis alguns exemplos de pessoas que conservam a legitimidade para os embargos, embora tenham participado do processo primitivo:

a) o *substituto processual*, isto é, aquele que litiga em nome próprio, mas na defesa de direito alheio, já que a eficácia do julgado deverá atingir a *parte em sentido material* (o titular do direito defendido pelo terceiro);¹⁹

b) o *assistente*, que figura no processo, mas defende direito apenas do assistido;²⁰

c) o que figurou como *parte no processo*, mas defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial (art. 1.046, § 2º).²¹ Assim, por exemplo, o devedor que sofre penhora sobre bens inalienáveis ou bens cuja posse é detida em nome de terceiro, como a do credor pignoratício ou do arrendatário; ou, ainda, o caso do coobrigado que foi excluído da corresponsabilidade na sentença e, não obstante, tem seus bens alcançados na execução do julgado; e

d) a *mulher casada* que, na execução do marido, foi intimada da penhora, e nos embargos

defende, em nome próprio, sua meação, os bens dotais, os próprios e os reservados (art. 1.046, § 3º).

Com relação à situação do cônjuge, cumpre distinguir entre o consorte que, como devedor solidário, figura como parte desde o início do processo (hipoteca, aval, fiança, ou qualquer outro tipo de vínculo que o sujeito como devedor ao lado do executado) e aquela situação em que, recaindo a penhora, na execução contra um dos cônjuges, sobre bem imóvel, veio o outro a integrar o processo por força de sua obrigatória intimação (art. 655, § 2º).

Na primeira hipótese, como corresponsável pela dívida exequenda, não é possível divisar legitimidade da mulher para agir como terceira. Sua defesa terá de ser em torno da existência ou não de seu débito, o que, naturalmente, só se poderá fazer nos embargos normais de devedor.

Na segunda hipótese, a mulher torna-se litisconsorte necessária do marido, mas apenas no que toca à excussão do bem imóvel do casal. Duas relações materiais, no entanto, se acham presentes paralelamente: a do marido com o credor, que é o objeto da execução, e a da mulher sobre sua meação ou seus bens reservados, que deve ser oposta ao credor, por se tratar de vínculo de direito real estranho à responsabilidade executiva do devedor.

Assim, para discutir o título, a dívida e a regularidade do processo executivo, a mulher agirá na qualidade de litisconsorte do marido e terá de se valer dos embargos de devedor. Mas, para defender os bens reservados ou sua meação, o caminho normal serão os embargos de terceiro (art. 1.046, § 3º), ainda que tenha sido intimada da penhora e tenha assumido a condição de litisconsorte passiva do processo executivo. É que, ao defender ditos bens, o título jurídico invocado pela mulher é diverso do que se achava envolvido no processo de cobrança do débito do marido. Embora parte na execução, a mulher se apoiará em título jurídico que tornará seus bens particulares inatingíveis pela execução da dívida do marido.

Diante de uma só execução, haverá ensejo para mulher participar tanto de embargos de devedor como de embargos de terceiro, mas com conteúdos diferentes.²²

Tendo, assim, legitimidade para propor ambos os tipos de embargos, e não havendo profunda diversidade de rito entre eles, nada impede que a mulher utilize os embargos à execução, desde logo, seja para atacar o título do credor, seja para defender sua meação, seja para ambas as finalidades. O que, todavia, não se tolera é que, tendo perdido a oportunidade dos embargos de devedor, venha a mulher a se prevalecer dos embargos de terceiro para discutir o mérito da dívida ou dos atos executivos, porque isso é matéria exclusiva dos primeiros embargos, os quais estariam preclusos depois de exaurido o prazo assinado pela lei para seu manejo.²³ Na união estável, também “a companheira que possui patrimônio comum com o devedor dispõe de embargos de terceiro para opor-se à constrição causada sobre a sua meação por execução movida ao segundo”.²⁴

A par dos casos de partes do processo executivo que se legitimam a propor os embargos de terceiro, há também aqueles em que a pessoa, mesmo sem ter figurado diretamente no processo, não se considera terceiro para impedir o ato executivo.

São exemplos dessa hipótese:

a) o sucessor da parte, a título universal ou singular, que tenha adquirido o bem litigioso no curso do processo (CPC, art. 592, V);²⁵

b) o que foi chamado à autoria e não interveio;²⁶

c) o sócio solidário, na execução de sentença contra a sociedade (CPC, art. 592, II).

Com relação ao sócio, é bom de ver que, não havendo corresponsabilidade, legítima será sua atuação por meio de embargos de terceiro para impedir que sejam penhorados bens particulares na execução de débito da sociedade.²⁷ Também o contrário é verdadeiro: a sociedade pode embargar de terceiro para defender bens sociais atingidos pela execução contra o sócio. A pessoa da sociedade, seu patrimônio e suas responsabilidades normalmente não se confundem com a pessoa do sócio, seus bens particulares e sua responsabilidade.

Um caso muito frequente na jurisprudência é o do promissário comprador de imóvel. Se dispõe de título inscrito no Registro Imobiliário, acha-se na titularidade de direito real e, assim, pode opor essa posição jurídica ao exequente que penhora o bem por dívida do promitente vendedor, visto que a oponibilidade *erga omnes* é característica de todo direito real.

Se, todavia, o compromisso não foi levado a registro, uma antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendia que a relação meramente pessoal estabelecida entre os contratantes não poderia ser utilmente invocada em embargos de terceiro, por sua inoponibilidade ao exequente. Nem mesmo a posse do promissário comprador era tida como capaz de legitimar a oposição à penhora formalizada sobre a propriedade do promitente vendedor. Nesse sentido, dispunham a Súmula nº 621 do STF e numerosos precedentes jurisprudenciais.²⁸

Dentro da mesma orientação, a Suprema Corte considerava ser inviável o uso de embargos de terceiros pelo comprador que, mesmo contando com escritura pública anterior à penhora, não tivesse providenciado a transcrição no Registro de Imóveis.²⁹

Porém, com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, a exegese pretoriana sofreu radical mudança de rumo. A tese que passou a vigorar é a que consta da Súmula nº 84 do STJ, segundo a qual “*é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro*”. O fundamento dessa exegese, que hoje vigora plenamente, é que o confronto entre a penhora e a posse não atinge o nível do direito real, já que tanto o credor como o promissário comprador agem em juízo com base em relações obrigacionais apenas. Por isso, não há razão para prevalecer a constrição judicial diante da posse do terceiro embargante, se esta for anterior à penhora.³⁰

Segundo a mesma linha de argumentação, fixou-se o entendimento no STJ de que o comprador, com posse efetiva sobre o imóvel adquirido, tem legitimidade para invocar a tutela dos embargos de terceiro, “*independentemente da circunstância de que a escritura pública de compra e venda não tenha ainda sido levada a registro*”.³¹ Igual orientação tem sido aplicada em favor do cônjuge, do herdeiro e do donatário, quando se opõem à penhora ocorrida antes do registro da partilha³² ou da escritura de doação.³³

Urge, porém, atentar para um detalhe: a posse do promissário comprador, do adquirente e de qualquer outro titular sem título inscrito no Registro Imobiliário pressupõe que o ato constitutivo embargado esteja fundado em direito pessoal. Se se tratar de execução hipotecária, não haverá lugar para arguir posse meramente contratual, visto que os direitos reais são oponíveis *erga omnes* e contra tal eficácia não prevalecem os direitos pessoais, nem tampouco a posse deles oriunda.

1.437. Legitimação passiva

Os embargos de terceiro visam a neutralizar a eficácia de ato judicial emanado de outro processo. São, pois, sujeitos passivos dessa ação todos os que, no processo originário, têm interesse nos efeitos da medida impugnada. Em princípio, não há de se distinguir entre autor e réu, para esse fim. Na execução, por exemplo, os atos executivos são de imediato interesse do credor, pelo que não se pode atacá-los sem que o exequente seja citado a defender-se. Mas pode acontecer que o ato de garantia da execução se fez por nomeação do próprio devedor, que, assim, também terá legitimidade para figurar no polo passivo da ação de embargos de terceiro.³⁴

Em cada caso, portanto, haverá de pesquisar-se a quem interessa a medida atacada, para fixar-se o polo passivo dos embargos, não sendo raro o caso de litisconsórcio passivo entre todos os sujeitos do processo primitivo.³⁵

1.438. Oportunidade

Dispõe o art. 1.048 sobre a oportunidade de que dispõe o terceiro para fazer uso dos embargos, tratando separadamente as hipóteses de atos derivados do processo de conhecimento e de atos próprios do processo de execução:

a) se a turbacão ocorre no curso de processo de conhecimento, o terceiro pode opor embargos enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença;

b) se a moléstia aos bens do estranho se dá em processo de execução, a oportunidade dos embargos vai até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas nunca após a assinatura da respectiva carta.

O trânsito em julgado é apontado pelo art. 1.048 apenas como marco temporal, já que para o estranho à relação processual não se forma a *res iudicata*. Assim, mesmo depois de ultrapassado o *dies ad quem* assinalado na lei, ao terceiro sempre estará facultado o uso das vias ordinárias para reivindicar o bem constricto judicialmente. Apenas não poderá se valer da via especial dos embargos disciplinados pelo art. 1.046. Por isso, está assente na doutrina o entendimento de que nenhum terceiro está jungido à obrigação ou ônus de usar dos embargos. Trata-se de simples faculdade que a lei lhe confere, cuja não utilização em nada afeta o direito material do interessado.³⁶

Quanto à ação de execução, o art. 1.048 referiu-se expressamente aos atos de expropriação próprios da execução por quantia certa (arrematação, adjudicação e remição). Mas é claro que os embargos cabem também nas execuções de obrigação de dar. E nesse caso o *dies ad quem* para uso desse remédio processual irá até cinco dias do ato final de entrega do bem ao credor, isto é, do *termo de entrega definitiva do bem*, a que alude o art. 624.

Quando for o caso de procedimentos mistos, como os interditos possessórios e a ação de despejo, em que a cognição e a execução se mesclam numa única relação processual, o trânsito em julgado da sentença nem sempre será o marco final da utilização dos embargos de terceiro. É que, se não houver medida liminar, a ação não se encerra enquanto não for expedido e cumprido o mandado cuja expedição determinou a sentença. Ai, cumprido esse mandado, contar-se-ão os cinco dias referidos no art. 1.048 para as execuções forçadas. Se, porém, houve a liminar e a sentença final se limitou a tornar definitiva a reintegração ou manutenção promovida *initio litis*, o prazo útil do manejo dos embargos se extinguirá com o trânsito em julgado, porque aí

a relação processual se exaurirá em tal momento.

É de lembrar-se que, nas execuções forçadas, o retardamento da expedição da carta de arrematação, adjudicação ou remição não dilata o prazo do art. 1.048, que será sempre vencível no quinto dia após a lavratura do respectivo auto. Mas, se houver antecipação da carta, dar-se-á o abreviamento do prazo.

Por fim, é de ver-se que os prazos do art. 1.048 são objetivamente traçados pelo legislador em função de atos ou termos do processo, de sorte que é irrelevante saber se e quando o terceiro tomou conhecimento da medida constritiva de seus bens. A fluência e exaustão desses prazos legais independe da ciência efetiva do terceiro interessado.

1.439. Competência

Constituem os embargos de terceiro uma nova ação e uma nova relação processual. Não se trata de simples interferência do terceiro prejudicado no processo pendente. Há, porém, um vínculo de acessoriedade entre os embargos e o feito onde ocorreu o esbulho judicial sobre bens do estranho ao processo.

Por isso, dispõe o art. 1.049 que os embargos de terceiro são distribuídos por dependência ao mesmo juiz que ordenou a apreensão. Em se tratando de causa derivada de outra, quer a lei que o ato judicial impugnado seja revisto pelo próprio juiz que o determinou.

Surge uma certa dificuldade de aplicação prática do art. 1.049 quando a apreensão judicial se dá através do cumprimento de carta precatória. Quem seria o juiz competente para os embargos de terceiro: o deprecante ou o deprecado? O problema tem de ser solucionado à luz do caso concreto, pois a apreensão de determinado bem tanto pode ser atribuída à ordem do deprecante como do deprecado.

Se a ordem deprecada através da carta foi genérica, como a de citação do devedor para pagar em 24 horas sob pena de penhora, a escolha e apreensão de certos e determinados bens do devedor é, sem dúvida, ato ordenado e presidido pelo juiz que dá cumprimento à depreciação. Logo, se houver violação à posse ou domínio de terceiro, os embargos deverão ser dirimidos pelo juiz deprecado, pois o ato de apreensão partiu dele. Quando, porém, a carta precatória já é expedida pelo deprecante com a especificação do bem a ser apreendido, como, v.g., nas execuções hipotecárias e nas buscas e apreensões, o deprecado age, na verdade, como simples executor material de deliberação do deprecante. Então, os embargos de terceiro terão de ser aforados e dirimidos perante o juízo de origem.³⁷

Em qualquer caso, se os autos da precatória retornaram ao juízo deprecante com a diligência cumprida, sem que o terceiro tivesse manifestado seus embargos, a competência, então, se firma no juízo da causa, visto que o juízo deprecado já exauriu sua função no processo.³⁸

1.440. Procedimento

A petição inicial dos embargos, como acontece com as ações em geral, deve satisfazer as exigências do art. 282. Para obtenção de medida liminar, a inicial será instruída com documentos que comprovem sumariamente a posse do autor, sua qualidade de terceiro e o rol de

testemunhas, se necessário (art. 1.050).

O valor da causa é o dos bens cuja posse ou domínio disputa o embargante. Em se tratando de bem imóvel, é de aplicar-se, analogicamente, o disposto no art. 259, no VII, que manda atribuir às reivindicatórias o valor correspondente à “estimativa oficial para lançamento do imposto”.

Trata-se de ação acessória, mas de conteúdo próprio, pelo que correrão os embargos em autos apartados da ação originária (artigo 1.049).

Como ocorre com os interditos possessórios, a ação de embargos de terceiro admite medida liminar de manutenção ou reintegração de posse em favor do embargante, que, no entanto, se subordina à prestação de caução, para assegurar a devolução dos bens com os respectivos rendimentos, na hipótese de final improcedência do pedido do terceiro (art. 1.051). Sem essa garantia, não há tutela *in limine litis* para a posse do embargante. Os bens permanecerão sob a medida judicial constitutiva até a sentença, mas não se realizarão atos de alienação ou de execução que importem transferência definitiva de domínio ou de outro direito real sobre eles.

Se os embargos atingem todos os bens ligados ao processo principal, o curso deste ficará suspenso enquanto não se julgar o pedido do terceiro. Sendo apenas parciais, o processo originário poderá prosseguir, mas limitado aos bens não alcançados pelos embargos de terceiro (art. 1.052).

A exemplo dos interditos possessórios, a citação do embargado pode ocorrer antes ou após o deferimento da medida liminar (art. 928). Caso exista prova documental suficiente, o juiz deferirá a manutenção ou reintegração e, após cumprido o mandado, será citado o réu para sua defesa. Inexistindo semelhante prova, a medida liminar dependerá de justificação testemunhal que será precedida da citação, contando-se o prazo de defesa a partir da intimação do decisório a respeito da justificação (art. 930, parágrafo único, analogicamente).

Note-se que a medida liminar é uma faculdade e não uma condição de procedibilidade na ação de embargos. O terceiro pode dispensá-la ou pode prosseguir no feito, para tentar melhor prova de sua posse ou direito, mesmo quando im procedente a justificação inicial.

A caução para recebimento inicial dos bens, por parte do embargante, pode ser sumariamente efetuada dentro dos próprios autos dos embargos. Sobre sua pretensão será ouvido o embargado e, não havendo objeção séria, lavrar-se-á o competente termo. Se houver dissídio grave em torno da caução, o incidente será processado em apenso, de acordo com o rito dos arts. 826 e segs.

A lei não regulava a forma de citação do réu; por isso, a jurisprudência, por analogia, admitia que a diligência se cumprisse por meio de intimação do advogado que representava o embargado ou os embargados no processo principal. De fato, não havia razão para tratamento mais rigoroso com esta ação acessória do que com os embargos do devedor, com a reconvenção, com a oposição e com a habilitação, casos análogos de ações incidentais ou acessórias em que a lei se contenta com a citação ou intimação do procurador nos autos do processo principal (arts. 740, 316, 57 e 1.057, parágrafo único).³⁹ Com a Lei 12.125/2009, que acrescentou o § 3º ao art. 1.050, tornou-se certo que a cientificação, nos embargos de terceiro, se faz por intimação do advogado e só será pessoal na raríssima hipótese de não ter ele procurador constituído nos autos da ação principal.

O prazo para contestação é de 10 (dez) dias e o procedimento que se segue após a *litis*

contestatio é o sumário das ações cautelares (arts. 1.053 e 803). Não havendo contestação, o juiz decide desde logo, em cinco dias, presumindo-se verdadeiros os fatos narrados pelo embargante. Se houver resposta, e se houver prova oral a colher, haverá audiência de instrução e julgamento. Caso contrário, dar-se-á o julgamento antecipado da lide, segundo a prova documental disponível (art. 330).

Em face da sumariedade dos embargos, não comportam eles nem reconvenção, nem ação declaratória incidental.⁴⁰ Versando, porém, os embargos sobre bens já submetidos à arrematação, o arrematante tem legitimidade para intervir como assistente do credor embargado.⁴¹

1.441. Sentença

A sentença que acolhe os embargos é de eficácia executiva imediata. Se houver medida liminar, transformar-se-á em definitiva, liberando-se a caução em favor do autor. Se não houver, expedir-se-á a ordem para imediata cassação da medida constritiva e liberação dos bens indevidamente apreendidos.

Em se tratando de ação sumária que ataca apenas o ato de turbação ou esbulho contido na medida judicial impugnada, não há coisa julgada em torno do domínio disputado pelo embargante. Em ação ordinária, poder-se-á reabrir discussão mais ampla sobre o tema.⁴²

O recurso cabível é a apelação, que não tem efeito suspensivo quando os embargos opostos pelo terceiro à execução são julgados improcedentes (art. 520, no V).

Versando a causa sobre pretensão litigiosa do terceiro, a sentença que a resolve tem de impor à parte vencida os encargos da sucumbência, ou seja, despesas processuais e honorários advocatícios do vencedor (art. 20).

Alguma controvérsia têm provocado aqueles casos em que o ato construtivo parte de oficial de justiça, sem anuência ou ciência do exequente. Muitas vezes, o terceiro utiliza os embargos em situação de total desnecessidade, pois, se o credor fosse informado do ocorrido a tempo, evidentemente concordaria com a imediata liberação do bem irregularmente apreendido pelo oficial de justiça. Preferem, no entanto, pessoas inescrupulosas, o pronto ajuizamento dos embargos, com propósito escuso de locupletarem-se com as verbas da sucumbência.

Certo que, em princípio, o reconhecimento, por parte do exequente, do direito do terceiro embargante, funciona como hipótese de julgamento da lide pelo mérito, com o consectário de responder o demandado pelas custas e honorários advocatícios despendidos pelo terceiro (arts. 20 e 26).

Se, porém, nenhuma oportunidade se deu ainda ao embargado para conhecer do ato realizado por iniciativa apenas do oficial de justiça, sem nomeação ou mesmo sem ciência do exequente, e este, logo ao tomar conhecimento da medida impugnada, através dos embargos, reconhece prontamente o direito do embargante e pede o levantamento da penhora, não é justo imputar ao primeiro, em tal circunstância, o ônus da sucumbência, porquanto o incidente decorreu de um ato judicial que não lhe pode ser atribuído a título algum. A falha, *in casu*, seria apenas do aparelhamento judiciário e só o Poder Público haverá de responder por suas consequências.⁴³

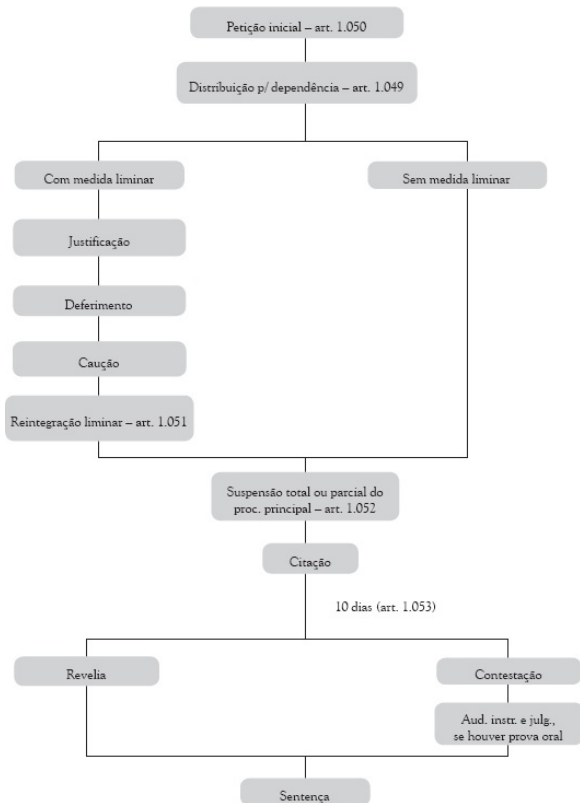
Para obviar problemas como esse – já escrevemos alhures – e mesmo para evitar inúteis ou

desnecessários ajuizamentos de embargos de terceiro, *de lege ferenda* seria recomendável condicionar o manejo desse remédio processual a um prévio pedido de liberação do bem, formulado através de simples petição nos autos principais. Somente quando o exequente não concordasse com a liberação sumária é que o terceiro estaria legitimado a propor a ação de embargos. Com isso, atender-se-ia ao princípio de economia processual, tão valorizado pelo direito formal de nossos tempos.⁴⁴

Aliás, mesmo sem exposto tratamento legislativo da matéria, a jurisprudência reconhece que o terceiro, cujo bem foi penhorado por iniciativa exclusiva do oficial de justiça, pode pedir a desconstituição da penhora através de simples petição, não sendo, pois, caso de embargos de terceiro.⁴⁵

Fluxograma no 78

EMBARGOS DE TERCEIRO
(arts. 1.046-1.054)



- 1 BORSELLI, Edgardo. *Novíssimo Digesto Italiano*, verbete “Opposizione di terzo (Diritto Processuale Civile)”, Torino, UTET, 1965, vol. 11, p. 1.079.
- 2 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, 3. ed., S. Paulo, Saraiva, 1968, no 47, p. 86; PRATA, Edson. *Embargos de Terceiro*, S. Paulo, LEUD, 1987, p. 19.
- 3 LIEBMAN. *Op. cit.*, no 47, p. 88.
- 4 PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*, S. Paulo, Ed. RT, 1976, t. VI, § 18, p. 180.
- 5 BARROS, Moraes e Hamilton. *Comentários ao Cód. de Processo Civil*, 2. ed., Rio, Forense, 1980, vol. IX, no 186, p. 361.
- 6 TJPR, Ap. no 825/77, ac. de 14.02.1979, Rel. Des. Jorge Andriguetto, *in* RT 538/175; STF, AI 78.325-3, ac. de 13.05.1980, Rel. Min. Xavier Albuquerque, *in* RT 542/259.
- 7 É da tradição de nosso processo civil a defesa do domínio, e não apenas da posse, através dos embargos de terceiro. Desde as Ordenações Filipinas se achava assente entre seus intérpretes que os direitos reais são tuteláveis por esses embargos (Pêgas, *Resolutiones Forenses*, I, 374). “A pretensão a embargar, por parte do terceiro que tem domínio, e não tem posse, ou a tem, entra na classe das pretensões a embargar como terceiro por turbação ou esbulho do *direito*” (Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., p. 232). Exemplo clássico de admissão de embargos por terceiro sem posse, é o do credor hipotecário, expressamente previsto no art. 1.047, II, do CPC.
- 8 Liebman, *op. cit.*, no 47, p. 88, TJPR, Ap. no 940/78, ac. de 19.03.1979, Rel. Des. Wilson Reback, *in* RT 536/154; TJSC, Ap. no 49.003, Rel. Des. Francisco Borges, ac. de 07.11.1996, *in* *Jurisp. Cat.* 77/248; 2o TACivSP, 10a C., Ap. no 534010-00/3, Rel. Juiz Souza Moreira, ac. de 07.04.1999, RT 766/285; STJ, 3a T., REsp. no 54.725-3/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 13.12.1995, DJU 25.03.1996, p. 8.574. Está assente na jurisprudência que os embargos de terceiro, tendo o âmbito limitado pela lei (CPC, art. 1.046 e 1.047), não se prestam, por exemplo, à discussão de matéria própria dos embargos à execução, ou de matéria de “interesse único da executada” e não do embargante (2a TACivSP, 10a Câm., Ap. c/Rev. no 524010-00/3, Rel. Juiz Souza Moreira, ac. 07.04.1999, RT 766/285), como a arguição de pagamento da dívida exequenda (STJ, 3a T., REsp no 54.725-3/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 13.12.1995, DJU de 25.03.1996, p. 8.574), ou a prescrição da obrigação litigiosa (STJ, 2a T., REsp no 60.284/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 03.04.2003, DJU de 12.05.2003, p. 236).
- 9 2o TACiv.SP, Ap. no 82.667, ac. de 30.11.1978, Rel. Alair Loureiro, *in* RT 524/176. O fato de o art. 1.048 do CPC prever a oponibilidade dos embargos de terceiro, “enquanto não transitada em julgado a sentença”, quer dizer apenas que esse remédio processual pode ser usado para impedir o pronunciamento de um decisório contra o direito de um estranho à relação processual. Se a sentença for condenatória, ou tiver força de título executivo, o terceiro prejudicado não terá sofrido prejuízo (preclusão) por não ter usado os embargos de terceiro antes da coisa julgada. Continuará com legitimidade para embargar posteriormente a execução que vier a ser manejada para dar cumprimento ao título judicial. Essa faculdade permanecerá em aberto até cinco dias “depois da arrematação” (CPC, art. 1.048. *in fine*). É

- nesse sentido que a jurisprudência afirma serem ajuizáveis os embargos de terceiro até mesmo depois de transitada em julgado a sentença (STJ, 4a T., REsp no 4.004/MT, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 03.09.1996, *DJU* de 29.10.1996, p. 41.619; STJ, 3a T., REsp no 169.441/RS, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 14.10.1999, *DJU* de 13.09.1999, p. 140).
- 10 TJSP, AI 173.975, ac. de 27.09.1968, Rel. Des. Dimas de Almeida, in *Rev. Forense* 229/157; Ap. no 198.546, ac. de 27.03.1973, Rel. Des. Xavier Homcich, in *RT* 457/61; TJMS, AI 37.831, ac. de 05.05.1981, Rel. Des. Túlio Medina Martins, in *RT* 555/206; 1o TACiv. SP, Ap. no 232.697, ac. de 08.06.1977, Rel. Andrade Vilhena, in *RT* 503/143; Ap. no 265.466, ac. de 11.12.1979, Rel. Carlos Ortiz, in *RT* 539/126; 2o TACiv. SP, Ap. no 82.667, ac. de 30.11.1978, Rel. Alair Loureiro, in *RT* 524/176; Ap. no 169.515-0, ac. de 13.08.1984, Rel. Fraga Teixeira, in *RT* 591/160; 2o TACiv.-SP, Ap. no 383.723-00/0, Rel. Juiz Eros Piceli, ac. de 15.12.1993, in *JTACiv.SP* 148/198; STJ, 3a T., REsp. no 38.881/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 16.11.1993, *RSTJ* 58/399; STJ, 4a T., REsp. no 4.004/MT, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. de 03.09.1996, *DJU* 29.10.1996, p. 41.649; STJ, 3a T., REsp no 298.815/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 18.12.2001, *DJU* de 1o 03.2002, *RT* 801/160.
- 11 STF, RE 102.564, ac. de 03.08.1984, Rel. Min. Rafael Mayer, in *DJU* de 31.08.1984, p. 13.941; RE 95.317-5, ac. de 16.05.1984, Rel. Min. Cunha Peixoto, in *DJU* de 30.11.1984, p. 20.442; RE 93.474, ac. de 18.05.1984, Rel. Min. Djaci Falcão, in *RTJ* 110/674; RE 80.834, ac. de 24.06.1983, Rel. Min. Aldir Passarinho, in *RTJ* 108/596; RE 102.878-5, ac. de 28.09.1984, Rel. Min. Francisco Rezek, in *DJU* de 26.10.1984, p. 18.003; RE 98.584, ac. de 16.05.1984, Rel. Min. Néri da Silveira, in *RTJ* 113/1.198; RE 110.760-0, ac. de 08.05.1987, Rel. Min. Célso Borja, in *Boletim-COAD/1987*, no 26, p. 444; RE 86.173, ac. de 27.11.1979, Rel. Min. Décio Miranda, in *Jurisicivel* 96/77. Assim também entende o STJ: ED no REsp. 46.192-2/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. de 09.03.95, in *DJU* de 05.02.96, p. 1.341.
- 12 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 2. ed., Rio, Borsói, vol. XX, § 2.557, p. 381; Humberto THEODORO JÚNIOR, *Processo de Execução*, 12. ed., S. Paulo, LEUD, pp. 372-373; FULGÊNCIO, Tito. *Direito Real de Hipoteca*, 2. ed., Rio, Forense, 1960, p. 154; SANTOS, Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 8. ed., 1958, vol. X, p. 319; STJ, 3a T., REsp no 578.960/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 07.10.2004, *DJU* de 08.11.2004, p. 226.
- 13 STF, RE 102.257, ac. de 15.05.84, Rel. Min. Soares Muñoz, in *RTJ* 110/912, e *RT* 593/276; TJSP, Embs. 79.971-2, Rel. Des. Carlos Alberto Ortiz, ac. de 12.08.1985, in *RJTJSP* 96/313; 1o TACiv.SP, Ap. no 431.718-8, Rel. Juiz Guimarães e Souza, ac. de 22.10.1990, in *Adcoas* 1991, no 132.606.
- 14 STJ – 3a T., RMS 24.293/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 23.10.2007, *DJU* 05.11.2007, p. 263. STJ – 3a T., RMS 4.847/MG, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. 12.12.1994, *DJU* 20.03.1995. Em sentido contrário: STJ – 1a T., RMS 24.487/GO, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 16.11.2010, *DJe* 01.12.2010; STJ – 3a T., RMS 10.096/BA, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 16.08.1999 *DJU* 04.10.1999, p. 52; STJ – 4a T., RMS 23.095/RJ, Rel. Min. Quaglia Barbosa, ac. 15.03.2007, *DJU* 16.04.2007, p. 200. A resistência ao mandado de segurança, todavia, parece ter sido lastreada no cabimento ou necessidade de provas mais amplas para solucionar a pretensão do terceiro. Não há razão, *data venia*, para impedir o *mandamus* quando o terceiro dispõe de prova documental plena da violação cometida contra seu direito líquido e certo, ou

quando a questão em debate é puramente de direito.

- 15 STJ – 3a T., RMS 23.748, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 02.08.2007, *DJU* 13.08.2007, p. 358.
- 16 *Tratado*, cit., p. 199.
- 17 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 203.
- 18 *Idem*, *op. cit.*, *loc. cit.*
- 19 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, 2. ed., Rio, Forense, 1986, vol. VI, no 360, p. 417.
- 20 SANTOS. *Op. cit.*, *loc. cit.*
- 21 STF, 1a T., RE 85.095/GO, Rel. Min. Bilac Pinto, ac. de 10.05.1977, *RTJ* 81/608; STJ, 2a T., AI no 1.249.564-AgRg, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 27.04.2010, *DJe* de 11.05.2010.
- 22 STF, RE 95.351-RS, ac. de 13.04.82, Rel. Min. Néri da Silveira, *in RTJ* 105/274; STJ, REsp. 19.335-0/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 31.08.1992, *in RSTJ* 46/242. “Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação” (STJ, Súmula no 134). No caso do bem de família, mesmo que a constrição tenha atingido apenas a meação do marido, “a mulher possui legitimidade para manejar embargos de terceiro visando a desconstituição da penhora” por inteiro (STJ, 4a T., REsp. no 151.281/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 19.11.1998, *DJU* 01.03.1999, p. 326).
- 23 STF, RE 93.764, ac. de 20.02.81, Rel. Min. Moreira Alves, *in Juriscível* 106/93.
- 24 STJ, 4a T., REsp. no 264.893/SE, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. de 04.10.2001, *DJU* 04.03.2002, p. 261; STJ, 4a T., REsp. no 93.355/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 24.10.2000, *RSTJ* 152/378.
- 25 “O sucessor a título singular ou universal de coisa litigiosa está excluído dos embargos de terceiro, pois que não é terceiro” (TJSP, AI 276.757, ac. de 28.11.1978, Rel. Des. Ney Almada, *in RT* 523/115; Ap. no 241.235, ac. de 16.05.75, Rel. Des. Euler Bueno, *in RT* 480/78); STJ, 3a T., REsp. no 79.878/SP, Rel. Min. Menezes Direito, ac. de 05.08.1997, *DJU* 08.09.1997, p. 42.490; STJ, 3a T., AgRg no Ag no 495.327/DF, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 26.06.2003, *DJU* de 1o.09.2003, p. 285.
- 26 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 215.
- 27 O sócio não gerente e não corresponsável, mesmo citado como litisconsorte passivo da sociedade, pode oferecer embargos de terceiro “para desconstituir penhora incidente sobre seus bens particulares” (STJ, 1a T., REsp. no 139.199/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. de 15.09.1998, *RT* 761/206). Quando se imputa, porém, a solidariedade legal ao sócio, torna-se parte e sua oposição à execução não poderá ser feita por embargos de terceiro (STJ, 2a T., REsp. no 76.431/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. de 24.03.1998, *RSTJ* 109/91).
- 28 STF, ERE 101.546-2, ac. de 24.10.1984, Rel. Min. Soares Muñoz, *in DJU* de 16.11.1984, p. 19.295; RE 103.121, ac. de 24.08.1984, Rel. Min. Moreira Alves, *in RTJ* 112/890; RE 104.554, ac. de 05.03.85, Rel. Min. Moreira Alves, *in RTJ* 114/840; RE 97/257-9, ac. de 09.02.83, Rel. Min. Alfredo Buzaid, *in RTJ* 111/354; RE 107.601, ac. de 25.02.86, Rel. Min. Carlos Madeira, *in RTJ* 118/782. Finalmente, a matéria foi incluída na Súmula do STF (Súmula no 621).
- 29 STF, RE 101.546-2, ac. de 13.03.84, Rel. Min. Moreira Alves, *in Rev. Forense* 290/214; RE

- 101.237-4, ac. de 17.12.1984, Rel. Min. Sydney Sanches, *in RT* 596/258; TJMG, Ap. no 39.228, ac. de 06.06.1974, Rel. Des. Cunha Peixoto, *in Jur. Mineira* 58/67.
- 30 STJ, 4a T., REsp. nos 1.310/SP e 1.172/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, *DJU* de 18.12.1989 e de 16.04.90; 3a T., REsp. no 13.368/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJU* de 02.12.1991, p. 17.536; REsp. no 90.386/SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *in RT* 739/234; STJ, REsp. 90.386/SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* de 02.12.1996, *in JSTJ/TRFs* 93/21. Finalmente a matéria foi sumulada pelo STJ, que, assim, revogou a antiga Súmula 621 do STF: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro” (Súmula 84/STJ).
- 31 STJ, 4a T., REsp. no 29.048-3/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* de 30.08.1993, p. 17.299; STJ, 4a T., REsp no 130.620/CE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 12.05.1998, *RF* 350/228.
- 32 STJ, 3a T., REsp. no 26.742-4/SP, Rel. Min. Dias Trindade, *DJU* de 26.10.1992, p. 19.050; 4a T., REsp. no 50.506-2/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 09.08.1994, *RSTJ* no 65/486; 3a T., REsp. no 7.568/PR, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. de 05.11.1991, *RSTJ* no 31/355, REsp. no 26.571-3/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 26.10.1992, *DJ* de 16.11.1992, p. 21.110; STJ, 4a T., REsp no 416.340/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 04.03.2004, *DJU* de 22.03.2004, p. 310; STJ, 3a T., REsp no 617.861/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 13.05.2008, *DJe* de 28.05.2008.
- 33 STJ, 4a T., REsp. no 11.173-0/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 03.11.1992, *DJU* de 07.12.1992, p. 23.315.
- 34 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio, Forense, 1980, vol. IX, no 199, p. 393; MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*, S. Paulo, Ed. RT, 1986, no 159, p. 165; PRATA, Edson. *Embargos de Terceiro*, S. Paulo, LEUD, 1984, p. 27.
- 35 “Se o provimento dos embargos de terceiro pode afetar tanto o exequente como o executado, considerada a natureza da relação jurídica que os envolve, é de se reconhecer a existência, entre eles, de litisconsórcio passivo necessário unitário” (STJ, 3a T., REsp. no 298.358/SP, Rel. Min. Pádua Ribeiro, ac. de 21.06.2001, *DJU* 27.08.2001, p. 332).
- 36 PONTES DE MIRANDA. *Tratado*, cit., p. 219. A não utilização dos embargos de terceiro “não prejudica o direito material existente, que poderá vir a ser discutido em ação ordinária própria” (STJ, 3a T., AI no 88.561/AC-AgRg, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 26.03.1996, *DJU* 17.06.1996, p. 21.488). “A utilização dos embargos de terceiro é facultativa; decorrido o respectivo prazo, o terceiro cuja posse foi turbada por ordem judicial, alegadamente mal executada, pode defendê-la por meio de ação de reintegração” (STJ, 3a T., REsp no 150.893/SC, Rel. Min. Ari Parglender, ac. 11.12.2001, *RSTJ* 158/249. No mesmo sentido: STJ, 3a T., AgRg no Ag no 88.561/AC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 26.03.1996, *DJU* de 17.06.1996, p. 21.488; STJ, 4a T., REsp no 564.944/AL, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 02.12.2008, *DJe* de 24.04.2009).
- 37 STF, AI 88.302, Rel. Min. Cordeiro Guerra, *in RTJ* 103/1059; TJSP, AI 265.246, Rel. Des. Andrade Junqueira, *in RT* 511/98; TFR, Súm. no 33; TJSP, Ag. no 20.619-5/0, Rel. Des. Walter Theodósio, ac. de 30.10.1996, *in ADV* de 12.01.97, no 76.801; Carlos Alberto Ortiz,

- “Embargos de Terceiro”, in *Rev. de Processo*, S. Paulo, Ed. RT, vol. 29, p. 159; STJ, 2a S., AgRg nos EDcL no CC no 51.389/RJ, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 14.12.2005, *DJU* de 15.03.2006, p. 210.
- 38 STF, AI 11.754, Rel. Min. Castro Nunes, in *Rev. Forense*, 104/282; Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., p. 275.
- 39 NEGRÃO, Theotônio. *Cód. Proc. Civ. e Leg. Proc. em Vigor*, 17. ed., São Paulo, RT, 1987, p. 383; STF, RE no 81.620, ac. de 03.04.1979, Rel. Min. Soares Muñoz, in *RTJ* 94/631; 1a TACiv. SP, Ap. no 221.916, ac. de 16.06.1976, in *RT* 489/141; Ap. no 308.002, ac. de 23.08.1983, in *RT* 578/143; Ap. no 300.521, ac. de 01.06.1982, in *JTA-Lex* 74/75; Ap. no 264.054, ac. de 16.04.1980, in *JTA-Lex* 74/76; 1o TACiv. SP, Ap. no 476.809-6, Rel. Juiz Mendonça de Barros, ac. de 18.02.1992, in *JTACiv.SP* 137/57. Contra: STJ, REsp no 2.892/RO, in *DJU* de 17.09.1990, p. 9.514; STJ, REsp no 23.352-9, in *DJU* de 19.04.93, p. 6.679. A Lei no 12.125/2009 acrescentou o § 3o ao art. 1.050 do CPC, para esclarecer que somente haverá citação pessoal do demandado quando este “não tiver procurador constituído nos autos da ação principal”. A regra geral, portanto, será a dada suficiência da intimação do advogado do embargado, tal como se passa na reconvenção e outras ações incidentais.
- 40 TJRJ, Ap. no 5.016, Rel. Des. Hamilton de Moraes e Barros, in *Rev. de Processo* 13/193.
- 41 NEGRÃO, Theotônio. *Cód. Proc. Civ.*, cit., nota 5 ao art. 1.053, p. 416.
- 42 LIEBMAN, *Processo de Execução*, cit., no 47, p. 87; BARROS, Moraes e. *Op. cit.*, no 199, p. 395.
- 43 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*, 12. ed., S. Paulo, LEUD, 1987, pp. 373-374; SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Op. cit.*, no 372, pp. 440-441; STJ, REsp. 45.727-0/MG, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 13.02.94, in *ADCOAS* de 10.04.95, no 146.850; TJSP, Ap. no 230.651-2, Rel. Des. Debatin Cardoso, in *JTJSP* 159/67. Contra ORTIZ, Carlos Alberto. “Embargos de terceiro”, in *Rev. de Processo* 29/161; STF, RE 75.359, Rel. Min. Eloy da Rocha, in *RTJ* 80/800; 1o TARJ, Ap. no 10.356, in *ADCOAS-BJA/85* no 100.911, p. 83; STJ, 4a T., REsp no 75.008/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 05.10.1999, *DJU* de 22.11.1999, *RT* 777/212. Se a penhora aconteceu porque o compromisso de compra e venda não foi levado pelo embargante a registro para conhecimento de terceiros, este, e não o embargado, deverá suportar os encargos da sucumbência, em razão do princípio da causalidade (que provocou a demanda teria sido o próprio embargante) (STJ, 2a T., EDcL nos EDCL no REsp no 375.026/PR, Rel. Min. Carlos Mathias, ac. 25.03.2008, *DJe* de 15.04.2008).
- 44 *Processo de Execução*, cit., loc. cit.
- 45 STJ, 3a T., REsp. no 148.322/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 03.03.1998, *DJU* de 11.05.1998, p. 93; STJ, 3a T., REsp no 218.435/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, ac. 08.10.2002, *RT* 810/175.

§ 230. PROCEDIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PARTE FALECIDA

Sumário: 1.442. Conceito. 1.443. Legitimidade para requerer a habilitação. 1.444. Competência. 1.445. Procedimento. 1.446. Ação de habilitação. 1.447. Habilitação do adquirente e do cessionário. 1.448. Efeito do deferimento da habilitação. 1.449. Habilitação direta nos autos do processo principal.

1.442. Conceito

O processo é uma relação jurídica dinâmica, cujo movimento se dirige a um provimento jurisdicional que ponha fim ao litígio instalado entre as partes. Essa relação nasce por provocação do autor (sujeito ativo) e se aperfeiçoa quando o réu é citado e passa a figurar como seu sujeito passivo. Daí em diante, uma série de atos se sucederão sob o comando estatal do juiz e sempre com a presença dos dois sujeitos da relação. Se um deles vem a falecer antes de atingir a prestação jurisdicional, o movimento da relação jurídica em curso se inviabiliza, já que, sem a presença dos dois polos subjetivos, não é possível conceber a própria relação.

Daí a necessidade de substituir a parte falecida por seus legítimos sucessores, a fim de que o processo adquira condições de retomar seu curso normal. Para que isso ocorra, prevê a lei um procedimento especial, onde se examinará a qualidade daqueles que se pretende colocar na posição do litigante falecido e se promoverá, em última análise, sua vinculação à relação processual paralisada com o óbito.

Consiste, pois, a *habilitação* disciplinada pelos arts. 1.055 a 1.062 no procedimento através do qual os sucessores das partes ingressam em juízo para recompor a relação processual afetada pela morte de um dos sujeitos que a integraram em sua formação inicial.

A respeito do tema, há que se distinguir entre as ações personalíssimas e as não personalíssimas. As primeiras são aquelas que envolvem direitos intransmissíveis aos herdeiros da parte. As últimas referem-se à grande maioria dos direitos subjetivos, principalmente no campo do direito das obrigações, onde a regra geral é a transmissibilidade *causa mortis* dos débitos e créditos (Cód. Civil de 1916, art. 928; CC de 2002, arts. 1.784 e 1.792).

Quando a ação é personalíssima, como, por exemplo, a de separação judicial ou a de alimentos, não tem cabimento a habilitação, porquanto a morte da parte conduz à imediata extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, no IX).

A substituição da parte falecida, nas causas sobre direitos transmissíveis, pode ser feita pelos sucessores pessoalmente ou pelo *espólio*, quando representado por inventariante não dativo (art. 12, no V, e § 1º).

Enquanto não se defere a habilitação, e desde o momento em que o óbito da parte seja noticiado no feito primitivo, o processo ficará suspenso, por força do disposto no art. 265, no 1, sendo vedada a prática de novos atos, salvo aqueles previstos no seu § 1º e no art. 266.

1.443. Legitimidade para requerer a habilitação

A iniciativa para provocar a substituição do litigante morto pode, segundo o art. 1.056, partir:

I – da parte sobrevivente; ou

II – dos sucessores da parte falecida.

É que tanto o demandante sobrevivente como os sucessores do morto têm legítimo interesse na regularização do processo paralisado. Não prevê a lei, outrossim, a habilitação *ex officio*, isto é, promovida por deliberação originária do próprio juiz. E, se ninguém pode ser compelido a demandar como autor e ninguém pode ser réu sem ser escolhido pelo autor, parece-me lógico que não caberá ao juiz iniciativa de habilitar compulsoriamente sucessores dos litigantes primitivos.¹

Sendo a habilitação requerida pela parte, os sucessores figurarão como sujeitos passivos do processo de recomposição subjetiva da relação processual pendente. Quando a iniciativa é tomada pelos sucessores, a parte contrária será o sujeito passivo.

Qualquer processo – de conhecimento, de execução ou cautelar – admite a habilitação.

Não apenas autor e réu se substituem pelo procedimento dos arts. 1.055 a 1.062 do CPC. Qualquer parte, primitiva ou interveniente, pode ser substituída pelo sucessor *mortis causa*, como, v.g., o oponente, o denunciado à lide, o nomeado à autoria. O mesmo não se pode dizer do assistente, já que não chega a qualificar-se como parte da relação processual pendente,² e uma vez que dita relação independe de sua participação para prosseguir rumo à solução do litígio.

1.444. Competência

A ação de habilitação pertence à categoria das ações incidentes, por corresponder a uma forma de intervenção em causa já pendente.

Assim, a competência para processá-la e julgá-la é do juiz da causa principal (art. 109).

1.445. Procedimento

Prevê o Código dois tipos de procedimento para realizar a habilitação, a saber:

a) sob a forma de ação *incidente*, correndo em autos próprios e sujeitando-se a uma *sentença* especial (arts. 1.057 e 1.058); ou

b) sob a forma de *habilitação direta nos autos da causa principal* e independentemente da sentença (art. 1.060).

Na primeira hipótese, tem-se um procedimento contencioso, paralelo ao processo originário suspenso. Há citação, resposta, instrução e julgamento, tudo como se passa nos feitos contenciosos em geral. Na segunda, há uma simplificação do procedimento, e o ingresso dos sucessores se dá, sem contenciosidade, no próprio bojo do processo principal, por meio de uma singela decisão interlocutória.

1.446. Ação de habilitação

Quando houver controvérsia ou resistência (ativa ou passiva) à substituição da parte falecida, o procedimento para forçar a habilitação será o dos arts. 1.057 e 1.058.

O autor da ação incidental provocará a abertura do novo feito através de petição inicial com todos os requisitos do art. 282, que será distribuída por dependência e autuada em apenso.

Feita a citação (da parte sobrevivente ou dos sucessores da parte morta, conforme o caso), correrá o prazo de cinco dias para contestação (art. 1.057). Em se tratando da parte que já tem advogado constituído nos autos principais, a citação será feita através de intimação do causídico. No caso de convocação dos sucessores, que ainda são estranhos à relação processual existente, a citação será pessoal (art. 1.057, parágrafo único), sem excluir, é claro, a citação por hora certa ou por edital, quando cabíveis (arts. 227 e 231).

Após a fase de postulação, o feito seguirá o rito sumário das ações cautelares (art. 1.058), ou seja: “Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelos requerentes (arts. 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em cinco dias” (art. 803).

“Se o requerido contestar no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida” (art. 803, parág. único). Se não houver necessidade de prova oral, a sentença será desde logo proferida.

O objeto da sentença será o acolhimento ou não do pedido de habilitação dos sucessores do litigante morto.

Pode acontecer que o processo principal esteja tramitando perante tribunal, seja em grau de recurso, seja como causa de sua competência originária. Nessa conjuntura, o processamento da habilitação se fará perante o relator e o julgamento observará o dispositivo do respectivo regimento interno (art. 1.059).

1.447. Habilitação do adquirente e do cessionário

A alienação do bem litigioso por ato *inter vivos* e a cessão negocial do direito controvertido no processo não geram substituição de parte, salvo se houver consentimento do outro litigante (art. 42). Mesmo depois da transferência, as partes permanecem as mesmas, embora o efeito da sentença venha a atingir o sucessor *inter vivos* (arts. 42, § 3º, e 592, n.º I).

Se, porém, o alienante ou cedente falece no curso do processo, não há razão para só permitir sua substituição pelos herdeiros. Provado o negócio translatício do bem ou direito litigioso, admite a lei que a habilitação seja feita pelo adquirente ou cessionário, a quem competirá prosseguir na causa. Para tanto, deverá juntar documentos que demonstrem seu título de cessionário ou adquirente, bem como sua identidade (art. 1.061). Essa habilitação faz-se diretamente nos autos do processo principal, como aquelas do art. 1.060.

1.448. Efeito do deferimento da habilitação

O efeito imediato da habilitação é fazer cessar a suspensão do processo originário, provocada pela morte da parte.

Logo, “passada em julgado a sentença de habilitação ou admitida a habilitação nos casos em que independer de sentença, a causa principal retomar o seu curso” (art. 1.062).

A função do procedimento em análise, como se vê, “é possibilitar a continuação do processo interrompido pela morte da parte, no estado em que se encontra o feito. Com a habilitação, o terceiro assume a causa no estado em que se encontra, aproveitando os atos já praticados e se sujeitando às facetas do procedimento então em curso”.³

1.449. Habilitação direta nos autos do processo principal

A ação de habilitação pressupõe litigiosidade a respeito da substituição do litigante morto. Se não existe resistência ou se as provas da qualidade de sucessor são evidentes, não é preciso usar um remédio complicado, de índole contenciosa, para obter-se a habilitação. Basta que os interessados (sucessores) requeiram diretamente ao juiz do processo principal sua admissão em lugar da parte desaparecida. O magistrado, à luz dos documentos exibidos, admitirá de plano a habilitação, sem necessitar de uma verdadeira sentença, que só teria sentido se fosse o caso de encerrar um processo contencioso.

As hipóteses em que a lei permite a habilitação direta, sem ação, acham-se enumeradas no art. 1.060, e são as seguintes:

a) pedido formulado pelo cônjuge e herdeiros necessários, desde que exibam documentos comprobatórios do óbito da parte e de sua qualidade. O comparecimento deve ser de todos os herdeiros, para que a habilitação se faça de modo a permitir o restabelecimento do curso do processo principal. Do contrário, os demais terão de ser citados na forma da ação de habilitação. Se já houver inventário requerido, e se a ação for daquelas que se compreendem no poder da gestão do inventariante, o comparecimento dele será suficiente para operar a renovação da instância;

b) pedido formulado por quem, em outra causa, teve sua qualidade de herdeiro ou sucessor reconhecida por sentença passada em julgado;

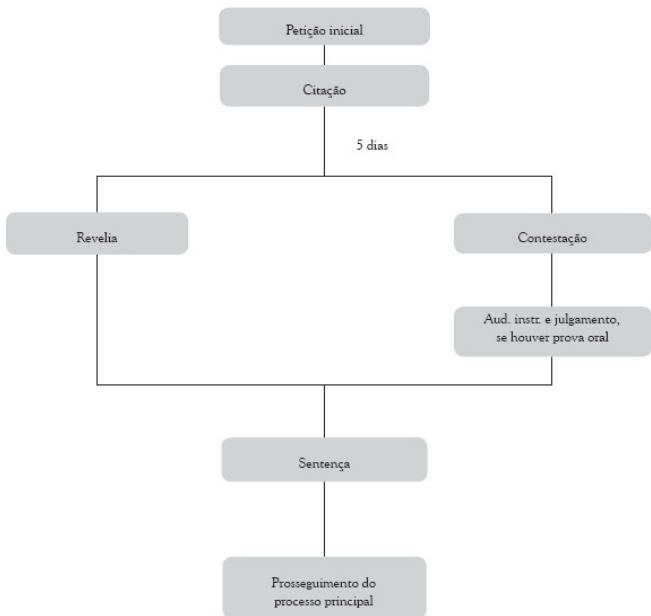
c) pedido formulado por herdeiro que foi incluído, sem qualquer oposição, no inventário do litigante falecido;

d) quando houver ausência ou herança jacente já declarada em juízo, caso em que a representação se fará no processo pelo curador;

e) sempre que a parte contrária reconhecer a procedência do pedido de habilitação, e não houver oposição de terceiros.

Embora a lei dispense o juízo (contencioso) para a habilitação decretável de plano, ante, é claro, alegações lógicas e concatenadas, instruídas com documentação idônea e não impugnadas pelos demais interessados,⁴ o certo é que nos próprios autos da causa principal o juiz terá de deferir a substituição da parte falecida pelo respectivo espólio ou pelos sucessores, proferindo, então, decisão interlocutória.⁵

HABILITAÇÃO CONTENCIOSA
(arts. 1.055-1.059)



HABILITAÇÃO DIRETA (SEM AÇÃO) (art. 1.060)

Petição do sucessor é juntada
ao processo principal

Exibe-se prova de uma das hipóteses
do art. 1.060, por meio de documentos

Juiz decide de plano, sem
sentença – art. 1.060

Processo principal prossegue

-
- 1 COUTO E SILVA. *Comentários*, cit., vol. XI, t. II, no 557, p. 497; MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*, cit., no 165, p. 170; em sentido contrário, BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários*, cit., no 201, p. 400.
 - 2 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Op. cit.*, no 201, p. 404.
 - 3 1o TACiv.SP, ac. in PAULA, Alexandre de. *Cód. de Proc. Civ. Anotado*, 3. ed., 1986, vol. IV, p. 495.
 - 4 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários*, cit., no 206, p. 413.
 - 5 SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários*, cit., no 576, p. 510; STF, AR no 1.301-8-PR, desp. do Rel. Min. Celso de Mello, 19.12.1989, in DJU de 05.02.90, p. 429.

§ 231. PROCEDIMENTO PARA RECUPERAR AUTOS DESAPARECIDOS

Sumário: 1.450. Conceito. 1.451. Objetivo do procedimento. 1.452. Legitimidade. 1.453. Competência. 1.454. Procedimento. 1.455. Julgamento da restauração. 1.456. Autos extraviados no tribunal. 1.457. Responsabilidade do causador do desaparecimento dos autos.

1.450. Conceito

A relação processual compõe-se de uma sucessão de atos que devem ser adequadamente documentados para que o processo atinja seu desiderato. Muitos desses atos são originariamente escritos (petição inicial, contestação, despachos e decisões do juiz, mandados etc.). Outros são praticados oralmente, mas, em seguida, são documentados em termos lavrados pelos serventuários do juízo (citação, intimação, diligências, audiências etc.). O conjunto das peças documentais do processo configura o que se denomina autos (ou *autos do processo*).

Sem os autos, nenhum efeito do processo pode ser obtido pela parte, pois são eles a prova e o instrumento da relação processual. Daí a necessidade de proteger os autos e de recompô-los quando se extraviam ou são destruídos. Na verdade, o seu desaparecimento acarreta uma interrupção do processo, diante da impossibilidade material de prosseguir na causa. Como motivo de força maior, o extravio, enquanto não superado, acarretará a suspensão do processo, nos termos do art. 265, no V.1

Esse impasse a lei tenta evitar ou solucionar, de duas maneiras: instituindo os *autos suplementares* (art. 159) e prevendo uma ação especial para *restauração de autos* (arts. 1.063 a 1.069).

Os autos suplementares constituem numa duplicata dos autos originais, que o escrivão está obrigado a fazer, justamente para substituição destes na eventualidade de destruição ou extravio (art. 1.063, parág. único).

Inexistindo os suplementares, ou tendo também eles se perdido como os originais, o remédio legal posto à disposição das partes é a *restauração de autos*, que vem a ser um procedimento especial contencioso tendente a recompor os atos e termos do processo e a propiciar a retomada do curso do feito paralisado em razão do desaparecimento dos respectivos autos.

Dessa maneira, o sistema do código é o de autorizar a restauração somente quando inexistirem autos suplementares, visto que é nestes que deve prosseguir o processo, na falta dos autos originais (art. 1.063, parág. único).

1.451. Objetivo do procedimento

A ação visa tão somente à restauração ou recomposição dos autos desaparecidos (art. 1.063, *caput*). Trata-se, é certo, de procedimento contencioso, mas a questão de mérito limita-se à pesquisa e definição do conteúdo dos diversos documentos que compunham os autos originais.

A controvérsia que se pode suscitar entre as partes e sobre a qual terá de pronunciar-se o juiz é apenas em torno da idoneidade das peças e elementos apresentados, ou da inexequibilidade da restauração por falta de peça essencial do processo.

Questões de fato ou de direito que pertençam à causa principal são totalmente estranhas à ação de restauração de autos cuja sentença final haverá de simplesmente declarar restaurados, ou não, os autos do processo principal. Inapreciáveis são, por conseguinte, temas como o da extinção do processo por prescrição ou decadência, o da preclusão ou da coisa julgada e outros que só merecem análise dentro da causa principal.² Para suscitá-los, a parte deverá, portanto, aguardar o julgamento da restauração e a retomada do curso do processo em vias de recomposição.

1.452. Legitimidade

Qualquer das partes (autor ou réu) do processo principal tem legitimidade ativa para promover a ação de restauração de autos (art. 1.063). A ação é de natureza dúplice.

Uma delas tomando a iniciativa, a outra ficará como sujeito passivo do procedimento e será citada para contestar o pedido e exibir as cópias e documentos em seu poder, úteis à restauração (art. 1.065).

Não autoriza o código a restauração por ato de ofício do juiz. Em se tratando de *ação*, o procedimento estará sempre na dependência de provocação da parte.³

1.453. Competência

A ação de restauração é uma causa derivada da principal (isto é, daquela cujos autos desapareceram), de sorte que entre as duas estabelece-se um vínculo de acessoriedade. Em razão disso, a competência para a nova causa continua sendo a do juiz do processo principal, segundo a regra do art. 108.

1.454. Procedimento

A petição inicial, elaborada conforme as exigências do art. 282, conterà, ainda, a declaração do “estado da causa ao tempo do desaparecimento dos autos” (art. 1.064, *caput*): será instruída com os seguintes documentos:

I – certidões dos atos constantes do protocolo de audiências do cartório por onde haja corrido o processo;

II – cópia das petições dirigidas ao juiz;

III – quaisquer outros documentos que facilitem a restauração, como, por exemplo, contrafé, carta intimatória, publicações do *Diário Oficial*, cópias de laudos, recibos de preparo, certidão do registro da sentença ou do arquivo de acórdãos do tribunal etc.

A citação da parte contrária será feita com o prazo de cinco dias para contestar o pedido (art. 1.065). Ao sujeito passivo a lei impõe o dever de exibir as cópias, contrafeis e mais reproduções dos atos e documentos que estiverem em seu poder (art. 1.065, *caput*).

Se, em lugar de contestar, o réu manifesta-se de acordo com a restauração, tal como proposta pelo autor, caberá ao escrivão lavrar um ato que descreverá o acordo ocorrido entre os litigantes e será assinado por eles. Em seguida, o juiz homologará por sentença o auto e suprido estará o processo desaparecido (art. 1.065, § 1º).

Quando o réu permanecer revel, manda o art. 1.065, § 2º, observar o disposto no art. 803, referente ao rito do processo cautelar. Isto quer dizer que serão presumidos verdadeiros os fatos alegados pelo autor, e ao juiz caberá decidir em cinco dias.

Se houver concordância do réu apenas parcial, ou contestação, o feito observará o parágrafo único do art. 803, ou seja, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, desde que a solução da controvérsia dependa de prova oral. Se a questão for só de direito ou se a prova for apenas documental, a sentença será desde logo proferida.

Quando o desaparecimento dos autos tiver ocorrido depois da produção das provas em audiência do processo principal, o juiz mandará repeti-las no bojo da restauração (art. 1.066, *caput*).

As testemunhas serão as mesmas, mas se já tiverem falecido ou se acharem impossibilitadas de depor, nem houver meio de comprovar de outra forma o depoimento, poderão ser substituídas (art. 1.066, § 1º).

A prova pericial, em princípio, deve ser substituída por certidão ou cópia do laudo primitivo. Se tal não for possível, far-se-á nova perícia, de preferência pelo mesmo perito (art. 1.066, § 2º).

A restauração de documentos é de se fazer por certidões ou cópias e, na falta, pelos meios ordinários de prova (art. 1.066, § 3º).

Aos serventuários e auxiliares da justiça (escrivães, oficiais de justiça, contadores etc.) a lei impõe o dever de depor, para facilitar a recomposição dos autos, sobre todos os atos de que tenham participado (art. 1.066, § 4º).

Se o juiz dispuser de cópia da sentença proferida no processo principal, será ela juntada e terá a mesma autoridade da original (art. 1.066, § 5º).

1.455. Julgamento da restauração

Com a sentença que julga restaurado os autos extraviados ou desaparecidos, o processo principal retomará seu curso, agora dentro dos autos da restauração (art. 1.067).

Se, eventualmente, forem reencontrados os autos originais, neles é que se prosseguirá. Os autos da restauração, porém, serão apensados (art. 1.067, § 1º).

Quando o seguimento do feito está se processando nos autos suplementares e ocorre o aparecimento dos originais, o curso volta a dar-se nestes, retornando aqueles ao arquivo do cartório, após trasladarem-se, por certidões, todos os atos e termos necessários à complementação do processo primitivo (art. 1.067, § 2º).

1.456. Autos extraviados no tribunal

Compete ao tribunal restaurar os autos que perante ele estejam em curso, seja em grau de recurso, seja em razão de competência originária.

De preferência, funcionará como relator da restauração o juiz que já funcionava como tal no processo desaparecido (art. 1.068).

Havendo o processo original tramitado em duas instâncias, o relator remeterá o novo processo ao juízo de origem, pois compete a este a restauração dos atos praticados sob sua jurisdição (art. 1.068, § 1º). Concluída sua tarefa, os autos voltarão ao tribunal, onde se complementará a restauração e se procederá ao julgamento (§ 2º). A função do juízo de origem é, na espécie, apenas de instrução parcial da causa.

1.457. Responsabilidade do causador do desaparecimento dos autos

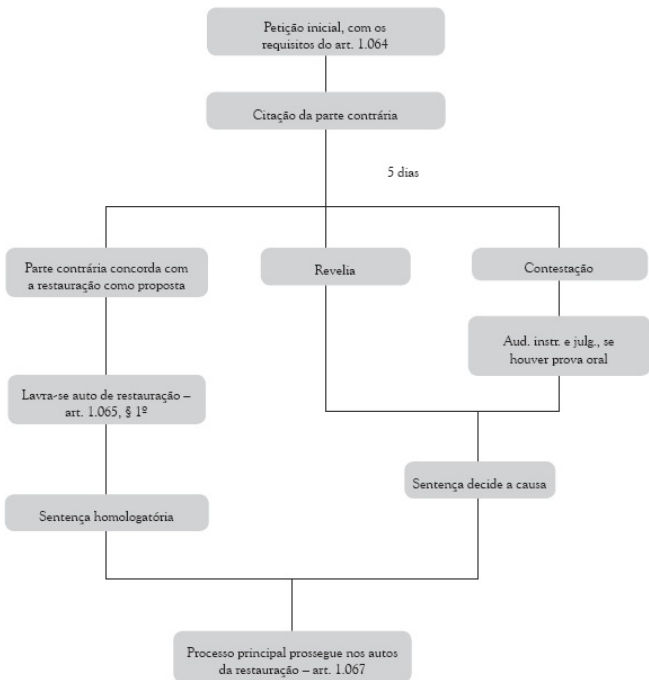
Segundo dispõe o art. 1.069, o causador do desaparecimento dos autos deve responder pelas custas da restauração e pelos honorários advocatícios spendidos pela parte contrária. O procedimento da restauração corresponde a uma nova ação e a um novo processo, onde, portanto, haverá sucumbência distinta da do processo principal.

Provada a culpa pelo extravio, os encargos a que alude o art. 1.069 serão sempre da parte culpada, mesmo que seja ela a que tome a iniciativa de requerer a restauração, em fase da natureza dúplice da ação.⁴

Além desse efeito processual, ocorrerá ainda, no caso de conduta dolosa ou maliciosa, a responsabilização civil e penal, nos termos da legislação própria, que rege o ato ilícito (Cód. Civ. de 2002, arts. 186 e 927; CC de 1916, art. 159) e os delitos (Cód. Penal, art. 356).

Fluxograma no 81

RESTAURAÇÃO DE AUTOS
(arts. 1.063-1.069)



-
- 1 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários*, cit., no 209, p. 423.
- 2 STF, RMS 9.325-1, ac. de. 26.02.1986, Rel. Min. Carlos Madeira, *in* RT 606/220; TJMG, Ap. no 022-4/90.563-2, Rel. Des. Garcia Leão, ac. de 03.11.1992, *in* *Jurisp. Min.* 120/100.
- 3 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários*, cit., no 209, p. 425.
- 4 “A ausência de contestação da parte não inibe a fixação de honorários advocatícios, que, nos termos do art. 1.069 do CPC, devem ser imputados à parte que deu causa ao desaparecimento dos autos” (STJ, 1ª T., Pet. no 3.753, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 25.08.2009, *DJe* de 17.09.2009). Naturalmente, sem o extravio não haverá razão para impor a verba sucumbencial a qualquer delas, a não ser que a demandada tenha oferecido contestação e tenha saído vencida.

§ 232. PROCEDIMENTOS RELATIVOS AO PACTO DE RESERVA DE DOMÍNIO

Sumário: 1.458. Conceito. 1.459. Procedimento da execução do preço. 1.460. Procedimento da recuperação da própria coisa.

1.458. Conceito

Ocorre a reserva de domínio quando, no contrato de compra e venda, se estipula um pacto adjeto, segundo o qual o vendedor se garante, reservando para si a propriedade da coisa alienada até o momento de completar-se o pagamento integral do preço.¹

Trata-se de uma espécie de condição suspensiva para o comprador, que recebe a posse do bem adquirido, mas não o domínio, que persiste sob o poder do vendedor, no aguardo do evento futuro, que é o pagamento integral do preço. Seu campo de aplicação é, pois, o da venda a prazo.

Do inadimplemento do preço, surge para o vendedor uma alternativa: cobrar o preço ou retomar a coisa vendida. Os procedimentos a observar estão previstos nos arts. 1.070 e 1.071 do Código de Processo Civil.

Há entre as duas ações um *concurso*, de modo que a escolha de uma delas exclui a possibilidade do uso futuro da outra. Isto é, ou o credor retoma o objeto vendido, rescindindo a venda, ou executa o preço, caso em que a venda se aperfeiçoará e o domínio, em definitivo, passará ao comprador.²

1.459. Procedimento da execução do preço

Prevê o art. 1.070 que o vendedor poderá, optando pela manutenção do contrato, utilizar a execução por quantia certa para cobrar as prestações em atraso. Isto, porém, dependerá de existir título executivo para representar a dívida (art. 585). Se os documentos disponíveis não configurarem título suficiente para autorizar a execução forçada, a cobrança somente será viável pelo procedimento comum, ordinário ou sumaríssimo, conforme o valor da dívida.

Iniciada a execução, a penhora pode atingir qualquer bem do patrimônio do devedor. Recaindo, porém, sobre a própria coisa vendida com reserva de domínio, o procedimento executivo se simplifica, visto que imediatamente se poderá promover a leilão, independentemente de avaliação, caso em que no preço apurado se sub-rogará a penhora, prosseguindo-se a execução em seus trâmites normais (art. 1.070, § 2º).

A única novidade, portanto, desse procedimento especial é a possibilidade de leilão imediato do bem gravado. Se a penhora recair em outros objetos, nada haverá de incomum na execução

da dívida.

Essa venda antecipada não é indispensável. É apenas uma faculdade exercitável pelos interessados, de sorte que poderá ser requerida tanto pelo credor como pelo devedor, como prevê o § 1º do art. 1.070. Mas não deverá ser ordenada de ofício pelo juiz.

1.460. Procedimento da recuperação da própria coisa

Uma vez que a coisa vendida com reserva de domínio continua pertencendo ao vendedor, assegura-lhe a lei um procedimento especial para reintegrar-se na posse do objeto vendido a crédito, na eventualidade de mora do comprador. Trata-se da segunda opção que o Código lhe faculta, nos termos do art. 1.071.

Esse procedimento tem como traço peculiar a possibilidade de obter *in limine litis* a apreensão e depósito do bem gravado, providência que a lei prevê independentemente de citação e defesa do devedor (art. 1.071, *caput*).

A finalidade da ação é, pois, rescindir a venda e reintegrar o vendedor na posse do bem que não chegou a sair do seu patrimônio.

Mas, para obter a medida liminar, o autor terá de instruir a petição inicial com o contrato de reserva de domínio e com o protesto do título, com o que demonstrará, desde logo, o seu direito de propriedade e a mora do devedor (art. 1.071).

Não se obtém, todavia, uma pronta reintegração de posse para o credor, pois a medida liminar consta apenas da apreensão e depósito judicial. Feito o depósito, seguir-se-á a citação do devedor, abrindo-se-lhe o prazo de cinco dias para contestação (art. 1.071, § 2º).

Já no despacho da inicial, o juiz nomeia um perito, que elabora laudo de vistoria e arbitramento do valor atual do bem, descrevendo-lhe o estado e individuando-o com todos os seus característicos (art. 1.071, § 1º).

No prazo de resposta, o devedor pode adotar uma das três seguintes atitudes:

- a) requerer prazo para purga da mora;
- b) oferecer contestação; ou
- c) manter-se revel.

O uso da faculdade de purgar a mora subordina-se ao requisito de já ter sido resgatada a parcela de mais de 40% do preço. Para esse fim, o juiz concederá ao devedor o prazo de 30 (trinta) dias, arbitrar a verba advocatícia e remeterá os autos ao contador para cálculo atualizado do montante do débito, que compreenderá todas as prestações vencidas, juros, honorários e custas (art. 1.071, § 2º). Depositado o montante apurado, a coisa apreendida será restituída ao devedor, declarando-se purgada a mora e extinto o processo. O contrato continuará em vigor, até o cumprimento das demais prestações vincendas.

Se o réu apresentar contestação no quinquídio legal, o processo tomará o curso ordinário, prevalecendo, porém, a apreensão e depósito de início deferidos (art. 1.071, § 4º).

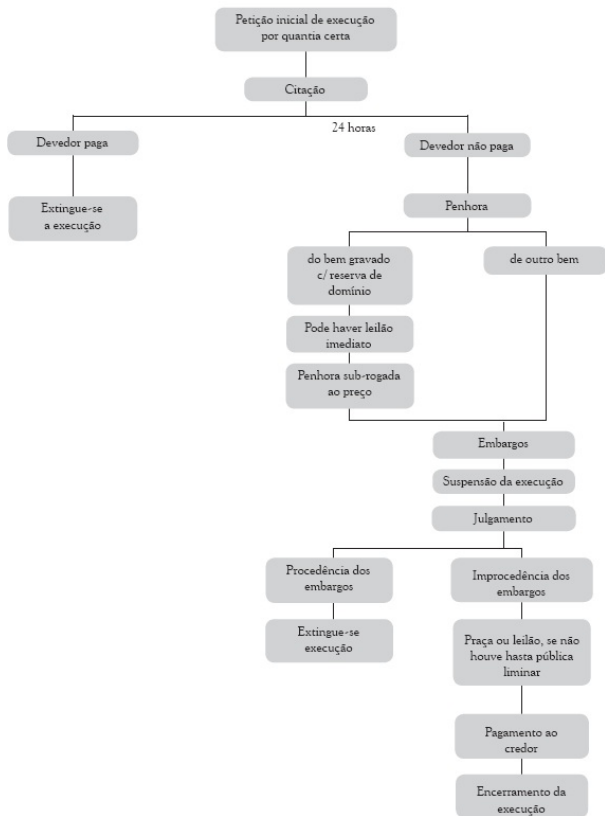
Caindo o réu em revelia, ou deixando de efetuar a purga da mora, depois de assinado o prazo para tanto, poderá o credor obter desde logo o julgamento da causa pelo mérito. Antes, porém, deverá apresentar nos autos todos os títulos vencidos e vincendos, para que se faça o cotejo entre o valor atual do bem (laudo de avaliação) e o montante da dívida remanescente da venda com reserva de domínio.

Ao proferir a sentença, que rescindir a venda e reintegrará o autor na posse do bem apreendido, o juiz ordenará que, se for o caso, deposite em juízo o excesso entre o valor da coisa e o remanescente do débito mais despesas do processo (art. 1.071, § 3º).

O depósito dessa diferença será condição para execução da sentença que defere a reintegração de posse ao credor (art. 582). Com ele evita-se o locupletamento indevido do credor à custa do devedor.

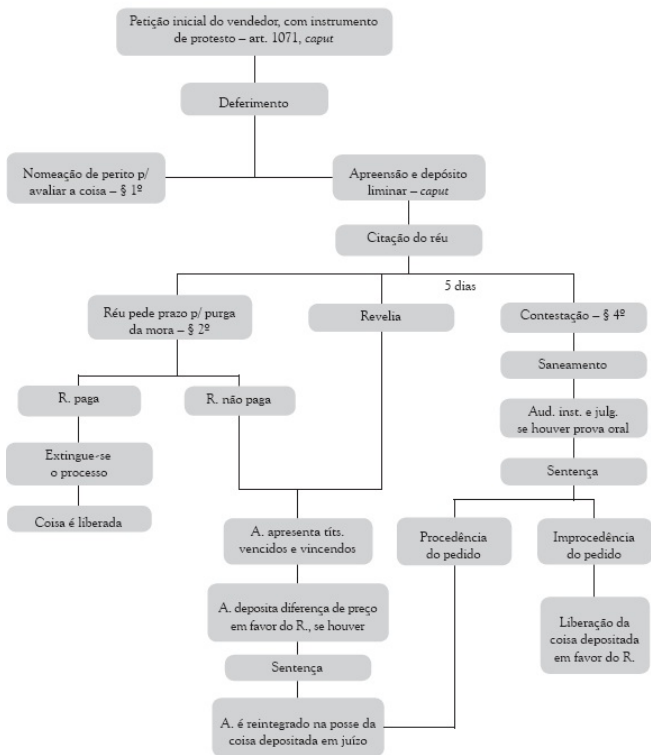
Fluxograma no 82

EXECUÇÃO DO PREÇO DA VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO
(art. 1.070)



Fluxograma nº 83

BUSCA E APREENSÃO DE COISA VENDIDA COM RESERVA DE DOMÍNIO
(art. 1.071 e parágrafos)



-
- 1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 5. ed., Rio, Forense, 1981, vol. III, no 230, p. 194.
 - 2 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Op. cit.*, no 216, p. 444.

§ 233. PROCEDIMENTO DA ARBITRAGEM

Sumário: 1.461. O juízo arbitral no direito brasileiro. 1.462. Disposições gerais. 1.463. Convenção de arbitragem. 1.464. Cláusula compromissória. 1.465. Requisitos da cláusula compromissória. 1.466. Execução da cláusula compromissória. 1.466-a. Cláusula “cheia” e cláusula “vazia”. 1.466-b. Direito intertemporal. 1.467. Autonomia da cláusula compromissória. 1.468. Compromisso arbitral. 1.469. Extinção do compromisso arbitral. 1.470. Os árbitros. 1.471. O procedimento. 1.472. Medidas cautelares. 1.472-a. Sentença arbitral. 1.472-b. Requisitos da sentença arbitral. 1.472-c. Recursos. 1.472-d. Nulidade da sentença arbitral. 1.472-e. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. 1.472-f. Natureza jurídica do novo juízo arbitral brasileiro. 1.472-g. Coexistência de arbitragem e execução judicial de título executivo negocial.

1.461. O juízo arbitral no direito brasileiro

Desde os primeiros tempos de nossa independência política, tem o juízo arbitral encontrado previsão e autorização no direito positivo brasileiro. De início, impunha-se como obrigatória a arbitragem em questões relativas a seguro e locação de serviços. Mais tarde, o Código Comercial obrigou à adoção do juízo arbitral para as controvérsias oriundas de locação mercantil, de relações entre os sócios das sociedades comerciais, e de várias outras fontes. No mesmo ano de 1850, em que se editou o Código Comercial, surgiu o Reg. nº 737, destinado a disciplinar o processo relativo às causas comerciais, e nele também se previa a submissão dos conflitos entre comerciantes à decisão arbitral.

Não obstante essa ampla disciplina legal, o juízo arbitral nunca chegou a ser uma realidade entre nós, e muito se tem especulado sobre a causa dessa autêntica rejeição do instituto que tão franca acolhida encontrou em outras partes do mundo civilizado. A explicação mais plausível que se deu a essa situação específica do meio jurídico brasileiro foi a de que o Dec. nº 3.900, de 26.06.1867, teria inviabilizado a implantação do importante instituto, ao dispor, em seu art. 9º, que a cláusula de compromisso, sem a nomeação dos árbitros, ou relativa a questões eventuais, não valia senão como promessa e ficava dependente para a perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os requisitos enumerados no seu art. 8º, como sobre as declarações essenciais exigidas pelo art. 10.

Esse sistema de somente considerar obrigatório o juízo arbitral quando o compromisso viesse a ser firmado, com toda solenidade legal, depois de já concretizado o litígio, tornando a

cláusula compromissória um pacto *de contrahendo* desprovido de eficácia ou força legal, foi, sem dúvida, o que desprestigiou o remédio extrajudicial de composição de conflitos. Era evidente que, depois de eclodido o litígio, desapareciam todas as condições favoráveis à formalização do compromisso e à renúncia à tutela da Justiça oficial.

Não se registrou, outrossim, progresso algum nesse setor do direito brasileiro durante mais de um século, porquanto o Código Civil e os Códigos de Processo Civil que se lhe seguiram continuaram a tratar a cláusula compromissória como figura “inteiramente inócua, inútil, sem força obrigatória”, tal como antes fizera o Dec. nº 3.900.1

Até a data recente, o juízo arbitral praticamente não existia no Brasil, a não ser como assento de especulação teórica em doutrina, visto que na experiência concreta não se tinha notícia de qualquer compromisso que, nos moldes dos arts. 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil, fizesse atuar a importante via alternativa de pacificação de litígios como realidade na convivência social.

Como o Brasil tinha sérios compromissos internacionais de viabilizar o juízo arbitral, principalmente em função dos mercados comuns a que se integrou ou a que se ligou, tornou-se imperiosa a necessidade de modernizar a legislação interna acerca da arbitragem. Assim, adveio a Lei nº 9.307, de 23.09.1996, que revogou toda a disciplina localizada no interior do Código Civil e do Código de Processo Civil, e que tratava do tema.

Desde então, o Juízo arbitral passou a ser objeto de lei especial, tanto no que diz respeito à matéria de fundo como à de natureza processual.

A nova lei dispôs sua disciplina em sete capítulos, assim distribuindo a regulamentação do Juízo arbitral:

I – *Disposições gerais*

II – *A convenção de arbitragem e seus efeitos*

III – *Os árbitros*

IV – *O procedimento arbitral*

V – *A sentença arbitral*

VI – *Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*

VII – *Disposições finais*

1.462. Disposições gerais

Nos arts. 1º e 2º, a Lei nº 9.307 cuidou da arbitragem no seu aspecto *objetivo* e *subjetivo*, definindo que tipo de direito subjetivo pode ser tratado no juízo arbitral e que tipo de pessoa se legitima a figurar nele.

Assentou-se, assim, que:

a) somente as pessoas maiores e capazes podem se valer do juízo arbitral; e

b) nele só se admitem litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.²

Vale dizer: sendo o juízo arbitral concebido como fruto da livre convenção entre as partes, só se torna admissível entre as pessoas que gozem de autonomia jurídica para disciplinar suas relações jurídicas e somente pode ter como objeto aqueles bens dos quais os titulares possam livremente dispor em seus contratos.

Sendo fruto de convenção, o juízo arbitral não pode sujeitar terceiros estranhos ao pacto que

o tornou obrigatório para os contratantes, nem mesmo quando se trate de litisconsortes necessários.³ Ocorrendo, no entanto, sucessão de empresas, a incorporadora da signatária da convenção arbitral ficará sub-rogada na obrigação de sujeitar-se à arbitragem, como, aliás, ocorre com todos os direitos e obrigações da incorporada (Código Civil, art. 1.116). O mesmo se passa, em geral, com a cessão de contrato (dita *cessão de posição contratual*), quando dele conste cláusula de sujeição obrigatória à arbitragem.⁴

Quanto ao direito material a ser aplicado pelos árbitros, prevê a Lei no 9.307 que o contrato pode submeter o litígio tanto ao *direito positivo* como à *equidade*, a critério das partes (art. 2º, *caput*).

Reconhece-se, outrossim, que a convenção poderá escolher, livremente, as regras de direito a serem aplicadas, adotando, por exemplo, as do direito nacional ou do direito de algum país estrangeiro. Mesmo dentro do ordenamento jurídico nacional, é lícito selecionar-se um tipo de lei, excluindo-se outro, desde que, é claro, não sejam ofendidos os bons costumes e a ordem pública (art. 2º, § 1º).⁵

Permite-se, ainda, que a convenção submeta o julgamento arbitral aos “princípios gerais do direito”, aos “usos e costumes” e às “regras internacionais de comércio” (art. 2º, § 2º).

O julgamento por equidade, ou seja, independentemente da submissão ao direito positivo, só será viável quando expressamente aceito por ambas as partes da convenção de arbitragem.

As normas procedimentais também poderão ser objeto de convenção entre as partes do negócio arbitral, sendo possível tanto a adoção de regras de órgão arbitral institucionalizado ou de entidade especializada como ainda se permite a criação do procedimento pelo próprio contrato. Há, finalmente, a previsão de o contrato poder delegar aos árbitros ou ao tribunal arbitral a função de regular o procedimento (art. 21).

Aliás, se a convenção for omissa, a presunção legal é de que o árbitro, ou o tribunal, terá poderes para disciplinar o procedimento (art. 21, § 1º).

1.463. Convenção de arbitragem

Pela livre convenção entre os interessados, é possível desviar a matéria litigiosa da esfera do Poder Judiciário, afetando-a ao conhecimento de pessoa ou organismo não vinculados à Administração Oficial da Justiça.

Essa convenção abrange duas modalidades de negócio jurídico, ambas com força vinculante para as partes e com plena eficácia de eliminar a sujeição do litígio à Justiça estatal. São elas: a) a *cláusula compromissória*; e b) o *compromisso arbitral* (Lei no 9.307, art. 3º).

Desde o momento, portanto, em que, dentro do contexto de um contrato, se estipule que eventual litígio entre os contratantes em torno das obrigações nele pactuadas será dirimido por meio de árbitros, estará definitivamente imposta a via extrajudicial como obrigatória. O juízo arbitral, no futuro, quando porventura eclodir o litígio, não poderá unilateralmente ser descartado. Não haverá mais a possibilidade, vigorante no sistema anterior, de um só dos contratantes impor seu veto ao procedimento extrajudicial, recusando-se a firmar o “compromisso” de escolha dos árbitros e definição do objeto do conflito a ser por eles solucionado. Prevê a Lei no 9.307 instrumentos de execução compulsória do pacto contido na cláusula compromissória, por meio dos quais se supre judicialmente a não cooperação da parte inadimplente quanto à efetiva

consumação do definitivo “compromisso arbitral”, sem o qual não se forma a relação processual que fará as vezes do processo judicial.

1.464. Cláusula compromissória

O antecedente natural do juízo arbitral é a cláusula compromissória. Consiste ela na “convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (Lei no 9.307, art. 4º).

Embora a instalação do procedimento da arbitragem, em princípio, não possa prescindir do “compromisso arbitral”, ou de decisão judicial que o supra, a grande resolução realizada pela Lei no 9.307 foi a de tornar obrigatória a “cláusula compromissória”, de sorte que, por si só, esse tipo de pacto se apresenta como adequado para afastar o conflito da apreciação judicial (v., adiante, no 1.466-a).

Instituiu-se um mecanismo judicial para compelir a parte omissa a sofrer a execução específica da cláusula compromissória, que, como as demais obrigações de fazer, passou a contar também com via de acesso a um adequado procedimento de execução forçada. Deu-se à cláusula compromissória, dessa maneira, o mesmo tratamento que, de longa data, se dispensava ao compromisso de compra e venda irrevogável e outras promessas similares (CPC, arts. 466-A e 466-B).

1.465. Requisitos da cláusula compromissória

A cláusula compromissória tem sua eficácia, segundo o art. 4º, § 1º, da Lei no 9.307, subordinada a um requisito formal: “deve ser estipulada por escrito” (ato solene). A convenção, porém, tanto pode inserir-se no próprio contexto do contrato principal como em documento apartado que a ele se refira.

Quanto às relações de consumo, o art. 51, inc. VII, do Código de Defesa do Consumidor, considerava nula, de pleno direito, qualquer cláusula que determinasse a utilização compulsória de arbitragem. A Lei no 9.307 revogou essa cominação que protegia o consumidor, ao não incluí-la no novo e completo regime jurídico do juízo arbitral. Embora não mais se vede a inserção de cláusula compromissória nos contratos alcançados pelo Código de Defesa do Consumidor, instituiu-se um regime formal específico para melhor acautelar os interesses da parte fraca nas relações de consumo.

Assim, prevê o art. 4º, § 2º, da Lei no 9.307, que, nos contratos de adesão, que são os mais frequentes nas relações de consumo, a cláusula compromissória somente terá eficácia se observar uma das seguintes formas: *a)* redação em documento separado, firmado pela parte aderente, elaborado com o específico objetivo de instituir a cláusula de sujeição à arbitragem; ou *b)* cláusula redigida em negrito, dentro do contexto contratual, com a assinatura ou o visto do aderente especialmente lançados para tal cláusula.

Há, porém, ponderáveis opiniões no sentido de que a Lei no 9.307 não teria revogado o art. 51, inc. VII, do Código de Defesa do Consumidor, visto que o dispositivo do art. 4º, § 2º, do diploma regulador da arbitragem, não teria feito alusão direta às normas protetivas do consumidor, que impedem em seu âmbito a cláusula arbitral. A disciplina da arbitragem reporta-

se apenas aos contratos de adesão, o que, porém, não é sinônimo de contrato de consumo, até mesmo porque no campo de tutela do consumidor muitos contratos não se ajustam como de adesão.⁶

1.466. Execução da cláusula compromissória

Sendo obrigatório o cumprimento da cláusula compromissória, qualquer um dos contratantes pode compelir o outro a instaurar o procedimento arbitral quando o cumprimento do contrato incorrer em litígio.

A lei prevê duas situações distintas, a propósito da implantação do juízo por árbitros, ou seja: *a)* aquela em que o compromisso tenha disciplinado a matéria; e *b)* aquela em que foi omissa a respeito.

Na primeira situação, o compromisso poderá se vincular às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Nesse caso, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras (Lei no 9.307, art. 5o), e não haverá necessidade de ser realizado o compromisso de que trata o art. 9o. A cláusula compromissória, completada pelas regras permanentes do órgão institucional, fará as vezes do compromisso arbitral.⁷

Outra opção é a de o próprio contrato disciplinar a forma de instituição da arbitragem, caso em que a convenção será a lei procedimental a prevalecer entre as partes (art. 5o, *in fine*).

Se o ajuste não cuidou de disciplinar a forma de instituir a arbitragem, o procedimento a ser seguido, de acordo com o art. 7o da Lei no 9.307, será o seguinte:

a) a parte interessada, por meio de correspondência, por via postal ou por qualquer outro meio de comunicação, mediante comprovação de recebimento, manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral (isto é, para escolher os árbitros e fixar o objeto do julgamento arbitral);

b) se a parte convocada não comparecer ou recusar-se a firmar o compromisso arbitral, terá a parte que procedeu à convocação a faculdade de ingressar em juízo para obter a execução específica da cláusula compromissória (art. 6o).

A petição inicial, relativa à execução forçada, deverá indicar, com precisão, o objeto da arbitragem e será instruída com o documento que contiver a cláusula compromissória (art. 7o, § 1o).

Deferida a petição, seguir-se-á a citação da parte inadimplente para comparecer a uma audiência destinada especialmente à lavratura do compromisso (art. 7o).

Na audiência, o juiz tentará, antes de tudo, obter a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral (art. 7o, § 2o).

Não chegando as partes ao acordo, o juiz, depois de ter ouvido o réu, decidirá, na própria audiência ou em 10 dias, determinando os termos da arbitragem, de acordo com a cláusula compromissória e suprimindo a falta de acordo acerca de todos os dados previstos nos arts. 10 e 21, § 2o, da Lei específica (art. 7o, § 3o).

A escolha dos árbitros respeitará o que estiver previsto na cláusula compromissória e, no seu silêncio, deliberará o juiz, a quem será lícito, em tal hipótese, nomear árbitro único.

Quando o autor não comparecer à audiência, sem motivo justo, o processo judicial será

extinto sem julgamento de mérito (art. 7º, § 5º). Se a ausência for do réu, o juiz, depois de ouvido o autor, proferirá sentença disciplinando a matéria correspondente ao compromisso arbitral e nomeará árbitro único (art. 7º, § 6º).

A sentença equivale, *in casu*, à de cumprimento de obrigação de contratar ou de declarar vontade (CPC, arts. 466-A e 466-B). Valerá como o compromisso arbitral a que ambas as partes se obrigaram na cláusula compromissória (Lei nº 9.307, art. 7º, § 7º).

1.466-a. Cláusula “cheia” e cláusula “vazia”

Antes de recorrer ao procedimento judicial para suprir a falta do compromisso, é necessário, segundo certa corrente doutrinária, verificar se a cláusula compromissória pode ser qualificada como “cheia” ou “vazia”.

Reputa-se *cheia* ou *completa*, segundo precisa definição de Carmona, “a cláusula compromissória em que as partes, valendo-se da faculdade prevista no art. 5º da Lei de Arbitragem, reportam-se às regras de um órgão arbitral ou entidade especializada, *caso em que a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras*; reputa-se *vazia* a cláusula que não se reporta às citadas regras, nem contenha as indicações para a nomeação de árbitros, de forma a possibilitar a constituição do juízo arbitral”.⁸

Assim é que, não havendo acordo sobre o compromisso, haverá o julgador de decidir, respeitando as disposições da cláusula compromissória. De modo que, estando diante de cláusula *cheia*, a sentença proferida, na constituição do compromisso, deverá observar a forma de instituição da arbitragem e as regras ali previstas pelas partes, consoante disposto no art. 7º, § 3º, da Lei de Arbitragem.

É que nesta hipótese – cláusula *cheia* ou *completa* – entende-se, segundo a melhor doutrina, que o compromisso é dispensado à vista de “valer a cláusula como compromisso”.⁹ Dessa maneira, não se está fugindo da exigência legal do compromisso, mas sim enxergando-o dentro da própria cláusula *cheia* ou *completa*, posto que diante dela nada restaria ao Poder Judiciário para completar o negócio jurídico consumado entre as partes.

Na sistemática adotada pela Lei nº 9.307, as partes são livres para ajustarem que a arbitragem seja instituída e processada por algum órgão institucional ou entidade especializada, e a vontade consignada pelas partes haverá de ser respeitada, ainda quando o *compromisso* resultar de sentença judicial. É o que resulta, outrossim, do comando do art. 21 da Lei de Arbitragem:

“Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou tribunal, regular o procedimento.”

O respeito ao conteúdo da cláusula na instituição do *compromisso* está em que, consoante advertência de J. E. Carreira Alvim, “na convenção de arbitragem, reina quase absoluto o princípio da vontade dos contratantes, que só encontra obstáculo intransponível no preceito legal que determina o respeito à ordem pública e aos bons costumes (art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.307/96)”.¹⁰

A tese doutrinária em questão já foi prestigiada pela jurisprudência, pois o Tribunal de Justiça de São Paulo, na interpretação dos arts. 5º e 6º da Lei nº 9.307, adotou a distinção entre cláusula compromissória *vazia* e cláusula *cheia* ou *completa*. Tal como recomendado pelas lições já expostas, teve-se como *vazia* a cláusula que nada estipula acerca do modo de instituir a arbitragem; e *cheia* a que já contém disciplina a ser observada, reportando-se ao regulamento de órgão arbitral institucional, ou entidade especializada, e estabelecendo desde logo regras próprias do compromisso arbitral.¹¹

Segundo o acórdão do Tribunal Paulista, é em face da cláusula compromissória *vazia* que se torna necessário o recurso ao procedimento judicial para suprimimento do compromisso arbitral. Já na cláusula *cheia*, não cabe a medida judicial, porque, escolhido de comum acordo o órgão arbitral institucional, ou a entidade especializada, são suas regras que haverão de ser obedecidas. “A instituição da arbitragem ocorrerá com a ida ao órgão ou entidade escolhida, provocando-o para estabelecê-las”, de modo que desnecessário será “o juiz estabelecer o conteúdo do compromisso, nem, tampouco, nomear árbitros, ou árbitro para a solução do litígio”.¹²

1.466-b. Direito intertemporal

A Lei de Arbitragem é, à evidência, uma lei sobre processo, mas em seu bojo estipulam-se preceitos que transcendem o âmbito procedimental e atingem, sem dúvida, a normatização substancial ou de fundo, especialmente no tocante ao direito das obrigações.

Daí as incertezas surgidas acerca da imediata incidência do regime da Lei nº 9.307/96 sobre os contratos firmados antes de sua entrada em vigor. Fosse ela considerada apenas como uma lei de direito processual civil, inquestionável seria sua aplicabilidade imediata, alcançando até mesmo processos em andamento, como se deu, v.g., com o Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.211). Dentro dessa concepção, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais chegou a decidir que, “em tema de juízo arbitral, matéria estritamente processual, é irrelevante que a arbitragem tenha sido convencionada antes da vigência da Lei nº 9.307/96”.¹³ Aplicou-se, portanto, a tese de que a cláusula compromissória, mesmo convencionada antes da Lei nº 9.307/96, estaria dotada de força obrigatória.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, enfrentando o mesmo tema, enveredou por caminho diverso, entendendo que “cláusula arbitral assumida em contrato anterior ao advento da Lei nº 9.307/96 continua correspondendo a simples promessa de constituir o juízo arbitral, sem força de impedir que as partes pleiteiem seus direitos no Juízo comum (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal)”.¹⁴

Dirimindo o dissídio pretoriano, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese de que, para definir o comando da Lei de Arbitragem, não se pode pensar que o intérprete esteja apenas estudando normas novas relativas a processos pendentes. O procedimento arbitral é, antes de tudo, fruto de um contrato, e definir os efeitos de um contrato não é matéria pertencente ao direito processual e sim ao direito das obrigações.

Ora, em relação aos contratos é antiga a jurisprudência, fundada no art. 6º da Lei de Introdução, no sentido de que “a lei nova é inoponível aos contratos em curso”,¹⁵ ou seja, “celebrado o negócio jurídico sob a égide de uma lei, é essa aplicável para reger a relação jurídica constituída, de duração determinada e definida, em garantia do ato jurídico perfeito e

em atenção à necessidade de segurança e certeza reclamadas pela vida em sociedade para o desenvolvimento das relações civis e comerciais”.¹⁶ Essa corrente, é bom lembrar, conta com o prestígio, inclusive, do Supremo Tribunal Federal, para quem “a incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas”.¹⁷

O que, afinal, restou assentado pelo STJ foi que a Lei no 9.307/96 “não pode retroagir para atingir os efeitos do negócio jurídico perfeito”, de modo que “não se aplica, pois, aos contratos celebrados antes do prazo de seu art. 43”.¹⁸

Não se pode, em consequência, executar compulsoriamente a cláusula compromissória constante de contrato anterior à Lei no 9.307/96, porque isto não é problema de simples aplicação de normas de procedimento, mas, segundo decidiu o STJ, “de regras que, se aplicadas, afetariam os efeitos da obrigação assumida no passado e, consequentemente, o direito material das partes” (voto vencedor do Relator do REsp. no 238.174/SP).¹⁹

A Corte Especial do STJ, no entanto, uniformizou entendimento diverso: ao homologar sentença arbitral estrangeira, baseada em contrato anterior à atual legislação brasileira, decidiu que a Lei no 9.307/1996 era de aplicabilidade imediata, alcançando inclusive os contratos firmados antes de sua publicação.²⁰ Assim, não há mais lugar para o dissídio jurisprudencial que vinha ocorrendo sobre o tema.

1.467. Autonomia da cláusula compromissória

O art. 8º da Lei no 9.307 instituiu a autonomia da cláusula compromissória, de modo a evitar que arguição de nulidade do contrato principal pudesse invalidar a convenção de sujeição do negócio jurídico ao julgamento sob regime de arbitragem.

Com efeito, uma das manobras antigas detectadas na experiência estrangeira, utilizada para evitar o arbitramento, consistia justamente em recorrer à Justiça ordinária propondo demanda de invalidação do contrato, para assim alcançar a cláusula arbitral, como acessório do negócio questionado.

A Lei no 9.307, na esteira da jurisprudência europeia atual, procurou evitar essa burla à arbitragem, atribuindo plena autonomia à cláusula compromissória. Dessa forma, conferiu competência aos próprios árbitros para resolver, de ofício ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (art. 8º). Logo, se uma das partes quiser arguir a nulidade do contrato, terá de fazê-lo perante o juízo arbitral e não em face de juízo da Justiça ordinária.

Com maior razão deverá pertencer ao juízo arbitral a competência para decidir sobre o rompimento do contrato por descumprimento de suas cláusulas e a responsabilidade por perdas e danos.²¹

1.468. Compromisso arbitral

É o compromisso arbitral que realmente dá ensejo à abertura do concreto procedimento de

juízo de julgamento da lide por árbitros, ou seja, por julgadores não investidos da jurisdição estatal.

Define-o a Lei nº 9.307 como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas” (art. 9º).

Admite-se que seja *judicial* ou *extrajudicial*. Judicial é o celebrado perante a autoridade judiciária, tomado por termo nos autos. Pressupõe processo primitivamente aberto em juízo e funciona como causa de extinção do processo judicial, sem resolução de mérito (CPC, art. 267, inc. VII).

O compromisso extrajudicial é o que se celebra fora de qualquer processo judicial e que se formaliza por instrumento particular, assinado com duas testemunhas, ou por instrumento público.

Qualquer que seja a forma adotada, o compromisso arbitral deverá conter elementos essenciais e poderá abranger outros elementos complementares ou facultativos.

Obrigatoriamente, o compromisso terá de conter (art. 10):

I – nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II – nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, identificação da entidade à qual as partes delegarem a indicação de árbitros;

III – a matéria que será objeto da arbitragem;

IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

A inobservância dos requisitos essenciais ou obrigatórios conduz à nulidade do julgamento arbitral.

O núcleo, porém, do compromisso arbitral está, sem dúvida, na exata individuação do litígio, tanto objetiva como subjetivamente, pois será ele o *objeto* e o *limite* da função julgadora dos loubados.

Segundo o art. 11 da Lei nº 9.307, pode o compromisso conter, ainda, as seguintes cláusulas facultativas:

I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III – o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

O compromisso arbitral que contiver a fixação dos honorários será título executivo extrajudicial em favor do árbitro. À sua falta, caberá ao juiz arbitrá-los por sentença, a requerimento do interessado (Lei nº 9.307, art. 11, parág. único).

1.469. Extinção do compromisso arbitral

Prevê o art. 12 da Lei nº 9.307 três casos de extinção do compromisso arbitral, os quais, uma vez verificados, liberam as partes para buscar na Justiça comum a prestação jurisdicional. São eles:

I – a *escusa de qualquer dos árbitros*, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes

tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto. Inexistindo semelhante vedação, o árbitro será substituído nos termos da convenção ou por acordo. E, se tal não for possível, recorrer-se-á à deliberação judicial (art. 16, §§ 1º e 2º);

II – *falecimento de algum dos árbitros, ou impossibilidade de proferir seu voto*, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto. A situação é a mesma do item anterior (art. 16, §§ 1º e 2º);

III – *expiração do prazo previsto para conclusão da arbitragem* (art. 11, inc. III). A extinção dependerá, porém, de a parte interessada previamente notificar o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe 10 dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

1.470. Os árbitros

O árbitro deve ser pessoa capaz da confiança das partes (art. 13). Não se exige formação ou habilitação jurídica.

Cabe às partes a escolha do árbitro ou dos árbitros e respectivos suplentes (art. 13, § 1º). Se houver mais de um árbitro, o corpo arbitral deverá ser em número ímpar, para evitar o impasse de votação empatada.

Se as partes escolhem árbitros em número par, os próprios escolhidos ficam autorizados a nomear mais. E se não houver acordo, as partes requererão à autoridade judiciária a nomeação do desempator, observando-se o rito do art. 7º (art. 13, § 2º).

As regras a observar na escolha dos árbitros poderão ser estabelecidas pelas partes quando da cláusula compromissória. Será lícito, também, adotarem-se as regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada (art. 13, § 3º).

O colégio arbitral terá um presidente, escolhido pela maioria. Se não houver consenso, será designado presidente o mais idoso (art. 13, § 4º). Ao presidente cabe escolher um secretário, que, se necessário, fará as vezes de escrivão e poderá ser um dos próprios árbitros (§ 5º).

A atuação do árbitro, tal como a do juiz ordinário, deve caracterizar-se pela independência e imparcialidade, exigindo-se-lhe, ainda, competência, diligência e discrição (art. 13, § 6º).

Pelo art. 14 da Lei nº 9.307, estão *impedidos* de funcionar como árbitros as pessoas que se achem, com relação às partes ou ao litígio, naquelas situações em que as leis processuais configuram o *impedimento* e a *suspeição* dos juízes (art. 14) e que constam dos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil.

Os deveres dos árbitros são também os mesmos dos magistrados, previstos no Código de Processo Civil (Lei nº 9.307, art. 14). Ressalta, ainda, a Lei especial, os deveres de imparcialidade, diligência e discrição (art. 13, § 6º).

Incumbe à pessoa indicada para funcionar como árbitro o dever de revelar, antes da aceitação do encargo, qualquer fato que comprometa sua imparcialidade e independência (art. 14, § 1º).

Cabe, outrossim, exceção de iniciativa de qualquer das partes para recusar o árbitro impedido ou suspeito, por motivo posterior à nomeação (§ 2º). Se a razão da recusa prender-se a fato anterior, só terá cabimento em duas hipóteses, a saber:

a) se o árbitro não tiver sido nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) se o motivo de recusa somente veio a ser conhecido, pela parte, após a nomeação do

árbitro.

Tanto no caso de não aceitação como no de acolhida da exceção, o árbitro deverá ser substituído, sem prejuízo do prosseguimento do juízo arbitral. Somente se extinguirá o compromisso e as partes ficarão sujeitas à jurisdição civil ordinária quando na convenção arbitral houver expresso ajuste de não se aceitar substituto para os árbitros de início escolhidos (art. 16 e §§).

Para efeitos penais, os árbitros, no exercício de suas funções ou em razão delas, equiparam-se aos funcionários públicos (art. 17).

1.471. O procedimento

O art. 19 da Lei no 9.307 prevê como momento inicial do procedimento arbitral aquele em que o árbitro ou os árbitros aceitam suas nomeações.

As primeiras deliberações arbitrais dizem respeito ao esclarecimento e à complementação da convenção arbitral, elaborando, se necessário, juntamente com as partes, um adendo que passará a fazer parte da referida convenção, para valer durante o procedimento (art. 19, parág. único).

Em seguida, as partes deverão, na primeira oportunidade em que tiverem de se manifestar, formular suas exceções de incompetência, impedimento ou suspeição, bem como as arguições de nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem (art. 29). Todas essas matérias serão dirimidas no âmbito do próprio juízo arbitral. Se, todavia, a decisão deixar o processo arbitral contaminado de nulidade, as partes poderão recorrer ao Judiciário, por meio da ação prevista no art. 33 da Lei no 9.307.

Superadas as preliminares, a arbitragem terá curso, observando o procedimento que a convenção houver previsto, de forma originária, ou mediante referência às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Permite-se, também, que as partes deleguem ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento (art. 21).

Ter-se-á como implicitamente conferida ao árbitro ou tribunal arbitral tal delegação, sempre que a convenção for silente acerca do procedimento (art. 21, § 1o).

Qualquer que seja o rito a observar, sempre haverão de prevalecer os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, § 2o).

A lei não obriga a participação de advogado, mas franqueia às partes atuarem mediante representação ou assistência de causídico (art. 21, § 3o).

Tal como se passa com o juiz togado (CPC, art. 125, IV), compete ao árbitro, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, antes de passar à fase instrutória da causa (Lei no 9.307, art. 21, § 4o).

A atividade de instrução, presidida pelo árbitro, ou tribunal arbitral, pode consistir na ouvida de testemunhas, na realização de perícias, no depoimento pessoal das partes ou outras provas que julgar necessárias. Todas elas serão colhidas pelo árbitro, de ofício, ou a requerimento das partes (art. 22).

A forma de colher e registrar o depoimento das partes e testemunhas é a mesma do Código de Processo Civil (art. 22, § 1o).

No caso de recusa da parte, sem justa causa, de comparecer para prestar depoimento, a Lei, sem prever expressamente a pena de confesso, determina que o fato seja levado em consideração no momento da prolação da sentença arbitral (art. 22, § 2o). Se a falta for cometida por testemunha, a lei não conferiu ao órgão arbitral o poder de providenciar a remoção compulsória do infrator. Deverá o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, requerer à autoridade judiciária que faça conduzir a testemunha renitente (*idem*).

Ocorrendo a substituição de árbitro, durante o procedimento arbitral, o substituto, a seu critério, poderá exigir a repetição das provas já produzidas (art. 22, § 5o).

A revelia da parte demandada não será empecilho ao prosseguimento do feito e à prolação da sentença arbitral (art. 22, § 3o).

1.472. Medidas cautelares

A lei não confere ao árbitro ou ao tribunal arbitral poder de tomar medidas coercitivas ou medidas cautelares em caráter preparatório ou incidental.

Quando tais providências se fizerem necessárias, o órgão arbitral terá de solicitá-las ao órgão judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa (art. 22, § 4o).²²

Essas medidas, porém, não podem nascer de deliberação *ex officio* do árbitro. Cabe à parte requerê-las e, sendo julgadas cabíveis e necessárias, seu deferimento ocorrerá, ainda, no âmbito do juízo arbitral, sendo a execução solicitada, em seguida, ao juízo ordinário. Por outro lado, não é dado à parte dirigir-se diretamente ao juiz togado para requerer-lhe medida preventiva a ser aplicada sobre os bens e direitos disputados no procedimento extrajudicial. Originariamente, a competência sobre o incidente é do árbitro ou do órgão arbitral.²³ Uma vez, entretanto, que a este falta o *imperium* necessário à atividade executiva, é ao juiz togado que a lei confere o poder de providenciar a implementação das medidas coercitivas, mesmo quando dentro do juízo arbitral.²⁴

O juiz da execução das medidas preventivas, por sua vez, decidirá sobre impugnações eventualmente formuladas durante a diligência que lhe for delegada, inclusive a respeito da sua legitimidade. É claro que o magistrado oficial não será um simples autômato diante da diligência e poderá recusar-lhe execução se entendê-la ilegal.²⁵ Não lhe cabe, porém, reexaminar a medida quanto à sua conveniência e oportunidade, mas apenas quanto à sua legalidade, como, por exemplo, verificar se o juízo arbitral se acha validamente instalado e se aquele que se pretende sujeitar ao provimento de urgência está, de fato e de direito, sujeito à autoridade arbitral. Enfim, o juiz togado, diante da requisição de cumprimento judicial da medida de urgência, deverá se comportar dentro dos mesmos limites preconizados pelo art. 209 do CPC, no tocante ao cumprimento das cartas precatórias.²⁶

Nenhuma hierarquia há, na espécie, entre o juiz togado e o árbitro. Ambos desempenham, dentro das respectivas competências, a jurisdição plena. O que deles se espera é um trabalho harmônico, de colaboração e complementação, de modo que afinal seja prestada às partes uma tutela jurisdicional adequada, eficaz e justa, dentro da perspectiva moderna do *processo justo* consentâneo com as garantias prometidas pelo Estado Democrático de Direito.²⁷

A competência primária para avaliar e deferir medidas cautelares ou urgentes é do árbitro e não do juiz estatal.²⁸ Em regra, portanto, a parte interessada pleiteará a tutela emergencial ao

árbitro que, ao deferi-la, recorrerá, se for o caso, ao juiz togado para o emprego de meios coercitivos, quando necessários à sua implementação. Pode acontecer que a medida de urgência reclame providências imediatas e o juízo arbitral ainda não se acha instalado. Em tal quadra, a ação cautelar será aforada na justiça estatal, em caráter preparatório. Cumprida a diligência, e uma vez iniciado o procedimento arbitral, os autos serão encaminhados ao árbitro para reavaliação da medida, podendo mantê-la ou não, no exercício da competência que o juízo arbitral passou a conferir-lhe.²⁹

1.472-a. Sentença arbitral

A atual lei de arbitragem não mais apelida de laudo o ato decisório do procedimento arbitral. Tendo procedido à equiparação dele com a decisão judicial, o seu *nomen iuris* também passou a ser sentença, mais especificamente sentença arbitral (art. 23).

Sem depender de homologação em juízo, a sentença arbitral, por si só, produzirá entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constituirá título executivo (art. 31).

A sentença dos árbitros deverá ser proferida no prazo previsto na convenção arbitral, e, não havendo essa previsão, no prazo legal de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro (art. 23).

As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar dito prazo (art. 23, parág. único). Mas, à falta de acordo, qualquer das partes pode requerer a extinção do compromisso arbitral, por excesso de prazo (art. 12, III), ou, ainda, a nulidade da sentença porque proferida fora do prazo (art. 32, VII).

1.472-b. Requisitos da sentença arbitral

A sentença do órgão arbitral, singular ou coletivo, será sempre expressa em documento escrito (art. 24, *caput*).

Sendo vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se inoportunizar acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do colegiado arbitral (art. 24, § 1º).

São requisitos obrigatórios da sentença arbitral (art. 26):

I – o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III – o dispositivo em que os árbitros resolverão as questões que lhe foram submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV – a data e o lugar em que foi proferida.

A sentença deverá ser assinada por todos os árbitros. Se, porém, um deles se recusar a firmá-la, caberá ao presidente certificar tal ocorrência (art. 26, parág. único).

Proferida a sentença arbitral, tem-se por finda a arbitragem, devendo ser enviada cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento ou, ainda, entregando-a diretamente às partes mediante recibo (art. 29).

Se, antes do julgamento da causa pelo órgão arbitral, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, este fato poderá, a pedido das partes, ser declarado em sentença arbitral (art. 28), que, naturalmente, terá a natureza homologatória.

1.472-c. Recursos

Os árbitros julgam como juízes de fato e de direito, e a sentença que proferem não fica sujeita a recurso nem depende de homologação judicial (art. 18).

Cabem, todavia, embargos de declaração, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença, com comunicação à outra parte, quando houver necessidade de (art. 30):

- a) corrigir qualquer erro material da sentença arbitral;
- b) esclarecer alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou suprir omissão sobre ponto a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Caberá ao órgão arbitral decidir os embargos de declaração no prazo de 10 dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes, na forma do art. 29 (parág. único do art. 30).

Da sentença que julgar o pedido de instituição de arbitragem, por recusa de cumprimento voluntário da cláusula compromissória (art. 7º), caberá apelação, sem efeito suspensivo, caso seja decretada a procedência do feito (art. 41, que alterou o art. 520, VI, do CPC).

1.472-d. Nulidade da sentença arbitral

Há, segundo o art. 32 da Lei nº 9.307, oito casos de nulidade da sentença arbitral, que se configuram quando:

- I – apoiar-se em compromisso nulo (ofensa aos arts. 1º, 9º, 10 e 12);
- II – emanar de quem não podia ser árbitro (violação aos arts. 13 e 14);
- III – não contiver os requisitos do art. 26 (ofensa aos requisitos essenciais);
- IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem (sentença *ultra* ou *extra petita*, em desconformidade com os arts. 10 e 26);
- V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem (sentença *citra petita*, com ofensa ao art. 26, III, e 30, II);
- VI – for proferida, comprovadamente, por prevaricação, concussão ou corrupção passiva (ofensa aos arts. 13, § 6º, e 17);

VII – for proferida fora do prazo (ofensa ao art. 12, III, observada, porém, a ressalva constante do mesmo dispositivo);

VIII – for proferida com desrespeito aos princípios de que trata o art. 21, § 2º (ofensa aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento).

A declaração de nulidade não é postulada ao juízo arbitral, mas sim ao juízo ordinário (Poder Judiciário), onde o pleito observará o procedimento comum, disciplinado pelo Código de Processo Civil (art. 33).

A lei marca o prazo de 90 dias para a propositura da ação de invalidação, a contar da notificação da sentença arbitral (art. 33, § 1º). Dito prazo extintivo é de aplicar-se aos vícios que maculam o juízo arbitral de anulabilidade, e nunca aos que afetam a substância da relação

processual, provocando a inexistência do julgado ou sua nulidade *ipso iure* (conferir, a propósito, o no 623, no vol. I desta obra).

A diferença entre os casos de nulidade absoluta e nulidade relativa é feita pelo § 2º do art. 33, onde se prevê que a decisão judicial deverá:

a) decretar a nulidade da sentença arbitral, nos casos dos incisos I, II, VI, VII e VIII (isto é, quando for nulo o compromisso, quando emanado de quem não podia ser árbitro, quando configurada a prevaricação, concussão ou corrupção passiva, quando ultrapassado o prazo previsto para a arbitragem e quando desrespeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do julgador e do livre convencimento);

b) determinar que o órgão arbitral profira nova sentença (laudo), nas hipóteses de inobservância dos requisitos da sentença (art. 26), de decisão *extra* ou *ultra petita* (art. 32, IV), e de julgamento *citra petita* (art. 32, V).

A evidência de que os casos de inexistência ou nulidade *ipso iure* não se sujeitam ao prazo decadencial do art. 33, § 1º, da Lei no 9.307, está na previsão do § 3º do mesmo artigo, onde se autoriza a decretação de nulidade da sentença arbitral em solução de embargos de devedor, opostos na conformidade do art. 741 do CPC, quando o vencedor instaurar a execução forçada do decisório arbitral.³⁰ Em tal hipótese, a exceção de nulidade não prescreve e poderá ser manejada em qualquer tempo (isto é, sempre que o credor tome a iniciativa de executar a sentença, não importa quando).

Ora, se em embargos se mostra viável, a qualquer tempo, a arguição de nulidade *ipso iure* do julgado, é claro que também a ação comum de declaração da mesma nulidade, por iniciativa do devedor, será cabível, a qualquer tempo, independentemente da restrição do art. 33, § 1º, da Lei no 9.307.

1.472-e. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras

A nova Lei de Arbitragem eliminou a exigência de só admitir à homologação da Justiça brasileira as sentenças arbitrais estrangeiras que houvessem sido previamente homologadas pela autoridade jurisdicional no país de origem. Agora, poderá ela ser submetida diretamente à homologação do Superior Tribunal de Justiça, como se passa com qualquer sentença jurisdicional alienígena.

“A sentença arbitral estrangeira” – dispõe o art. 34 da Lei no 9.307 – “será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta lei”.

E o art. 35 acrescenta: “Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.” Pela Emenda Constitucional no 45, de 08.12.2004, que introduziu a alínea *i* ao inc. I do art. 105 da CF, a competência foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao procedimento da homologação, dever-se-á observar o que dispõem os arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil (Lei no 9.307, art. 36).

Por outro lado, “somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira” nos casos expressamente arrolados pelo art. 38 da Lei no 9.307, ou seja, quando o réu demonstrar que:

- I – as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;
- II – a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;
- III – não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;
- IV – a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;
- V – a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou a cláusula compromissória;
- VI – a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral foi prolatada.

Por motivos próprios de nosso direito interno, o art. 39 da Lei nº 9.307 prevê dois casos em que o Supremo Tribunal Federal (atualmente: Superior Tribunal de Justiça) poderá, ainda, denegar a homologação da sentença arbitral estrangeira. São eles:

- a) quando, segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não for suscetível de ser resolvido por arbitragem; e
 - b) quando a decisão submetida à homologação ofender a ordem pública nacional.
- Duas regras importantes completam o regime de homologação da sentença arbitral estrangeira:

- a) “não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da Lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa” (art. 39, parágrafo único);
- b) “a denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados” (art. 40).

Diante dos termos expostos, deve-se reconhecer que o capítulo VI da Lei nº 9.307 (arts. 34 a 40) tornou-se necessário “para integrar o país ao mercado mundial, mormente por não termos firmado (originariamente) nenhuma das duas mais importantes Convenções da espécie, isto é, Nova Iorque, 1958, e Panamá, 1975. Mais ainda, vai de encontro às prementes necessidades surgidas com a implantação do Mercosul de se estabelecer um sistema legal menos burocrático e conservador, de cumprimento de decisões arbitrais estrangeiras, em linha com as regras básicas adotadas pelas referidas Convenções”.³¹

É importante lembrar que, pelo Dec. nº 1.902, de 09.05.1996, o Governo do Brasil, finalmente, promulgou a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, datada de 30.01.1975, a qual nosso país havia dado adesão por carta de ratificação de 27.11.1975. E, pelo Decreto Legislativo nº 129, de 05.10.1995, foi aprovado o Protocolo de Buenos Aires, sobre Jurisdição Internacional em matéria contratual, no âmbito do Mercosul, assinado pelo Brasil em 05.08.1994. Em todos esses compromissos internacionais, o País contraiu a obrigação de incorporar ao sistema jurídico interno regras de “reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais” em moldes que agora se enquadram no novo esquema normativo da Lei nº

9.307. Pode-se concluir que, dessa maneira, a nova legislação nacional nada mais representou do que o adimplemento dos solenes compromissos internacionais retroapontados.

1.472-f. Natureza jurídica do novo juízo arbitral brasileiro

Se, no regime anterior à Lei nº 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística.

Com efeito, não obstante apoiada no pressuposto de uma autorização contratual, o novo procedimento arbitral, uma vez instaurado, em tudo se equipara à jurisdição oficial, já que nem mesmo o compromisso depende necessariamente de intervenção judicial, nem tampouco a sentença arbitral tem sua eficácia subordinada a qualquer crivo de aprovação em juízo.

Nossa lei atual, destarte, abraçou “a teoria publicista da natureza jurídica da arbitragem”, ao “imprimir à sentença arbitral força obrigacional, com os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário, inclusive condenatório”.³²

A última e mais enérgica demonstração da adoção da teoria jurisdicional ou publicística da arbitragem, pelo novo direito brasileiro, está na inovação introduzida no art. 584, VI (atual art. 475-N, IV), do Código de Processo Civil, que passou a qualificar como título executivo judicial “a sentença arbitral”, independentemente da cláusula de homologação em juízo.

1.472-g. Coexistência de arbitragem e execução judicial de título executivo negocial

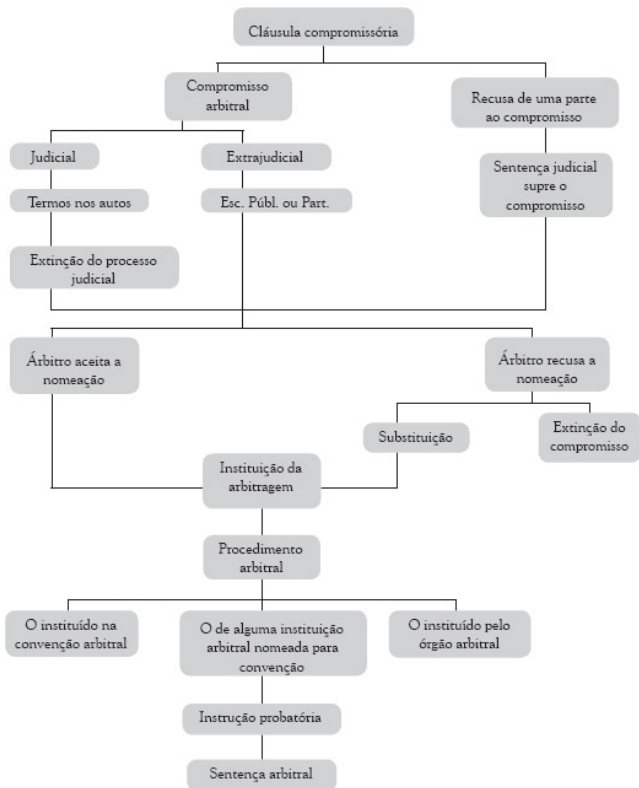
Mesmo havendo cláusula compromissória no contrato a que a lei confere a qualidade de título executivo extrajudicial, não há impedimento a que o credor promova a execução no juízo comum, sem prévio acerto perante o juízo arbitral.

O STJ decidiu que nem o fato de já haver arbitragem em curso impede o prosseguimento paralelo da execução forçada, se o objeto da discussão extrajudicial não afetar o crédito exequendo. O argumento adotado é que se deve admitir que a cláusula compromissória pode conviver com a natureza executiva do título, não se exigindo que todas as disputas oriundas de seu contrato sejam submetidas à solução arbitral.³³

Aliás, a execução forçada é tema que não se inclui na competência do juízo arbitral, nem mesmo quando a sentença condenatória tenha nele se formado (Lei nº 9.307, art. 31 c/c o CPC art. 475-N, IV). É por isso que a sujeição convencional de um contrato ao regime da arbitragem não inclui impedimento à execução judicial, se o negócio documentado configurar titular executivo extrajudicial.

Da mesma forma, o pedido de falência pode ser ajuizado perante a justiça estatal, sem qualquer passagem obrigatória pelo juízo arbitral, ainda que exista convenção de arbitragem, vigente entre credor e devedor.³⁴

JUIZO ARBITRAL
(Lei nº 9.307/96)



- 1 PIMENTEL, Álvaro Mendes. *Da Cláusula Compromissória no Direito Brasileiro*, 1934, p. 17; MARTINS, Pedro Antônio Batista. “Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o projeto de lei do Senado no 78/92”, *RF*, 332/128.
- 2 O STJ, pela sua 2ª Turma, decidiu que as “sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º)” podem recorrer à arbitragem, havendo contrato firmado com estipulação de cláusula compromissória, porque nesse caso os direitos e obrigações da sociedade são considerados disponíveis. O mesmo, entretanto, não ocorreria no caso de disputa relacionada com o poder de império da Administração Pública (STJ, 2ª T., REsp. 606.345/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 17.05.2007, *DJU* 08.06.2007, p. 240).
- 3 Sobre o tema v. nosso estudo “Arbitragem e terceiros. Litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções de terceiros”, in *Revista Forense*, vol. 362, pp. 41-61, ago./2002.
- 4 A cessão de posição contratual “implica a transferência de um complexo de direitos, de deveres, débitos e créditos” (STJ, 3ª T., REsp. 356.383/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 05.02.2002, *DJU* 06.05.2002, p. 289).
- 5 No âmbito do Mercosul, vigora o Acordo concluído em Buenos Aires, em 23.07.1998 (promulgado pelo Dec. no 4.719, de 04.05.2003), que permite às partes escolher livremente as regras de direito a aplicar na composição de litígios submetidos ao juízo arbitral, respeitada a ordem pública internacional.
- 6 NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 3. ed., São Paulo, Ed. RT, 1997, pp. 1.380-1.381; CARREIRA ALVIM, *Direito Arbitral Interno Brasileiro*, cit., pp. 74-75, nota 90.
- 7 A cláusula arbitral, na sistemática da lei brasileira pode confundir-se com o compromisso e ambos podem, indistintamente, “instituir a arbitragem, deixando a primeira de ser mera promessa de celebrar o segundo, de tal sorte que uma e outro são acordos mediante os quais renuncia-se à solução estatal de conflitos, em prol da atuação do juiz escolhido pelos litigantes” (Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, pp. 103-104).
- 8 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei no 9.307/96*, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 29 e 99.
- 9 CARMONA, *op. cit.*, p. 63.
- 10 CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado geral da arbitragem*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 256.
- 11 TJSP, 5ª C. D. Privado, AI 124.217-4/0, Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, ac. de 16.09.1999.
- 12 TJSP, AI no 124.217, cit. A Câmara Mineira de Arbitragem adotou em seu regulamento o mesmo entendimento preconizado pelo TJSP. A mesma exegese foi adotada na Ap. no 296.036-4/4 do mesmo Tribunal (TJSP, 7ª C. D. Priv., Rel. Des. Sousa Lima, ac. de 17.12.2003, *JTJ* 276/56).
- 13 TAMG, 3ª CC, Ap. no 254.852-9, Rel. Juíza Jurema Brasil, ac. de 03.06.1998, *DJMG*, 15.08.1998.

- 14 TJSP, 3a C., Ap. no 083.125-4/2, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, ac. de 01.12.1998, *RT*, 763/210.
- 15 STJ, REsp. no 53.345/CE, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJU* de 23.10.1995, p. 35.649.
- 16 STJ, REsp. no 10.391/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 03.08.1993, LEX-STJ, 53/139. No mesmo sentido: STJ, 4a T., REsp. no 41.760/SP, Rel. Min. Torreão Braz, ac. de 22.03.1994, *RSTJ*, 68/307; STJ, 4a T., REsp. no 41.888-7/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 01.03.1994, *RSTJ*, 71/293.
- 17 STF, RE no 193.792/RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 10.12.1996.
- 18 STJ, 3a T., REsp. no 238.174/SP, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, ac. de 06.05.2003, *DJU* de 16.06.2003, *Revista Dialética de Direito Processual*, 5/117.
- 19 É de se ressaltar que o Min. Carlos Alberto Menezes Direito fez uma ressalva importante: se o contrato for internacional, a convenção arbitral já era obrigatória, mesmo antes da Lei no 9.307/96, por força do Protocolo de Genebra de 1923, no qual não se faz distinção de ordem prática entre os institutos da cláusula compromissória e do compromisso (REsp. no 238.174/SP, cit. *RDDP*, vol. 5, pp. 132/133).
- 20 STJ, Corte Especial, SEC 831/FR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 03.10.2007, *DJU* 19.11.2007, p. 177.
- 21 “Tendo a parte validamente estatuído que as controvérsias decorrentes dos contratos de credenciamento seriam dirimidas por meio do procedimento previsto na Lei de Arbitragem, a discussão sobre a infringência às suas cláusulas, bem como o direito a eventual indenização são passíveis de solução pela via escolhida” (STJ, 3a T., REsp. 450.881/DF, Rel. Min. Castro Filho, ac. de 11.04.2003, *DJU* de 26.05.2003).
- 22 O Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, concluído em Buenos Aires, em 23.07.1998 (promulgado pelo Dec. no 4.719, de 04.05.2003) cogita da adoção de medidas cautelares pelo Tribunal Arbitral.
- 23 Se o juízo arbitral não estiver constituído, a medida cautelar preparatória poderá ser aforada perante juiz cível, continuando, porém, a causa principal a cargo do órgão previsto no compromisso arbitral (TJSP, 4a Câm. Dir. Priv., Ag 500.800-4/1-00, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Natan Zelinski de Arruda, ac. 24.05.2007).
- 24 Decidiu o TAMG que, mesmo tendo as partes renunciado à via judicial por força do compromisso arbitral, é possível o acesso à jurisdição estatal em relação a demandas cautelares, como as de sustação de protesto, ficando a cargo do processo de arbitragem a solução da controvérsia acerca da exigibilidade ou inexigibilidade da duplicata (TAMG, 5a CC., Ap. no 393.297-8, Rel. Juiz Mariné da Cunha, ac. de 15.05.2003).
- 25 CARREIRA ALVIM. *Tratado Geral da Arbitragem*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, pp. 406 e 408.
- 26 “O juiz recusará cumprimento à carta precatória, devolvendo-a com despacho motivado: I – quando não estiver revestida dos requisitos legais; II – quando carecer de competência, em razão da matéria ou da hierarquia; III – quando tiver dúvida acerca de sua autenticidade” (CPC, art. 209).
- 27 “Quando os compromitentes firmam o compromisso, derogando a Jurisdição estatal, conferem ao árbitro a competência e o poder para resolver todas as questões atinentes à espécie, assumindo este o dever de zelar para que as partes não sejam prejudicadas nos seus

- direitos, o que inclui, obviamente, a competência para determinar medidas cautelares ou coercitivas” (MARTINS, Pedro A. Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares. In Selena Ferreira Lemes *et al* (coords.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 363.
- 28 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 267; COLOMBO, Manuela Correia Botelho. Medidas de urgência no processo arbitral brasileiro. *Rev. de Processo*, 183/272.
- 29 TJMG, 12^a C. Civ., Ag. 1.0480.06.083392-2/001, in *Rev. de Processo*, 183/275.
- 30 Com a reforma da Lei no 11.232/2005, a menção feita pela Lei de Arbitragem aos embargos à execução e ao art. 741 do CPC deve ser substituída por “impugnação ao cumprimento da sentença”, observado o novo “art. 475-L” do mesmo CPC.
- 31 MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Op. cit.*, p. 149.
- 32 MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Op. cit.*, p. 145.
- 33 STJ, 3^a Turma, REsp 944917/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 18.09.2008, *DJe* 03.10.2008. Ainda sobre o tema, ver, no vol. I, o no 321.
- 34 “A convenção de arbitragem prevista em contrato não impede a deflagração do procedimento falimentar fundamentado no art. 94, I, da Lei 11.101/2005. A existência de cláusula compromissória, de um lado, não afeta a executividade do título inadimplido. De outro lado, a falência, instituto que ostenta natureza de execução coletiva, não pode ser decretada por sentença arbitral. Logo, o direito do credor somente pode ser exercitado mediante provocação da jurisdição estatal” (STJ – 3^a T., REsp 1.277.725/AM, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 12.03.2013, *DJe* 18.03.2013).

§ 234. NOÇÃO GERAL DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

Sumário: 1.473. Introito. 1.474. Necessidade de facilitar o acesso do credor ao título executivo. 1.475. Em que consiste o procedimento monitorio.

1.473. Introito

A Lei no 9.079, de 14.07.1995, com *vacatio legis* de 60 dias, introduziu um capítulo novo no Livro IV do Código de Processo Civil, em que se criou um novo procedimento especial relativo à *ação monitoria*.

Para compreender a inovação é preciso analisar, ainda que resumidamente, a experiência já antiga do Direito europeu acerca da matéria, assim como ter presente o bom resultado que no Velho Mundo se alcança por meio deste procedimento, que é o mais rápido e barato instrumento de composição judicial de litígios.

1.474. Necessidade de facilitar o acesso do credor ao título executivo

A experiência jurídica, ao longo do aperfeiçoamento dos sistemas processuais europeus, há muito tempo revelou que em muitas causas, desde logo, abundam motivos que fazem prever a inexistência de oposição séria do réu à pretensão do demandante.

A lide, então, é superficial, não passando do plano de insatisfação da pretensão, e, assim, não chegando ao campo da contestação a ela, que tivesse de ser solucionada ou dirimida pelo juiz. Impõe-se, portanto, tratar ditas causas por meio de instrumento processual diverso dos habituais, que atenda ao ideal de rapidez e economia, de modo a evitar dispêndio inútil de energias e despesas na atuação da vontade concreta da lei em face de um caso onde o direito da parte se mostra revelado com prévia segurança e nitidez.

Justifica-se, em tal conjuntura, toda simplificação procedimental para “abreviar-se a obtenção do título executivo”, visto que “o réu, pela natureza da relação de direito material em que se funda a pretensão do autor, é antes disposto a reconhecê-la do que a contestá-la”.¹

Os principais Códigos europeus, diante dessa particular situação do credor munido de relativa certeza de seu direito, mas privado de título executivo extrajudicial, engendraram uma forma de *summaria cognitio*, sem contraditório do devedor, em que à base de prova documental do credor, ou diante de determinadas relações jurídicas materiais, se permite ao juiz “o imediato pronunciamento de uma decisão, suscetível de constituir título executivo judicial”.²

Ao lado do processo de execução e do processo de cognição, em sua pureza, existe,

portanto, um procedimento intermediário, de larga aplicação prática e de comprovada eficiência para abreviar a solução definitiva de inúmeros litígios: trata-se do procedimento monitório ou de injunção.

Consiste tal procedimento em abolir-se, praticamente, o processo de conhecimento, indo diretamente à execução definitiva, sempre que o devedor não ofereça embargos, ou pelo menos à execução provisória, quando tais embargos sejam opostos conforme acontece no direito europeu, em alguns casos específicos. Na lei brasileira não se cuidou da hipótese de execução provisória, logo em seguida aos embargos.

Tão grande e de tão comprovada eficiência é sua aplicação na Alemanha, por exemplo, que Schönke anota que “só no ano de 1937 tramitaram pela primeira instância dos tribunais germânicos 4.515.821 feitos de procedimento monitório, contra apenas 1.654.952 de procedimento ordinário ou comum”.³

O Código de Processo Civil brasileiro em vigor adotou em matéria de execução o melhor padrão do sistema europeu, de modo que temos entre nós um processo executivo puro, enérgico, sem qualquer mescla de conhecimento que lhe possa embarçar o curso, mesmo nos casos de títulos extrajudiciais, critério preconizado pelas concepções mais atualizadas da cultura jurídica ocidental romanística.

Para que, no entanto, se equiparasse plenamente, em eficiência, aos Códigos da Itália, Alemanha e Áustria, v.g., deveria ter incluído em seu bojo também o versátil remédio intermediário do procedimento monitório, como, aliás, já era anseio de renomados processualistas da estirpe de Machado Guimarães, desde a Codificação de 1939.⁴

Foi o que fez a Lei nº 9.079, de 14.07.1995, que criou um capítulo novo para o Código de Processo Civil, destinado à regulamentação do procedimento especial da “ação monitória” (arts. 1.102-A a 1.102-C).⁵

1.475. Em que consiste o procedimento monitório

Como preleciona Carnelutti, a finalidade do processo de conhecimento é compor a lide de pretensão contestada, enquanto o processo de execução serve à lide de pretensão apenas insatisfeita. Por isso, em regra, o processo de cognição consiste em averiguar e declarar, primeiramente, a situação em que se encontram as partes, a fim de “alcançar um pronunciamento judicial sobre o caso concreto”. Definida a situação jurídica dos litigantes, “segue a realização do direito declarado, que se efetua no procedimento de execução”.⁶

Na ordem lógica dos acontecimentos, como se vê, “é intuitivo que a condenação deve preceder à execução”, de sorte que, em princípio, “ao juiz não cabe ordenar uma prestação sem se certificar previamente, através de amplo contraditório, da existência do direito a essa prestação”.⁷

Quando se chega à execução, porque já declarado o direito do credor, instala-se, no dizer de Pontes de Miranda, “o dilema: ou o réu executa ou o Estado executa, donde solução ou execução forçada”.⁸

O que caracteriza o processo executivo é, assim, o seu início “por um *praeceptum de solvendo* dirigido ao executado, para que cumpra a sentença (ou o conteúdo de título equivalente), sob pena de ser iniciada a execução compulsória”.⁹ Com isso, obedece-se “à

ordem natural do juízo, isto é, declara-se o direito e, em seguida, ordena-se o adimplemento da prestação”.¹⁰

Acontece, porém, como já registramos há pouco, que a experiência nos demonstra que muitas vezes o devedor resiste à pretensão do credor sem contestar propriamente o crédito deste. Mesmo assim, embora a lide seja apenas de pretensão insatisfeita, se o credor não dispõe de título executivo, não encontrará acesso imediato ao processo de execução. *Nulla executio sine titulo*.

Seria, evidentemente, enorme perda de tempo exigir que o credor recorresse à ação de condenação para posteriormente poder ajuizar a de execução, quando de antemão já se está convicto de que o devedor não vai opor contestação ou não dispõe de defesa capaz de abalar as bases jurídicas da pretensão.

Em tal conjuntura, é claro que a observância completa do processo de cognição esvazia-se de significado, importando, para o credor e para a justiça, enorme perda de tempo e dinheiro.

Para evitar esse perigo ou essa inutilidade, a experiência do Direito europeu engendrou o remédio processual que recebeu a denominação de procedimento de injunção ou procedimento monitório.

Por ele, consegue o credor, sem título executivo e sem contraditório com o devedor, provocar a abertura da execução forçada, tornando o contraditório apenas uma eventualidade, cuja iniciativa, ao contrário do processo de conhecimento, será do réu, e não do autor.¹¹

Assim, de acordo com este instituto, o credor, em determinadas circunstâncias, pode pedir ao juiz, ao propor a ação, não a condenação do devedor, mas desde logo a expedição de uma ordem ou mandado para que a dívida seja saldada no prazo estabelecido em lei.

Tem o procedimento monitório “uma estrutura particular em virtude da qual, se aquele contra quem se propõe a pretensão não embarga, o juiz não procede a uma cognição mais que em forma sumária, e, em virtude dela, emite um provimento que serve de título executivo à pretensão e desse modo autoriza, em sua tutela, a execução forçada”.¹²

Só eventualmente é que o procedimento de injunção se transformará em contencioso sobre o mérito da relação obrigacional deduzida em juízo. Enquanto o processo de conhecimento puro consiste em estabelecer, originária e especificamente, o contraditório sobre a pretensão do autor, o procedimento monitório consiste em abreviar o caminho para a execução, deixando ao devedor a iniciativa do eventual contraditório.¹³

Por sábio equacionamento do problema de economia processual e de maior valorização do crédito, “o procedimento monitório tem por objeto proporcionar um título executivo ao credor de um crédito que presumivelmente não será discutido, sem necessidade de debate, à base de uma afirmação unilateral, que permite ao juiz expedir um mandado de pagamento”.¹⁴

Seu início é por um preceito análogo ao da execução forçada, isto é, por uma ordem passada ao devedor para que se pague a dívida. Sua força executiva, todavia, ainda não está presente, porque o juiz não faz a cominação de penhora. Mas, esgotado o prazo de embargos, opera-se, por preclusão, o aperfeiçoamento do título que se transforma em executivo e autoriza a realização dos atos de expropriação próprios da execução forçada.¹⁵

É, como se vê, uma instituição que se encontra situada no ponto de confluência do procedimento de cognição e do de execução, da jurisdição contenciosa e da voluntária, no dizer de Sentis Melendo.¹⁶ Ou, como quer Carnelutti, “a injunção executiva é, deste modo, um *tertium*

genus que se coloca como intermediário entre a cognição e a execução forçada”.¹⁷

Os qualificativos monitório e injuntivo são expressões indicativas de ordem, mandamento, imposição em seu significado léxico. E o procedimento examinado recebe as denominações monitório ou injuntivo justamente porque, em vez de iniciar-se por uma citação do réu para defender-se, principia por uma ordem expedida pelo magistrado, determinando ao devedor que pague a dívida em prazo determinado.

Valendo-nos da síntese de Satta, podemos afirmar que o procedimento injuntivo, no Direito italiano, consiste na emanação de uma ordem do juiz, conforme o pedido do credor, para que o devedor pague uma importância em dinheiro (ou uma quantidade certa de coisas fungíveis), no prazo estabelecido, facultando-se embargos ao devedor, à cuja falta, a ordem adquirirá o valor de uma sentença condenatória passada em julgado.¹⁸

Seu escopo especial “é de alcançar a formação de um título executivo sem que a ação de condenação seja exercitada nos moldes da cognição em contraditório”.¹⁹

Difere, assim, do procedimento comum de cognição pela “preordenada ausência inicial do contraditório, a qual se tende a favorecer ou preparar a formação da declaração de certeza mediante preclusão”, na lição de Calamandrei.²⁰

Difere, outrossim, da execução forçada porque, não possuindo ainda o credor o título executivo, a ordem inicial de pagamento não é feita sob a cominação de penhora.

No prazo estipulado para o pagamento, o devedor tem a opção entre embargar ou silenciar. Se adota a primeira alternativa, abre-se o contraditório, assumindo o procedimento a forma completa de cognição; caso contrário, por deliberação de plano do juiz, a ordem de pagamento se transforma em mandado executivo, com força de sentença condenatória trânsita em julgado.

§ 235. A AÇÃO MONITÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Sumário: 1.476. Condições de admissibilidade da ação monitoria. 1.477. O procedimento monitorio brasileiro. 1.478. Objeto. 1.478-a. Competência. 1.479. Legitimidade ativa. 1.480. Legitimidade passiva. 1.481. Prova. 1.482. Procedimento. 1.482-a. Monitoria contra a Fazenda Pública. 1.483. Embargos à ação monitoria. 1.484. Coisa julgada.

1.476. Condições de admissibilidade da ação monitoria

Dispõe o art. 1.102-A, do Código de Processo Civil, na redação da Lei nº 9.079, de 14.07.1995, e que “a ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma de dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel”.²¹

Trata-se, em primeiro lugar, de uma opção que a lei confere ao credor e não um ônus ou uma imposição a que invariavelmente tenha de se submeter na escolha da via processual. O procedimento monitorio substitui a ação de conhecimento, se o credor assim desejar.²² Se, porém, preferir a via normal da ação condenatória, nada o impedirá de usá-la. Ao escolher a ação monitoria, o que a parte tem em mira é abreviar o caminho para chegar à execução forçada, o que talvez lhe seja possível, sem passar por todo o caminho complicado do procedimento ordinário, se o réu, como é provável, não se interessar pela discussão da obrigação. Para incentivá-lo a não oferecer defesa infundada ou meramente procrastinatória, a lei prevê que, “cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios” (art. 1.102-C, § 1º). Com isso, tenta a lei acelerar a satisfação do direito de credor, criando atrativos também para o devedor, no plano econômico, e fazendo com que este somente se disponha a arcar com os encargos processuais dos embargos se, realmente, estiver convencido da inexistência do direito do credor.

Para que seja válida a opção pela ação monitoria, terão, outrossim, de ser observados requisitos ou condições em três planos, ou seja, quanto ao *objeto* da obrigação, aos seus *sujeitos* e à *prova* da relação obrigacional.

1.477. O procedimento monitorio brasileiro

No Direito Comparado, a regulamentação do procedimento monitorio que mais se aproxima da que adotou a reforma do Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 9.079, de 14.07.1995) é a

do Direito italiano. A ação monitória, tal como no Código peninsular, foi incluída entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, devendo, por isso, ser vista como uma especial modalidade de procedimento de accertamento (cognição) com “prevalente função executiva”, no dizer de Chiovenda. Isto porque sua característica maior está na função que cumpre de propiciar ao autor, o mais rápido possível, o *título executivo* e, com isso, o imediato acesso à execução forçada.²³

A cognição praticada na ação monitória é, de início, *sumária* ou *superficial*, porque se limita a verificar se a pretensão do autor se apoia na prova escrita de que cogita o art. 1.102-A, do Código de Processo Civil e se a obrigação nela documentada é daquelas a que o mesmo dispositivo legal confere a ação monitória.

Convencido o juiz de que há suporte fático-jurídico para o processamento da ação monitória, determinará, ao deferir a petição inicial, a expedição do *mandado monitorio* ou de *injunção*, isto é, mandado que não é de citação para contestar a ação, nem de citação para pagar a dívida sob pena de penhora, mas simplesmente “mandado de pagamento” ou “de entrega da coisa”. A citação da ação monitória transmite, pois, uma *injunção* e nada mais.

O ato judicial parte de um convencimento liminar e provisório de que o credor, pela prova exibida, é realmente titular do direito subjetivo que lhe assegura a prestação reclamada ao réu. Daí ser possível, desde logo, ordenar-lhe que proceda ao pagamento, tal como se faz no despacho da petição inicial da ação de execução por título extrajudicial. Como, todavia, não há, ainda, título executivo, não é possível, ainda, cominar ao réu a sanção da penhora ou apreensão de bens. O ato judicial, portanto, fica a meio caminho, entre a citação do processo de conhecimento e a citação do processo executivo. É mais do que aquela, mas é menos do que esta.

Com a ação monitória, na verdade, o que se busca é “eliminar a complexidade do juízo ordinário de conhecimento derivada das exigências do contraditório”, mas isto se faz sem, propriamente, eliminar “a garantia de igualdade ínsita no contraditório”.²⁴ É que, na técnica processual adotada nesse especial tipo de juízo segundo o padrão básico do Direito italiano, o procedimento se desdobra em duas fases: na primeira fase, o juiz, sem contraditório e de maneira rapidíssima, verifica o conteúdo do pedido e a prova do autor, deferindo, se for o caso, a expedição do mandado de pagamento, *inaudita altera parte*. Na segunda fase, fica assegurada ao réu a iniciativa de abrir o pleno contraditório sobre a pretensão do autor, eliminando, dessa forma, todo e qualquer risco de prejuízo que possa ter-lhe provocado a sumariedade de cognição operada na primeira fase.

A diferença, porém, entre o procedimento comum de cognição e o procedimento monitorio está em que o contraditório, naquele, é instaurado obrigatoriamente pelo autor; enquanto, no último, o contraditório é de iniciativa do réu (por meio de embargos) e, acima de tudo, é meramente eventual (*contraddittorio differito*, na linguagem de Mandrioli). Se, destarte, o réu não se interessar pelo aforamento dos embargos, não se instaurará contraditório algum e, de plano, o credor terá acesso ao processo de execução, por simples decurso de prazo e em consequência da preclusão do direito do devedor de embargar a ação monitória.

Se há os embargos, o mandado de pagamento fica suspenso, aguardando-se o julgamento da causa por sentença, a ser proferida, após pleno contraditório. Essa sentença, acolhendo os embargos, extinguirá o mandado inicial de pagamento e, sendo de rejeição da defesa do devedor, “substituirá inteiramente” o accertamento provisório feito de início, no deferimento da

petição inicial, conferindo ao credor *título executivo judicial*. Dessa maneira, a decisão autorizativa do mandado injuntivo “é substituída pela sentença que encerra a fase de embargos”.²⁵

O procedimento monitorio brasileiro, tal como o italiano, funciona, em suma, como uma técnica de “inversão do ônus da iniciativa acerca da instauração do contraditório para o juízo de cognição plena e completa”, transferindo-se para a parte que normalmente não o tem (o demandado), e tornando *eventual* o desenvolvimento do pleno contraditório, já que o réu pode não provocá-lo. Só haverá, na verdade, contraditório pleno, “quando for necessário”. Se o demandado não embarga a ação monitoria, considera-se como *renunciado* o direito àquele contraditório, tornando-se definitivo o acerto preliminar, feito sumariamente e sem prévia audiência do devedor. Com isso, o *mandado injuntivo* adquire, de plano, *eficácia executiva*.²⁶

1.478. Objeto

Somente se admite a ação monitoria, no Direito brasileiro, a exemplo do italiano, se o pedido do autor tiver como objeto “soma de dinheiro”, “coisa fungível” ou “determinado bem móvel” (art. 1.102-A).

A “soma de dinheiro” é a mesma “quantia certa” que se reclama para a execução regulada pelos arts. 646 e seguintes do Código de Processo Civil. Não se pode pedir quantia incerta, na pendência de liquidação posterior, porque a ação monitoria deve ser instaurada por meio de mandado de pagamento a ser expedido com base na prova da inicial, não havendo estágio ulterior em que se possa liquidar o *quantum debeatur*. O mandado liminar está programado a converter-se em mandado de execução por quantia certa pelo simples decurso do prazo de embargos, se o demandado permanecer inerte diante da citação injuntiva.

Quando a lei fala em “entrega de coisa fungível”, refere-se às obrigações de dar *coisas genéricas* ou *incertas*, isto é, obrigação de dar coisas que são indicadas pelo gênero e quantidade (Cód. Civ. de 2002, arts. 243 a 246; CC de 1916, arts. 874 a 877), e cuja satisfação em juízo se realiza por meio da execução forçada prevista nos arts. 629 e seguintes do Código de Processo Civil.

Por fim, “o determinado bem móvel” que pode ser exigido pela ação monitoria é o que se apresenta como objeto de obrigação de dar coisa certa (Cód. Civ. de 2002, arts. 233 a 242; CC de 1916, arts. 863 a 873). Só a coisa certa móvel se enquadra no procedimento em questão. Os *imóveis* terão de ser alcançados pelo juízo contencioso ordinário.

Não se incluem, também, no procedimento monitorio as obrigações de fazer e não fazer (Cód. Civ. de 2002, arts. 247 a 251; CC de 1916, arts. 878 a 883).

1478-a. Competência

A ação monitoria, como ação pessoal, segue a regra geral da competência territorial do foro do domicílio do réu (art. 94). Sujeita-se, porém, à derrogação por convenção das partes, no caso de eleição de foro especial feita em cláusula do negócio jurídico (art. 111).

Na ocorrência de processo falimentar, discute-se se haveria, ou não, atração da ação monitoria para o juízo universal da quebra. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no

sentido de que, mesmo sendo a massa falida a autora, a monitoria, como demanda atípica não prevista na Lei de Falências, – e porque não se divisa qualquer prejuízo para os interesses da massa – não se submete à atração do foro onde tramita o juízo concursal. Permanece competente, portanto, o foro do domicílio do réu.²⁷

1.479. Legitimidade ativa

Pode manejar a ação monitoria todo aquele que se apresentar como credor de obrigação de soma de dinheiro, de coisa fungível ou de coisa certa móvel; tanto o credor originário como o cessionário ou sub-rogado.

No Direito italiano, admite-se que até o portador de título executivo extrajudicial possa preferir o procedimento monitorio, a fim de obter a hipoteca judiciária, que não existe no processo de execução, mas é admitida no injuntivo.²⁸ No Direito brasileiro, essa opção não é admissível, visto que o art. 1.102, *a*, condiciona a legitimidade em questão àquele que se apresente como credor “com base em prova escrita *sem eficácia de título executivo*”. É de ponderar, no entanto, que, mesmo não cabendo ao credor de título executivo optar livremente pela ação monitoria, lícito lhe será demandar seu pagamento pela forma injuntiva, se o crédito achar-se envolvido em contrato ou negócio subjacente que dê ensejo a controvérsias e incertezas. Para evitar o risco de carência da execução por iliquidez ou incerteza da obrigação, justificado será o uso do procedimento monitorio, que o devedor não poderá recusar, por não lhe causar prejuízo algum e, ao contrário, somente vantagens poderá lhe proporcionar.

Podem usar, ativamente, o procedimento monitorio tanto as pessoas físicas como as jurídicas, de Direito privado ou público.

1.480. Legitimidade passiva

Sujeito *passivo* da ação monitoria haverá de ser aquele que, na relação obrigacional de que é titular o promovente da ação, figure como obrigado ou devedor por soma de dinheiro, coisa fungível ou coisa certa móvel. O mesmo se diz de seu sucessor universal ou singular.

O falido ou o insolvente civil não pode ser demandado pela via do procedimento monitorio porque não dispõe de capacidade processual e também porque não pode haver execução contra tais devedores fora do concurso universal.²⁹

Admite-se, na Itália, o manejo do procedimento injuntivo contra a Administração Pública, como, por exemplo, na pretensão de repetição de indébito tributário.³⁰

Pensamos que a orientação em tela não pode ser transplantada para o Direito brasileiro, em face das características de nosso regime de execução contra a Fazenda Pública, que pressupõe precatório com base em sentença condenatória (CF, art. 100), o que não existiria, no caso de ação monitoria não embargada. Além do mais, a Fazenda Pública tem a garantia do duplo grau de jurisdição obrigatório, a ser aplicado em qualquer sentença que lhe seja adversa (CPC, art. 475, inc. II), e a revelia não produz contra ela o efeito de confissão aplicável ao comum dos demandados (CPC, art. 320, inc. II). Com todos estes mecanismos de tutela processual conferidos ao Poder Público quando demandado em juízo de acerto, torna-se realmente inviável, entre nós, a aplicação da ação monitoria contra a Administração Pública. Seu único efeito, diante

da impossibilidade de penhora sobre o patrimônio público, seria a de dispensar o processo de conhecimento para reconhecer-se por preclusão o direito do autor, independentemente de sentença. Acontece que a Fazenda não se sujeita a precatório sem prévia sentença e contra ela não prevalece a confissão ficta deduzida da revelia. Assim, nada se aproveitaria do procedimento monitorio, na espécie. Forçosamente, o processo teria de prosseguir, de forma ordinária, até a sentença de condenação. Além disso, e o que é mais importante, a citação no procedimento monitorio é uma ordem de pagamento e não um chamado para se defender, o que é incompatível com o tipo de ação cabível contra o Poder Público, em face de quem a exigência de pagamento só é possível dentro do mecanismo do precatório.

Não haverá, porém, lugar para anular-se o procedimento monitorio intentado contra pessoa jurídica de direito público se esta ofereceu tempestivos embargos de mérito. É que dessa maneira o feito terá se transformado em pura ação ordinária de cobrança. Faltará interesse legítimo para justificar a anulação ou extinção do processo, a fim de simplesmente ser reiniciado sob rótulo de ação ordinária. No sistema moderno do direito processual não se acolhe arguição de nulidade por vício de forma se é possível o aproveitamento do procedimento apenas com sua adaptação ao rito correto (art. 250). Ora, com os embargos de mérito, o próprio demandado provocou a transformação da ação monitoria em ação comum de conhecimento, com amplo e irrestrito contraditório, donde a total ausência de causa para sustentar a eventual anulação do processo.

Sem embargo de forte corrente doutrinária adversa, a 1ª Seção do STJ, em decisão não unânime, fixou entendimento de que “o procedimento monitorio não colide com o rito executivo específico da execução contra Fazenda Pública previsto no art. 730 do CPC. O rito monitorio, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a parte ré ofereça embargos” (REsp. 434.571/SP). Mesmo para os casos de monitoria não embargada, a decisão da 1ª Seção foi de que “forma-se o título executivo judicial convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma do Livro II, Título II, Capítulo II e IV (execução *stricto sensu*), propiciando à Fazenda, mais uma vez, o direito de oferecer embargos à execução de forma ampla, sem malferir princípios do duplo grau de jurisdição; da imperiosidade do precatório; da impenhorabilidade dos bens públicos; da inexistência de confissão ficta; da indisponibilidade do direito e não incidência dos efeitos da revelia”. É estranho constatar que, ao mesmo tempo que o STJ reconheça a formação de um título executivo judicial pela falta de embargos à monitoria, ressalve a possibilidade de ampla discussão do direito do credor nos eventuais embargos manejados nos termos do art. 730. Assim, ao que parece, estar-se-ia admitindo o regime para o título judicial, equivalente ao do extrajudicial, já que a monitoria estaria sendo utilizada apenas para criar título executivo sem limitar a discutibilidade de seu conteúdo. Foi essa, entretanto, a orientação que prevaleceu na jurisprudência do STJ, hoje consolidada por enunciado sumular (STJ, Súmula nº 339: “*É cabível ação monitoria contra a Fazenda Pública*”).

Em relação às pessoas jurídicas de direito privado, não há restrição alguma quanto ao emprego da ação monitoria, sendo possível utilizá-la também contra os sócios, sempre que configurada sua responsabilidade solidária ou subsidiária, segundo o direito material.³¹

Havendo vários coobrigados, solidariamente responsáveis pela dívida, a ação monitoria torna-se manejável contra todos, em litisconsórcio passivo, ou contra cada um deles

isoladamente, visto que o litisconsórcio, na espécie, não é necessário.³²

1.481. Prova

Exige o art. 1.102-A, que a petição inicial da ação monitória seja instruída com a “prova escrita” do direito do autor.

A prova escrita, em Direito Processual Civil, tanto é a *pré-constituída* (instrumento elaborado no ato da realização do negócio jurídico para registro da declaração de vontade) como a *casual* (escrito surgido sem a intenção direta de documentar o negócio jurídico, mas que é suficiente para demonstrar sua existência).

Além disso, conhece-se, também, o “começo de prova por escrito”, que contribui para a demonstração do fato jurídico, mas não é completa, reclamando, por isso, outros elementos de convicção para gerar a certeza acerca do objeto do processo. Observa Carreira Alvim que tanto a prova pré-constituída como a casual servem para instruir a ação monitória. O mesmo, todavia, não se passa com o começo de prova escrita, já que, antes do deferimento do mandado de pagamento, não haverá oportunidade para que o autor a complete com testemunhas e outros elementos.³³

Ao tratar, porém, da *prova escrita*, observa a doutrina italiana, perfeitamente utilizável no atual Direito brasileiro, que deve acolher-se com certa largueza a figura em cogitação, não a submetendo ao rigor da prova do ato jurídico, exigida pelo direito material. Deve, assim, confiar-se ao juiz uma *livre avaliação* da prova fornecida com a inicial. Mandrioli registra que a jurisprudência da Corte de Cassação italiana é reiterada no sentido de que *prova escrita*, para os fins do procedimento monitório ou de injunção, “è qualsiasi documento che il giudice ritenga meritevole di fede quanto ad autenticità ed efficacia probatoria”.³⁴

Garbagnati chega a considerar prova escrita idônea “il documento che prova fatti da cui il giudice può soltanto desumere per presunzione il fatto costitutivo del diritto”.³⁵

Não é imprescindível, portanto, que o documento esteja assinado, podendo mesmo ser acolhido o que provém de terceiro ou daqueles registros, como os do comerciante ou dos assentos domésticos que não costumam ser assinados, mas aos quais se reconhece natural força probante (CPC, art. 371, no III). Pouco importa, outrossim, que o documento escrito não contenha a firma do devedor, se, por outro documento, se obtém a certeza de que este o reconheceu como representativo de sua obrigação. O conjunto documental pode, dessa forma, gerar a convicção do juiz sobre o direito do credor, mesmo quando cada um dos escritos exibidos não seja, isoladamente, capaz de comprová-lo.³⁶

Se o documento prevê contraprestação a cargo do autor da ação monitória, a prova a ser apresentada haverá de compreender não só a assunção da obrigação pelo demandado, como também o cumprimento daquela a cargo do promovente, ou, pelo menos, algum elemento idôneo que autorize presumi-lo.³⁷

A circunstância de o documento do credor ser, em tese, um título executivo extrajudicial nem sempre representará empecilho ao manejo da ação monitória. É que tal título pode estar vinculado a negócios subjacentes que criem restrições ou dúvida à sua imediata exequibilidade. Pode, por exemplo, haver dúvida ou divergência quanto a seu enquadramento na categoria de título executivo, ou pode já ter incorrido em prescrição a ação executiva. Sempre, pois, que

houver insegurança da parte em relação à plena exequibilidade de seu título, não se lhe pode impedir o acesso ao procedimento monitorio, mesmo porque de tal opção nenhum prejuízo advirá para a defesa do devedor.³⁸

A jurisprudência tem aceitado como título injuntivo, entre outros, o documento particular de reconhecimento de dívida não assinado por duas testemunhas,³⁹ o título de crédito prescrito,⁴⁰ a duplicata mercantil sem comprovante de entrega da mercadoria,⁴¹ a compra e venda mercantil da qual não se expediu a duplicata,⁴² o contrato de abertura de crédito em conta corrente,⁴³ e o saldo do contrato de arrendamento mercantil,⁴⁴ contribuições condominiais,⁴⁵ extratos bancários,⁴⁶ honorários advocatícios,⁴⁷ contrato de prestação de serviços,⁴⁸ “romaneio” agrícola,⁴⁹ contrato de seguro,⁵⁰ contrato de cartão de crédito,⁵¹ cheque prescrito,⁵² contrato de serviços hospitalares,⁵³ compra e venda representada por notas fiscais,⁵⁴ e contrato de serviços educacionais.⁵⁵

Quanto ao ônus da prova, a ação monitoria não apresenta novidade alguma. Prevalecem as regras gerais do art. 333 do Código de Processo Civil, ou seja, ao autor compete provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu incumbe a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito.

A prova a cargo do autor tem de evidenciar, por si só, a liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação, porque o mandado de pagamento a ser expedido liminarmente tem de individuar a prestação reclamada pelo autor e não haverá oportunidade para o credor completar a comprovação do crédito e seu respectivo objeto. Além disso, o mandado de pagamento só pode apoiar-se em obrigação cuja existência não reclame acerto ulterior e cuja atualidade já esteja adequadamente comprovada.⁵⁶

Não se quer com isto condicionar o ajuizamento da monitoria a um rigor probatório em torno da sentença e liquidez da obrigação em grau máximo, tal como se passa com o título executivo (art. 586). Cabe ao autor, na ótica do STJ, exibir apenas algum documento capaz de, ordinariamente, demonstrar a origem do crédito cobrado, mesmo que não tenha sido emitido pelo devedor e não contenha sua assinatura. “Basta que tenha forma escrita e seja suficiente para, efetivamente influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado”. Assim tem decidido o STJ, ao se contentar, na espécie, por exemplo, com “faturas, desprovidas de aceite, e planilhas orçamentárias referentes à prestação do serviço”.⁵⁷

1.482. Procedimento

A petição inicial tem de atender a todos os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, e, especialmente, deve conter a descrição do fato constitutivo do direito do autor, já que este não dispõe de título executivo capaz de dispensá-lo da demonstração da *causa debendi*.⁵⁸

É, outrossim, documento essencial, que haverá de ser produzido com a petição inicial, “a prova escrita” do crédito ajuizado (art. 1.102, a).

O réu, após o deferimento da inicial, será citado, não para se defender, mas para pagar a *soma de dinheiro* ou entregar a *coisa*. Por isso, fala a lei em “mandado de pagamento” (art. 1.102, b).

O ato do juiz que, após verificar a prova do direito do autor, defere a expedição do mandado de pagamento é decisão interlocutória (CPC, art. 162, § 2º), em tudo igual, em natureza

processual, à que defere a citação na execução de título executivo extrajudicial.

Quanto à forma da citação, o STJ, depois de ter julgado incabível a medida por meio de edital,⁵⁹ voltou atrás para assentar que, na ação monitória, “é possível a citação por edital”, devendo, na hipótese de revelia, “nomear-se curador especial para exercer a defesa do réu através de embargos”.⁶⁰ Também é de admitir-se a citação com hora certa no procedimento monitório.⁶¹

Seria recorrível a decisão que defere o mandado de pagamento? A resposta é negativa, não pela natureza do ato judicial, mas pela falta de interesse do réu para justificar o manejo do agravo, visto que a consequência imediata da citação é a abertura, para o destinatário, da faculdade de defender-se amplamente por meio de embargos.⁶²

O devedor citado para pagar pode: *a)* efetuar o pagamento, no prazo da citação (15 dias); *b)* permanecer inerte (revel); ou *c)* oferecer embargos (art. 1.102-C).⁶³

Se o réu resolver resgatar o débito, tal como lhe ordenou o mandado injuntivo, fa-lo-á sem os ônus da sucumbência, ou seja, livre de custas e honorários advocatícios; e o processo se extinguirá, por exaustão da prestação jurisdicional buscada pelo credor. O juiz o declarará extinto, ordenando o respectivo arquivamento. Essa isenção de encargos processuais é um estímulo ao abreviamento da solução da lide.

Ocorrida a revelia, por ausência de pagamento e de embargos no prazo da citação, estará automaticamente constituído o *título executivo judicial*. O mandado inicial de pagamento será transformado em *mandado executivo* (art. 1.102-C). Não há sentença para operar dita transformação, que, segundo a lei, “opera de pleno direito”.

Convertido o mandado inicial em mandado executivo, e transcorrido o prazo inicial de cumprimento voluntário, segue-se a expedição do mandado de penhora ou de busca e apreensão, conforme se trate de obrigação de quantia certa ou de entrega de coisa, dentro da sistemática de cumprimento de sentença, segundo a Lei no 11.232, de 22.12.2005 (CPC, Livro I, Título VIII, Capítulo X).

A revelia do demandado provoca a transformação da ação monitória em execução por título judicial, motivo pelo qual, uma vez efetuada a segurança do juízo, não caberão mais embargos do devedor, mas apenas eventual impugnação, nos limites do art. 475-L, na redação da Lei no 11.232/2005, que substituiu o regime do antigo art. 741.⁶⁴

Quando a monitória referir-se à entrega de coisa, a revelia do demandado não provocará a transformação do feito em execução de sentença com o rito completo dos arts. 621 e seguintes. Após a Lei no 10.444, de 07.05.2002, não há mais *actio iudicati* frente às sentenças que determinam a entrega de coisa. O cumprimento do julgado se faz de imediato, por mandado de busca e apreensão, não havendo mais oportunidade para embargos. O regime é da *executio per officium iudicis*, segundo o disposto no art. 461-A, que deverá aplicar-se, também à ação monitória, já que esta se considera legalmente uma execução de título judicial após a revelia (art. 1.102-C).

A oferta de embargos torna a monitória um procedimento de cognição, cujo provimento será uma sentença, que confirmará ou não o mandado de pagamento inicialmente deferido. O recurso cabível será o de apelação, com o duplo efeito legal.⁶⁵ O mesmo se passa com a rejeição liminar dos embargos, sem apreciação de mérito, pois prevalece o entendimento jurisprudencial de que a regra especial sobre os efeitos da apelação contra sentença proferida

em embargos à execução (CPC, art. 520, V) não se estende, em circunstância alguma, aos embargos da ação monitória.⁶⁶

1.482-a. Monitória contra a Fazenda Pública

Conforme se expôs no item 1.480, está consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser cabível a ação monitória contra a Fazenda Pública (Súmula nº 339/STJ).⁶⁷ A aplicação do procedimento dos arts. 1.102-A a 1.102-C, na espécie, reclama sua adaptação ao regime especial das execuções por quantia certa previsto no art. 730.

No acórdão do REsp. 281.483/RJ,⁶⁸ o Superior Tribunal de Justiça traçou, de forma bastante didática, como se proceder à harmonização da monitória com as exigências das execuções contra a Fazenda Pública, e o fez da seguinte maneira:

a) “Embora parte da doutrina irresigne-se contra a expedição *initio litis* do mandado de pagamento ou de entrega da coisa contra o Estado, tal argumento deve sofrer atenuações em sua interpretação. Nada impede que a Fazenda reconheça o seu débito e efetue a obrigação exigida pelo credor, cumprindo voluntariamente a ordem injuntiva, sem desprezar o sistema do precatório. Para tanto, basta o reconhecimento da condição de devedora.”⁶⁹

b) “Não cumprido o mandado para pagamento ou entrega da coisa, à Fazenda é facultado o oferecimento de embargos (art. 1.102-c do CPC). Tal hipótese evidencia-se mais tranquila, eis que estes serão processados pelo procedimento ordinário, assegurando-se amplamente o contraditório e ensejando a possibilidade de farta discussão dos fatos, ampliando sobremaneira o âmbito cognitivo do magistrado e a defesa da devedora.”

c) “Se rejeitados os embargos, após submissão da sentença ao duplo grau de jurisdição, prossegue-se a execução, em caso de quantia certa, de acordo com os termos do art. 730 e seguintes, do CPC, e em obediência ao sistema dos precatórios previsto no art. 100, da CF/88.”

d) “Se a Fazenda não apresentar embargos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se, igualmente, no caso de quantia certa, o rumo traçado pelo art. 730 e seguintes, devendo adequar-se, no particular, às regras do art. 1.102-c, *caput*, parte final, e § 3º, parte final, todos do CPC, protraindo-se o pagamento pelo precatório nos termos do art. 100, da CF/88.”

e) Na conversão do mandado de pagamento em título executivo, por falta de embargos à monitória, não fica inibida a reapreciação, na execução do art. 730, da dívida pelo Tribunal. “Assim, resguardadas estarão as prerrogativas do Estado de que contra ele não prevalece a regra da confissão ficta e a incidência dos efeitos da revelia, por se tratar de direito indisponível (art. 320, II, do CPC).”

1.483. Embargos à ação monitória

A defesa do demandado na ação monitória é feita por meio de embargos. Não se fala em contestação porque o mandado de citação não o convida a defender-se. Sua convocação é feita, de forma injuntiva, visando a compeli-lo a realizar, desde logo, o pagamento da dívida em prazo que lhe é liminarmente assinado. A instauração do contraditório é, pois, eventual, e parte do devedor citado para satisfazer o crédito do autor. Daí a denominação de *embargos* aplicada à

resposta do demandado, na espécie.

Como o credor não dispõe ainda de título executivo, o réu não precisa de segurar o juízo, para embargar a ação monitória (art. 1.102-C, § 2º).

Manifestados os embargos dentro dos 15 dias previstos no art. 1.102-B, o mandado de pagamento fica suspenso, e a matéria de defesa argüível pelo devedor é a mais ampla possível. Toda exceção, material ou processual, que tivesse pertinência com uma ação ordinária de cobrança, poderá ser aventada na resposta à ação monitória.

Ao contrário do que se passa na execução, os embargos aqui não são atuados à parte. São processados nos próprios autos, como a contestação no procedimento ordinário (art. 1.102-C, § 2º).

Após os embargos, o desenvolvimento do *iter* procedimental seguirá o rito ordinário do processo de conhecimento, até a sentença, que poderá acolher ou não a defesa.

Rejeitados os embargos, a execução terá início, pois a sentença transformará a ação monitória em execução de título judicial, observando-se o procedimento previsto para o cumprimento das sentenças relativas às obrigações de quantia certa ou de entrega de coisa (Livro I, Título VIII, Capítulo X, do CPC). No primeiro caso, passado o prazo para cumprimento voluntário, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação (art. 475-J, na redação da Lei nº 11.232, de 22.12.2005). No segundo, o mandado será de busca e apreensão (art. 461-A, § 2º).

Acolhidos os embargos, revogado estará o mandado inicial de pagamento e extinto será todo o processo. Se o acolhimento for apenas parcial, a execução terá curso sobre o remanescente do pedido do autor não alcançado pela sentença.⁷⁰

Como a ação monitória se torna, com a impugnação do réu, uma normal ação de conhecimento, em rito ordinário, pode dar ensejo também a exceções processuais e a reconvenção.⁷¹

Os embargos são julgados por sentença, que, como tal, desafia recurso de apelação, a ser processada com efeito devolutivo e suspensivo.⁷²

1.484. Coisa julgada

Na ação monitória forma-se a coisa julgada material em torno do direito do autor, de duas maneiras: pela revelia do demandado, quando deixa de opor embargos no prazo que lhe foi assinado no mandado inicial de pagamento; ou pela sentença que julga o mérito dos embargos tempestivamente manifestados pelo réu.⁷³ Cria-se, destarte, o título executivo judicial para o credor que afora a ação monitória nas duas apontadas situações (art. 1.102-C, *caput*, e § 3º).

Diversamente do que se passa no Direito italiano, para que o mandado injuntivo, no Direito brasileiro, se torne executivo e se revista da autoridade de título executivo judicial, não há nenhum ato especial decisório. A conversão opera *de pleno direito*, isto é, como consequência automática da falta de embargos no tempo devido ou da rejeição daqueles que foram oportunamente manifestados.

AÇÃO MONITÓRIA
(arts. 1.102-A e 1.102-B)

Petição inicial, c/ requisitos do art. 282 e acompanhada de prova escrita (art. 1.102-A)

Citação para pagamento com prazo de 15 dias (art. 1.102-B)

Ocorre o pagamento

Revelia (art. 1.102)

Embargos (art. 1.102-C)

Impugnação

Instrução

Sentença de rejeição dos embargos

Sentença de acolhida dos embargos

Extinção do processo sem ônus da sucumbência (art. 1.102, § 1º)

Conversão automática do mandato de pagamento em mandado executivo (art. 1.102-C)

Extinção do processo

Prosseguimento como cumprimento de sentença (art. 1.102-C)

De quantia certa (art. 475-J)

De entrega de coisas (art. 461-A, § 2º)

- 1 SANTOS, Amaral. *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*, 4. ed., vol. I, no 51, p. 174.
- 2 MECHELI. *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ed. EJEa, 1970, vol. III, p. 387.
- 3 *Derecho Procesal Civil*, ed. 1950, § 98, p. 363.
- 4 *Comentários ao Código de Processo Civil*, série Forense, vol. IV, ed. 1942, no 168, p. 165.
- 5 Para uma visão mais ampla do tema relativo ao procedimento monitorio, no direito comparado, v. Humberto Theodoro Júnior, “O Procedimento Monitorio e a Conveniência de sua Introdução no Processo Civil Brasileiro”, in *RF*, vol. 271, p. 71.
- 6 SCHÖNKE, *op. cit.*, p. 14.
- 7 GUIMARÃES, Machado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1942, vol. IV, no 158, p. 155.
- 8 SANTOS, *Apud* Amaral. *Op. cit.*, I, no 50, p. 172.
- 9 SANTOS, Amaral. *Op. cit.*, *loc. cit.*
- 10 GUIMARÃES, Machado. *Op. cit.*, no 155, p. 154.
- 11 CARNELUTTI. *apud* Machado Guimarães, *op. cit.*, no 158, p. 156.
- 12 *Idem*, *Instituciones del Proceso Civil*, ed. 1973, vol. I, no 41, p. 83.
- 13 CALAMANDREI. *Op. cit.*, p. 24.
- 14 SCHÖNKE. *Op. cit.*, p. 363.
- 15 “O propósito da ação monitoria é exclusivamente encurtar o caminho até a formação de um título executivo” (STJ, 1a T., REsp. 215.526-0/MA, Rel. Min. Luiz Fux, ac. de 11.06.2002, *DJU* de 07.10.2002, p. 176).
- 16 “Advertência”, na tradução do *Procedimiento Monitorio*, de Calamandrei, p. 7.
- 17 *Op. cit.*, I, no 41, p. 84.
- 18 SATTA. *Direito Processual Civil*, ed. 1973, vol. II, no 451, p. 685.
- 19 REDENTI. *Direito Processual Civil*, 1954, vol. III, no 185, p. 14.
- 20 *Op. cit.*, p. 243.
- 21 STJ, 4a T., REsp. no 208.870/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 08.06.1999, *DJU* 28.06.1999, p. 124. Segundo a melhor jurisprudência, não é necessário que o documento tenha a firma do demandado. Basta que ele goze de valor probante, “revelando o conhecimento plausível da obrigação” (STJ, 3a T., REsp no 244.491/SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, ac. 10.04.2001, *DJU* de 13.08.2001, p. 146). É o caso, por exemplo, de notas fiscais, boletos e extratos bancários, guias de recolhimento, de encargos condominiais, romaneio de produto agrícola, contrato de abertura de crédito, contrato de seguro, contrato de cartão de crédito e respectivo extrato etc. (STJ, 2a T., REsp no 894.767/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 19.08.2008, *DJe* de 24.09.2008; STJ, 4a T., REsp no 405.011/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 19.12.2002, *DJU* de 02.06.2003, p. 300; STJ, 3a T., REsp no 613.112/PR, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 20.10.2005, *DJU* de 20.02.2006, p. 332; STJ, 4a T., REsp no 220.887/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 14.09.1999, *DJU* de 03.11.1999, *RT* 774/223; STJ, 1a T., REsp no 595.367/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 26.04.2005, *DJU* de 09.05.2005, p. 300; STJ, 2a T., REsp no 660.463/SP, Rel. Min. Castro Meira, ac. 1o 03.2005, *DJU* de 16.05.2005, p. 315; STJ, 4a T., REsp no 324.656/ES, Rel. Min.

- Ruy Rosado de Aguiar, ac. 18.10.2001, *DJU* 18.02.2002, p. 456; STJ, 3a T., REsp 250.513/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 26.03.2001, *DJU* de 23.04.2001, p. 160; STJ, Súmula 247 (contrato de abertura de crédito); STJ, 3a T., REsp no 469.005/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 06.06.2003, *DJU* de 30.06.2003, p. 242 etc.
- 22 “A previsão de procedimento sumário para cobrança de dívidas de condomínio (CPC, art. 275, II, b) não exclui a possibilidade de se ajuizar ação monitória para dívidas de mesma natureza, referentes a período diverso” (TJDF, 6a T. Civ., Ap. Civ. 2005.01.1.024389-3, Rel. Des. Jair Soares, j. 24.06.2009, *DJ-e*, 2.7.2009, p. 99).
- 23 MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*, 8. ed., Torino, Giapichelli Editore, 1991, vol. III, no 41, p. 163.
- 24 MANDRIOLI. *Op. cit.*, p. 164.
- 25 MANDRIOLI. *Op. cit.*, III, no 41, p. 165.
- 26 *Idem, ibidem*, III, no 42, p. 166.
- 27 STJ, 4a T., REsp. 715.289/MG, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, ac. 25.08.2009, *DJe* 08.09.2009; Precedentes: STJ, 2a T., CC 92.417/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 26.03.2008, *DJe* 01.04.2008; STJ, 4a T., REsp. 172.356/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 23.11.2000, *DJU* 05.03.2001, p. 167.
- 28 EBNER, Vittorio e FILADORO, Camillo. *Manuale del Procedimento d’Ingiunzione*, Milano, Pirola Editore, 1985, p. 21.
- 29 Vittorio EBNER e Camillo FILADORO. *Op. cit.*, p. 22.
- 30 EBNER e FILADORO. *Op. cit.*, p. 25, onde, além de vários acórdãos do Tribunal de Milão, cita-se, até mesmo, julgado da Suprema Corte italiana, de ser “*pienamente ammissibile il procedimento monitorio nei confronti della Pubblica Amministrazione*”.
- 31 O STJ já decidiu que a ação monitória não prejudica a Fazenda Pública, porque, tanto como a ação ordinária, “possibilita cognição plena, desde que a parte ré ofereça embargos”. Mesmo ocorrendo inércia no manejo de embargos, a monitória deverá converter-se na execução especial do art. 730, “propiciando à Fazenda, mais uma vez, o direito de oferecer embargos à execução de forma ampla, sem malferir princípios do duplo grau de jurisdição; da imperatividade do precatório; da impenhorabilidade dos bens públicos; da inexistência da confissão ficta; da indisponibilidade do direito e não incidência dos efeitos da revelia” (STJ, 1a T., REsp. 215.526-0/MA, ac. por maioria de 11.06.2002, Rel. Min. Luiz Fux, *DJU* de 07.10.2002, p. 176). No sentido do não cabimento da ação monitória contra a Fazenda Pública, que estaria sujeita apenas ao procedimento executivo especial do art. 730, decidiu o STJ, 1a Turma, no REsp. no 197.605/MG, Rel. Min. José Delgado, ac. de 14.11.2000, por maioria, *DJU* 16.06.2001; *RSTJ* 154/57. No mesmo sentido: TJSP, 5a C. D. Pub., Ap. no 7.047-5, Rel. Des. William Marinho, ac. de 31.08.2000, *JTJ* 239/150; TJMS, 1a T., Reex. Sent. 59.242-9, rel. Des. Elpidio Helvécio, ac. de 09.06.1998, *RT* 760/352.
- 32 EBNER e FILADORO. *Op. cit.*, p. 29.
- 33 *Ação Monitória*, “Palestra no Congresso de Processo Civil de Brasília”, jun. 1995. STJ, 4a T., REsp. no 180.715/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 03.12.1998, *DJU* 12.04.1999, p. 161. Quanto às controvérsias relativas aos valores e forma de cálculo, devem ser solucionadas pela via dos embargos (STJ, 4a T., REsp. no 331.622/SP, rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 04.10.2001, *RT* 801/173).

- 34 *Op. cit.*, nº 42, p. 168, nota 4.
- 35 *Apud* MANDRIOLI. *Op. cit.*, p. 169, nota 5.
- 36 “Se o documento que aparelha a ação monitória não emana do devedor, mas goza de valor probante, revelando o conhecimento plausível da obrigação, é título hábil a viabilizar o processamento da ação monitória” (STJ, 3ª T., REsp. nº 244.491/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 10.04.2001, *DJU* 13.08.2001, p. 146). No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp. nº 285.371/SP, Rel. Min. Luiz Fux, ac. de 28.05.2002, *DJU* 24.06.2002, p. 199 (caso de boleto bancário para cobrança de contribuição sindical); STJ, 4ª T., REsp 925.584/SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 09.10.2012, *DJe* 07.11.2012 (duplicata sem força executiva); STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1.248.167/PB, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, ac. 09.10.2012, *DJe* 16.12.2012 (nota fiscal).
- 37 Mandrioli, *op. cit.*, nº 42, p. 169.
- 38 STJ, 3ª T., REsp. nº 210.030/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, ac. de 09.12.1999, *RSTJ* 149/239; STJ, 3ª T., REsp. nº 182.084/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. de 13.09.2001, *DJU* 29.10.2001, p. 201; STJ, 4ª T., REsp. nº 435.319/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 06.02.2003, *DJU* 24.03.2003, p. 231; TJSP, Ap. nº 54.999, Rel. Des. Aldo Magalhães, ac. de 15.10.1997, *LEX-JT*, 211/56; TJRJ, AI 3.017/97, Rel. Des. Affonso Rondeau, ac. de 14.01.98, *COAD* 82.921. Com a invocação dos “princípios da instrumentalidade das formas, economia e celeridade processuais”, o STJ admitiu a conversão de execução de título extrajudicial em ação monitória, ao argumento de que o devedor não chegara a embargar o feito executivo e de que, na espécie, não ocorrera “prejuízo algum ao devedor” (STJ, 4ª T., REsp. 302.769-0/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 18.06.2002, *DJU* de 07.10.2002, p. 262).
- 39 TJMG, Ap. nº 93.457-0, Rel. Des. Monteiro de Barros, ac. de 22.05.97, *RJ*, 245/92.
- 40 TAMG, Ap. nº 226.899-1, Rel. Juiz Wander Marotta, ac. de 20.11.1996, *RT* 739/411; 1º TACiv.-SP, Ap. nº 719.434-9, Rel. Juiz Salles de Toledo, ac. de 26.11.1997, *RT* 753/253; Ap. nº 210.933-1, Rel. Juiz Francisco Bueno, ac. de 29.02.96, *RJTAMG* 62/257; Ap. nº 217.908, Rel. Juiz Pedro Henriques, ac. de 22.08.1996, *RJTAMG* 64/183.
- 41 1º TACiv.-SP, Ap. nº 699.615-6, Rel. Des. Paulo Hatanaka, ac. de 01.07.1997, *RT* 749/298.
- 42 1º TACiv.-SP, Ap. nº 707.670-4, Rel. Juiz Ribeiro de Souza, ac. de 15.04.97, *RT* 744/252.
- 43 TAMG, Ap. nº 215.103-3, Rel. Juiz Marino Costa, ac. de 25.04.96, *Ciência Jurídica* 75/127. “O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória” (STJ, Súmula nº 247).
- 44 “Correto o ajuizamento de ação monitória, se o título executivo originário perdeu sua certeza e liquidez em face da reintegração, pelo credor, dos veículos arrendados” (STJ, 4ª T., REsp. 439.103-0/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. de 17.09.2002, *DJU* de 25.11.2002, p. 243).
- 45 STJ, 4ª T., REsp. nº 405.011/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho, ac. de 19.12.2002, *DJU* 02.06.2003, p. 300; STJ, 4ª T., REsp. nº 208.870/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 08.06.1999, *RSTJ* 120/393.
- 46 STJ, 4ª T., REsp. nº 220.887/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 14.09.1999, *RT* 774/223.
- 47 2º TACivSP, 3ª C., Ap. nº 661.228-00/9, Rel. Juiz Ribeiro Pinto, ac. de 21.11.2000, *RT*

- 48 STJ, 3a T., REsp. nº 213.077/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 17.05.2001, *Revista Forense*, 362/221.
- 49 STJ, 4a T., REsp. nº 324.656/ES, Rel. Min. Ruy Rosado, ac. de 18.10.2001, *DJU* 18.02.2002, p. 456.
- 50 STJ, 3a T., REsp. nº 250.513/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 26.03.2001, *DJU* 23.04.2001, p. 160.
- 51 STJ, 3a T., REsp. nº 469.005/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 06.06.2003, *DJU* 30.06.2003, p. 242.
- 52 STJ, 4a T., REsp. nº 173.028, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 08.09.1998, *RF* 347/296. A prescrição atinge apenas a ação executiva. Não precisa, na monitória, fazer-se prova do negócio subjacente. “A prova inicial, municiada pelo cheque, é o bastante para a comprovação do direito do autor ao crédito reclamado, cabendo ao lado adverso demonstrar, eficazmente, o contrário” (STJ, 4a T., REsp. nº 285.223/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho, ac. de 26.06.2001, *DJU* de 05.11.2001, p. 116). No mesmo sentido: STJ, 3a T., REsp. nº 450.231/MT-AgRg., Rel. Min. Menezes Direito, ac. de 10.12.2002, *DJU* de 10.03.2003, p. 199; STJ, 3a T., REsp. nº 262.257/MG, Rel. Min. Menezes Direito, ac. de 07.12.2000, *RSTJ* 147/289; STJ, 4a T., REsp 926.312/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 20.09.2011, *DJe* 17.10.2011. Contrar: STJ, 3a T., REsp. nº 457.556/SP, Rel. Nancy Andrighi, ac. de 11.11.2002, *DJU* de 16.12.2002, p. 331. Por fim, a Súmula nº 299 do STJ uniformizou sua jurisprudência no sentido de que “é admissível a ação monitória fundada no cheque prescrito”.
- 53 STJ, 4a T., REsp. nº 252.013/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 29.06.2000, *DJU* de 04.09.2000, p. 163.
- 54 STJ, 3a T., REsp. nº 164.190/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 06.05.1999, *DJU* de 14.06.1999, p. 186.
- 55 STJ, 4a T., REsp. nº 286.036/MG, Rel. Min. Ruy Rosado, ac. de 15.02.2001, *DJU* de 26.03.2001, p. 430.
- 56 O STJ, flexibilizando a ideia de “prova escrita”, admitiu como prova suficiente para a ação monitória um “contrato de compra e venda de cotas sociais de sociedade comercial e planilhas de débito”, assentando que: “Para a propositura da ação monitória, não é preciso que o autor disponha de prova literal do *quantum*. A ‘prova escrita’ é todo e qualquer documento que autorize o juiz a entender que há direito à cobrança de determinada dívida”. Já “em relação à *liquidez* do débito e à oportunidade de o devedor discutir os valores cobrados, a lei assegura-lhe a via dos embargos, previstos no art. 1.102-C do CPC, que instauram amplo contraditório a respeito, devendo, por isso, a questão ser dirimida pelo juiz na sentença. O fato de ser necessário o acerto de parcelas correspondentes ao débito principal e, ainda, aos acessórios não inibe o emprego do processo monitório” (STJ, 4a T., REsp. 437.638-0/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 27.08.2002, *DJU* de 28.10.2002, p. 327).
- 57 STJ, 4a T., REsp 925.584/SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 09.10.2012, *DJe* 07.11.2012.
- 58 “A simples alegação de que o réu endossou cheque (prescrito) que não foi pago não viabiliza a ação monitória. É essencial que seja informada a origem do débito cujo pagamento se pretende” (STJ, 3a T., REsp. 146.441/DF, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 21.02.2000, *DJU*

de 15.05.2000, p. 156, *Rev. Ciência Jur.*, 97/57, *Rev. Síntese Dir. Civil e Proc. Civil*, 6/53). Ernane Fidelis dos Santos, todavia, é de opinião que, para a monitória, basta a *prova escrita*, no caso, o cheque prescrito. Ao devedor é que caberá arguir as objeções ao título, de sorte que, somente em resposta aos embargos, caberá ao credor “o ônus de alegar e provar o negócio subjacente, justificativo da cobrança” (*Ação monitória*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, no 30, p. 70). Para referido processualista, a causa de pedir da monitória “é a simples informação da dívida, tal qual se contém no título monitório, ou seja, na prova escrita que a instrumentaliza” (*op. cit.*, p. 71).

59 STJ, 2a Seção, REsp. no 173.591/MS, Rel. Min. Menezes Direito, ac. de 10.05.2000, por maioria, DJU de 18.09.2000, p. 85.

60 STJ, 2a Seção, REsp. no 297.421/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 09.05.2001, DJU de 12.11.2001, p. 125.

61 STJ, 3a T., REsp. no 211.146/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 08.06.2000, DJU de 01.08.2000, p. 265.

62 Em caso de decisão que, em processo de execução, determinou a penhora, a jurisprudência tem denegado o agravo justamente porque o devedor dispõe dos embargos para impugnar o ato judicial. “Se, antes mesmo da formação do instrumento, suscitou-se a mesma questão, atinente à impenhorabilidade do bem, à luz da Lei no 8.009/90, em sede de embargos à execução, não subsiste o interesse em recorrer. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3a T., REsp. 70.533-RJ, ac. unânime de 09.10.1995, DJU de 13.11.1995, p. 38.678). O mesmo entendimento é de aplicar-se à decisão que, na ação monitória, defere o mandado de pagamento.

63 Conta-se o prazo da juntada do mandado de citação (STJ, 2a T., REsp. no 249.769/AC, Rel. Min. Castro Filho, ac. de 12.03.2002, RSTJ 156/222).

64 “1. Não opostos oportunamente os embargos ao mandado monitório, os que eventualmente sejam ofertados à execução que em sequência se desenvolve têm os limites do art. 741 do CPC. 2. Por aí vencida a etapa de oposição plenária, descabe cogitar da alegação daquilo que, podendo ser alegado ao devido tempo, não o foi” (TJRS, 17a Câmara, Ap. Civ. 598.297.653, Rel. Des. Lopes Neto, ac. de 06.04.99, RJTJRS, 195/336). No mesmo sentido: TARS, 6a CC, Ap. no 19703419, Rel. Juiz Irineu Mariani, ac. de 08.05.1997, TARS 103/294.

65 STJ, 4a T., REsp. 207.750/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 25.05.1999, DJU de 23.08.1999, p. 133, LexJTACSP 180/636.

66 Com os embargos o procedimento especial da monitória se ordinariza, sujeitando-se às regras do processo de conhecimento e não do processo de execução. Descabe, outrossim, a aplicação analógica do art. 520, V, do CPC: “a) a uma, porque os embargos à monitória não equivalem aos embargos do devedor – têm natureza de contestação”; b) a duas, porque o móvel que justifica a ausência de efeito suspensivo aos embargos à execução está ligado à razão direta de se conferir maior celeridade à ulatimação do processo de execução, na qual este se encontra inserto. O mesmo não se dá com os embargos à monitória, vez que os embargos afastam o processo de execução, e ordinariza o rito processual; c) a três, porque as hipóteses de apelação com efeito meramente devolutivo, enquanto exceções à regra geral, e, por ser matéria de restrição de direitos, deve ser interpretada de forma estrita” (STJ, 3a T., REsp. 207.728/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 17.05.2001, DJU 25.06.2001, p. 169,

RSTJ 146/288; *Rev. Processo* 115/272-274).

- 67 STJ, 6a T., AgRg no Ag 437.379/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, ac. 06.12.2007, *DJU* 19.12.2007, p. 1240; STJ, 1a T., REsp. 503.880/MG, Rel. Min. Denise Arruda, ac. 24.10.2006, *DJU* 16.11.2006, p. 217.
- 68 STJ, 1a T., REsp. 281.483/RJ, Rel. p/ ac. Min. José Delgado, ac. 06.08.2002, *DJU* 07.10.2002, p. 181.
- 69 “Nessa fase, a atividade jurisdicional não tem propriamente natureza contenciosa, consistindo, na prática, numa espécie de convocação para que o devedor cumpra sua prestação. Nada impede que tal convocação possa ser feita à Fazenda, que, como todos os demais devedores, tem o dever de cumprir suas obrigações espontaneamente, no prazo e na forma devidos, independentemente de execução forçada. Não será a eventual intervenção judicial que eliminará, por si só, a faculdade – que, em verdade, é um dever – da Administração de cumprir suas obrigações espontaneamente, independentemente de precatório. Se o raciocínio contrário fosse levado em conta, a Fazenda Pública estaria também impedida de ajuizar ação de consignação em pagamento” (STJ, 1a Seção, EREsp. 345.752/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, ac. 09.11.2005, *DJU* 05.12.2005, p. 207).
- 70 “Nada impede que o juiz, a despeito de ter processado a ação monitória, julgue mais tarde, por ocasião dos embargos, insuficiente a prova que a instruiu” (STJ, 3a T., REsp. no 250.640/SE, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. de 21.05.2002, *DJU* de 05.08.2002, p. 327).
- 71 “A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário” (STJ, Súmula no 292).
- 72 STJ, 3a T., REsp. no 207.728/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 17.05.2001, *RSTJ* 146/288; STJ, 4a T., REsp. no 170.482/SC, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 23.11.1998, *DJU* 12.04.1999, p. 160; TJSP, 5a C. D. Priv., AI no 61.913-4, Rel. Des. Boris Kauffmann, ac. de 09.10.1997, *JTJ* 204/220. Mesmo no caso de rejeição liminar dos embargos, “deve a apelação ser recebida em ambos os efeitos, impedindo o curso da ação monitória até que venha a ser apreciado o objeto dos embargos em segundo grau de jurisdição” (STJ, 3a T., REsp. no 207.728/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 17.05.2001, *DJU* de 26.05.2001, p. 169).
- 73 MANDRIOLI. *Op. cit.*, no 45, pp. 187-188.

Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária

§ 236. GENERALIDADES

Sumário: 1.485. Introito. 1.486. Iniciativa do procedimento e participação dos interessados. 1.486-a. Litigiosidade incidental. 1.487. A função do juiz. 1.488. Procedimentos.

1.485. Introito

O CPC, segundo clássica orientação de nosso direito processual, dividiu os procedimentos especiais em dois grupos: um de *jurisdição contenciosa* e outro de *jurisdição voluntária*.

A designação “jurisdição voluntária” tem sido criticada porque seria contraditória, uma vez que a jurisdição compreende justamente a função pública de compor litígios, o que, na verdade, só ocorre nos procedimentos contenciosos. Na chamada “jurisdição voluntária”, o Estado apenas exerce, através de órgãos do Judiciário, atos de pura administração, pelo que não seria correto o emprego da palavra *jurisdição* para qualificar tal atividade.

No entanto, a expressão é tradicional, não só entre nós, como no direito europeu.

O que, na verdade, distingue a atividade da jurisdição voluntária daquela desempenhada no processo contencioso é justamente a presença, neste, da *contenda*, ou seja, da pretensão ao exercício de um direito *contra outrem*; ao passo que – ensina Prieto-Castro – “na jurisdição voluntária não existe parte adversária e só se trata de uma *fixação* de valor substancial em si e por si”.¹

Entre nós, Frederico Marques tem estudado com profundidade o tema e aponta as seguintes características para a jurisdição voluntária:

“a) como função estatal, ela tem a *natureza administrativa*, sob o *aspecto material*, e é ato judiciário, no plano subjetivo orgânico;

b) em relação às suas finalidades, é função *preventiva* e também *constitutiva*.”²

Pressuposto da jurisdição voluntária é, no dizer do eminente processualista, “um negócio ou ato jurídico, e não, como acontece na jurisdição contenciosa, uma *lide* ou *situação litigiosa*. O contraditório entre as partes é traço exterior da jurisdição contenciosa... Inexistindo lide, a jurisdição voluntária é, por isso mesmo, um procedimento que se desenvolve sem partes”.³

Daí a afirmação de Alcalá-Zamora de que na jurisdição voluntária não há litígio, mas negócio jurídico; não há partes, mas simples participantes; nem há ação, mas apenas pedido.⁴

Há, enfim, procedimento de jurisdição voluntária quando, conforme Prieto-Castro, os órgãos judiciais são convocados a desempenhar uma função administrativa destinada “a tutelar a ordem jurídica mediante a constituição, asseguramento, desenvolvimento, e modificação de

estados e relações jurídicas com caráter geral, ou seja, frente a todos”.⁵

Tomem-se como exemplo os procedimentos da apresentação e publicação de testamentos e da interdição dos incapazes, onde os traços da jurisdição voluntária emergem com nitidez.

Em ambos os casos, os requerentes não têm direitos subjetivos a exercer contra os requeridos, mas visam realizar ato jurídico em juízo que crie ou instale um novo estado jurídico oponível *erga omnes*, mas sem o efeito da *coisa julgada*, pois aquilo que emana tanto do procedimento dos testamentos como da interdição estará sempre passível de discussão em posteriores procedimentos de jurisdição contenciosa ou até mesmo de revisão e modificação em outros procedimentos voluntários.

1.486. Iniciativa do procedimento e participação dos interessados

Em princípio, os procedimentos de jurisdição voluntária também se sujeitam à regra do *ne procedat iudex ex officio* (art. 2º).

Pela natureza administrativa da atividade do juiz nesse setor do processo, admite a lei, no entanto, que em várias situações possa o magistrado agir de ofício, ou seja, sem requerimento de interessado.

Assim, por exemplo, podem ser determinadas, *ex officio*, a alienação de bens depositados judicialmente (art. 1.113); a exibição de testamento em juízo (art. 1.129); a arrecadação de bens da herança jacente (art. 1.142) e várias outras medidas típicas da jurisdição voluntária.

Por não haver litígio, os sujeitos do procedimento recebem aqui a denominação *interessados*, em lugar de partes (autor e réu), como ocorre nos procedimentos contenciosos.

Embora inexistir conflito, a jurisdição voluntária sempre leva à constituição de situações jurídicas novas, que naturalmente produzem efeitos junto a outras pessoas além do promovente.

Daí a obrigatoriedade da citação, sob pena de nulidade, de todo aquele que tiver interesse suscetível de ser atingido pelo ato processado em juízo (art. 1.105).⁶

Também o órgão do Ministério Público deve, em princípio, participar dos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 1.105).⁷

Finalmente, a Fazenda Pública é de ser convocada a intervir em todo procedimento onde se evidencie o seu interesse.

Após a citação, o interessado terá oportunidade de responder em 10 (dez) dias (art. 1.106). Não havendo litígio, não há contestação propriamente dita, mas apenas resposta.⁸ Não cabe reconvenção⁹ mas incidem os efeitos da revelia, quando o citado deixa de responder no prazo legal, não sendo lícito ao juiz processar resposta intempestiva.¹⁰

Ocorrendo, porém, resistência ao pedido, responderá o vencido pelas despesas processuais, inclusive honorários de advogado, visto como se terá configurada a situação litigiosa (pretensão e resistência).¹¹

1.486-a. Litigiosidade incidental

O procedimento de jurisdição voluntária é instalado no pressuposto de inexistência de litígio a compor. Por isso, a intervenção do juiz se passa no plano administrativo e não jurisdicional. Não é excluída, porém, a eventualidade de se tornar necessária uma intervenção incidental do

órgão jurisdicional de feição verdadeiramente jurisdicional, se os interessados vêm a suscitar *questões* (pontos controvertidos) que reclamem soluções próprias do processo contencioso. A composição dessas controvérsias já não terá mais a natureza de provimento administrativo, mas de sentença de mérito, capaz de produzir a coisa julgada material, tal como ocorre no procedimento típico de conhecimento.

Explica Fazzalari que, em semelhante conjuntura, é o próprio juiz do procedimento administrativo que se despe das vestes de órgão da jurisdição voluntária e assume as de órgão da verdadeira e própria jurisdição para resolver a controvérsia e tutelar, por sentença, o direito subjetivo deduzido em juízo.¹²

É o que, v.g., se passa no procedimento de venda judicial para extinção de condomínio sobre coisa indivisível (art. 1.117, II). Surgindo, no curso do procedimento de jurisdição voluntária, controvérsia sobre o direito material de promover a extinção do condomínio, ou sobre a própria existência do condomínio, dá-se, *in casu*, uma “osmose entre jurisdição voluntária e a jurisdição (verdadeira), no sentido de que, em via incidental, relativamente ao procedimento voluntário, se desenvolve o procedimento jurisdicional sobre o direito controvertido”.¹³

1.487. A função do juiz

Incumbe aos interessados o ônus de provar os fatos constitutivos de seus direitos e pretensões, sem dúvida. Mas a natureza administrativa do procedimento de jurisdição voluntária leva a lei a deferir poderes ao juiz de ampla e livre investigação dos fatos, podendo ordenar de ofício a realização de qualquer prova (art. 1.107).

Pela mesma razão, ao decidir o pedido, não ficará adstrito a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna (art. 1.109).¹⁴

Por outro lado, agindo fora do contexto da litigiosidade, o juiz não provoca, com sua decisão, a coisa julgada material. Onde sua sentença não impede a revisão do ato constituído pelos interessados, sem prejuízo de terceiros. Aquilo que se decidir em sede de jurisdição voluntária admite modificação, sem prejuízo dos efeitos produzidos, sempre que ocorrerem circunstâncias supervenientes (v.g., suspensão da interdição, restabelecimento da sociedade conjugal depois de homologada a separação etc.) (art. 1.111).

Mesmo quando houver vício que torne nula ou anulável a sentença, não haverá necessidade de usar a ação rescisória contra ela. Tudo se resolverá através de ação ordinária (art. 486).¹⁵

Outrossim, o recurso legalmente previsto contra a sentença proferida em procedimento de jurisdição voluntária é a apelação (art. 1.110).

1.488. Procedimentos

Em linha simétrica aos procedimentos contenciosos, a jurisdição voluntária conta com um *procedimento comum* e vários *procedimentos especiais*.

O procedimento comum está regulado pelos artigos 1.103 a 1.112, e os especiais, pelos artigos 1.113 a 1.210.

Em síntese, o procedimento comum pode ser assim esquematizado:

- I – abertura, por petição do interessado ou do Ministério Público (art. 1.104);
- II – citação de todos os interessados e do Ministério Público, com 10 (dez) dias para resposta (arts. 1.105 e 1.106);
- III – instrução, com ampla liberdade de iniciativa para o juiz (art. 1.107);
- IV – audiência da Fazenda Pública, sempre que tiver interesse (art. 1.108);
- V – sentença, sem ficar o juiz obrigado a observar critério de legalidade estrita (art. 1.109);
- VI – recurso de apelação (art. 1.110).

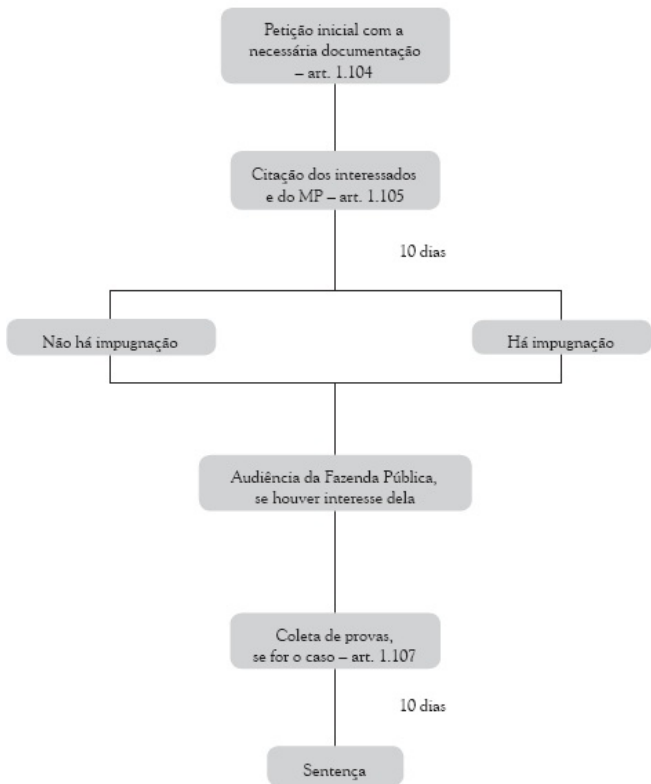
Prevê o art. 1.112 que se processarão pela forma do rito comum os seguintes casos de jurisdição voluntária:

- I – emancipação;
- II – sub-rogação;
- III – alienação, arrendamento ou oneração de bens dotais, de menores, de órfãos e de interditos;
- IV – alienação, locação e administração da coisa comum;
- V – alienação de quinhão em coisa comum;
- VI – extinção de usufruto e de fideicomisso.¹⁶

O rol *supra* não deve ser entendido como taxativo. Muitas outras situações previstas no ordenamento jurídico reclamam a interferência judicial para administrar interesses privados não contenciosos. Sempre que tal se der, e não existir previsão de rito próprio ou especial, deverá incidir o procedimento comum dos arts. 1.103 a 1.112.¹⁷

Fluxograma no 86

PROCEDIMENTO COMUM DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA
(arts. 1.103-1.112)



- 1 *Derecho Concursal.*, Madrid, 1974, nº 135, p. 180.
- 2 *Manual de Direito Processual Civil.*, vol. I, nº 62, p. 79.
- 3 *Op. cit.*, nº 62, pp. 79-80.
- 4 *Apud* MARQUES, Frederico. *Op. cit.*, *loc. cit.*
- 5 *Op. cit.*, nº 135, pp. 179-180.
- 6 No caso de alienação judicial de imóvel comum, é de exigir-se participação de ambos os cônjuges ou outorga uxória (TJSP, 19a CC, AI 165.061-2, Rel. Des. Telles Corrêa, ac. de 05.11.1990, *RJTJESP* 130/290). Havendo hipoteca, a venda judicial do imóvel gravado depende de prévia notificação do credor (C. Civil, art. 1.501), embora não se exija sua concordância (TJSP, 7a C. D. Priv., AI 24.496-4, Rel. Des. Mohamed Amaro, ac. de 27.11.1996, *JTJ* 192/177).
- 7 A intervenção do MP não é necessária em todos os procedimentos de jurisdição voluntária, mas apenas naqueles em que haja previsão legal expressa e nas hipóteses do art. 82 do CPC, como proclama a jurisprudência do STJ (STJ, 4a T., REsp. 364/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 05.09.1989, *RSTJ* 8/283; STJ, 4a T., REsp. 6.718/MG, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. de 02.06.1992, *RSTJ* 43/244). Por exemplo: nulo o suprimento de idade para casamento processado sem a intervenção do MP (STJ, 3a T., REsp. 16.915/TO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 23.06.1992, *RT* 693/266); obrigatória é também a participação do MP na separação consensual (CPC, art. 1.122, § 1o), na abertura e registro de testamento (CPC, art. 1.126), na arrecadação da herança jacente (art. 1.145, § 2o), dos bens do ausente (art. 1.163, § 2o) e das coisas vagas (art. 1.172), na curatela dos interditos (art. 1.182, § 1o), na nomeação de tutores (art. 1.189) etc. Não há, porém, necessidade de intervir o MP na alienação judicial de bem em condomínio se os interessados são maiores e capazes (STJ, 3a T., AgRg. no AI 41.605-4/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. de 08.11.1993, *DJU* 06.12.1993, p. 26.665).
- 8 MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*, nº 195, p. 204.
- 9 STJ, 4a T., REsp. 33.457/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 29.11.1993, *RSTJ* 59/288; TJSP, AI 104.191-2, Rel. Des. Nigro Conceição, ac. de 06.08.1986, *RJTJESP* 103/309.
- 10 TJSP, 13a C., AI 247.008/6, Rel. Des. Marrey Neto, ac. de 06.09.1994, *RT* 714/141; *JTJ* 165/189.
- 11 STJ, 3a T., REsp. 77.057/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. de 12.02.1996, *DJU* 25.03.1996, p. 8.577.
- 12 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, 8a ed., Padova, Cedam, 1996, § 11-F, p. 178.
- 13 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni cit.*, § 11-F, p. 178.
- 14 “O Código de Processo Civil, em boa hora, tornou explícito o que já era admitido pela consciência doutrinária e jurisprudencial, ao dispor no art. 1.109 que, na apreciação dos pedidos de jurisdição voluntária, o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita” (TJMG, Ap. 60.417, Rel. Des. Xavier Lopes); TJSP, Ag. 256.931-2, Rel. Des. Corrêa Vianna, ac. de 21.03.95, *in JTJSP* 171/183. A liberdade de afastar-se do critério de legalidade

- estrita refere-se “à atividade processual”, e não pode “alcançar o direito material” (TAMG, 4^a CC, Ap. 148.894-8, Rel. Juiz Célio Paduani, ac. de 09.07.1993, *RJTAMG* 51/126).
- 15 “É exato que pedido tramitado pelo procedimento de jurisdição voluntária não está sujeito à ação rescisória. Não se trata de sentença de mérito. Deve ser anulada, conforme a lei civil” (TJMG, AR 762, Rel. Des. Monteiro de Barros). No mesmo sentido: TJRJ, 2^o Grupo Câm., Rel. Des. Perlingeiro Lovisi, in *ADV* de 16.01.94, no 64.170. O art. 1.111 do CPC, porém, só cuida da ação de revisão da sentença de jurisdição voluntária, e o faz em função do caráter continuativo da obrigação dela emergente. Já a rescisão, por vício do negócio praticado sob autorização judicial, no exercício da administração pública dos interesses privados, rege-se pela disciplina do art. 486 do CPC (ação anulatória comum dos defeitos dos atos jurídicos) (*RP* 4/397; *RF* 284/314, *JTJ* 239/298; *RSTJ* 17/422, *RTJ* 83/977; *JTJ* 316/483; *RF* 384/385; *RTJ* 114/1.108 etc.).
- 16 O cancelamento do gravame no Registro de Imóveis, relativo ao usufruto extinto por morte do usufrutuário, independe de decisão judicial (TJRJ, Seção Cível, Unif. Jurisp. 19 da Ap. 13.069, Rel. Des. Fonseca Passos, ac. de 24.05.1982, *RP* 27/270).
- 17 MARCATO, Antônio Carlos. *Op. cit.*, no 200.7, p. 210. “O art. 1.112 exemplifica o procedimento, em geral, de jurisdição voluntária. Note-se bem: exemplifica” (Pontes de Miranda, *op. cit.*, vol. XVI, p. 40).

§ 237. PROCEDIMENTO DAS ALIENAÇÕES JUDICIAIS

Sumário: 1.489. Alienações judiciais. 1.490. Alienações cautelares. 1.491. Iniciativa da medida. 1.492. Casos de alienação judicial expressos em lei. 1.493. Leilão. 1.494. Avaliação prévia. 1.495. Publicidade. 1.496. Arrematação. 1.497. Destino do produto da alienação. 1.498. Custódia do produto. 1.499. Outros bens alienáveis judicialmente. 1.500. Bens indivisíveis em inventário e partilha. 1.501. Bens de órfãos. 1.502. Alienação forçada de bem indivisível como forma de extinção de condomínio. 1.503. Alienação irregular do bem comum indivisível. 1.504. Procedimento especial da adjudicação.

1.489. Alienações judiciais

Entre os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, prevê o Código de Processo Civil o das “alienações judiciais”, nos artigos 1.113 a 1.119, cuja aplicação prática ocorre em três situações distintas:

- a) como meio de exercer *função cautelar*, quando os bens afetados por constrição judicial forem de fácil deterioração, estiverem *avariados* ou exigirem grandes despesas para sua guarda;
- b) como meio de resguardar *interesses de incapazes*, ou outros interesses que merecem especial atenção e que levam o legislador a instituir a venda judicial como forma válida de disposição de bens;
- c) como meio de extinção do condomínio sobre as coisas indivisíveis.

Além dessas alienações acima enumeradas, outras se fazem em juízo, com o fito de realizar-se a execução forçada por quantia certa. Mas estas não se regulam pela sistemática do procedimento especial constante dos arts. 1.113 a 1.119, e sim pelas regras específicas do processo de execução (arts. 680 a 707 do CPC).

1.490. Alienações cautelares

As alienações judiciais com fito cautelar pressupõem o depósito judicial de bens, por força de algum processo pendente, e o risco de perda, deterioração ou de despesas insuportáveis para sua guarda.

Destinam-se, pois, a resguardar a parte do *periculum in mora*, ou seja, do perigo de prejuízos sérios e difícil reparação acarretáveis pela demora do processo principal.

A alienação, com esse fito, cabe sempre que os bens depositados judicialmente (casos, por

exemplo, de sequestro, arresto, penhora, busca e apreensão etc.): *a)* forem *perecíveis*; *b)* estiverem *avariados*; ou *c)* exigirem *grandes despesas* para sua guarda (CPC, art. 1.113, *caput*).

Entre os bens de guarda dispendiosa e problemática, cita o § 1º do art. 1.113, os *semoventes*. Adverte, contudo, o dispositivo legal que a alienação não será promovida se alguma das partes assumir o encargo de satisfazer ou garantir as despesas de conservação.

1.491. Iniciativa da medida

Nenhuma decisão judicial é tomada sem o pressuposto da relação processual pendente. As alienações judiciais cautelares, todavia, dentro do processo em que houve a instituição da custódia, tanto podem ser realizadas a requerimento de parte como *ex officio*, por deliberação espontânea do juiz (art. 1.113, *caput*, do CPC).

Também ao depositário judicial a lei confere legitimidade para requerer a alienação, sempre que verificar que o bem depositado se enquadre numa das hipóteses de riscos arroladas no art. 1.113 citado.

Sendo a medida requerida por uma das partes, o juiz, antes de decidir, para assegurar o contraditório, ouvirá o outro litigante (CPC, art. 1.113, § 2º).

Havendo interesse de incapazes, impor-se-á a audiência, também, do órgão do Ministério Público.

Se o requerimento partir do depositário, aconselha o bom senso e a prudência que o juiz deva conceder vistas às partes, para depois deliberar.

1.492. Casos de alienação judicial expressos em lei

Os casos expressos em lei, em que cabe a alienação judicial, como anota José Olympio de Castro Filho, “são todos aqueles em que, segundo normas do próprio código, ou segundo normas do direito substantivo, há de se efetuar a venda judicial, tais como: 1º) a da coisa vendida a crédito, com reserva de domínio (art. 1.070, § 1º); 2º) de bens nas heranças arrecadadas (art. 1.155); 3º) de bens vagos (art. 1.173); de bens de incapazes (art. 1.112, III, que se refere, impropriamente, a órfãos); 4º) de bens dotais (CC, art. 293); do quinhão do condômino na coisa indivisível (art. 1.139); 5º) de bens necessários para o pagamento do passivo do inventário (art. 1.017, § 3º); de bens achados, quando não encontrado quem mostre domínio (CC, art. 606)”.

Aqui a alienação judicial tanto poderá ser *incidente de processo pendente* (ex.: alienação de bem inventariado para pagamento de despesas do processo; do bem gravado com reserva de domínio etc.), como objeto de procedimento autônomo de jurisdição voluntária (ex.: alienação de bem de incapaz, de bem comum indivisível etc.).

1.493. Leilão

A forma normal das alienações judiciais é o leilão (CPC, artigo 1.113, *caput*).

O § 3º do mesmo dispositivo, todavia, prevê a alienação independentemente de leilão, “se todos os interessados forem capazes e nisso convirem expressamente”.

Lembra, porém, José Olympio de Castro Filho que, quando a alienação judicial for objeto

de simples procedimento de jurisdição voluntária (isto é, não for incidente de procedimento contencioso), não é imperativa a norma que manda seja sempre feita em leilão a venda, porque segundo o art. 1.109 do CPC, para a administração judicial dos interesses privados, na jurisdição dita graciosa, o juiz não está “obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”.

Dessa forma, para o eminente processualista, em se tratando de jurisdição voluntária, incide a regra específica do art. 1.109, podendo, assim, dispensar, o juiz, o leilão judicial e autorizar “a venda judicial por outro meio regular de alienação”, em solução que repute “mais conveniente ou oportuna”.²

Discorda Marcos Afonso Borges, para quem a norma do § 3º do art. 1.113 do CPC deve ser havida como excepcional e imperativa, de modo a só permitir a dispensa do leilão se todos os interessados forem capazes e nisso convierem expressamente.³

Fico, porém, com o Prof. Castro Filho, por entender que o leilão é mera regra formal e, assim, entra na faixa de disponibilidade que o art. 1.109 confere ao magistrado, ao outorgar-lhe a permissão de julgar, em jurisdição voluntária, sem a observância da legalidade estrita. Para tanto, todavia, deverá propiciar ao interesse do incapaz um sistema de publicidade ou ressalva equivalente ao do leilão, como a publicação de editais e a concorrência administrativa, para que não fique totalmente desamparado o seu direito.

Vou, outrossim, mais longe ainda. Mesmo nos casos de alienação judicial de natureza cautelar, quando a urgência for maior e o perigo de dano não suportar a espera dos prazos de editais e as formalidades dos leilões públicos, entendo que o juiz, dentro do poder geral de cautela (arts. 798 e 799 do CPC), pode autorizar a venda imediata e até mesmo particular de coisas apreendidas, que sejam rapidamente perecíveis, como frutas e outros produtos hortigranjeiros.

A não ser assim, frustrada ficaria a tutela cautelar, condição *sine qua non* da prevenção do interesse dos litigantes diante do perigo de demora do processo principal.

Entre observar a complicada tramitação dos leilões oficiais e evitar que pereçam os bens depositados, prefiro admitir que o bom senso tenha de prevalecer, por meio da permissão de alienação particular imediata e sem maiores formalidades.

1.494. Avaliação prévia

Dispõe o art. 1.114 do CPC que os bens a serem alienados judicialmente devem ser avaliados especificamente para o ato quando: “I – não o hajam sido anteriormente; II – tenham sofrido alteração em seu valor”.

Em regra, portanto, se os bens já se submeteram a avaliação anterior no processo principal, não há necessidade de repetir a medida apenas para autorizar-se sua alienação judicial. Se, porém, há notícia de variação em sua cotação, impõe-se a atualização da estimativa.

Também não há necessidade de avaliação quando se cuidar de títulos ou mercadorias cotadas em Bolsa, caso em que “o valor só pode ser o que resulta daquele meio prático e oficializado de se venderem tais bens”.⁴

1.495. Publicidade

Embora sem dispositivo expresso a respeito, é unânime o entendimento de que, em regra, as alienações judiciais não devem ser precedidas de publicidade conveniente, sem o que não atingem a finalidade de ampla oferta com oportunidade de igual tratamento para todos os interessados, e com expectativa de alcançar-se o melhor preço possível, tal como se dá na arrematação dos bens penhorados, em execução por quantia certa.

A propósito, anotam José Olympio de Castro Filho e Edson Prata que a venda haverá de ser preparada por meio de divulgação em editais, com os requisitos do art. 687 e seus parágrafos do mesmo Código.⁵

1.496. Arrematação

Só no caso de imóveis de menores e incapazes é que a avaliação tem influência decisiva no desfecho da alienação judicial, porque, segundo a regra do art. 701 do CPC, que se aplica subsidiariamente na espécie, o juiz não deferirá a arrematação se o maior lance não alcançar pelo menos 80% do preço da avaliação.

Em tal circunstância, a hasta pública será suspensa e o imóvel ficará confiado à guarda e administração de depositário idôneo, adiando-se o leilão por prazo que não ultrapasse um ano.

Não sendo o caso de imóvel de menor ou incapaz, “a alienação será feita pelo maior lance oferecido, ainda que seja inferior ao valor da avaliação” (CPC, art. 1.115).

Não há, como se vê, nas alienações judiciais, a duplicidade de licitações que é obrigatória na execução por quantia certa, e prevalece, no procedimento regulado pelos arts. 1.113 a 1.119, o princípio da alienação, em leilão único, “a quem mais der”.⁶

Assim, a avaliação, na maioria dos casos, não terá outra serventia senão a de servir de base para a oferta pública dos bens, cuja alienação, porém, poderá ser feita por qualquer preço, ainda que menor, desde que nenhum licitante se disponha a oferecer lance que atinja ou supere a estimativa do avaliador.

1.497. Destino do produto da alienação

Efetuada a venda e deduzida as despesas da alienação judicial (custas, comissões etc.), o líquido apurado será depositado à ordem judicial (CPC, art. 1.116), em banco oficial, ou outra casa bancária, se não existir entidade daquela espécie no local.

Diz mais o dispositivo legal em tela, que sobre a importância depositada sub-rogar-se-ão os ônus ou responsabilidades a que estavam sujeitos os bens alienados.

A sub-rogação, *in casu*, é *ipso iure*, de sorte que ocorre automaticamente, no momento em que se realiza a venda judicial, seja em hasta pública ou em oferta particular.⁷

Sub-rogar, em sentido real, é colocar uma coisa na posição jurídica de outra. Isto quer dizer que, após alienação judicial para todos os efeitos de direito, o preço apurado é que passa a suportar os *ônus reais*, como a hipoteca, o penhor, a caução, a cláusula de inalienabilidade etc., ou as *responsabilidades patrimoniais* asseguradas, por exemplo, pela penhora, pelo arresto etc.

1.498. Custódia do produto

Em face da realidade inflacionária a que se submete o País há várias décadas, contém o parágrafo do art. 1.116 do CPC uma regra de tutela do valor aquisitivo do produto apurado nas alienações judiciais.

Assim, manda a lei que “não sendo o caso de se levantar o depósito antes de 30 dias, inclusive na ação de execução, o juiz determinará a aplicação do produto da alienação ou do depósito em obrigações ou títulos da dívida pública da União ou dos Estados”.

Igual efeito protetivo pode, também, ser obtido com o recolhimento do produto da alienação em depósitos bancários sujeitos a correção monetária, como os das cadernetas de poupança e outros equivalentes, garantidos pelo Tesouro Nacional.

Feita a inversão em títulos, ficarão estes custodiados, em banco oficial, à ordem do juiz da causa.

1.499. Outros bens alienáveis judicialmente

Dispõe o art. 1.117 do CPC que, segundo a mesma sistemática já abordada, também serão alienados em leilão: I – o imóvel que, na partilha, não couber no quinhão de um só herdeiro ou não admitir divisão cômoda, salvo se adjudicado a um ou mais herdeiros acordes; II – a coisa comum indivisível ou que, pela divisão, se tornar imprópria ao seu destino, verificada previamente a existência de desacordo quanto à adjudicação a um dos condôminos; III – os bens móveis e imóveis de órfãos, nos casos em que a lei o permite e mediante autorização do juiz.

1.500. Bens indivisíveis em inventário e partilha

A indivisibilidade, tanto natural como jurídica (ou econômica), impede o desfecho normal da partilha hereditária pela impossibilidade de colocar um ou alguns bens do espólio no quinhão de um só dos herdeiros. Daí a necessidade da alienação judicial para que a partilha se faça sobre o preço apurado.

Essa alienação, contudo, não é a única saída para o impasse, de sorte que a partilha pode ser feita sem a disposição do bem indivisível em duas hipóteses: a) quando adjudicado o bem por inteiro a um dos herdeiros, que faz reposição da diferença, em dinheiro, aos demais; b) quando se procede à adjudicação a mais de um herdeiro, em comum, do bem indivisível.

Em qualquer das situações, é indispensável, porém, o acordo unânime de todos os herdeiros (CPC, art. 1.117, no I). Basta a discordância de um só dos sucessores para que a alienação judicial se imponha.⁸

É claro que não haverá obrigatoriedade da alienação judicial quando, embora indivisível, um dos bens inventariados pode se comportar por inteiro num dos quinhões.

O art. 1.117, I, cogita apenas da venda de imóvel indivisível. Mas é intuitivo que o problema da indivisibilidade na sucessão *causa mortis* não é diverso quando atinge coisas mobiliárias.

Destarte, quando coisas móveis inventariadas, como uma joia, um automóvel, uma coleção de livros, uma baixela de prata etc. não couberem no quinhão de um só herdeiro, nem houver acordo quanto à sua adjudicação a um ou alguns herdeiros, a solução será, igualmente, a alienação judicial, nos mesmos termos previstos para os bens imóveis.⁹

1.501. Bens de órfãos

Na sistemática do Código Civil de 1916, a venda dos imóveis pertencentes a menores, sob tutela e curatelados, somente seria praticável mediante prévia autorização judicial e sempre em hasta pública (arts. 429 e 453).

O Novo Código de 2002 aboliu a restrição do uso necessário da hasta pública, mantida, todavia, a necessidade de prévia avaliação judicial e aprovação do juiz, que somente se dará quando houver manifesta vantagem na alienação (arts. 1.750 e 1.774). A adoção da hasta pública, embora não imposta pela lei, poderá ser determinada pelo juiz, segundo as conveniências do caso concreto.

Para alienação dos bens imóveis dos menores sob pátrio poder, sempre se entendeu que apenas há necessidade de autorização judicial e nunca se exigiu o sistema de leilão ou de hasta pública, cabendo ao representante legal praticar o ato de disposição particularmente.10

1.502. Alienação forçada de bem indivisível como forma de extinção de condomínio

A extinção normal do condomínio é a que se opera pela partilha física da coisa comum, operação que a todo tempo qualquer condômino pode exigir (CC de 1916, art. 629; CC de 2002, art. 1.320).

Sendo contrária à índole exclusivista do direito de propriedade, nenhuma comunhão pode, em princípio, ser imposta indefinidamente aos condôminos, de modo que, mesmo nos casos de condomínio sobre bens física ou juridicamente indivisíveis, há sempre uma forma de fazer cessar a incômoda situação reinante entre os comunheiros.

Com esse fito, dispõe o art. 632 do CC de 1916 (CC de 2002, art. 1.322) que “quando a coisa for indivisível e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas e, não as havendo, o de quinhão maior”. Segundo o parágrafo único do art. 1.322, “se nenhum dos condôminos tem benfeitorias na coisa comum e participam todos do condomínio em partes iguais, realizar-se-á licitação entre estranhos e, antes de adjudicada a coisa àquele que ofereceu maior lance, proceder-se-á à licitação entre os condôminos, a fim de que a coisa seja adjudicada a quem afinal oferecer melhor lance, preferindo, em condições iguais, o condômino ao estranho”.

Instituiu, portanto, o direito material um mecanismo especial para fazer cessar o condomínio indesejável, sobre as coisas que não se pode partir de forma física.

Em primeiro lugar, prevê a lei a adjudicação como forma de solução amigável, que consiste em um só dos comunheiros haver para si a totalidade da propriedade, pagando o valor das cotas aos demais condôminos. Isto pode ser feito através de escritura pública de compra e venda, sem depender de autorização ou intervenção judicial, se todos forem maiores e capazes.

Havendo, contudo, litígio ou resistência entre os consortes, a medida aplicável será a alienação judicial forçada do imóvel em hasta pública, com preferência para os condôminos em relação aos estranhos.

O procedimento é o dos arts. 1.113 a 1.119 do CPC. E no praceamento observar-se-ão as seguintes preferências: I – em condições iguais, o condômino prefere ao estranho; II – entre os

condôminos, a preferência é do que tiver benfeitorias de maior valor; III – não havendo benfeitorias, o proprietário do maior quinhão prefere ao do menor (CPC, art. 1.118; CC de 1916, art. 632; CC de 2002, art. 1.322).

É claro que se não existir nenhum padrão de preferência entre os condôminos, os interessados terão de licitar sem preferência, ganhando a licitação o que oferecer melhor preço (CC, 2002, art. 1.322, parágrafo único).

Todos os condôminos são citados para acompanhar o procedimento da alienação judicial da coisa comum indivisível e participar da hasta pública, onde deverão exercer, querendo, a preferência legal.

Não há uniformidade de entendimento quanto ao momento de exercitar-se o direito de preferência do condômino, existindo, na doutrina e jurisprudência, pronunciamentos favoráveis à admissão de pedido de preferência mesmo depois de ultimada a hasta pública, desde que ainda não se tenha expedido a carta de arrematação.¹¹

A melhor exegese, no entanto, é a que exige a participação do condômino preferente no ato da licitação, não para cobrir o lance alheio, mas para equiparar sua proposta a ele, ensejando, outrossim, ao outro interessado, condições de superá-lo, se lhe convier.

Lembra Pontes de Miranda que o condômino, em face de seu direito real sobre o bem a arrematar, tem de ser intimado para a licitação, e para que o direito de preferência surja tem de se manifestar diante de uma situação de igualdade. De tal modo, se o condômino não lançou, oferecendo preço igual ao do arrematante, não exercitou, no tempo adequado, sua preferência.¹²

Na jurisprudência, o Des. Lamartine Campos bem apreciou a matéria no Agravo 14.175, sendo acompanhado pela unanimidade de seus pares da 2ª Câmara Civil do TJMG, com os seguintes argumentos: “... mas, à evidência, para que tal aconteça é indispensável que o condômino que tenha preferência ofereça, na hora da praça, preço pelo menos igual ao do maior lance, e só na hipótese de ser preterido é que usará da medida prevista no citado art. 1.119 (do CPC). Se não fez oferta ou lance na praça ou leilão, não poderá falar em preterição de sua preferência legal, para então lhe ser permitido o uso da adjudicação excepcional resguardada no art. 1.119 (CPC)”.

“É que – prossegue o eminente magistrado – o procedimento do condômino com preferência há de ser leal, pois a praça visa a obter em favor de todos os sócios um melhor preço. Por isso, deve oferecer o seu lance, ainda que igual ao do maior concorrente, para então se valer da sua preferência. Lícito não lhe é agir maliciosamente, pondo-se à socapa, sem oferecer lance, para então obter a adjudicação, quando já encerrada a praça, apanhando o arrematante de surpresa...”

Lembra, finalmente, o acórdão do tribunal mineiro que outra não tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal que, a propósito, já proclamou: “O condômino que protestar por preferência somente pode exercê-la antes de entregue o ramo e assinado o auto de arrematação em condições iguais ao licitante estranho” (RT 176/393; e, no mesmo sentido, *Arg. Jud.* 73/269).

1.503. Alienação irregular do bem comum indivisível

Verificada a alienação de coisa comum sem observância das preferências legais, o

condômino prejudicado tem assegurado, pelo art. 1.119 do CPC, o direito de “requerer, antes da assinatura da carta, o depósito do preço e adjudicação da coisa”.

Com base neste dispositivo legal, entende José Olympio de Castro Filho que a preferência do condômino é sempre exercitável, mesmo depois de encerrada a hasta pública, contanto que não se tenha ainda assinado a carta de arrematação.¹³

Há, todavia, uma impropriedade no enfoque do douto processualista, pois a regra do art. 1.119 não é geral, e sim excepcional, sendo de aplicar-se, por força de seu próprio texto, apenas aos casos de alienação “sem observância das preferências legais”.

Logo, a observância das normas legais de preferência, que é a regra geral, deve dar-se, ordinariamente, antes da incidência da regra do art. 1.119, pois a incidência deste dispositivo pressupõe, justamente, a inobservância da preferência quando esta deveria ser aplicada.

A preferência, em suma, é de ser exercitada no momento da alienação, que se confunde com o encerramento da hasta pública, e não depois que a praça já findou, mediante aceitação do maior lance do terceiro arrematante.

Apenas a alienação irregular é que dá ensejo ao direito de adjudicação regulado pelo art. 1.119 do CPC.

Nesse sentido é a lição de Marcos Afonso Borges, para quem dita faculdade “somente poderá ser exercitada pelo condômino prejudicado”, em duas situações: *a)* “se este não houver sido intimado para a licitação”; *b)* se a licitação tiver sido realizada “sem observância da preferência ditada pelo art. 1.118, pois, se intimação houve, o interessado deverá pleitear seu direito quando da licitação”.¹⁴

Igual é a orientação de Pontes de Miranda, que ensina não haver “alienação de coisa comum sem observância das preferências legais”, quando o condômino deixa de comparecer à hasta pública para igualar o maior lance dado pelo terceiro arrematante, hipótese em que “não pode, depois da alienação a outrem, requerer o depósito do preço e a adjudicação do bem”.¹⁵

1.504. Procedimento especial da adjudicação

Em face do art. 1.119 do CPC, quando a alienação judicial for irregularmente feita, com infringência da preferência legal, o direito do condômino, visando à adjudicação do bem alienado, será exercitado pela abertura de um procedimento sumário nos moldes das ações cautelares (CPC, art. 803), com citação do adquirente e dos demais condôminos para dizerem de seu direito (*idem*, art. 1.119, parág. único).

De acordo com esse procedimento, não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelos requeridos como verdadeiros os fatos alegados pelo requerente, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias. Contestado o pedido, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida. Caso contrário, decidirá logo, em cinco dias.

São condições para o exercício dessa ação sumária: *a)* o ingresso em juízo antes da assinatura da carta de arrematação; e *b)* a existência de irregularidade na alienação judicial (venda da coisa comum sem ciência aos condôminos, ou sem atender ao pedido de preferência manifestado durante a licitação); *c)* depósito do preço igual ao valor da avaliação, juntamente com a petição inicial (CPC, art. 1.119).

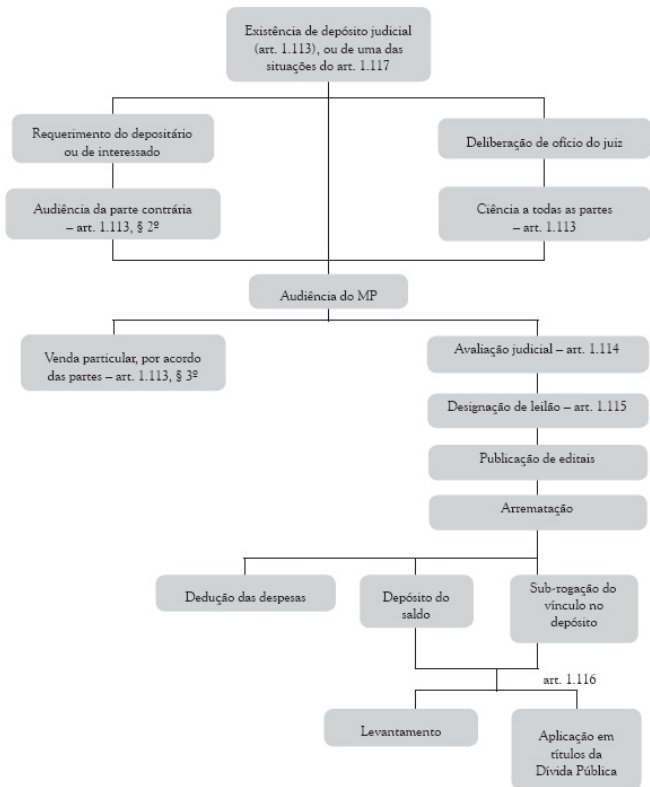
Passado o prazo do art. 1.119, ainda será possível o exercício do direito de preferência não

respeitado na alienação judicial da coisa indivisível, com apoio no art. 1.139 do CC. Mas, então, inaplicável será o rito sumário do art. 803 do CPC, cabendo ao interessado valer-se do procedimento ordinário das ações contenciosas do processo de conhecimento, desde que o faça dentro do prazo de seis meses, a contar da transcrição do título da arrematação no Registro de Imóveis.¹⁶

Fluxograma no 87

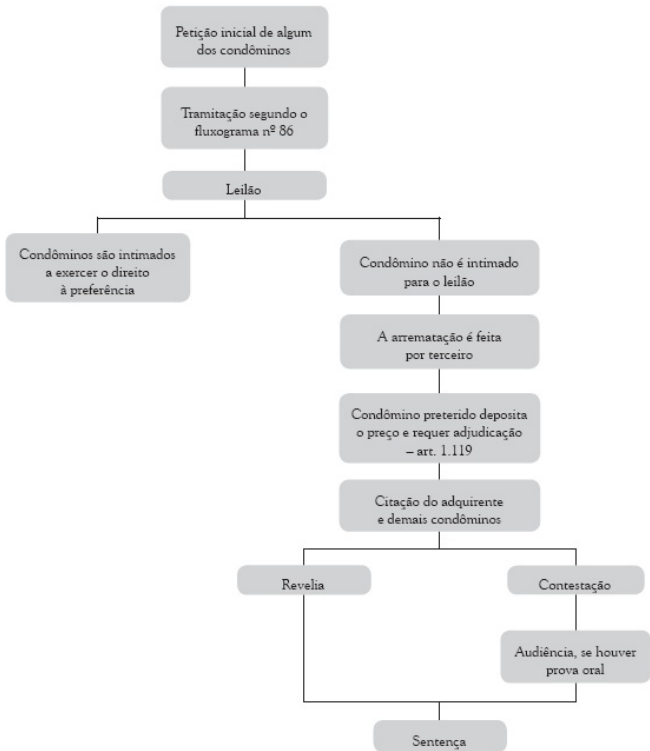
ALIENAÇÕES JUDICIAIS

(arts. 1.113-1.116)



Fluxograma no 88

ALIENAÇÃO JUDICIAL DA COISA COMUM
(arts. 1.117-1.119)



-
- 1 *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., série Forense, vol. X, no 38, p. 94. Os arts. 293 e 606 são do Código Civil de 1916. O primeiro deles não tem correspondência no Código Civil de 2002, porque não mais existe o regime dotal de casamento. O art. 606 corresponde ao art. 1.237 do novo Código Civil.
- 2 *Op. cit.*, no 39, pp. 97-98.
- 3 *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, 1977, pp. 282-283.
- 4 CASTRO FILHO, José Olympio de. *Op. cit.*, no 42, p. 107.
- 5 CASTRO FILHO, José Olympio de. *Op. cit.*, no 41, p. 106; Edson Prata, verbete “Alienação judicial”, in *Digesto de Processo*, vol. I, 9, p. 425. É de observar que a publicidade e os prazos de editais na execução por quantia certa foram alterados pela Lei no 6.851, de 17.11.80.
- 6 PRATA, Edson. *Op. cit.*, no 11, p. 425.
- 7 *Idem*, *op. cit.*, no 13, p. 425.
- 8 João Vicente Campos, in nota 20, p. 106, da 2. ed. dos *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. II, de Hugo Simas; José Olympio de Castro Filho, *op. cit.*, no 48, p. 115.
- 9 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*, 4. ed., vol. III, no 1.472, nota 1, p. 306; PRATA, Edson. *Op. cit.*, no 19, p. 426; CAMPOS, João Vicente. *Op. cit.*, nota 22, p. 107; CASTRO FILHO, José Olympio de. *Op. cit.*, no 47, pp. 113-114.
- 10 PRATA, Edson. *Op. cit.*, no 23, p. 426.
- 11 CAMPOS, João Vicente. *Op. cit.*, notas 22 a 24, pp. 107-108; TJMG, Apel. 42.773, ac. in *D. Jud. MG*, de 24.04.76.
- 12 *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XVI, 1977, p. 108.
- 13 *Op. cit.*, no 52, p. 120.
- 14 *Op. cit.*, p. 285.
- 15 *Op. cit.*, *loc. cit.*
- 16 PRATA, Edson. *Op. cit.*, no 30, p. 427.

§ 238. PROCEDIMENTO DO DIVÓRCIO CONSENSUAL

Sumário: 1.504-a. Advertência. 1.505. Noções introdutórias. 1.506. Natureza jurídica. 1.507. Requisitos. 1.508. Legitimação. 1.509. Competência. 1.510. Petição inicial. 1.511. Procedimento. 1.512 Sentença de homologação. 1.513. Reconciliação do casal. 1.514. Revisão e rescisão do acordo de separação ou divórcio. 1.514-a. Separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. 1.514-b. Regulamentação baixada pelo Conselho Nacional de Justiça sobre separação e divórcio consensuais. 1.514-c. Execução do acordo de separação ou divórcio ajustado por escritura pública.

1.504-a. Advertência

O tema deste Capítulo sofreu forte impacto da reforma constitucional que veio a dar novas roupagens à dissolução da sociedade conjugal no direito brasileiro.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 66/2010 alterou significativamente o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, ao tornar possível o divórcio direto, sem mais condicioná-lo à prévia separação judicial ou a qualquer outro interstício anterior de separação de fato. Com isso, na verdade, desapareceu de nosso direito de família a figura substancial da separação judicial, o mesmo ocorrendo com o procedimento de jurisdição voluntária que outrora se destinava a dar-lhe eficácia em juízo. É óbvio que não mais existindo a separação consensual não mais pode existir o procedimento de separação consensual.

Nada obstante, merece ser conservado o Capítulo LXXV do volume III do nosso *Curso*, com modificação do título e ligeiras alterações de texto, por várias razões. A primeira delas é que, embora figurassem os arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil como disciplinadores do procedimento específico da separação consensual, eram eles, por expressa previsão da Lei nº 6.515/1977, aplicáveis também ao divórcio consensual (art. 40, § 2º). De tal sorte, se o procedimento especial perdeu seu objetivo histórico, por desaparecimento da separação consensual, continua, sem embargo, vigente para instrumentalizar o divórcio negocial, que, a partir da Emenda nº 66, passou a ser a única forma de dissolução do casamento por ato *inter vivos*.

Além de tudo, não se pode ignorar a existência de numerosas separações em curso sob a regência do Código de Processo Civil e que poderão, a qualquer tempo, converter-se em divórcio consensual, sem falar nas inúmeras situações jurídicas derivadas dos procedimentos de separação amigável que poderão ensejar litígios, revisões e rescisões, cuja solução dependerá,

naturalmente, dos fatos, trâmites e decisões neles ocorridos. Haverá, portanto, necessidade de remontar-se, com frequência, ao procedimento encerrado para avaliar-lhe a validade ou invalidade, a eficácia ou ineficácia. Daí a conservação da atualidade do texto que cuidou da separação consensual enquanto vigorou entre nós.

1.505. Noções introdutórias

Segundo o art. 2º da Lei nº 6.515, de 26.12.77, entre os casos de dissolução da sociedade conjugal figurava a *separação judicial*, que tinha como particularidade não afetar o *vínculo conjugal*, de sorte que, mesmo após a ruptura da sociedade entre os cônjuges, permaneciam eles no estado de casados, ou seja, impedidos de convolar núpcias com outra pessoa (Cód. Civ. de 1916, art. 183, VI; CC de 2002, art. 1.521, VI).

Por duas vias podia-se conseguir a separação judicial: pela via *litigiosa* e pela *consensual*.

A separação litigiosa ocorria por meio de uma ação constitutiva em que a sentença impunha a ruptura forçada da sociedade conjugal, reconhecendo a procedência do pedido do cônjuge que, com base no art. 5º da Lei nº 6.515, insurgira-se contra a continuidade da questionada sociedade. Seu rito é o ordinário.

Em face da separação consensual, não havia lide a ser composta por sentença. Era a vontade harmônica dos dois cônjuges que delibera pôr fim à sociedade conjugal. Ao juiz cabe apenas homologar o ato bilateral, se observados os requisitos exigidos pela lei. O rito é o dos arts. 1.120 a 1.124 do Cód. de Proc. Civil.

A Lei nº 6.515, de 26.12.1977, prevê a conversão da separação judicial em divórcio, depois de um ano da data da decisão que a decretou ou da que concedeu a medida cautelar de separação. A conversão deve ser decretada por sentença, a requerimento de um dos cônjuges ou de ambos (art. 25).

A par das vias judiciais, a Lei nº 11.441, de 04.01.2007, abriu ensejo a que, em determinadas circunstâncias, a separação consensual e o divórcio consensual sejam realizados por via administrativa, ou seja, por meio de escritura pública, sem depender de homologação judicial (art. 1.124-A do CPC). Com a Emenda Constitucional nº 66/2010 desapareceu a separação judicial ou consensual. Conserva-se, no entanto, o divórcio consensual, que continua sendo realizável por via notarial ou pelo procedimento judicial administrativo dos arts. 1.120 a 1.124 do CPC.

1.506. Natureza jurídica

O divórcio consensual [como ocorria com a antiga separação consensual] integra a chamada jurisdição voluntária ou graciosa, já que é processado em juízo sem a existência de litígio entre os interessados, e a intervenção do magistrado se faz apenas com o fito de fiscalizar a regularidade do ajuste de vontades operado entre os consortes.

Trata-se de autêntico negócio jurídico bilateral, cujas partes são exclusivamente os cônjuges. Assim como o casamento surge de um acordo de vontades, também a sua dissolução pode ser obtida, em determinadas hipóteses, por meio de um acordo em sentido contrário.1

A intervenção do juiz na espécie é apenas administrativa e tende tão somente a cooperar

para a constituição de um estado jurídico novo. O efeito é integrativo, pois é por meio dele que o negócio dos interessados adquire eficácia.

1.507. Requisitos

Além do consenso entre os cônjuges, a separação sob procedimento de jurisdição voluntária estava condicionada a que o matrimônio date de mais de um ano (Código Civil de 2002, art. 1.574). Não dependia de motivação especial. Bastava o acordo de vontades.² A eficácia do negócio jurídico, porém, reclamava ainda a homologação do juiz, conforme o dispositivo legal *supra*.

Com a Emenda Constitucional no 66/2010 deixou de existir a separação e o divórcio consensual dispensa qualquer estágio prévio de cessação da convivência conjugal, podendo ser praticado a qualquer tempo.³

1.508. Legitimação

A separação consensual só podia ser pleiteada por ambos os cônjuges. Por se tratar de negócio jurídico bilateral, nosso antigo direito só permitia sua prática por cônjuges capazes. O art. 3º, § 1º, da Lei no 6.515, no entanto, inovou o tratamento normativo da matéria. Desde então, nos termos da lei, “o procedimento judicial da separação” continuou cabendo “somente aos cônjuges”, mas “no caso de incapacidade” – sem discriminar entre procedimento litigioso e amigável – passou-se a permitir possam eles ser “representados por curador, ascendente ou irmão”.⁴

No regime atual da Emenda Constitucional no 66/2010, a regra em questão subsiste para o divórcio consensual, já que seu processamento em juízo se dá segundo as mesmas regras da antiga separação judicial (Lei no 6.515/1977, art. 4º, § 2º).

1.509. Competência

É do foro da residência da mulher a competência para a separação e o divórcio (art. 100, I). O foro é privilegiado, mas não se trata de competência absoluta e improrrogável. A beneficiária do privilégio pode abrir mão dele aceitando o ajuizamento do feito em outra comarca, o que provocará prorrogação legal de competência, irrecusável de ofício pelo juiz.⁵

1.510. Petição inicial

A petição inicial deve ser assinada pelos próprios cônjuges e seu ou seus advogados. Pelo texto primitivo do art. 1.120 do CPC, não havia obrigatoriedade da intervenção do advogado na postulação, mas o art. 34, § 1º, da Lei no 6.515, veio tornar explícita a exigência.

Quando os cônjuges não souberem assinar ou não puderem fazê-lo, é lícito utilizarem a procuração por instrumento público ou o expediente da assinatura por terceiro a rogo deles (art. 1.120, § 1º).⁶

Em regra, as assinaturas dos cônjuges ou do terceiro a seu rogo serão lançadas na petição, em presença do juiz. Se tal não ocorrer, as firmas terão de ser reconhecidas por tabelião (art.

1.120, § 2º).

Segundo o art. 1.121, a petição será instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial, se houver, e conterá os seguintes dados:

I – a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;

II – o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas;

III – o valor da contribuição para criar e educar os filhos;

IV – a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

Além disso, ter-se-á de indicar o nome que a mulher adotará após o divórcio (Lei nº 6.515, art. 17, § 2º).

Quanto aos bens do casal, exige-se não apenas sua descrição, mas também a partilha deles entre os cônjuges. A falta de acordo imediato sobre a partilha, todavia, não é empecilho à homologação da separação consensual. Admite-se que essa matéria seja relegada para processo posterior, que seguirá o procedimento da partilha hereditária (art. 1.121, § 1º). Mas se a divisão dos bens pode ser omitida na petição inicial de separação, o mesmo não ocorre com a descrição dos bens do casal. Esta é considerada *essencial*.⁷

O acordo de partilha não está ordinariamente sujeito a tributação alguma, nem está obrigado a representar uma igualdade absoluta de quinhões. É lícito até mesmo a um dos consortes abrir mão integralmente de sua parte no patrimônio comum. Havendo, porém, a partilha desigual de bens imóveis, incidirá o imposto de transmissão sobre a parte excedente, que corresponderá a uma doação de um a outro dos cônjuges.⁸

Se a diferença de quinhões for fruto de erro ou dolo e a circunstância ficar positivada antes do pronunciamento judicial, possível será ao juiz a recusa de homologação do acordo, em face do disposto no art. 34, § 2º, da Lei nº 6.515.

No que toca aos filhos menores do casal é bom lembrar que ambos os cônjuges detêm o pátrio poder e o conservarão mesmo após a ruptura da sociedade conjugal. Daí a necessidade de regulamentar a guarda deles após a separação, bem como o regime de visitas. Segundo a Lei nº 11.112, de 13.05.2005, que alterou o inciso II do art. 1.121 e criou o seu § 2º, “entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos” (vigência subordinada ao prazo de 45 dias do art. 1º da LINDB, a contar de sua publicação oficial, ocorrida no DOU de 16.05.2005).⁹

A alimentação dos filhos menores é também dever conjunto dos pais, motivo pelo qual o acordo de divórcio tem de incluir a previsão do valor com que concorrerá para a criação e educação dos filhos, mormente aquele que não os terá em sua companhia. Trata-se de uma pensão alimentícia estipulada em favor da prole. O dever alimentar é de ambos os cônjuges, mas se um deles não tem condições de participar do encargo o outro deve responder integralmente por ele.

Já quanto aos alimentos do marido à mulher, inoccorre a essencialidade que se nota na pensão aos filhos menores. A própria lei, ao arrolar os requisitos do acordo de separação ou divórcio, somente menciona a necessidade de tal estipulação quando a mulher for pobre, isto é, “quando não possuir bens suficientes para se manter” (art. 1.121, § IV).

Daí entender-se que possui legitimidade para dispensar o pensionamento no acordo, sem que isso represente obstáculo à respectiva homologação. Nem é preciso declarar que possui bens para se manter. O direito a alimentos simplesmente pode não ser exercido. Presume-se, diante da não referência à pensão, a desnecessidade dela, por parte da mulher, que deve ter ficado com bens ou rendimentos suficientes para a subsistência.¹⁰

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, insiste em manter vigente a Súmula nº 379, segundo a qual “no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”.

Há, todavia, forte corrente jurisprudencial formada contra essa súmula, pelo menos em toda sua amplitude. Assim, tendem os tribunais para que o pedido de alimentos, na espécie, fique subordinado à comprovação da inocência e pobreza da mulher,¹¹ e ao requisito de ser demandado através de ação ordinária de revisão do acordo de separação (ou de divórcio), e não por via de ação sumária de alimentos.¹²

Destarte, considera-se, em princípio, renunciável a prestação alimentícia na separação (ou no divórcio) consensual, e só excepcionalmente admissível o seu pleito após a renúncia regularmente homologada.¹³

Claro, por outro lado, que o vício de consentimento (erro, dolo ou coação) sempre será causa suficiente para anular cláusulas de dispensa de alimento, mesmo após a competente homologação judicial. A ação será ordinária, porque o procedimento *in casu* é simplesmente administrativo.

1.511. Procedimento

Os cônjuges deverão comparecer pessoalmente à presença do juiz, salvo o caso de representação de incapaz. Depois de verificado que a petição está em ordem, o magistrado ouvirá o relato deles sobre os motivos do divórcio, esclarecendo-lhes as consequências da manifestação de vontade (art. 1.122). Com isso quer a lei que seja tentada a reconciliação dos cônjuges desavindos, para buscar manter o casamento.

Se a conciliação é obtida, não se prosseguirá no feito. Caso contrário, o juiz procurará certificar-se do real propósito dos cônjuges. Se se convencer de que ambos, livremente e sem hesitações, desejam o divórcio consensual, mandará reduzir a termo as declarações. Permanecendo dúvida a respeito da firme vontade de se separar, por parte de qualquer deles, o juiz designará dia e hora, com 15 (quinze) a 30 (trinta) dias de intervalo, para que possam melhor ponderar sobre a deliberação tomada, e só então voltar à sua presença a fim de ratificar o pedido de divórcio consensual (art. 1.122, § 1º).

A retratação ou o não comparecimento de um ou ambos os cônjuges, na época marcada, provocará o arquivamento do pedido (art. 1.122, § 2º).

Não havendo necessidade de ratificação ou sendo esta realizada, o juiz ordenará a abertura de vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, homologando o divórcio em seguida, se nada contraindicar a medida.

Lícita será a recusa de homologação, sempre que a análise da convenção firmada entre os interessados convencer o juiz de que o acordo não preserva adequadamente os interesses dos filhos do casal ou de qualquer dos cônjuges (Lei nº 6.515, art. 34, § 2º).

Essa recusa poderá decorrer de exame *ex officio* do juiz das cláusulas sobre guarda de filhos, pensão ou partilha, como também poderá ser provocada por requerimento do Ministério Público ou do cônjuge prejudicado. A medida será admissível mesmo quando ambos os interessados já houverem ratificado por termo o pedido, na forma do art. 1.122, § 1º.14

Se o ponto lesivo se situar apenas na partilha, tem-se admitida a possibilidade de homologação do restante do acordo, remetendo a divisão dos bens para a execução de sentença, na forma do parágrafo único do art. 1.121.15

1.512. Sentença de homologação

Uma vez homologada o divórcio, será a sentença averbada à margem do assento de casamento no Registro Civil. E se houver partilha de imóveis, far-se-á também o competente lançamento no Registro Imobiliário (art. 1.124).

Quanto à sociedade conjugal, os efeitos cessam no momento em que a sentença homologatória transita em julgado.16 Mas a partilha amigável dos bens comuns só se torna oponível a terceiros depois de lançada no Registro de Imóveis.17

A sentença, no tocante aos alimentos e à partilha, é título executivo judicial, que, à falta de adimplemento voluntário, se cumpre por meio de execução por quantia certa ou de execução para entrega de coisa (art. 475-I e 475-N, nos I e VII).

1.513. Reconciliação do casal

A separação judicial litigiosa ou consensual não punha fim ao *vínculo matrimonial*. Em razão disso, era possível aos cônjuges, em qualquer tempo, restabelecer a sociedade conjugal, sem se sujeitarem a um novo casamento.

Para tanto, era (e continua sendo) suficiente que ambos os consortes formulem requerimento ao juiz, nos autos da separação (Lei nº 6.515, art. 46).

A reconciliação, todavia, só será possível na forma sumária ora indicada, enquanto não se der a conversão em divórcio, posto que então se dará a total ruptura do vínculo conjugal. Para os divorciados, por conseguinte, só é possível a reconciliação mediante novo casamento (Lei nº 6.515, art. 33). Mesmo que o divórcio tenha sido objeto de negócio consensual entre os cônjuges, não haverá como operar a reconciliação nos moldes do art. 46 da Lei nº 6.515.

1.514. Revisão e rescisão do acordo de separação ou divórcio

Em se tratando de feito de jurisdição voluntária, o acordo de separação ou divórcio pode ser invalidado conforme os atos jurídicos em geral, não obstante sua homologação em juízo. Aplica-se o art. 486 e não o art. 485 do CPC, pelo que não se há de cogitar, na espécie, de ação rescisória.18

Pode-se, outrossim, rescindir todo o acordo ou apenas alguma de suas cláusulas, como a da partilha ou a da verba alimentícia.

Além disso, existe também a possibilidade de ação revisional dos efeitos que a separação projeta de forma continuativa para o futuro, como a guarda de filhos, o direito de visitas e os

alimentos.

Todos estes ajustes devem prevalecer enquanto subsistem as condições fáticas que os justificaram. Alteradas as razões determinantes, permitida é a obtenção de um novo regulamento para a situação superveniente.

Não se trata de desrespeitar nem o negócio jurídico bilateral nem a coisa julgada, mas apenas de reconhecer o surgimento de uma situação nova que não entrou na linha de consideração nem do acordo de vontades nem da sentença que o homologou.

As modificações poderão, nessa altura, ser obtidas através de novo ajuste entre os próprios interessados ou por meio de sentença judicial em ação ordinária de revisão.¹⁹

1.514-a. Separação consensual e divórcio consensual por via administrativa

Segundo prevê a Lei no 6.515, também o divórcio direto pode ser obtido sob a modalidade consensual, caso em que o procedimento de jurisdição voluntária será o previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do CPC, ou seja, o mesmo outrora observado na separação consensual (Lei no 6.515, art. 40, § 20).

Além do divórcio direto, então alcançável depois de dois anos de separação de fato do casal (Lei 6.515, art. 40, *caput*), havia possibilidade de obter-se o divórcio por conversão de anterior separação judicial (*idem*, art. 35), desde que transcorrido o prazo de um ano contado da sentença principal, ou da decisão cautelar que tivesse concedido a separação de corpos (art. 36, parágrafo único, inciso I, da mesma Lei).²⁰ Também essa conversão era (e continua sendo) passível de obtenção pelo procedimento do divórcio consensual, mesmo que ainda esteja pendente alguma causa litigiosa em torno da separação²¹ ou divórcio. Todos os prazos para a obtenção do divórcio, de forma direta ou por conversão, deixaram de prevalecer a partir da Emenda Constitucional no 66/2010. A qualquer tempo os cônjuges poderão realizar o divórcio diretamente ou promover a conversão de antiga separação em divórcio, sem se sujeitar a qualquer requisito de prazo.

Em todos os casos de separação consensual ou de divórcio consensual (direto ou por conversão) há circunstâncias em que a lei dispensa o procedimento judicial de jurisdição voluntária e permite às partes o acesso à via administrativa para obter tanto a separação como o divórcio extrajudicialmente, sem depender sequer da posterior homologação em juízo.

Para tanto, os cônjuges (ou ex-cônjuges) deverão recorrer a um tabelião para reduzir à escritura pública o acordo a que chegaram. Terão de fazê-lo, porém, com assistência de advogado comum, ou de advogados diversos (um para cada consorte), que acompanharão o ato notarial e firmarão a escritura juntamente com o tabelião e as partes (art. 1.124-A, § 20 do CPC, criado pela Lei no 11.441/2007). Não há necessidade de mandato, visto que a assistência se dá pessoalmente ao cônjuge durante a lavratura do ato notarial. No caso de hipossuficientes, a assistência poderá ser prestada por defensor público (art. 1.124-A, § 20, com redação da Lei no 11.965, de 3.7.2009).

O emprego da escritura pública era defendido em doutrina para disciplinar a separação de corpos, como medida cautelar preparatória, nos casos em que ainda não houvesse transcorrido o prazo legal de um ano do casamento. Argumentava-se que, se a jurisprudência admitia a separação cautelar para preparar a separação judicial definitiva, analogicamente se haveria de permitir, nas mesmas circunstâncias, a convenção da separação de corpos por escritura pública

quando a futura dissolução da sociedade estivesse programada para a mesma via.²² A questão tornou-se irrelevante, visto que após a EC nº 66, o embaraço do prazo para obter o divórcio consensual direto desapareceu. Se os cônjuges podem, de imediato, pactuar o divórcio por escritura pública, não há necessidade alguma de ajustarem prévia separação de corpos. De plano obterão a dissolução definitiva do casamento por meio do remédio notarial, com todos os consectários de direito.

A escritura pública assim lavrada “não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis” (CPC, art. 1.124-A, § 1º).

A validade da separação ou divórcio por via notarial está legalmente subordinada às seguintes exigências traçadas pelo art. 1.124-A:

- a) inexistência de filhos menores ou incapazes do casal (*caput*);²³
- b) observância dos prazos legais para obtenção da separação consensual ou do divórcio consensual (*caput*); as exigências de prazo caíram com o advento da EC nº 66/2010;
- c) inclusão na escritura das disposições relativas: (i) à descrição e partilha dos bens comuns;²⁴ (ii) à pensão alimentícia que um cônjuge prestará, eventualmente, ao outro; e (iii) ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento (*caput*);
- d) assistência dos contratantes por advogado comum, ou por advogado de cada um deles, ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (§ 2º). A inobservância dessa exigência legal viola solenidade essencial do ato, acarretando sua nulidade, nos termos do art. 166, V, do Cód. Civil.

Para os necessitados, a lei garante a gratuidade da escritura e demais atos notariais, com a expedição de traslado e o registro no cartório civil e imobiliário. Para obtenção do benefício legal, será suficiente a declaração pelo interessado de que é pobre sob as penas da lei (§ 3º). Caberá à Defensoria Pública prestar a assistência à parte carente durante a lavratura do ato notarial (art. 1.124-A, § 2º, com redação da Lei nº 11.965, de 3.7.2009).

É, outrossim, perfeitamente possível utilizar-se a escritura pública para pôr fim à união estável com divisão dos bens comuns adquiridos na sua constância.²⁵

Em regra, não há imposto de transmissão se a partilha se faz de maneira a conferir quinhões iguais a cada um dos cônjuges. No entanto, se houver divergência de valores, ocorrerá fato gerador do imposto de transmissão (STE, Súmula nº 116), cujo recolhimento terá de ser fiscalizado pelo tabelião.

1.514-b. Regulamentação baixada pelo Conselho Nacional de Justiça sobre separação e divórcio consensuais

Por meio da Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, o Conselho Nacional de Justiça detalhou procedimentos a serem observados pelos tabeliães na lavratura de escrituras de separação e divórcio consensuais. Dentre eles, merecem destaque os que são comentados a seguir:

É possível, para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/2007, a livre escolha do tabelião de nota, não se aplicando, portanto, as regras de competência do Código de Processo Civil (art. 1º).

Quando as partes não dispuserem as condições econômicas para contratar advogado, caberá ao tabelião recomendar-lhes a Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, a seccional da OAB, para viabilizar a assistência jurídica gratuita (art. 9º).

Permite-se o uso da escritura pública para consensualmente retificarem-se cláusulas de obrigações alimentares ajustadas na separação e no divórcio consensuais (art. 44), o mesmo ocorrendo em relação ao ajuste do uso do nome de casado. Nessa hipótese, a retificação poderá ser efetuada por declaração unilateral da parte, em escritura pública, com assistência de advogado, se se tratar de volta ao uso do nome de solteiro (art. 45).

O comparecimento das partes ao ato notarial por meio de procurador é possível, mas o mandatário deverá ser constituído por instrumento público, com poderes especiais e com descrição das cláusulas essenciais e com prazo de validade de trinta dias (art. 36).²⁶

Confere-se ao tabelião poder para recusar a lavratura da escritura de separação ou divórcio, se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito (art. 46).

Permite-se o emprego da escritura pública para o restabelecimento da sociedade conjugal, ainda que a separação tenha sido judicial (art. 48). Todavia, não se pode operar o restabelecimento com modificações na sociedade conjugal (art. 50).²⁷

Para a conversão da separação em divórcio consensual, dispensa-se a apresentação de certidão atualizada do processo judicial. Bastará a certidão da averbação da separação no assento de casamento (art. 52, cuja redação foi alterada pela Resolução 120 do CNJ).

No divórcio direto, a Resolução não autorizava a escritura mediante simples declaração dos interessados de ter se cumprido o lapso de dois anos de separação. Cabia ao tabelião observar se o casamento fora realizado há mais de dois anos e exigir prova documental da separação, se houvesse. Inexistindo tal prova, poderia aceitar declaração testemunhal, transcrevendo-a na escritura (art. 53).²⁸ Essas cautelas não mais prevalecem, visto que a EC nº 66/2010 passou a permitir o divórcio direto sem sujeição a qualquer prazo prévio de separação judicial ou de fato.

Em Minas Gerais, a Corregedoria Geral de Justiça baixou o Provimento nº 164/CGJ/2007 (publicado no *DJMG* de 02.03.2007), que também dispõe sobre a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por escritura pública.

Menciona o referido Provimento, com inteira procedência, a possibilidade de se utilizar a via notarial mesmo quando haja processo judicial em andamento ainda não julgado por sentença. Nesse caso, a escritura mencionará o juízo onde tramita o feito e o tabelião procederá à comunicação à autoridade judicial, nos trinta dias seguintes à lavratura de seu ato (art. 9º e parágrafo único).

1.514-c. Execução do acordo de separação ou divórcio ajustado por escritura pública

Quando a separação e o divórcio se deram por via judicial, o acordo homologado configura título executivo judicial, seja para a exigência da pensão, seja para a entrega de bens partilhados (arts. 475-I e 475-N, nos I e VII).

Quando, porém, o caso for de separação ou divórcio ajustados, negocialmente, por meio de escritura pública (art. 1.124-A), inexistirão sentença e formal de partilha para sustentar execução de título judicial. Haverá, entretanto, um documento público que comprovará a estipulação, entre

os ex-cônjuges, de obrigações suficientemente precisas, quanto à existência, ao objeto e à atualidade. Logo, configurado se achará o título executivo previsto no art. 585, I, qual seja, “a escritura pública” retratadora de “obrigação certa, líquida e exigível” (art. 586).

Se o título gerado nos moldes do art. 1.124-A não é título executivo judicial, visto que não proveniente de julgado proferido em juízo, dúvida não há de que constitui *título executivo extrajudicial*. Portando-o, o cônjuge poderá, diante de eventual inadimplemento do devedor, intentar execução forçada, nos moldes do Livro II do CPC, sem necessitar de prévio acerto em processo de conhecimento.

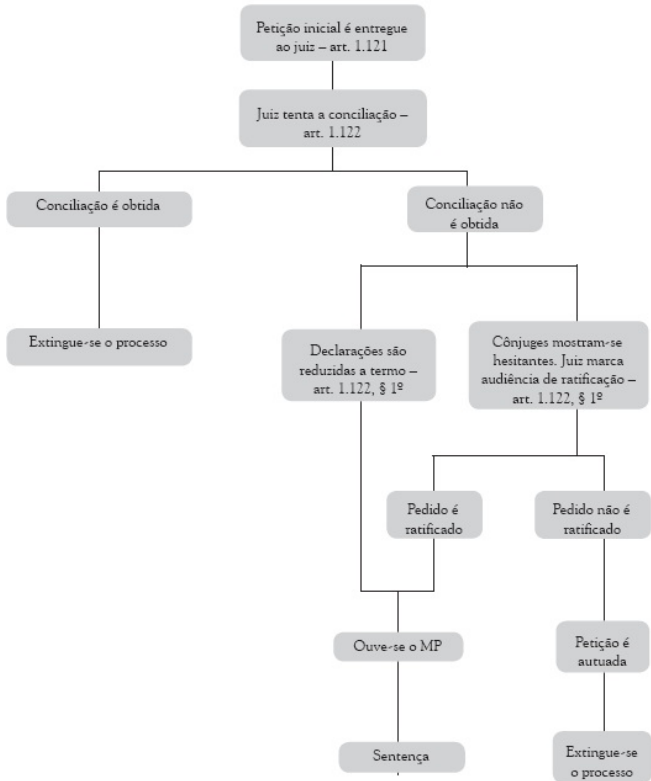
Tratando-se, contudo, de execução de título extrajudicial, os embargos do executado poderão assumir dimensões maiores do que as da simples impugnação ao cumprimento de sentença. Todas as matérias que seriam arguíveis em contestação a uma ação ordinária poderão ser invocadas nos referidos embargos (art. 745, V).

Em relação à execução da prestação alimentícia convencionalmente estipulada, há jurisprudência no sentido de que não teria cabimento, na espécie, a cominação de prisão ao devedor inadimplente, já que esse tipo de sanção seria admissível apenas para as obrigações estabelecidas em título executivo judicial.²⁹

No entanto, se o credor de alimentos preferir a ação de cobrança em vez da execução do acordo, teria condições de submeter o devedor à prisão, como autoriza a Lei no 5.478, de 25.07.1968, art. 19.

Fluxograma no 89

SEPARAÇÃO CONSENSUAL
(arts. 1.120-1.122)



- 1 Redenti esclarece que “a separação consensual é um acordo negocial bilateral entre os cônjuges” (*Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, EJE, 1957, III/22; Edson Prata, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, Forense, 1978, vol. VII, no 10, p. 116).
- 2 PRATA, Edson. *Op. cit., loc. cit.*
- 3 “Pela entrada em vigor da Emenda Constitucional no 66, não há mais necessidade de prévia separação ou decurso de prazo para a decretação do divórcio direto” (TJRGS, Ag. Inst. 70043236033, Rel. Des. Rui Portanova, dec. monocrática de 08.08.2011, *Rev. Síntese de Direito de Família*, n. 67, ago.-set. 2011, p. 196).
- 4 A representação do cônjuge incapaz pode ocorrer em qualquer procedimento tendente à separação prevista no art. 30, *caput*; “portanto, não apenas para a iniciativa do procedimento de separação litigiosa, como também para o caso de separação amigável” (Yussef Said Cahali, *Divórcio e Separação*, 3a ed., S. Paulo, Ed. RT, 1983, no 30, p. 84; no mesmo sentido: Pedro Sampaio, *Divórcio e Separação Judicial*, Rio, Forense, 1978, p. 25; Darcy Arruda Miranda, *A Lei do Divórcio Interpretada*, S. Paulo, Saraiva, 1978, p. 62; em sentido contrário: Silvio Rodrigues, *O Divórcio e a Lei que o Regulamenta*, S. Paulo, Saraiva, 1978, p. 70; José Ribeiro Leitão, *Direito Processual Civil*, Rio, Forense, 1980, p. 341; Antônio Carlos Marcato, *Procedimentos Especiais*, S. Paulo, Ed. RT, 1986, no 208, p. 222).
- 5 Mesmo na separação litigiosa, a jurisprudência é no sentido de que “a norma do art. 100, I, do CPC, não é absoluta. Se a mulher não oferecer exceção de incompetência ao juízo, em tempo hábil, a competência territorial estará prorrogada por vontade das partes” (TJSP, Ap. 248.966, ac. de 25.02.76, Rel. Des. Tomaz Rodrigues, *in* RT 492/107; STJ, REsp. 27.483/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 04.03.97, *in* RSTJ 95/195). Igual é o entendimento da doutrina: PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio, Forense, 1979, t. II, p. 346. TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, S. Paulo, Ed. RT, 1974, vol. I, p. 334).
- 6 Pode o advogado firmar a petição a rogo do cônjuge e não há empecilho a que uma só pessoa o faça a rogo de ambos os cônjuges (Yussef Said Cahali, *op. cit.*, no 34, p. 108).
- 7 PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Cód. de Processo Civil*, Rio, Forense, t. XVI, p. 129; CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, no 36, p. 119; STF, RE 90.225-2, ac. de 09.10.79, Rel. Min. Soares Muñoz, *in* RTJ 98/296; TJSP, Ap. 212.533, ac. de 19.06.75, Rel. Des. Barbosa Pereira, *in* A. Paula, *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, nova série, Rio, Forense, 1985, vol. VIII, no 18.207, p. 585.
- 8 Pela Constituição de 1988, o imposto de transmissão pode atingir tanto os bens imóveis como os móveis, em qualquer tipo de doação (art. 155, no I, a).
- 9 A Lei 12.398/2011 acrescentou o inciso VII no art. 888 do CPC, estendendo o direito de visita aos avós.
- 10 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 123; CAHALI. *Op. cit.*, no 38, p. 146.
- 11 TJSP, Ap. 276.210, ac. de 30.11.78, Rel. Des. Villa da Costa, *in* RT 529/108; Ap. 281.197, ac. de 06.09.79, Rel. Des. Luiz de Macedo, *in* RT 534/85; STJ, REsp. 78.920/MS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 19.11.96, *in* DJU de 24.02.97, p. 3.339.

- 12 TJRJ, AI 26.675, ac. de 07.07.75, Rel. Des. Hamilton de Moraes e Barros, in *RT* 491/190. A jurisprudência atual do STJ tende a não conceder alimentos perpétuos ao cônjuge que tenha aptidão para se manter por esforço próprio. Nesses casos, tem-se decidido que a verba alimentícia perdurará por um lapso de tempo arbitrado pelo juiz, e que corresponde àquele necessário à adaptação da mulher a sua nova situação no mercado de trabalho (STJ, 3a T., REsp no 1.205.408/RJ, Rel. Min. Nancy Andriighi, ac. 21.06.2011, *DJe* de 29.06.2011; STJ, 3a T., REsp no 933.355/SP, Rel. Min. Nancy Andriighi, ac. 25.03.2008, *DJe* de 11.04.2008)
- 13 LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Cód. Proc. Civ.*, S. Paulo, Ed. RT, 1982, vol. II, no 66.3, p. 178; PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., vol. XIV, p. 123; CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários*, cit., no 59, p. 135.
- 14 STF, RE 100.516-RJ, ac. de 11.12.84, Rel. Min. Sydney Sanches, in *RTJ* 113/788; STJ, REsp. 1.116/RJ, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. de 07.11.89, in *LEX-JSTJ* 7/154.
- 15 TJSC, Ap. 15.046, ac. de 21.02.80, Rel. Des. Nelson Corad, in *Rev. Forense* 284/303; STJ, REsp. 46.626-1/PI, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 30.08.94, in *RSTJ* 65/462.
- 16 Pontes de Miranda, *op. cit.*, vol. XVI, p. 143. Desde então, extinguem-se os deveres conjugais de coabitação e fidelidade recíproca, bem como o regime matrimonial de bens até então vigente (Lei no 6.515, art. 3o, *caput*, e Cód. Civil, arts. 230 e 231) (Antônio Carlos Marcato, *op. cit.*, no 211, p. 226).
- 17 STF, RE 107.021-8, SP, ac. de 01.10.85, Rel. Min. Cordeiro Guerra, in *DJU* de 31.10.85, p. 19.496; Theotônio Negrão, *op. cit.*, p. 428, nota 5 ao art. 1.124.
- 18 “A ação rescisória, tendo por finalidade elidir a coisa julgada, não é meio idôneo para desfazer decisões proferidas em processos de jurisdição voluntária, não suscetíveis de trânsito em julgado” (STF, RE 86.348, ac. de 06.06.78, Rel. Min. Cunha Peixoto, in *RTJ* 94/677). Acompanhando o STF, decidiu o TJSP que, para atacar a sentença que homologa o acordo de separação consensual, “o meio processual adequado é a ação ordinária anulatória, e não a ação rescisória” (AR 27.739-1, ac. de 13.08.85, Rel. Des. Rodrigues Porto, in *RJTJSP* 98/397). No mesmo sentido: TJPR, Ap. 40.521-6, Rel. Des. Pacheco Rocha, in *ADCOAS* de 10.04.96, no 8149445; STJ, 3a T., REsp no 2.810/RJ, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. 21.08.1990, *RSTJ* 17/422, *RT* 665/186.
- 19 “A revogação de cláusulas do acordo homologado judicialmente em separação judicial deve ser obrigatoriamente promovida através de ação própria” e nunca por simples pedido nos autos da causa encerrada (TJMG, Ap. 60.219, ac. de 24.03.83, Rel. Des. Paulo Gonçalves); STJ, CC 5.258/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 13.10.93, in *DJ* de 13.12.93, p. 27.374.
- 20 A possibilidade do divórcio direto dois anos após a separação de fato (art. 40 da Lei no 6.515, com redação da Lei no 7.841, de 17.10.1989) torna desinteressante o divórcio por conversão, só obtível um ano depois da separação judicial. É que, em regra, o prazo de dois anos da separação de fato se consumará antes, propiciando o divórcio direto ainda no curso da separação judicial. A jurisprudência entende, a propósito, que “nada impede que, mesmo ajuizada a ação de separação judicial, enquanto em curso esta, um dos litigantes pleiteie o divórcio direto por mera separação de fato (*JTJ* 167/78)” (Theotônio NEGRÃO e José Roberto F. GOUVÊA. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.367, nota 1-c ao art. 40 da Lei no 6.515).

- 21 TJSP, 3a CC, Ap. 212.671-1, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, ac. 08.11.1994, *JTJ* 167/76.
- 22 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, no 6.35.14, p. 268; VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 23.
- 23 A existência de filho com menos de 18 anos que, entretanto, tenha sido emancipado não impede a separação pela via notarial (Zeno Veloso. *Lei no 11.441, de 04.01.2007 – aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais*. Belém: Anoreg/PA, 2008, p. 10). Por outro lado, a gravidez da mulher equipara-se à existência de filho menor do casal para impedir o uso da escritura pública, visto que a proteção dos direitos do nascituro se dá desde a concepção (Cód. Civil, art. 2o) (VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 12).
- 24 Não é obrigatória a inclusão da partilha, nos termos da separação convencionada entre os cônjuges. Podem eles preferir manter os bens em comunhão, já então como condomínio civil ordinário (VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, pp. 15-16).
- 25 VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 9.
- 26 Em Minas Gerais, o Provimento no 164/CGJ/2007 estipula que a procuração deve ter sido outorgada há no máximo 90 dias. Ultrapassado esse prazo, exige-se certidão do serviço notarial dando conta de que ele não foi revogado ou anulado (art. 4o e parágrafo único).
- 27 O restabelecimento da sociedade conjugal é possível por meio de escritura pública. “Se, porém, o casal já se divorciou e deseja reconstituir a vida conjugal, tem de casar novamente, pois o divórcio extinguiu não somente a sociedade conjugal, mas o próprio casamento” (Zeno Veloso, *op. cit.*, p. 17).
- 28 Mais rigoroso do que a Resolução do CNJ, que só exige “declaração de testemunha” (sem impor número), o Provimento da Corregedoria de Justiça de Minas Gerais reclama a “declaração de, no mínimo, duas testemunhas devidamente qualificadas” (art. 15).
- 29 STJ, 3a T., HC 20.401/SP, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 20.08.2002, *DJU* 30.09.2002, p. 253; *RT* 809/209.

§ 239. PROCEDIMENTO DA APRESENTAÇÃO DOS TESTAMENTOS EM JUÍZO

Sumário: 1.515. Objetivo do procedimento. 1.516. Competência. 1.517. Procedimento. 1.518. Sentença. 1.519. Efeitos. 1.520. Busca e apreensão. 1.521. Testamento público. 1.522. Testamento particular. 1.523. Procedimento. 1.524. Testamentos marítimo e militar e codicilo. 1.525. Testamenteiro.

1.515. Objetivo do procedimento

Os testamentos e codicilos, antes de serem postos em execução, devem passar por um procedimento de jurisdição voluntária, perante o órgão judicial.

Há três espécies de testamentos comuns: *cerrado*, *público* e *particular*;1 e duas espécies de testamentos especiais: o *marítimo* e o *militar*, nas três subespécies: *cerrado*, *público* e *nuncupativo*.

O procedimento de jurisdição voluntária a respeito da matéria é muito singelo e destina-se a conhecer a declaração de última vontade do morto, verificar a regularidade formal do testamento e ordenar seu cumprimento.2

Não entra o juiz em questões de alta indagação, que poderão ser discutidas pelas vias ordinárias. Nem mesmo as interpretações das cláusulas testamentárias são feitas nesse procedimento gracioso. Só deve o juiz negar o “cumpra-se” quando seja visível a falta de requisito essencial, como inobservância do número de testemunhas ou violação do invólucro do testamento *cerrado*.

Nem sempre, porém, a abertura do testamento, antes da apresentação ao juiz, representa sua invalidação. Anota Edson Prata, lembrando a lição de Coelho da Rocha e a jurisprudência de nossos tribunais, que “quando aconteça ter sido aberto o testamento por algum particular ou autoridade incompetente, pode-se admitir em juízo justificação do fato, com citação dos interessados de modo que se conclua não ter sido aberto pelo testador com a intenção de revogá-lo”.3

Como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, com apoio em Pontes Miranda, o “cumpra-se” que o juiz profere no procedimento de abertura do testamento é fruto de “cognição superficial” e, assim, por exemplo, “na fase de abertura, registro e cumprimento do testamento não se pode debater *comoriência* ou *ruptura*”.4

O “cumpra-se”, portanto, não importa declaração definitiva de regularidade ou perfeição do testamento, mas apenas a autorização estatal para que se inicie a execução da vontade do testador.

“O procedimento de abertura do testamento” – no dizer de José Olympio de Castro Filho –

“nada mais é, e somente é, que um procedimento para autenticação do estado em que o documento foi apresentado em juízo”.⁵

1.516. Competência

A abertura do testamento compete ao juiz do lugar onde se achar o apresentador do documento. Trata-se de medida urgente, que não se vincula ao juízo do inventário;⁶ daí que a apresentação será feita no lugar onde estiver o documento.

Não há, por isso mesmo, prevenção de competência para o foro do inventário.

1.517. Procedimento

A apresentação do testamento ao juiz é ato puramente administrativo, de sorte que não depende de requerimento escrito, nem da interferência de advogado.⁷

Não há necessidade de requerimento algum.

Pode ser feito no curso das férias forenses (CPC, art. 173, no II).

A lei não marca prazo para a apresentação.

Logo após a apresentação, o juiz fará a abertura do testamento em presença do apresentador e do escrivão, a quem competirá lavrar o *auto de abertura*, com os elementos recomendados pelo art. 1.125 do CPC.

Esse *auto* de abertura será a peça inicial do procedimento, devendo o escrivão iniciar com ele a *autuação* de praxe. E, em seguida, será feita a conclusão ao juiz que ordenará a ouvida do Ministério Público. Após, proferirá a decisão.

1.518. Sentença

Estando regular o testamento, ordenará o magistrado que se façam o seu *registro*, *arquivamento* e *cumprimento*.

Havendo irregularidade formal que invalide o testamento, será ele registrado e arquivado, mas o juiz denegará seu cumprimento.⁸

Qualquer que seja a deliberação judicial no procedimento de apresentação do testamento não ficarão impedidos os interessados de pleitear, pelas vias contenciosas, o reconhecimento, tanto de sua validade como invalidade.⁹

1.519. Efeitos

Após o *registro* do testamento, que é feito no próprio cartório, o escrivão intimará o testamentário designado pelo testador a prestar o devido compromisso, em 5 (cinco) dias.

Inexistindo designação no testamento, o juiz nomeará testador *ad hoc* ou *dativo*. O mesmo ocorrerá se o designado estiver *ausente*, for *falecido* ou *recusar* o encargo (art. 1.127).

A ordem de preferência para a nomeação do testamentário dativo é:

a) cônjuge supérstite;

b) herdeiro escolhido pelo juiz;

c) estranho, se não houver testamentário judicial (art. 1.763 do Código Civil de 1916; CC de

2002, art. 1.984).

Finalmente, o escrivão remeterá cópia autêntica do testamento para o juízo do *inventário* (art. 1.127, parágrafo único).

Será encaminhada cópia também para a repartição fiscal (art. 1.126, parág. único).

1.520. Busca e apreensão

Cabe a medida de busca e apreensão quando o detentor do testamento não o apresenta em juízo após o óbito do testador, e a providência é tomada a requerimento de interessado, ou por deliberação do juiz *ex officio* (art. 1.129).

1.521. Testamento público

Para o *testamento público*, ou seja, aquele lavrado em notas de tabelião, não há que se cogitar de *abertura*, mas é necessária a apresentação em juízo, e sua execução, igualmente, depende do “cumpra-se” judicial.

O procedimento a observar é o mesmo do testamento cerrado (CPC, art. 1.128). Só que o *auto* inicial é de *apresentação* e não de abertura de testamento.

1.522. Testamento particular

O testamento particular submete-se a um procedimento mais complexo do que o dos testamentos cerrado e público. O testamento ológrafo deve ser *publicado e confirmado* em juízo (CPC, art. 1.130).

Por testamento particular ou ológrafo entende-se aquele que *é escrito e assinado* pelo testador, que o lê em presença de três testemunhas que também o assinam (Código Civil de 2002, art. 1.876).

Para dar-lhe cumprimento, exige a lei a *confirmação* pelas testemunhas, em juízo, após a morte do testador, de que o ato de última vontade foi praticado livre e espontaneamente e com as formalidades do art. 1.645 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 1.876). Impede a lei, outrossim, que funcionem como testemunhas o herdeiro ou o legatário.¹⁰

A exigência de publicação e confirmação do testamento particular em juízo e as cautelas de audiência de testemunhas, de herdeiros, Ministério Público etc. são impostas pela lei com o intuito de evitar a fraude que, por falta de intervenção do notário, seria mais fácil nessa modalidade de testamento.¹¹

O procedimento da ouvida das testemunhas, porém, não se apresenta como requisito de validade ou de eficácia do testamento. A diligência destina-se apenas a assegurar a autenticidade da declaração de última vontade do autor da herança. Se os interessados não discutem a fidelidade do documento à vontade do testador, ou se esta se acha demonstrada por outros meios idôneos de prova, não perde eficácia o testamento apenas porque a exigência formal da confirmação por um número mínimo de testemunhas não se deu.¹²

Releva notar que o art. 1.645 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 1.876), onde se arrolam os requisitos essenciais de validade do testamento particular, não inclui entre eles a

confirmação testemunhal em juízo. E tampouco figura esse mesmo evento entre as causas de revogação ou ruptura do testamento previstas nos arts. 1.746 a 1.752 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, arts. 1.969 a 1.975). Certo, destarte, que se está diante de controle de autenticidade e não de requisito de validade.

Aliás, o art. 1.789 do Código Civil de 2002 reforçou a não essencialidade da confirmação testemunhal para a validade do testamento particular, pois admite até mesmo sua lavratura “sem testemunhas”, em circunstâncias excepcionais desde que declaradas na cédula e que esta seja redigida de próprio punho pelo testador. Caberá ao juiz, segundo o seu critério, avaliar os motivos invocados para justificar a exceção e, se for o caso, confirmar o testamento, sem a assinatura de testemunhas.

1.523. Procedimento

Inicia-se o procedimento com *petição* de herdeiro, legatário ou testamenteiro, instruído com o testamento (CPC, art. 1.130). Havendo necessidade de *petição*, torna-se necessária a participação de advogado.¹³

Autuada a *petição*, e após intimação dos herdeiros legítimos e testamentários, do testamenteiro e do órgão do Ministério Público, realizar-se-á a audiência de inquirição das testemunhas que firmaram o testamento.

As testemunhas deverão confirmar:

- a) que as assinaturas do testamento são autênticas;
- b) que ouviram a leitura do testamento em voz alta;
- c) que o testador era capaz quando testou; e
- d) que o escrito é realmente o testamento que testemunharam.¹⁴

A cédula pode ser datilografada, mas, segundo a jurisprudência, o autor da datilografia tem de ser o próprio testador.¹⁵

O juiz emitirá o “cumpra-se” se pelo menos três testemunhas reconhecerem a autenticidade do testamento particular, depois de ouvido o Ministério Público (CPC, art. 1.133).

A impossibilidade de se ouvir o número mínimo de testemunhas, ou até da totalidade delas, não deve se transformar numa causa intransponível de ineficácia do testamento. A confirmação testemunhal é diligência de natureza autenticatória e não condição de validade das disposições testamentárias. Se se pode chegar à autenticidade do testamento por outros meios de prova (como a perícia, por exemplo), ou se nenhum dos interessados na sucessão põe em dúvida tal autenticidade, não há razão jurídica para recusar-se-lhe cumprimento, apenas por falta ou insuficiência numérica de testemunhas, após a morte do testador.¹⁶

Com a mesma tendência da jurisprudência, a doutrina atual se inclina para a tese de que “as testemunhas testamentárias apenas existem como *meio* de prova de que o testamento é *autêntico*, vale dizer, digno de ser acreditado”.¹⁷ Portanto, insuficiente o número de testemunhas disponíveis para a confirmação, “não haverá o magistrado de negar-lhe a validação, podendo perfeitamente recorrer à prova pericial grafodocumentoscópica para que se comprove a legítima autoria e autenticidade das firmas do testador e das próprias testemunhas”.¹⁸

Conforme já decidiu o TJMG, sendo o testamento particular redigido em língua estrangeira, “só tem validade quando todas as testemunhas instrumentárias a compreendam”. E, ainda, ficou

decidido que “nulo é o testamento sem prova de que a testadora haja feito a leitura do mesmo ou a declaração expressa de que sua vontade estava contida no respectivo texto”.¹⁹

E o TJSP já julgou que não configura irregularidade a circunstância de as testemunhas não terem sido convidadas pelo testador para assistir à leitura do testamento, mas por um sobrinho seu. E que não bastam simples suspeitas a respeito de deficiência mental do testador, cumprindo, ao contrário, prová-la satisfatoriamente, para invalidar o ato de última vontade.²⁰

O procedimento da execução do testamento particular, após sua confirmação, é o mesmo do testamento cerrado.

1.524. Testamentos marítimo e militar e codicilo

As regras da confirmação do testamento particular aplicam-se aos testamentos *marítimo*, *militar*, *nuncupativo* e ao *codicilo* (CPC, art. 1.134).

1.525. Testamenteiro

Cabe ao testamenteiro executar o testamento perante o juízo do inventário.

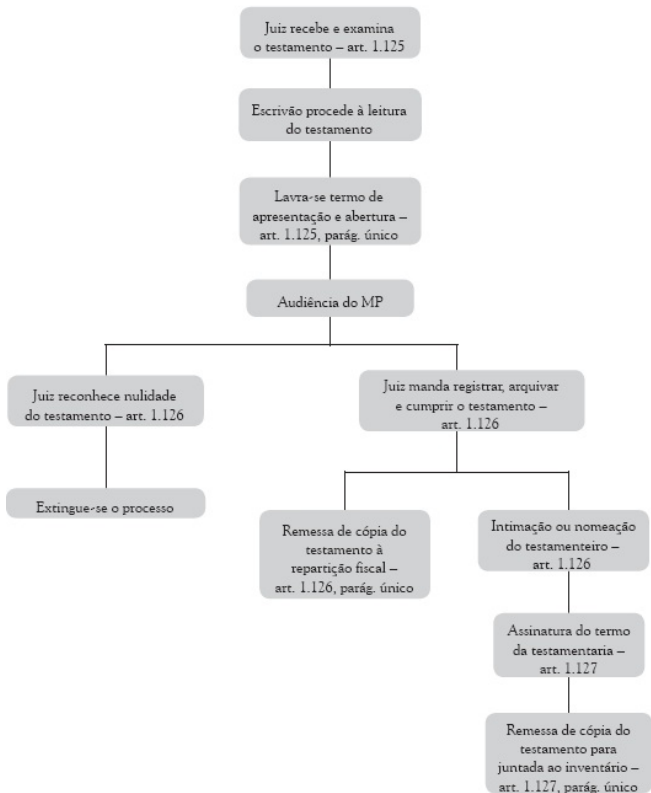
Sujeita-se, outrossim, à prestação de contas, junto ao mesmo juízo, ou seja, o do inventário (CPC, art. 1.135).

O testamenteiro, pelo desempenho de seu múnus, faz jus a um prêmio, desde que não seja herdeiro nem legatário (CPC, art. 1.138). Não pode, porém, receber o prêmio através de adjudicação de bens do espólio, a não ser que se trate de cônjuge meeiro (art. 1.139).

Está sujeito à remoção e perda do prêmio (art. 1.140) e pode demitir-se do cargo, mediante escusa legítima (art. 1.141).

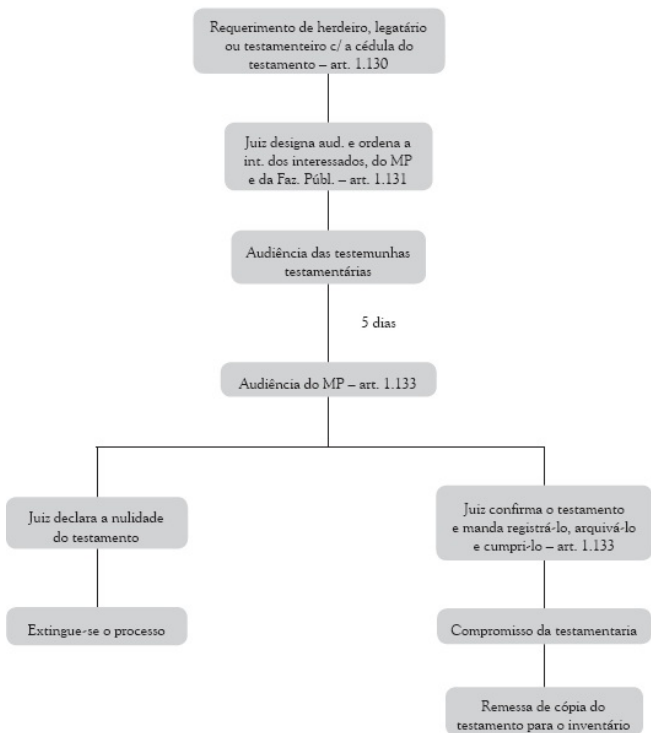
Fluxograma no 90

APRESENTAÇÃO EM JUÍZO DE TESTAMENTO CERRADO OU PÚBLICO
(arts. 1.125-1.129)



Fluxograma no 91

CONFIRMAÇÃO DO TESTAMENTO PARTICULAR E DOS TESTAMENTOS
ESPECIAIS E DO CODICILO
(arts. 1.130-1.133)



- 1 “Não está na lei a exigência formal de que o testamento cerrado somente possa ser manuscrito. Daí o prevailecimento da tese de Caio Mário e Washington de Barros Monteiro, hoje largamente difundida pela jurisprudência, no sentido da validade da cédula testamentária datilografada” (TJMG, Ap. 58.750, ac. de 23.09.82, voto vencedor do Des. Humberto Theodoro Júnior. No mesmo sentido: TJSP, Embs. 204.859-1/2-01, Rel. Des. Luiz de Macedo, ac. de 14.02.95, in *ADCOAS* 10.11.95, nº 8000113, in Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado*, 7ª ed., São Paulo, RT, 1998, vol. IV, p. 4157). Também “admite-se o testamento particular datilografado, desde que pelo próprio testador”, considerando-se imprestável o “instrumento datilografado por terceiro, mormente quando o aquinhoado exerceu influência sobre a testadora” (TJMG, Ap. 60.048, ac. de 09.12.82, Rel. Des. Xavier Lopes; Silvio Rodrigues, verbete “Testamento-II”, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 73, pp. 65-66).
- 2 “A cláusula testamentária que se refira à escolha do advogado dos sucessores é simples sugestão ou mera recomendação, que não os vincula nem os obriga, já que a representação convencional é ato de outorga personalíssima da própria parte representada” (TJMG, AI 17.115, ac. de 11.08.83, voto vencedor do Des. Humberto Theodoro Júnior).
- 3 *Comentários ao Cód. de Processo Civil*, vol. VII, 1978, p. 154.
- 4 PRATA, Edson. *Repertório de Jurisprudência*, vol. 18, nº 4.494, p. 5.819.
- 5 *Comentários ao Cód. de Processo Civil*, vol. X, nº 69, p. 157.
- 6 LIMA, Mendonça. *Comentários ao Cód. de Processo Civil*, vol. XII, nº 88.1, p. 223; CASTRO FILHO, José Olympio de. *Op. cit.*, nº 72, p. 159.
- 7 LIMA, Mendonça. *Op. cit.*, nº 90.1, p. 226.
- 8 “... nenhum óbice há a que se declare a nulidade parcial de um testamento, como se fez no caso em tela. O art. 153 do Código Civil prevê, como regra geral, que ‘a nulidade parcial de um ato não prejudicará na parte válida se esta for separável’. Orlando Gomes, citado no parecer da douta Procuradoria da Justiça, a propósito das incapacidades do art. 1.719, esclarece que a nulidade resultante da transgressão atinge apenas a verba defesa. Não contamina as outras disposições válidas, nem torna irritó o testamento (*Sucessões*, 1ª ed., nº 114, p. 165)” (TJMG, Ap. 63.280, ac. de 05.04.84, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior).
- 9 PRATA, Edson. *Comentários ao CPC*, vol. VII, p. 158.
- 10 *Código Civil*, art. 1.719; PRATA, Edson. *Comentários ao CPC*, vol. VII, p. 170.
- 11 PRATA, Edson. *Op. cit.*, loc. cit.
- 12 “Testamento – Particular – Autenticidade – Confirmação por apenas duas Testemunhas – Irrelevância – Possibilidade de sua comprovação por outros meios probatórios – Hipótese em que as testemunhas falecidas sobreviveram à testadora – Assinaturas lançadas no documento, ademais, que tiveram as respectivas firmas reconhecidas – Impossibilidade de ser-lhe negada eficácia – Inteligência do art. 1.648 do CC – Recurso provido. O rigor de interpretação dos preceitos relativos à confirmação do testamento particular não se justifica, cumprindo ao intérprete atentar para a finalidade da exigência legal, admitindo-se a eficácia do ato toda vez que sua autenticidade possa confirmar-se por outros meios probatórios” (TJSP,

- Ap. 172779-1, 2ª C., Rel. Des. Urbano Ruiz, ac. de 07.08.92, in *JUIS – Jurisprudência Informatizada Saraiva* nº 23).
- 13 LIMA, Mendonça. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, vol. XII, nº 116, p. 252.
- 14 PRATA, Edson. *Comentários ao CPC*, vol. VII, p. 176.
- 15 TJSP, Ap. 250.942, 5ª CC., Rel. Des. Geraldo Roberto, RT 502/69. No mesmo sentido: RT 264/236; RT 397/373; RTJ 64/339; RTJ 69/559 e RTJ 92/1.234.
- 16 Não obstante seja o testamento ato formal e solene, exigindo o Código Civil uma das formas nele previstas, o que a lei visa, com o formalismo e a solenidade, é garantir a autenticidade e a espontaneidade da declaração de última vontade. De fato, *o rigorismo das formas prescritas na legislação civil é justificado para o resguardo e garantia da vontade do testador, mas não pode ir ao ponto de macular o ato, por mera interpretação fria e literal da lei* (Emb. Inf. nº 204.859-1, Rel. Luis de Macedo, ac. de 14.02.95, in *JUIS – Jurisprudência Informatizada Saraiva* nº 23). *Não se deve alimentar a superstição do formalismo obsoleto, que prejudica mais do que ajuda. Embora as formas testamentárias operem como jus cogens, entretanto a lei da forma está sujeita à interpretação e construção apropriadas às circunstâncias*” (Resp. 1422/RS, 3ª T., Rel. Min. Guerreiros Leite, ac. de 02.10.90, in *JUIS – Jurisprudência Informatizada Saraiva* nº 23).
- 17 CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1980, vol. X, p. 174.
- 18 LUCENA, João Paulo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2000, vol. 15, p. 179; CASTRO FILHO, José Olympio de. *Op. cit.*, pp. 174-175.
- 19 Apelação 44.525, Rel. Des. Lamartine Campos, in Edson Prata, *Repertório de Jurisprudência*, vol. 18, nº 4.496, p. 5.823; TJMG, Ap. 17.181-9, Rel. Des. Artur Mafra, ac. de 08.03.94, in *Jurisp. Min.* 126/127, p. 257.
- 20 PRATA, Edson. *Repertório de Jurisprudência*, vol. 18, nº 4.492, p. 5.815.

§ 240. PROCEDIMENTO DA ARRECADAÇÃO DE HERANÇA JACENTE

Sumário: 1.526. Conceito moderno de jacência da herança. 1.527. Competência. 1.528. Legitimação. 1.529. Procedimento. 1.530. A administração da herança jacente. 1.531. Habilitação. 1.532. Declaração de vacância.

1.526. Conceito moderno de jacência da herança

Segundo Itabaiana de Oliveira, houve profunda modificação no conceito de herança jacente, na passagem do direito romano para o direito moderno.

Em Roma, a herança, enquanto não adjudicada ao sucessor, era havida como pessoa jurídica capaz de adquirir direitos e contrair obrigações. E, sem a transferência imediata do patrimônio do defunto aos seus herdeiros, dizia-se *jacente* a herança no espaço compreendido entre a abertura da sucessão e a aceitação dela pelos sucessores.¹

Hoje, porém, não há herança jacente nesse sentido, porque, de acordo com os novos sistemas jurídicos, o domínio e a posse do *de cujus* transmitem-se, desde logo, aos seus herdeiros. Funciona a morte, por si só, como o fato jurídico que transmite a herança, como declara o art. 1.572 do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 1.784.

Daí que, em nosso ordenamento jurídico, considera-se a herança *jacente* apenas “quando não há herdeiro certo e determinado, ou quando não se sabe da existência dele, ou, ainda, quando é renunciada”.² Em outras palavras, se inexistem herdeiros ou se estes são desconhecidos, ou se os conhecidos recusam aceitar a sucessão, o caso é de *herança jacente*, cujos bens devem ser judicialmente arrecadados e colocados sob administração de um curador (Cód. Civ. de 1916, art. 1.591; CC de 2002, art. 1.819).

Para esse fim existe um procedimento especial de jurisdição voluntária, disciplinado pelos arts. 1.142 a 1.158 do Código de Processo Civil, cuja meta última é preparar a transferência dos bens vagos para o patrimônio do Poder Público.

1.527. Competência

A arrecadação dos bens que formam a herança jacente incumbe ao juiz da comarca em que era domiciliado o falecido (art. 1.142).

Trata-se de competência exclusiva da Justiça Estadual, que prevalece ainda quando haja interesse de entidades federais.³

Havendo bens em diversas comarcas, o juiz do domicílio deprecará ao juiz de cada local a

arrecadação dos bens sob sua jurisdição. E, se o defunto tinha vários domicílios ou não tinha nenhum, a competência será firmada por prevenção, em favor do juiz que der início à arrecadação.⁴

1.528. Legitimação

A abertura do procedimento da arrecadação da herança jacente ocorre por iniciativa do próprio juiz (art. 1.142).

O representante do Ministério Público ou da Fazenda Pública, ou qualquer outro interessado, pode provocar a instauração do procedimento, levando ao juiz a notícia da morte de alguém que tenha deixado bens sem herdeiros conhecidos.

1.529. Procedimento

Para instaurar o procedimento, o juiz baixará portaria nomeando curador para a herança jacente e designando data e horário para a diligência da arrecadação.

Acompanhado do escrivão e do curador, o juiz comparecerá à residência do falecido, onde será feito o levantamento de todos os bens ali encontrados, lavrando-se auto circunstanciado (art. 1.145).

Se o curador não tiver sido nomeado antes da arrecadação, ou se o nomeado não puder participar da diligência, os bens arrolados serão entregues a um depositário provisório, mediante termo nos autos (art. 1.145, § 1º).

O órgão do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública serão intimados para assistir à arrecadação, mas sua presença não é requisito indispensável para o cumprimento da diligência (art. 1.145, § 2º).

A arrecadação deve iniciar-se e encerrar-se num só dia, mas, se isso não for possível, o juiz procederá à lacração da casa do morto com selos, os quais serão levantados nos dias seguintes, à medida que os trabalhos tiverem prosseguimento (art. 1.146).

Ao magistrado incumbe presidir pessoalmente os trabalhos da arrecadação. Se houver, todavia, impedimento ou dificuldade, poderá ordenar que a autoridade policial proceda à diligência (art. 1.148). Para o recolhimento dos bens situados em outra comarca, expedir-se-á carta precatória.

Duas testemunhas serão convocadas a acompanhar a arrecadação e a assinar o respectivo auto, juntamente com o escrivão e o juiz (art. 1.148, parágrafo único).

Durante a diligência, o juiz examinará reservadamente os papéis, as cartas missivas, os livros domésticos e quaisquer outros documentos encontrados, separando os que são importantes para o processo. Verificando que não apresentam interesse mandará empacotá-los e lacrá-los para assim serem entregues aos sucessores do falecido, ou queimados quando afinal os bens forem declarados vacantes, pelo não comparecimento de sucessor algum (art. 1.147).

Enquanto se processa a arrecadação, o juiz procurará ouvir os moradores da casa e da vizinhança sobre a qualificação do falecido, o paradeiro de seus sucessores e a existência de outros bens, lavrando-se de tudo um auto de inquirição e informação (art. 1.150).

Ultimada a arrecadação, expedir-se-á edital, que será publicado três vezes, com intervalo de

30 (trinta) dias para cada um no órgão oficial e na imprensa da comarca, convocando os sucessores para habilitarem-se no prazo de seis meses, contados da primeira publicação (art. 1.152).

Tendo-se notícia de sucessor ou testamenteiro em lugar certo, promover-se-á a sua citação pessoal, sem prejuízo do edital (art. 1.152, § 1º). E se o finado for estrangeiro será também o fato comunicado à autoridade consular (art. 1.152, § 2º).

No curso do processo, pode o juiz verificar que os bens arrecadados ou alguns deles exigem pronta alienação, caso em que a medida será autorizada e realizada segundo o rito dos arts. 1.113 a 1.116. Da hipóteses de cabimento da venda judicial dos bens da herança jacente acham-se enumeradas no art. 1.155, e são as seguintes:

- I – bens móveis de conservação difícil ou dispendiosa;
- II – semoventes, quando não empregados na exploração de alguma indústria;
- III – títulos e papéis de crédito, quando houver fundado receio de depreciação;
- IV – ações de sociedade, quando, reclamada a integralização, não dispuser a herança de dinheiro para o pagamento;
- V – bens imóveis: a) se ameaçarem ruína e não convier a reparação; b) se estiverem hipotecados e vencer-se a dívida, não havendo dinheiro para o pagamento.

Em todas as hipóteses de falta de recurso da herança, a venda não será efetivada se a Fazenda Pública ou algum habilitando adiantar a importância para as despesas (art. 1.155, parág. único). Já os bens com valor de afeição, como retratos, objetos de uso pessoal, livros e obras de arte só serão alienados depois de declarada a vacância da herança (art. 1.156).

1.530. A administração da herança jacente

Enquanto os bens arrecadados não são entregues a algum sucessor legitimamente habilitado, ou, pela declaração de vacância, não passam à posse do Poder Público, ficarão eles submetidos a uma administração judicial. Para tanto, o juiz nomeia um curador, a quem a lei atribui os seguintes encargos (art. 1.144):

- I – representar a herança em juízo ou fora dele, com assistência do órgão do Ministério Público;
- II – ter em boa guarda e conservação os bens arrecadados e promover a arrecadação de outros porventura existentes;
- III – executar as medidas conservatórias dos direitos da herança;
- IV – apresentar mensalmente ao juiz um balancete da receita e da despesa;
- V – prestar contas ao final de sua gestão.

O regime dessa curatela compreende a mesma disciplina prevista para o depositário e administrador de bens penhorados, nos termos dos arts. 148 a 150 (art. 1.141, parág. único). Trata-se, assim, de função remunerada e sujeita a responsabilidade por reparação civil de atos danosos praticados culposa ou dolosamente.

1.531. Habilitação

O surgimento de cônjuge, herdeiro ou testamenteiro notoriamente conhecidos será

empecilho à realização da arrecadação, ou provocará sua suspensão, se já iniciada.

Antes, porém, de deliberar sobre a pretensão aos bens, o juiz ouvirá o curador, os eventuais interessados já presentes no processo, o órgão do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública (art. 1.151).

Acolhendo o pedido, o juiz deferirá a habilitação do herdeiro ou reconhecerá a qualidade do testamenteiro ou do cônjuge supérstite, e decretará a conversão da arrecadação em inventário (art. 1.153).

Também os credores podem se habilitar no procedimento da arrecadação, tal como se dá no inventário, para receber seus créditos documentalmente comprovados (art. 1.154). Poderão também acionar o espólio, pelas vias contenciosas, caso em que a representação deste, no processo, será feita pelo curador da herança jacente. A habilitação não contenciosa será processada segundo o disposto nos arts. 1.017 a 1.021.

1.532. Declaração de vacância

O procedimento da arrecadação da herança jacente é, como já se afirmou, uma preparação da incorporação, pelo Poder Público, dos bens do morto sem herdeiro.

Por isso, aguarda-se o prazo de um ano após a primeira publicação do edital previsto no art. 1.152, na expectativa de que apareça algum sucessor para habilitar-se. Passado, porém, esse prazo e não havendo herdeiro habilitado nem habilitação pendente, o juiz declarará, por sentença, a *vacância* da herança,⁵ ordenando a entrega dos bens à Fazenda Pública (art. 1.157).⁶

Contudo, não se dá ainda a transferência do domínio para o Poder Público. Há um prazo legal de cinco anos a esperar que algum interessado retardatário ainda apareça para reclamar a herança ou direitos contra ela (Cód. Civ. de 2002, art. 1.822; CC de 1916, art. 1.594).

Dessa maneira, a herança vacante só se incorpora ao domínio público depois de cinco anos, contados da abertura da sucessão, segundo a disciplina do direito material. Antes de verificada essa condição, os bens a ela pertencentes podem ser reclamados por algum sucessor e “podem ser objeto de penhora por parte dos credores do espólio, visto como não podem ser considerados bens do Estado, mas apenas sob a administração deste”.⁷

Até antes da declaração de vacância, qualquer interessado (herdeiro, cônjuge, credor) podia reclamar seus direitos por meio de simples habilitação no processo de arrecadação. Mas, depois do trânsito em julgado da sentença que proclamou vagos os bens arrecadados, só por *ação direta* (isto é, por procedimento contencioso) tais pretensões serão deduzíveis em juízo (art. 1.158).

Aos herdeiros, então, caberá o uso da ação ordinária de petição de herança a ser intentada, não mais contra o espólio ou seu curador, mas sim contra o Estado. Da mesma forma, qualquer credor que tenha pretensões de haver direitos contra o falecido terá, agora, de demandar contra o Estado, a quem passou a administração da herança com a declaração de vacância.⁸ A competência, por isso mesmo, se deslocará, em qualquer das duas hipóteses, para o juízo próprio da Fazenda Pública.⁹

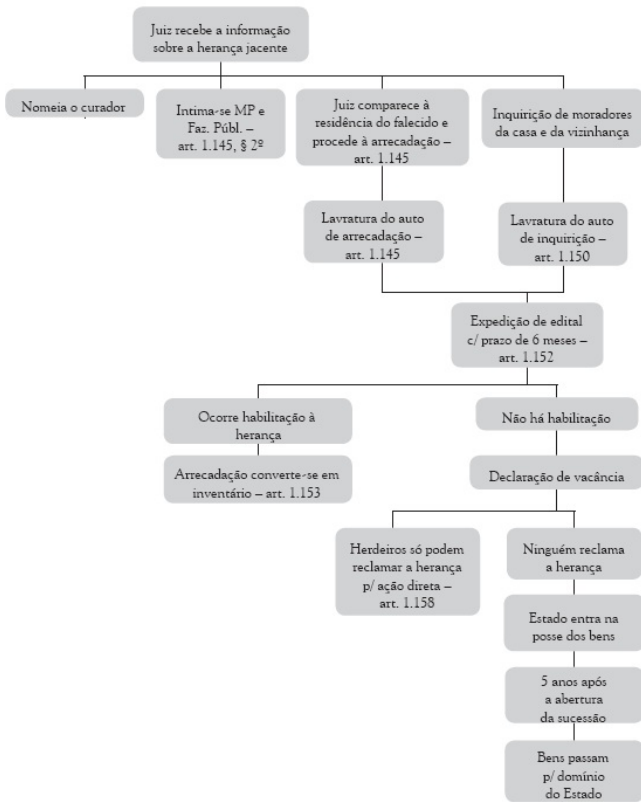
A regra sobre a sucessão hereditária em favor do Poder Público sofreu alteração, em relação ao Código Civil de 1916, por força da Lei nº 8.049, de 20 de junho de 1990. Desde então, não é mais, em regra, a União que arrecada a herança vacante, nem tampouco o Estado. Os bens que compõem esse tipo de herança são, atualmente, incorporados ao patrimônio do

Município, ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições. A União somente se beneficiará da medida se os bens se situarem em território ainda não constituído em Estado. É o critério que também adotou o Novo Código Civil (art. 1.822).

Fluxograma no 92

ARRECADAÇÃO DA HERANÇA JACENTE

(arts. 1.142-1.158)



-
- 1 OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*, 4. ed., S. Paulo, Max Limonad, 1952, vol. I, no 131, p. 109.
- 2 *Idem*, *op. cit.*, *loc. cit.*
- 3 TFR, AI 45.625-RJ, ac. de 24.09.85, Rel. Min. Hélio Pinheiro, *in DJU* de 21.11.85, p. 21.202; Theotônio Negrão, *op. cit.*, p. 430, nota 2 ao art. 1.142.
- 4 LIMA, Mendonça. *Op. cit.*, no 157, p. 308.
- 5 Diz-se *vacante* a herança “quando é devolvida à Fazenda Pública por se ter verificado não haver herdeiros que se habilitassem no período da jacência” (OLIVEIRA, Itabaiana de. *Op. cit.*, vol. I, no 131, p. 110).
- 6 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, Forense, 1971, t. XVI, p. 316.
- 7 OLIVEIRA, Itabaiana de. *Op. cit.*, vol. I, no 155, p. 121, nota 281.
- 8 PONTES DE MIRANDA, *Op. cit.*, vol. XVI, p. 320.
- 9 *Idem*, *op. cit.*, vol. XVI, p. 319.

§ 241. PROCEDIMENTO DA ARRECADAÇÃO DE BENS DE AUSENTE

Sumário: 1.533. Ausência. 1.534. Pressupostos. 1.535. Competência. 1.536. Fases do procedimento. 1.537. Procedimento da primeira fase. 1.538. Procedimento da sucessão provisória. 1.539. Conversão da sucessão provisória em definitiva.

1.533. Ausência

Considera-se juridicamente *ausente* quem desaparece de seu domicílio sem deixar representante a quem caiba administrar-lhe os bens (Cód. Civ. de 1916, art. 463; CC de 2002, art. 22; Cód. Proc. Civ., art. 1.159).

A figura da ausência, para o direito, tem a função de disciplinar a sucessão sobre os bens da pessoa desaparecida e importa em medidas como a nomeação de curador para administrar ditos bens, a abertura de sucessão provisória e, finalmente, a conversão desta em definitiva (Cód. Civ. de 1916, arts. 463 a 484; CC de 2002, arts. 22 a 39).

Para cumprir esse desiderato, institui o Código de Processo Civil o procedimento especial de jurisdição voluntária constante dos arts. 1.159 a 1.169.

1.534. Pressupostos

Para admitir-se a medida processual em tela, devem concorrer os seguintes pressupostos (art. 1.159):

- I – o desaparecimento da pessoa de seu domicílio;
- II – a existência de bens do desaparecido;
- III – a ausência de administrador para gerir esses bens.

1.535. Competência

A arrecadação dos bens do ausente é promovida no foro de seu último domicílio, isto é, daquele de onde ele desapareceu (art. 97).

Se seu domicílio era incerto, a competência se fixará no foro da situação dos bens (art. 96, parág. único).¹

1.536. Fases do procedimento

Compreende o procedimento de declaração de ausência três estágios distintos.²

a) o primeiro consiste na nomeação de curador ao ausente e arrecadação dos bens por ele abandonados, bem como na convocação edital do ausente para retomar a posse de seus bens (arts. 1.160 e 1.161);

b) no segundo estágio, que pressupõe o não comparecimento do ausente, procede-se à abertura da sucessão provisória entre os seus herdeiros (arts. 1.163 a 1.166);

c) o último estágio, que pressupõe ainda o não comparecimento do ausente e a não comprovação de sua morte efetiva, destina-se à conversão da sucessão provisória em *definitiva*, à base de *presunção* de morte do ausente (art. 1.167).

1.537. Procedimento da primeira fase

A petição inicial, elaborada por qualquer interessado, comunicará ao juiz a ocorrência do evento autorizador da declaração de ausência, ou seja, o desaparecimento de alguém de seu domicílio, deixando bens sem representante para administrá-los (art. 1.159).

Tomando por termo a afirmação de ausência, o magistrado nomeará curador o ausente e mandará arrecadar os seus bens (art. 1.160). A escolha do curador será feita com observância das regras de preferência, constantes dos arts. 466 e 467 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 25).³

Ultimada a arrecadação, da qual se lavrará auto circunstanciado, publicar-se-ão editais durante um ano, reproduzidos de dois em dois meses, anunciando a arrecadação e chamando o ausente para retomar a posse de seus bens (art. 1.161).

Se comparecer o ausente, cessará a curadoria e extinto será o processo por sentença (art. 1.162, I). Havendo comprovação inequívoca da morte do ausente, também cessará a curadoria, e terá início o procedimento comum de inventário e partilha (art. 1.162, no II).

1.538. Procedimento da sucessão provisória

Qualquer interessado, depois de um ano de publicação do primeiro edital, sem que se saiba do ausente ou de procurador ou representante dele, poderá requerer a abertura da *sucessão provisória* (art. 1.163, *caput*).

Esta sucessão segue as regras da sucessão *mortis causa* definitiva, mas tem como peculiaridade o caráter precário, porque pode a qualquer momento ser extinta, bastando que o ausente reapareça.

Para requerimento da sucessão provisória, o art. 1.163, § 1º, considera interessado:

I – o cônjuge não separado judicialmente;

II – os herdeiros presumidos legítimos e os testamentários;

III – os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte;

IV – os credores de obrigações vencidas e não pagas.

Inexistindo iniciativa dos interessados, cumpre ao órgão do Ministério Público requerer a abertura da sucessão provisória (art. 1.163, § 2º).

Da petição de abertura da sucessão provisória era de constar o pedido de citação pessoal dos herdeiros presentes e do curador, e, por editais, dos ausentes, para habilitarem-se (art. 1.164). Por presentes entendem-se os residentes na comarca, e, por ausentes, os incertos, os residentes em

outras comarcas, bem como os que se acham em lugar incerto e não sabido.⁴

A habilitação dos herdeiros, segundo dispõe o artigo 1.164, parág. único, obedecerá ao procedimento do artigo 1.057. Isto quer dizer que os herdeiros deverão provar sua qualidade e seu direito no prazo de cinco dias (art. 1.057), contado da juntada do último mandado de citação, ou termo final do prazo do edital. Após a juntada da petição de habilitação, segue-se o rito do art. 803, que será encerrado com uma sentença.

Essa sentença é que determinará a abertura da sucessão provisória, a qual, porém, só poderá ser iniciada seis meses depois da publicação do decisório pela imprensa.

Desde logo, porém, isto é, tão logo passe em julgado a sentença, proceder-se-á à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido (art. 1.165).

O efeito, que só se poderá alcançar depois de seis meses da publicação da sentença pela imprensa, é a imissão dos herdeiros na posse dos bens do ausente, o que será, todavia, condicionado à prestação de caução (art. 1.166).⁵

Após a sentença que apreciou as habilitações e que deferiu a abertura da sucessão provisória, caberá a um dos interessados requerer o inventário e partilha, segundo o procedimento comum da sucessão *causa mortis*. Se decorrerem 30 (trinta) dias do trânsito em julgado, sem que ninguém compareça para pleitear o inventário, a herança será havida como *jacente* (art. 1.166, parág. único).

A imissão de posse provisória, de que cuida o art. 1.166, só será possível, portanto, após o processamento e julgamento do inventário e partilha, além do requisito do escoamento do prazo mínimo de seis meses, de que cogita o art. 1.165, *caput*.

O art. 1.167 prevê a cessação da sucessão provisória no caso de comparecimento do ausente, o que acarretará aos herdeiros a obrigação de devolver-lhe todos os bens recebidos sob caução, ficando ainda responsáveis pelos danos causados por culpa ou dolo (Cód. Civ. de 1916, art. 480; CC de 2002, art. 36).

1.539. Conversão da sucessão provisória em definitiva

Haverá conversão da sucessão provisória em definitiva nos seguintes casos (art. 1.167):

I – quando houver certeza da morte do ausente;

II – 10 (dez) anos depois de passado em julgado a sentença de abertura da sucessão provisória;

III – quando o ausente contar 80 (oitenta) anos de idade se houver decorrido 5 (cinco) anos das últimas notícias suas.

Demonstrando a ocorrência de um dos permissivos legais, qualquer interessado poderá requerer ao juiz a conversão.

Nesses casos, a caução será levantada e os herdeiros assumirão plena propriedade dos bens dos quais até então detinham apenas a posse provisória e caucionada. No Registro Civil e no Registro de Imóveis serão feitos os assentamentos cabíveis.

Nas hipóteses dos itens II e III do art. 1.167, pode eventualmente reaparecer o ausente depois que a sucessão legalmente se tornou definitiva. O mesmo pode se dar com algum dos seus descendentes ou ascendentes, que pleiteie a entrega dos bens inventariados e partilhados.

Se o comparecimento ocorrer nos 10 (dez) anos seguintes à abertura, o pedido de restituição poderá ser formulado nos próprios autos da sucessão, mas a entrega ficará limitada aos bens ainda existentes, que deverão ser recebidos no estado em que se acharem, sem direito a fruto e rendimentos ou a compensação de deteriorações. Se tiverem sido alienados, receberão os sub-rogados em seu lugar ou o preço apurado na alienação (art. 1.168).

Passados mais de 10 (dez) anos da sucessão definitiva, nenhum direito mais poderá ser reclamado, pelo ausente, dos herdeiros beneficiados com a partilha por presunção de morte.⁶

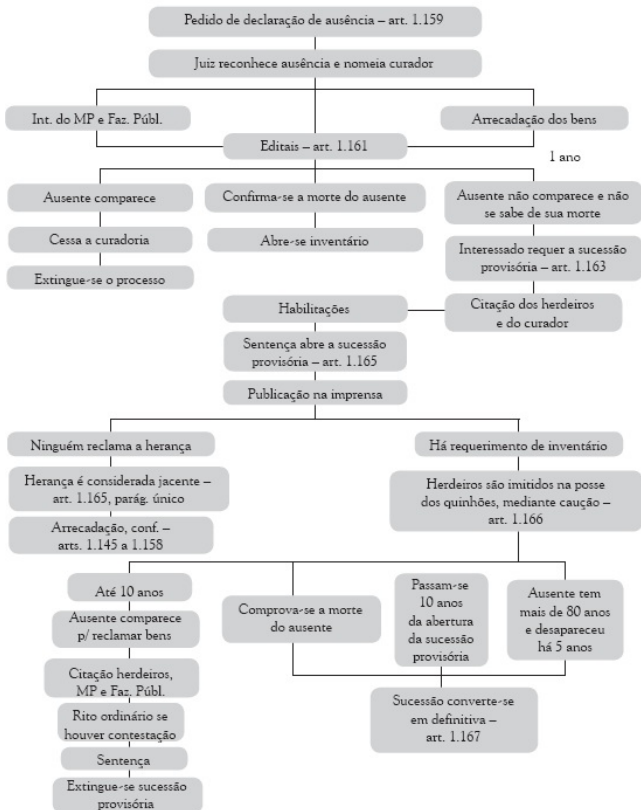
Quanto ao procedimento para solucionar o pedido de restituição de bens, a que alude o art. 1.168, é de observar-se o contraditório. Para tanto, serão citados, para contestar o pedido, os sucessores, o órgão do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública.

Se ninguém contesta, o juiz aprecia o pedido e soluciona de plano, conforme os elementos produzidos pelo requerente.

Havendo contestação, seguir-se-á o procedimento ordinário (art.1.169, parág. único). Com isso, o procedimento, iniciado como de jurisdição voluntária, dará ensejo ao surgimento de um incidente contencioso.

Fluxograma no 93

ARRECAÇÃO DOS BENS DE AUSENTE
(arts. 1.159-1.169)



-
- 1 PONTES DE MIRANDA, *Op. cit.*, vol. XVI, pp. 325-326.
 - 2 MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*, S. Paulo, RT, 1986, nº 230, pp. 244-245.
 - 3 LEITÃO, José Ribeiro. *Op. cit.*, p. 391.
 - 4 LEITÃO, José Ribeiro. *Op. cit.*, p. 394.
 - 5 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, vol. XVI, p. 344.
 - 6 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, vol. XVI, p. 253.

§ 242. PROCEDIMENTO DA ARRECADAÇÃO DAS COISAS VAGAS

Sumário: 1.540. Conceito. 1.541. Legitimação. 1.542. Competência. 1.543. Cabimento. 1.544. Procedimento.

1.540. Conceito

Coisa vaga, segundo nosso direito, é a coisa perdida pelo dono e achada por outrem (Cód. Civil de 1916, arts. 603 a 610; CC de 2002, arts. 1.233 a 1.237 e 1.264 a 1.266).

O importante no regime da coisa vaga é que ela, embora perdida, não deixa de pertencer a seu dono, “não se extinguindo a propriedade pelo fato da perda”.¹ Daí que “quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor” (Cód. Civ. de 1916, art. 603, *caput*; CC de 2002, art. 1.233). E se não o localizar “entregará o objeto achado à autoridade competente do lugar” (*idem*, art. 603, parágrafo único; CC de 2002, art. 1.233, parág. único).

O procedimento desta entrega é disciplinado pelos arts. 1.170 a 1.176 do Código de Processo Civil, dentro dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária.

1.541. Legitimação

O procedimento deve ser provocado por iniciativa do *inventor*, isto é, da pessoa que houver achado a coisa alheia perdida (art. 1.170).

1.542. Competência

Cabe ao juiz do local em que ocorrer a *invenção* (isto é, a descoberta) processar o respectivo feito (Cód. Civ. de 1916, art. 603, parágrafo único; CC de 2002, art. 1.233, parágrafo único).

1.543. Cabimento

Os bens passíveis do procedimento em exame são as *coisas móveis*, isto é, joias, dinheiro, títulos de crédito, veículos etc. Até mesmo os semoventes devem ser incluídos na possibilidade da vacância e da invenção.²

Explicitou, outrossim, o art. 1.175 que o procedimento dos arts. 1.170 a 1.176 é aplicável, também, “aos objetos deixados nos hotéis, oficinas e outros estabelecimentos, não sendo reclamados dentro de um mês”.

O requisito geral a ser observado, porém, em qualquer caso, é o do desconhecimento do dono do objeto achado. Pois se o inventor conhecer o proprietário, é a ele que deverá ser, diretamente, restituído o bem (Cód. Civ. de 1916, art. 603, *caput*; CC de 2002, art. 1.233, *caput*).

1.544. Procedimento

O inventor, que desconheça o dono ou possuidor da coisa achada, deverá comparecer perante a autoridade judiciária ou policial, a quem fará a respectiva entrega.

No ato da entrega, o escrivão lavrará o auto de arrecadação, do qual constarão a descrição da coisa e as declarações do inventor a respeito das circunstâncias em que a descoberta se deu (art. 1.170). A lei não diz, mas é necessário que o bem seja confiado a um depositário judicial, como é evidente.

Se a entrega se fez à autoridade policial, diligenciará esta para que o auto e o objeto sejam logo remetidos ao juiz competente (art. 1.170, parág. único). Se, por acaso, a polícia descobrir, antes da remessa à Justiça, quem seja o dono da coisa, esta poderá ser-lhe diretamente entregue, dando-se por encerrado o procedimento.³ Igual providência poderá ser adotada também quando a arrecadação tiver sido originariamente feita pela autoridade judicial.

Após o auto, o procedimento judicial consistirá na publicação de edital, por duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de 10 (dez) dias, convocando o dono a vir reclamar a coisa depositada (art. 1.171, *caput*), no prazo de sessenta dias (CC de 2002, art. 1.237; CC de 1916, art. 606).

Do edital constará a descrição da coisa e das circunstâncias em que foi encontrada (art. 1.171, § 1º). Se for o caso de objeto de pequeno valor, a publicação do edital pela imprensa será dispensada e a publicidade se limitará à simples afixação do edital no átrio do edifício do fórum (art. 1.171, § 2º).

Se o dono comparece dentro do prazo assinalado no edital e prova seu direito, o juiz, depois de ouvidos o órgão do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública, efetuará a respectiva entrega mediante termo nos autos. E o processo será extinto (art. 1.172).

Pode acontecer que o dono apareça, mas não queira receber a coisa depositada, preferindo abandoná-la. Nesse caso, serão tomadas por termo suas declarações e ao inventor ficará facultado requerer a respectiva adjudicação (art. 1.173), visto que, sobre a coisa abandonada (*res derelicta*), a ocupação do inventor é forma de aquisição do domínio (Cód. Civil, art. 592, parágrafo único do CC de 1916; CC de 2002, art. 1.263).

Não havendo reclamação de ninguém em torno da coisa, será ela avaliada e alienada em hasta pública. Do preço apurado, deduzir-se-ão as despesas do depósito, inclusive custas processuais, e a recompensa do inventor. O saldo pertencerá, na forma da lei, à União, ao Estado ou ao Distrito Federal (art. 1.173).

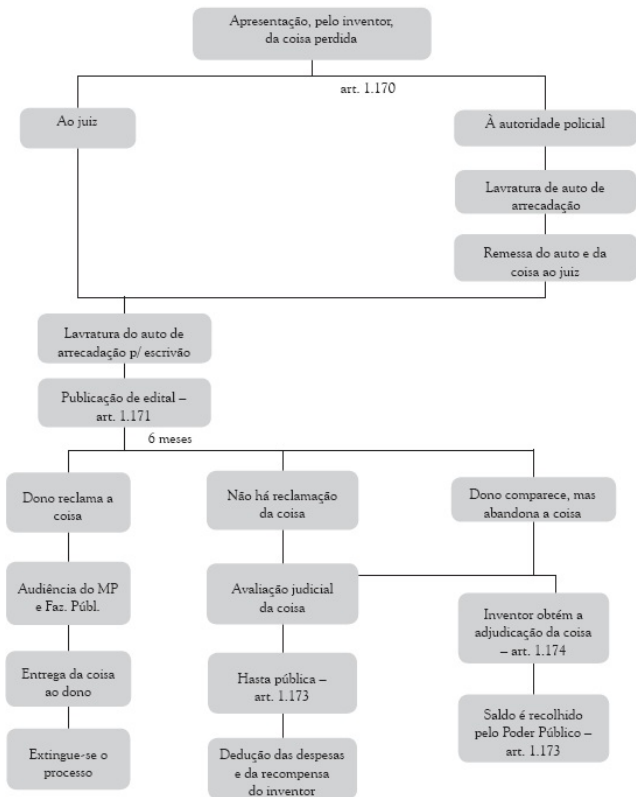
De acordo com o art. 1.237 do Código Civil de 2002 (CC de 1916, art. 606), o direito à arrecadação do saldo é do Município em cuja circunscrição se deparou o objeto perdido.

Ainda de acordo com o direito material, são direitos do inventor: *a*) uma recompensa não inferior a 5% do seu valor, que será arbitrada pelo juiz nos moldes do parágrafo único do art. 1.234 do Código Civil de 2002; e *b*) a indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa (Código Civil de 2002, art. 1.234; CC de 1916, art. 604).

Quando se dá o abandono, o inventor pode compensar estas verbas através da adjudicação.

Fluxograma no 94

ARRECAÇÃO DAS COISAS VAGAS
(arts. 1.170-1.176)



-
- 1 SANTOS, Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 8. ed., Rio, F. Bastos, 1958, vol. VIII, p. 237. “Desde o direito romano, quem encontra coisa perdida não se torna proprietário: *perdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, nihilo minus eius eam esse, cuius fuerat*, ou seja, ... a coisa perdida ou não recolhida por erro por aquele a quem pertencia é ela, entretanto de quem sempre tinha sido” (*Dig. Lib. LXVII, Tit. VI, frag. 1*) (José Ribeiro Leitão, *op. cit.*, pp. 399-400).
 - 2 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, vol. XVI, p. 356.
 - 3 “O procedimento dos arts. 1.170-1.176 é por edital e somente se justifica quando não se sabe quem seja o dono, ou mesmo se tem” (Pontes de Miranda, *op. cit.*, vol. XVI, p. 357). Por outro lado, se a autoridade policial se deparar com a fundada suspeita de que a coisa foi criminosamente subtraída, promoverá a conversão da arrecadação em inquérito; caso em que competirá ao juiz criminal mandar entregar a coisa a quem provar que é dono ou legítimo possuidor (art. 1.176).

CURATELA DOS INTERDITOS E TUTELA DOS ÓRFÃOS

§ 243. PROCEDIMENTO DA INTERDIÇÃO E DA TUTELA

Sumário: 1.545. Natureza jurídica da interdição. 1.546. Legitimado passivo. 1.547. Competência. 1.548. Legitimidade para promover a interdição. 1.549. Petição inicial. 1.550. Procedimento. 1.551. Sentença. 1.552. Eficácia da sentença sobre atos do interditando. 1.553. Rescisória. 1.554. Levantamento da interdição. 1.555. Investidura dos curadores. 1.556. Remoção de curador. 1.557. Disposições comuns à nomeação de tutor e curador.

1.545. Natureza jurídica da interdição

A curatela dos interditos é realmente procedimento de jurisdição voluntária, não obstante o grande dissídio doutrinário em torno da matéria.

Como ensinava Carnelutti, na interdição o juiz não decide frente a duas partes, com interesse em conflito, senão em face de um único interesse, cuja tutela reclama sua intervenção, sendo tal interesse do próprio incapaz.¹

Além disso, o pronunciamento do juiz não se destina a formar a coisa julgada entre as partes, mas a gerar uma eficácia *erga omnes*.²

Correta, pois, foi a opção do legislador de incluir, no CPC de 1973, a *interdição* entre os procedimentos de jurisdição voluntária.

1.546. Legitimado passivo

A interdição refere-se ao maior de 18 anos, normalmente, ou ao menor entre 16 e 18 anos (relativamente incapaz), porque este já pode praticar atos jurídicos.³

1.547. Competência

Não há regra expressa no CPC, mas deve prevalecer o foro do domicílio do interditando, segundo a regra geral do art. 94 do CPC.⁴

Mas a competência é relativa e pode ser prorrogada, se não houver exceção de incompetência em tempo hábil.⁵

1.548. Legitimidade para promover a interdição

O art. 1.177 do CPC reconhece legitimidade para requerer a interdição a:

- pai, mãe ou tutor;
- cônjuge ou algum parente próximo;
- órgão do Ministério Público.

Com exceção do Ministério Público, não há grau de preferência na enunciação dos legitimados.⁶

O tutor só pode requerer a interdição do órfão de mais de 16 anos ou do tutelado que atinja a idade de 18 anos.

Para o cônjuge, não importa o regime de bens, nem a condição de separado, a não ser para o exercício da curatela. Se houver separação judicial ou divórcio, desaparece o interesse.⁷

Parente próximo é apenas o *consanguíneo* (não o *afim*), segundo Mendonça Lima e Carvalho Santos. José Olympio de Castro Filho, todavia, entende que os afins, desde que próximos, não estão excluídos da legitimação.⁸

Mendonça Lima considera “parente próximo” só os *sucessíveis*.⁹

O *próprio incapaz* pode tomar a iniciativa da interdição, se ninguém dos legitimados o faz, caso em que, instaurado o processo, o Ministério Público será convocado para interferir no processo, dando-se curador ao requerente.¹⁰

A legitimação do Ministério Público, com a substituição pelo legislador da expressão “loucura furiosa” por “anomalia psíquica” (art. 1.178, no I), ficou enormemente ampliada. Agora, o Ministério Público só não pode requerer a interdição do *surdo-mudo*, porque até mesmo a prodigalidade configura uma *anomalia psíquica*.¹¹

Desde que haja inércia dos familiares, portanto, o Ministério Público pode requerer a interdição de qualquer incapaz por anomalia psíquica.

Quando a interdição é requerida por familiar, a posição do Ministério Público é a de *defensor* do interditando (art. 1.182, § 1º). Quando, porém, é o Ministério Público que requer a interdição, ao interditando será nomeado curador especial (art. 1.179).

Se o interditando contratar advogado, este poderá ser nomeado curador especial.

1.549. Petição inicial

A petição inicial, subscrita por advogado, será instruída com a *prova* de que o requerente se acha legitimado a promover a interdição (certidão de nascimento, casamento etc.).¹²

Nos fundamentos da petição inicial serão indicados fatos que revelam a anomalia do interditando e recomendam sua incapacitação.

É sempre conveniente a juntada de um *atestado médico*, para evitar procedimentos infundados, como lembra Mendonça Lima.¹³

1.550. Procedimento

Despachada a inicial, o interditando será citado. Não cabe citação por edital ou por hora certa. Só a pessoal. E o processo começará por audiência de interrogatório do promovido.

O juiz não vai agir como um psiquiatra, mas precisa ter um contato pessoal com o interditando para conhecer, pelo menos, sua aparência e suas reações exteriores.

Esse interrogatório poderá ser, quando necessário, na residência do interditando ou em

nosocômio onde se ache internado.

O interrogatório será reduzido a *auto* (art. 1.181).

O interrogatório é parte importante do procedimento, mas sua falta não acarreta a nulidade se a perícia fornecer dados precisos sobre a alienação mental do interditando.14

O prazo de impugnação ao pedido é de 5 (cinco) dias, a contar do interrogatório (art. 1.182).

Poderá haver exceção de incompetência, suspeição ou impedimento do juiz.

A impugnação ao pedido poderá ser feita:

a) pelo órgão do Ministério Público;

b) por advogado constituído pelo interditando;

c) por curador à lide;

d) por advogado constituído por parentes sucessíveis (caso de “substituição”).

Após a impugnação ou o decurso do prazo para impugnação, realizar-se-á perícia médica na pessoa do interditando (art. 1.183). O exame psiquiátrico é essencial e sua omissão gera nulidade do processo.15

Já decidiu o TJMG que “não afirmada a incapacidade do paciente pelo laudo médico, subscrito por dois especialistas, deve ser rejeitado o respectivo pedido de interdição”.16

A perícia psiquiátrica segue o procedimento comum da prova pericial (arts. 420 a 439). Será realizada mesmo que ninguém a requeira expressamente (*ex officio*).17

O perito deve, de preferência, ser médico especialista (psiquiatra).

Após o laudo, designa-se a audiência de instrução e julgamento, para esclarecimentos do perito, ouvida de depoimentos pessoais e testemunhas.

A realização da audiência *não é obrigatória*, tal como se passa no procedimento ordinário de jurisdição contenciosa.

Se não há quesitos complementares e os interessados dispensam quaisquer esclarecimentos sobre o laudo e não requerem testemunhas, o juiz pode, desde logo, julgar a causa com base na perícia. O julgamento conforme o estado do processo é também aplicável à interdição.18

Por isso, é de toda conveniência não se marcar audiência sem antes ouvir os interessados sobre o laudo.

1.551. Sentença

Decretada a interdição, na sentença o juiz nomeará o curador do incapaz, observando a ordem do art. 454 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 1.775).

A jurisprudência, todavia, tem entendido que a gradação do art. 454 não é absoluta ou inflexível, podendo o juiz alterá-la na conveniência do interdito e em face das peculiaridades do caso.19

Os efeitos da sentença são imediatos, mesmo que haja interposição de apelação (art. 1.184).

Esses efeitos são:

a) nomeação do curador e assunção da curatela;

b) inscrição da sentença no Registro Civil;

c) publicação de editais (um no jornal local e três no órgão oficial).

A publicação não dispensa a intimação normal dos que participaram do procedimento.

A apelação é recebida sem efeito suspensivo.20

Na sentença, ao acolher o pedido, o juiz pode decretar a interdição total ou parcial do promovido.

Nas alienações mentais, a interdição é sempre integral. Mas, segundo o Dec. nº 24.559, de 1939, “nada impede que, em relação aos psicopatas, a interdição seja limitada”.²¹

É que, conforme a doutrina e a jurisprudência, os psicopatas podem ser tanto absoluta como relativamente incapazes.²²

1.552. Eficácia da sentença sobre atos do interditando

A partir da sentença, o interditando só pode praticar atos jurídicos através de seu curador. Os atos eventualmente praticados sem essa representação são absolutamente nulos (art. 145, I, do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 166, I).

Quanto aos atos anteriores à sentença, são havidos apenas como anuláveis. A sentença não tem efeito retroativo.²³

Só por meio de ação própria será possível demandar sua invalidação, caso em que o acolhimento dependerá de prova convincente de que o agente já se achava de fato incapaz ao tempo do ato impugnado.²⁴

1.553. Rescisória

Não se aplica a ação rescisória à sentença de interdição, porque, sendo de jurisdição voluntária, não faz coisa julgada material.

Pode-se, portanto, renovar o pedido de interdição com base em provas novas e mediante demonstração de que o estado atual do paciente autoriza a sua incapacitação, mesmo após a denegação do outro pedido semelhante a respeito da mesma pessoa.

Se a interdição foi indevidamente decretada, pode o promovido usar o procedimento de levantamento de interdição previsto no art. 1.186, sem necessitar propriamente de rescindir o julgado anterior.²⁵

1.554. Levantamento da interdição

Cessada a causa da interdição, o próprio interdito poderá requerer seu levantamento (art. 1.186, § 1º).

O requerimento será autuado em apenso aos autos da interdição.

O curador e o órgão do Ministério Público deverão ser ouvidos.

O exame pessoal pelo juiz, em interrogatório, e a perícia médica são necessários (art. 1.186, § 1º).

Se houver necessidade, realizar-se-á audiência de instrução e julgamento.

A sentença que acolhe o pedido de levantamento de interdição é *constitutiva*, porque deconstitui o efeito da sentença anterior. Os efeitos, todavia, não são imediatos: dependem de trânsito em julgado (art. 1.186, § 2º).

Só após a coisa julgada, haverá a publicação de editais e somente após o prazo dos editais é que será a sentença averbada no Registro Civil.

1.555. Investidura dos curadores

A administração dos bens do interdito, pelo curador, depende de certas cautelas impostas pela lei. Em primeiro lugar, deve prestar o compromisso de bem e fielmente exercer o múnus. E antes de entrar em exercício o curador deverá, ainda, especializar *imóveis* sobre os quais recairá a *hipoteca legal* que assegurará sua gestão (art. 1.188).

Enquanto não especializada a hipoteca, ao Ministério Público incumbirá reger a pessoa do incapaz e administrar-lhe os bens (art. 1.189).

Essa hipoteca, todavia, pode ser dispensada pelo juiz, se o curador for de “reconhecida idoneidade” (art. 1.190).

Na verdade, a disciplina processual sobre hipoteca legal restou prejudicada com o advento do Código Civil de 2002, já que a nova lei material não mais inclui os tutores e curadores entre os obrigados a prestar aquele tipo de garantia.²⁶

1.556. Remoção de curador

A remoção do curador pode ser promovida em procedimento, com contraditório, segundo o rito das ações cautelares (arts. 1.195 e 1.196).

Essa ação pode ser movida pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse.

Após a contestação e a instrução, o juiz deliberará. Se a sentença decretar a remoção, deverá nomear o substituto para exercer a curatela.

Sendo extremamente grave a situação, o juiz poderá, antes mesmo da sentença, suspender o exercício das funções do curador e nomear um substituto interino (art. 1.197).

Os casos de remoção são aqueles arrolados nos arts. 413 e 445 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, arts. 1.735 e 1.766) e, de maneira geral, eles são sempre cabíveis quando se cometa infração dos deveres que a lei civil impõe aos curadores (arts. 424, 430, 431 e 435 do Código Civil de 1916; CC de 2002, arts. 1.740, 1.751, 1.752, 1.756).

1.557. Disposições comuns à nomeação de tutor e curador

Só as pessoas capazes têm a ampla aptidão para praticar os atos da vida civil. Como os incapazes também podem ser sujeitos de relações jurídicas, a lei supre sua incapacidade por meio da representação ou da assistência (Cód. Civ. de 2002, art. 120; CC de 1916, arts. 70 e 84).

No caso dos filhos menores, cabe aos pais representá-los até os 16 (dezesseis) anos e assisti-los após essa idade (Cód. Civ. de 1916, art. 384, no V; CC de 2002, art. 1.690, *caput*). Com relação aos interditos, essa função é atribuída ao curador judicialmente nomeado (Cód. Civ. de 1916, art. 453; CC de 2002, art. 1.774). Faltando os pais, sua função se transfere para o tutor (Cód. Civ. de 1916, art. 406; CC de 2002, arts. 1.728 e 1.747, I).

Material e processualmente, o múnus da curatela se equipara ao da tutela (Cód. Civ. de 1916, art. 453; CC de 2002, arts. 1.774 e 1.781; Cód. Proc. Civil, arts. 1.187 a 1.198).²⁷

Quanto à escolha do curador, é ato que o juiz pratica, geralmente, na sentença de interdição (CPC, art. 1.183, parág. único). A nomeação do tutor pressupõe falecimento ou ausência de ambos os pais ou decadência do pátrio poder, também por ambos os genitores (Cód. Civ. de 1916,

art. 406; CC de 2002, art. 1.728). Já a nomeação do tutor é ato que nem sempre necessita da interferência judicial.

De acordo com o art. 407 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 1.729), o direito de nomear o tutor compete aos pais, em conjunto. Para praticar o ato, basta utilizar-se do testamento ou qualquer outro documento autêntico (Cód. Civ. de 1916, art. 407, parág. único; CC de 2002, art. 1.729, parágrafo único). Perde o direito de nomear tutor o genitor que não detiver o poder familiar (CC de 2002, art. 1.730).

Quando inexistir nomeação válida, ou quando o nomeado for excluído ou escusado, é ao juiz que cabe escolher e nomear o tutor para os órfãos, observada a escala de preferência constante do art. 409 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 1.731; *idem*, art. 410 do Cód. Civil de 1916; CC de 2002, art. 1.732).

Superada, porém, a fase de escolha e nomeação do tutor ou do curador, a investidura no múnus, a dispensa e a remoção deles sujeitar-se-ão a uma única disciplina legal (CPC, arts. 1.187 a 1.198).

Para assumir o encargo, tutor e curador devem prestar compromisso perante a autoridade judicial, no prazo de cinco dias, contados da nomeação por sentença ou da intimação do despacho que manda cumprir o testamento ou o instrumento público relativo à escolha convencional do tutor (CPC, art. 1.187).

Nos 10 (dez) dias seguintes ao compromisso, incumbe ao tutor ou curador requerer a especialização da hipoteca legal. Havendo omissão, a medida poderá ser requerida pelo órgão do Ministério Público (art. 1.188), ao qual a lei atribui a reger a pessoa do incapaz e administra-lhe os bens, enquanto não ocorrer a investidura regular daquele a quem corresponde o múnus (art. 1.189).

No entanto, se o tutor ou curador for de reconhecida idoneidade, poderá o juiz admitir que entre em exercício, prestando depois a garantia, ou dispensando-a desde logo (art. 1.190).

Em regra, não se admite que o tutor ou curador, dentro da escala de preferência legal, se recuse a aceitar o encargo. No entanto, a lei civil de 1916 arrola, nos arts. 414 e 415 (CC de 2002, arts. 1.736 e 1.737), várias hipóteses em que a escusa é possível.²⁸ Mas o interessado deverá requerer sua dispensa no prazo de cinco dias, contados da intimação do compromisso (art. 1.192, I). O julgamento do pedido é feito de plano pelo juiz (art. 1.193).

As normas sobre remoção dos tutores e curadores constam dos arts. 1.194 a 1.198 do Código de Processo Civil. A remoção é ato de afastamento forçado ou compulsório, e pode ser requerida pelo órgão do Ministério Público ou por qualquer pessoa que tenha legítimo interesse (art. 1.194). O pedido de remoção será em apenso ao processo da tutela ou curatela, e deverá ser fundado em algum dos permissivos dos arts. 413 e 445 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, arts. 1.735 e 1.766).²⁹

O tutor ou curador terá cinco dias para contestar o pedido de remoção (art. 1.195), observando-se, em seguida, o rito das medidas cautelares (art. 1.196).

O titular do múnus continuará a exercê-lo enquanto não julgado definitivamente o pedido de remoção. Mas, em caso de extrema gravidade, permite-se ao juiz suspendê-lo das funções no curso do processo, fazendo-se nomeação de um substituto interino (art. 1.197).

CURATELA DOS INTERDITOS
(arts. 1.177-1.186)

Petição inicial, c/ requisitos
do art. 1.180

Citação do interditando

Intimação do MP

Interrogatório do interditando –
art. 1.181

5 dias

Nomeação de curador à lide,
se for o caso –
art. 1.182, § 1º

Impugnação do interditando

Perícia médica – art. 1.183

Audiência de instr. e julgamento

Sentença

Improcedência do pedido

Extinção do processo

Procedência do pedido

Nomeação do curador –
art. 1.183, parág. único

Registro da interdição
no Reg. de Pes. Naturais –
art. 184

-
- 1 *Apud* CASTRO FILHO, José Olympio de. *Op. cit.*, no 133, p. 260.
 - 2 CASTRO FILHO, José Olympio de. *Op. cit.*, no 133, p. 261; no mesmo sentido: COSTA, Lopes da. *Administração Pública e a Ordem Privada*, pp. 258-259; LIMA, Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, S. Paulo, Ed. RT, 1982, vol. XII, no 279, p. 431.
 - 3 LIMA, Mendonça. *Op. cit.*, no 281, p. 433.
 - 4 CASTRO FILHO, José Olympio de. no 134, p. 261; Pontes de Miranda, *Comentários*, vol. XVI, p. 369; LIMA, Mendonça. *Op. cit.*, no 285, p. 437.
 - 5 TJSP, in Edson Prata, *Repertório de Jurisprudência*, vol. 18, no 4.517, p. 5.860.
 - 6 CASTRO FILHO, José Olympio de. *Op. cit.*, no 135, p. 261.
 - 7 LIMA, Mendonça. *Op. cit.*, no 282.1, pp. 433-434.
 - 8 *Op. cit.*, no 135, pp. 262-263.
 - 9 *Op. cit.*, no 282.2, p. 435.
 - 10 LIMA, Mendonça. *Op. cit.*, no 284, p. 436.
 - 11 CASTRO FILHO, José Olympio de. *Op. cit.*, no 135, p. 262; LIMA, Mendonça. *Op. cit.*, no 287.1, p. 440.
 - 12 TJGO, Ap. 9.022, in PRATA, Edson. *Repertório de Jurisprudência*, vol. 18, no 4.518, p. 5.860.
 - 13 *Op. cit.*, p. 447, nota 509.
 - 14 LIMA, Mendonça. *Op. cit.*, no 297.1, p. 451.
 - 15 LIMA, Mendonça. *Op. cit.*, no 305, p. 459.
 - 16 TJMG, Ap. 35.768, in Edson Prata, *Repertório de Jurisprudência*, vol. 18, no 4.512, p. 3.587.
 - 17 “Em cada caso concreto, à perícia psiquiátrica competirá definir com precisão o alcance do mal e os limites da interdição recomendável. Por isso mesmo, o Dec. no 24.559/34 prevê que os psicopatas, assim declarados por perícia médica, possam ser *absoluta* ou *relativamente incapazes*, cabendo ao juiz fixar os limites da curatela, segundo os elementos fornecidos pela perícia (arts. 26 e 28, § 3º)” (TJMG, Ap. 65.184, ac. de 22.11.84, voto vencedor do Des. Humberto Theodoro Júnior). A prova pericial é, na interdição, a prova mais importante, a prova indispensável e a prova decisiva. Nesse sentido: RF 179/248, RF 149/313, *Jur. Mineira*, 4/686; TJSP, 3ª Câ. Dir. Priv., Ap. c/Rev. no 531.168-4/8-00, ac. 11.12.2007, RT 870/222. A jurisprudência tem flexibilizado a exigência legal, aceitando a dispensa da perícia judicial, quando, v.g., exista laudo extrajudicial expedido pelo INSS (STJ, 4ª T., REsp no 253.733/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 16.03.2004, DJU de 05.04.2004, p. 266).
 - 18 LIMA, Mendonça. *Op. cit.*, no 307.2, p. 462.
 - 19 CASTRO FILHO, José Olympio de. *Op. cit.*, no 146, p. 280; Mendonça Lima, *op. cit.*, no 309, p. 463; TJSP, Ap. 229.664, in Edson Prata, *Repertório de Jurisprudência*, vol. 18, no 4.536, p. 5.883.
 - 20 LIMA, Mendonça. *Op. cit.*, no 314, p. 468.
 - 21 TJSP, Ap. 256.211, in PRATA, Edson. *Repertório de Jurisprudência*, vol. 18, no 4.350, p. 5.879.
 - 22 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 2. ed., vol. IX, p. 348; GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 1ª ed., p. 318; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, 2. ed., vol. VI,

- no 184, p. 397.
- 23 TJSP, Ap. 240.663, in Edson Prata, *Repertório de Jurisprudência*, vol. 18, no 4.528, p. 5.874.
- 24 LIMA, Mendonça. *Op. cit.*, no 317, p. 470 e nota de rodapé no 537; TJSP, Ap. 218.075, in PRATA, Edson. *Repertório de Jurisprudência*, vol. 18, no 4.526, p. 5.870; STJ, REsp. 9.077/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 25.02.92, in DJU de 30.03.92, p. 3.992.
- 25 PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Cód. de Processo Civil*, vol. XVI, p. 404; Mendonça Lima, *op. cit.*, no 321, p. 473.
- 26 TESHEINER, José Maria Rosa. "Procedimentos de jurisdição voluntária segundo o novo Código Civil", *Revista jurídica*, vol. 307, p. 34, maio 2003.
- 27 A exigência de hipoteca legal não mais prevalece no Código Civil de 2002.
- 28 Código Civil de 2002, art. 1.736: "Podem escusar-se da tutela: I – mulheres casadas; II – maiores de sessenta anos; III – aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos; IV – os impossibilitados por enfermidade; V – aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela; VI – aqueles que já exercerem tutela ou curatela; VII – militares em serviço." Art. 1.737: "Quem não for parente do menor não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la." Ao curador aplica-se a disciplina dos arts. 1.736 e 1.737, por força do art. 1.774 do CC de 2002.
- 29 Código Civil de 2002, art. 1.735: "Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam: I – aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens; II – aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este; e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor; III – os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela; IV – os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena; V – as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores; VI – aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela". Art. 1.766: "Será destituído o tutor, quando negligente, prevaricador ou incurso em incapacidade." V. art. 1.774 do CC de 2002, sobre curador.

§ 244. PROCEDIMENTO DA ORGANIZAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES

Sumário: 1.558. Conceito de fundação. 1.559. Procedimento da instituição da fundação. 1.560. Estatutos confiados à elaboração de terceiro. 1.561. Alteração do estatuto. 1.562. Extinção da fundação.

1.558. Conceito de fundação

Para criar uma fundação – dispõe o art. 24 do Cód. Civil de 1916; CC de 2002, art. 62 – far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, que haverá de ser religioso, moral, cultural ou de assistência (art. 62, parág. único, CC de 2002). Uma vez inscrita no Registro Civil competente, adquire a fundação a qualidade de pessoa jurídica de direito privado (Cód. Civ. de 1916, art. 18; CC de 2002, art. 45).

É, pois, a fundação “uma universidade de bens personalizada, em atenção ao fim que lhe dá unidade”.¹

Pela relevância que a atividade das fundações pode representar no meio social, foram elas, legalmente, colocadas sob a custódia do Ministério Público do Estado onde se situarem (Cód. Civ. de 1916, art. 26; CC de 2002, art. 66).

Em razão dessa interferência tutelar da Administração Pública na vida das fundações, é que instituiu o Código de Processo Civil um procedimento especial de jurisdição voluntária para disciplinar a sua “organização e fiscalização” (arts. 1.199 a 1.204).

1.559. Procedimento da instituição da fundação

O estatuto de uma fundação pode ser elaborado pelo próprio instituidor ou por outrem, a quem ele atribua esse encargo (art. 1.199).

Uma vez confeccionado, caberá ao interessado, por meio de petição, submeter o estatuto à apreciação do Ministério Público estadual da sede da instituição. Como curador legal, examinará a regularidade do ato constitutivo e a viabilidade econômica da fundação, pronunciando-se em 15 (quinze) dias (arts. 1.200 e 1.201).

Se houver a aprovação do curador, os estatutos serão levados ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para que se dê a aquisição da personalidade jurídica pela instituição (Lei nº 6.015/73, arts. 114 a 121).

Se os estatutos não forem considerados em ordem, o órgão do Ministério Público

recomendará as modificações a serem feitas pelo instituidor; ou, se as irregularidades forem insanáveis, denegará a aprovação (art. 1.201).

Não se conformando com a deliberação do curador, seja quanto às modificações, seja quanto ao indeferimento da petição, caberá ao interessado recorrer ao juiz para obter suprimento da aprovação recusada pelo Ministério Público (art. 1.201, § 1º).

A petição de suprimento deverá ser adequadamente motivada, e poderá receber do juiz um dos seguintes despacho: *a)* indeferimento; *b)* deferimento de plano; ou *c)* ordem para que se introduzam modificações no estatuto, a fim de adaptá-lo ao objetivo do instituidor (art. 1.201, § 2º).

A estrutura legal, como se vê, não é de *recurso* contra a decisão do Ministério Público, mas de *ação de suprimento*, à semelhança do que se passa com a ação de suprimento de consentimento.²

O julgamento dessa ação de suprimento da autorização do Ministério Público é sentença que, portanto, desafia recurso de apelação.

1.560. Estatutos confiados à elaboração de terceiro

Quando o instituidor encarregar terceiro da elaboração dos estatutos e este não der cumprimento ao encargo no prazo devido (que pode ser o assinado pelo instituidor ou, em sua falta, o de seis meses), incumbirá ao órgão do Ministério Público realizar a tarefa (art. 1.202, no II).

Caberá também ao Ministério Público a elaboração do estatuto quando o instituidor não a fizer nem nomear quem a faça (art. 1.202, no I).

Nestas duas hipóteses, uma vez cumprida a tarefa pelo Ministério Público, a função de aprovação do estatuto se desloca para o juiz (art. 1.202, *caput*).

O procedimento, na espécie, consistirá em requerer o instituidor, ou qualquer outro interessado, mediante exibição do ato de instituição (escritura pública ou testamento), que o órgão do Ministério Público elabore os estatutos, demonstrando-se que a situação se enquadra na previsão do art. 1.202, nos I ou II. Autuado o pedido, remeter-se-ão os autos ao Promotor de Justiça competente, que os devolverá com os estatutos elaborados. Voltando ao juiz, este procederá da mesma forma com que agiria o Ministério Público diante do estatuto elaborado pelo instituidor, ou seja: aprovará o estatuto, ou recomendará correções, ou indeferirá a aprovação.

O julgamento de deferimento ou indeferimento representará sentença. E o recurso cabível será o de apelação.

1.561. Alteração do estatuto

Assim como o estatuto depende de aprovação do Ministério Público para se aperfeiçoar, também as alterações que posteriormente venham a ser introduzidas pela administração da fundação sujeitam-se à igual medida (art. 1.203).

No caso de denegação, caberá pedido de suprimento ao juiz, dentro dos mesmos princípios dos §§ 1º e 2º do art. 1.201 (art. 1.203, *caput*).

Se, eventualmente, a reforma não houver sido deliberada por votação unânime, os componentes da minoria vencida serão citados, antes da decisão do Ministério Público, para impugnar o pedido de aprovação, no prazo de 10 (dez) dias (art. 1.203, parág. único). Do que decidir o Ministério Público, haverá sempre possibilidade de revisão judicial, seja mediante a ação de suprimimento do art. 1.201, §§ 1º e 2º, seja por via de ação ordinária de anulação.

1.562. Extinção da fundação

Em face do interesse público que sempre envolve o destino da fundação, a lei só prevê sua extinção quando configurada alguma das hipóteses taxativamente enumeradas (art. 1.204), as quais deverão ser verificadas *judicialmente* (Cód. Civ., art. 30, parág. único).

Somente através de sentença, portanto, pode-se alcançar a extinção de uma fundação regularmente instituída.

O procedimento a observar na extinção será o comum das medidas de jurisdição voluntária, isto é, o previsto nos arts. 1.104 a 1.111.3

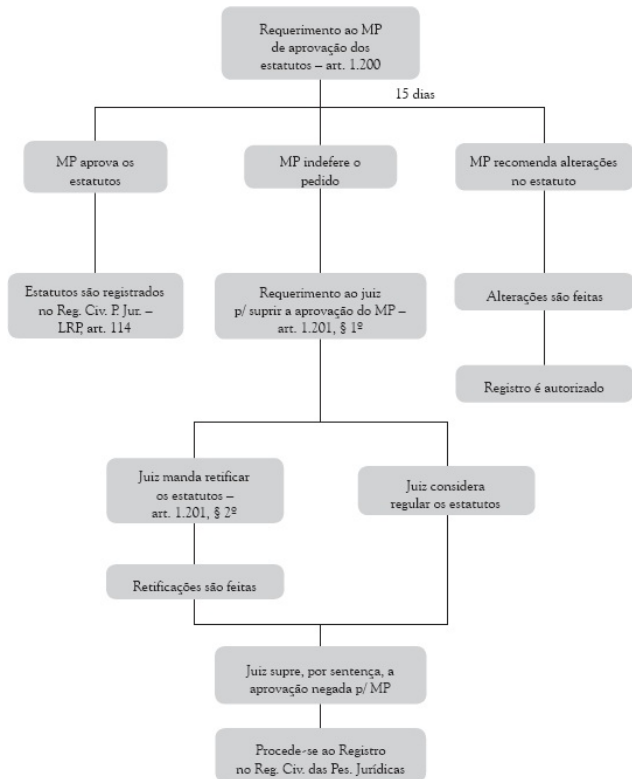
A iniciativa da ação pode ser de qualquer interessado, inclusive da minoria de que trata o art. 29 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 68), ou pelo representante do Ministério Público (CPC, art. 1.204; Cód. Civ. de 1916, art. 30, parág. único; CC de 2002, art. 69, *caput*). Se a iniciativa parte do Ministério Público, será citada a administração da fundação; se parte da administração ou de qualquer outro interessado, o Ministério Público será citado como curador legal. Nomear-se-á curador especial à fundação, quando o requerimento partir do Órgão do Ministério Público.4

Os casos em que se torna possível a extinção da fundação acham-se enumerados no art. 1.204 e ocorrem quando:

- I – tornar ilícito o seu objeto;
- II – for impossível a sua manutenção;5
- III – vencer-se o prazo de sua existência.

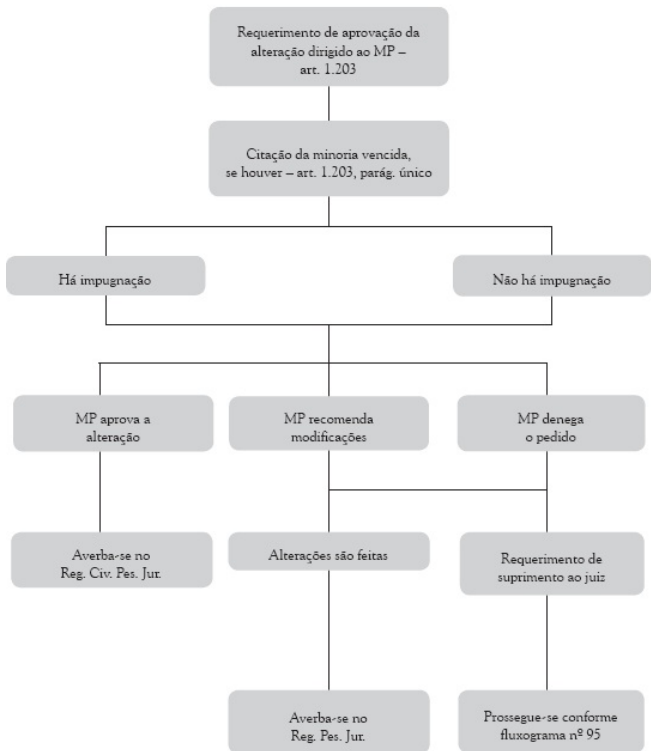
A sentença que acolher o pedido de extinção determinará o destino dos bens da fundação conforme o que estiver previsto no seu estatuto, ou, se omisso este, conforme a regra geral contida no art. 30 do Cód. Civil de 1916 (CC de 2002, art. 69), ou seja, ordenará sua incorporação a outras fundações que se proponham a fins iguais ou semelhantes.6

ORGANIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES
(arts. 1.199-1.201)



Fluxograma no 97

ALTERAÇÃO DOS ESTATUTOS DAS FUNDAÇÕES
(art. 1.203)



-
- 1 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 12. ed., Rio, F. Alves, 1959, vol. I, p. 192.
 - 2 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, vol. XVI, p. 430.
 - 3 CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, 2ª ed., Rio, Forense, 1980, vol. X, no 169, p. 313.
 - 4 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, vol. XVI, p. 439.
 - 5 O novo Código Civil, além da impossibilidade, incluiu também a inutilidade do fim a que visa a fundação, como causa de sua extinção (art. 69, CC de 2002).
 - 6 CASTRO FILHO, José Olympio de. *Op. cit., loc. cit.*

§ 245. PROCEDIMENTO DA ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL

Sumário: 1.563. Conceito de hipoteca legal. 1.564. Competência. 1.565. Legitimação. 1.566. Procedimento. 1.567. Bens insuficientes. 1.568. Especialização negocial. 1.569. Eficácia da hipoteca.

1.563. Conceito de hipoteca legal

A hipoteca é uma forma de garantia real imobiliária. Com ela o credor adquire direito de sequele e preferência sobre determinado imóvel do devedor, caso tenha de recorrer às vias da execução judicial para haver seu crédito.

A lei prevê três modalidades de hipoteca: a *convencional* (CC de 2002, arts. 1.473 a 1.505), a *judicial* (CPC, art. 466, *caput*) e a *legal* (CC de 2002, arts. 1.489 a 1.491). A primeira decorre de contrato entre as partes e a segunda é efeito da sentença condenatória que tenha por objeto prestação de dinheiro ou coisa.

A *hipoteca legal*, como o nome indica, não depende de acordo de vontade entre credor e devedor. Provém de um privilégio que a própria lei confere a certos credores e apenas depende de um procedimento de jurisdição voluntária para aperfeiçoar-se (arts. 1.205 a 1.210).¹

O art. 1.489 do Código Civil de 2002 enumera os casos de hipoteca legal, que no direito brasileiro representa uma garantia especial, a que fazem jus:

I – as *pessoas de direito público interno* (art. 41), sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas;

II – os *filhos*, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer inventário do casal anterior;

III – o *ofendido*, ou os seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;

IV – o *coerdeiro*, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;

V – o *credor*, sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

1.564. Competência

O pedido de especialização da hipoteca deverá ser endereçado ao juízo da situação do imóvel sobre que irá recair o gravame (art. 95).²

1.565. Legitimação

Segundo pressupõe o art. 1.205, a especialização da hipoteca legal é requerida pelo próprio devedor, ou seja, por quem dá *os bens em garantia*.

Todavia, doutrina e jurisprudência estão acordes em que, com base na regra geral da jurisdição voluntária contida no art. 1.104, também outros interessados e o representante do Ministério Público têm legitimidade para provocar a instauração do procedimento, se o que a esta garantia se acha obrigado não o faz.³

Sujeito passivo, a ser citado, é o beneficiário, quando o devedor requer a especialização; ou o responsável pela garantia, quando a iniciativa parte do beneficiário. Em se tratando de ônus real a ser imposto sobre imóvel, é necessário a outorga uxória ou a citação da mulher, se se tratar de interessado casado (art. 10).

A intervenção do órgão do Ministério Público é sempre obrigatória (art. 1.105).

1.566. Procedimento

Especializar a hipoteca legal quer dizer especificar o imóvel que representará a garantia real, fixando o seu valor e o montante da responsabilidade do devedor (art. 1.205).⁴

O procedimento, por isso, se inicia por meio de petição instruída com a prova do domínio e da inexistência de ônus sobre o imóvel dado em garantia. Conterá, ainda, a estimativa da responsabilidade que se pretende assegurar (art. 1.205).

Feitas as citações necessárias, proceder-se-á à perícia para arbitramento do valor da responsabilidade e avaliação do imóvel (art. 1.206, *caput*).

Em alguns casos, a lei dispensa a estimativa da responsabilidade, por já existir prévia estipulação de seu montante (art. 1.206, § 2º). E há caso também de dispensa de avaliação (art. 1.206, § 3º).

Realizada a perícia, os interessados serão ouvidos no prazo comum de cinco dias. Resolvidas as controvérsias e corrigido o arbitramento ou avaliação, se for o caso, o juiz julgará por sentença a especialização (art. 1.207, *caput*).

A sentença é de homologação da hipoteca legal especializada nos autos. Nela serão mencionados, expressamente, o valor da hipoteca e os bens do responsável, com especificação do nome, situação e características (art. 1.207, parág. único). Trata-se de dados necessários para o registro da garantia real.

A sentença é de natureza constitutiva, pois cria uma situação jurídica nova para os interessados. Nela ficará explícita, finalmente, a ordem para que se proceda à inscrição da hipoteca no Registro de Imóveis.

1.567. Bens insuficientes

Após o arbitramento da responsabilidade e a avaliação dos bens a hipotecar, pode-se verificar que ocorre insuficiência da garantia oferecida. Caberá ao responsável, obviamente, complementá-los com outros bens ou com garantia fidejussória. Se essa complementação não se der espontaneamente, e se o beneficiário for menor, interdito ou mulher casada, o juiz ordenará

a compulsória avaliação de outros bens (art. 1.208).

Sendo encontrados esses novos bens, proceder-se-á na forma dos arts. 1.206 e 1.207. Se, porém, não forem localizados outros que possam completar adequadamente a garantia, o pedido de especialização será julgado improcedente (art. 1.208, *in fine*).

Tal providência, no entanto, diz respeito apenas aos interesses de menores. Quando os interessados sejam outras pessoas, dentre as enumeradas no art. 1.489 do Cód. Civil de 2002 (CC de 1916, art. 827), nada impedirá o julgamento homologatório da especialização, mesmo que os bens sejam de valor inferior ao da responsabilidade, ficando, obviamente, ressalvada aos interessados a oportunidade de promover, em outro procedimento, a complementação da garantia (art. 1.209).

1.568. Especialização negocial

A especialização da hipoteca legal, se o beneficiário for capaz, pode ser feita extrajudicialmente, caso em que o uso da escritura pública se fará obrigatório (art. 1.210).

Nesta hipótese, a escritura será levada ao Registro Imobiliário independentemente de homologação por sentença.

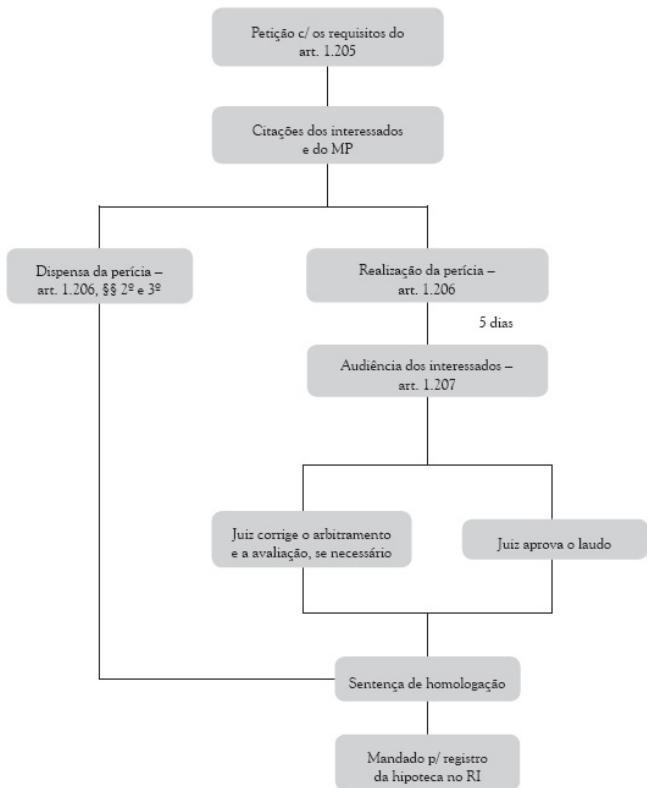
1.569. Eficácia da hipoteca

Entre as partes, a hipoteca legal especializada torna-se eficaz desde o momento da sentença que a aprova ou da escritura que a institui convencionalmente.

Os efeitos perante terceiros, todavia, só se manifestam a partir da inscrição da garantia real no Registro de Imóveis.⁵ Destarte, o comprador do imóvel ou o credor que o penhorou, antes da inscrição, têm o seu domínio ou o seu privilégio de penhora inatingidos pelo gravame especializado na hipoteca legal.

Fluxograma no 98

ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL
(arts. 1.205-1.208)



-
- 1 José Olympio de Castro Filho critica a manutenção da hipoteca legal, considerando que “a experiência mostra que na prática vai sendo aos poucos esquecida, por força, sem dúvida, da ignorância de uns, mas, sobretudo, pela indiferença de muitos e pela sua inutilidade, na maioria das hipóteses em que é concedida” (*op. cit.*, no 170, p. 314). Também Edson Prata a considera instituto “retrógrado” e “em desuso” (*op. cit.*, p. 357).
 - 2 MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*, no 256, p. 276.
 - 3 LEITÃO, José Ribeiro. *Direito Processual Civil*, p. 429; PRATA, Edson. *Op. cit.*, pp. 360-361; CASTRO FILHO, José Olympio de. *Op. cit.*, no 171, p. 318; PONTES DE MIRANDA, *Op. cit.*, vol. XVI, pp. 441-442.
 - 4 PRATA, Edson. *Op. cit.*, p. 358; MARCATO, Antônio Carlos. *Op. cit.*, no 255, p. 276.
 - 5 PONTES DE MIRANDA, *Op. cit.*, vol. XVI, p. 454.

§ 246. JUIZADO ESPECIAL CIVIL OU JUIZADO DE PEQUENAS CAUSAS

Sumário: 1.570. Introito. 1.571. Juizado Especial ou Juizado de Pequenas Causas? 1.572. O Juizado Especial Civil. 1.573. Criação do Juizado Especial. 1.574. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. 1.575. Princípios informativos. 1.576. Princípio da oralidade. 1.577. Outros critérios informativos do procedimento do Juizado Especial. 1.578. Conciliação. 1.579. A facultatividade do Juizado Especial.

1.570. Introito

A partir de Calamandrei, em seu precioso livro sobre *Processo e Democracia*, a consciência jurídica foi despertada para a *dimensão social* do processo e a melhor doutrina, em lugar de insistir no aprofundamento dos conceitos fundamentais de jurisdição, ação e processo, desviou-se para o tema do *acesso à justiça*, com destaque para os problemas da *instrumentalidade e efetividade* da tutela jurisdicional.¹

Com isso, observa Cappelletti – um dos autores que mais contribuiu para a nossa tomada de rumos do processo –, passou-se a exigir da ciência processual uma “visão tridimensional do direito”, que muito ampliou o campo de análise do jurista, especialmente daquele que se preocupa com o processo:

“Sob esta nova perspectiva, o direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (as normas gerais e especiais); mas é encarado, principalmente, pelo ângulo dos *consumidores* do direito e da Justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais.”²

A partir desse enfoque, os conceitos e as categorias fundamentais do processo deixaram de ser apenas os que a tradição doutrinária divisava nos institutos da jurisdição, ação, cognição, coisa julgada, execução etc. Passaram a cogitar de outros elementos que assumiram notória proeminência, todos ligados ao problema de *acesso à justiça*, como os relacionados com os *custos e a demora* dos processos, em suma, com os *embaraços* ou *obstáculos* (econômicos, culturais, sociais) que frequentemente se interpõem entre o cidadão que pede justiça e os procedimentos predispostos para concedê-la.³ A problemática do processualista, em outros termos, centrou-se na *eficiência* do processo, na aptidão do instrumental da justiça para propiciar resposta que corresponda à garantia que a ordem constitucional prometeu aos cidadãos.

Foi dentro desse movimento de maior acesso à justiça que a Constituição de 1988 cogitou da

implantação dos “juizados de pequenas causas” (art. 24, inc. X) ou “Juizados Especiais” com competência para “causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo” (art. 98, inc. I).⁴

Esses juizados integram-se ao Poder Judiciário, mas de maneira a propiciarem acesso mais fácil ao jurisdicionado, abrindo-lhe oportunidade de obter tutela para pretensões que dificilmente poderiam encontrar solução razoável dentro dos mecanismos complexos e onerosos do processo tradicional. Destacam, outrossim, a relevância da composição negocial para as pequenas causas, incentivando os litigantes a buscá-la sob o auxílio de organismos judiciários predispostos a facilitar a conciliação ou transação. Com isso, valorizam a chamada *justiça coexistencial*, em contraposição à clássica e pura *justiça contenciosa*.⁵

A programação constitucional desses tipos de juizados foi implementada pela Lei no 9.099, de 26.09.1995, que disciplinou tanto o Juizado Especial Civil como o criminal, reservando um capítulo para as Disposições Gerais comuns a ambos (arts. 1o e 2o) e um outro especificamente destinado à regulamentação do Juizado Civil (arts. 3o a 59).

1.571. Juizado Especial ou Juizado de Pequenas Causas?

Tendo a Constituição falado no art. 24, inc. X, em “Juizado de Pequenas Causas” e o no art. 98, inc. I, em “Juizados Especiais”, para causas cíveis de menor complexidade, houve quem, a princípio, pensasse em dois órgãos diferentes, um para causas de pequeno valor e outro para causas de maior singeleza, independentemente do valor econômico em jogo.

A doutrina que mais detidamente analisou a matéria concluiu logo que não havia razão para semelhante distinção e que “as pequenas causas” a que aludia a Carta Magna eram consideradas como tais tanto em função do valor econômico em jogo como de sua menor complexidade. E, dessa forma, “Juizado de Pequenas Causas” e “Juizados Especiais” correspondem a um só instituto.⁶

A Lei no 9.099, ao regulamentar a Constituição, deu razão à doutrina exposta, pois unificou sob o rótulo de Juizado Especial tanto a matéria das causas de pequeno valor como das de menor complexidade, de maneira a evidenciar que o art. 24, inc. X, e o art. 98, inc. I, realmente cuidavam da mesma figura jurídica sob rótulos diferentes.

1.572. O Juizado Especial Civil

A Lei no 9.099/95 não cuidou do Juizado Especial como um simples *procedimento especial* que pudesse ser acrescentado àqueles do Livro IV do Código de Processo Civil. Tratou-o como novo *órgão* a ser criado pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, no âmbito de suas circunscrições, órgão esse a que se deve atribuir a função jurisdicional de *conciliação, processamento, julgamento e execução*, nas causas definidas como de sua competência (art. 1o).⁷

Definindo o espírito e o objetivo do novo órgão jurisdicional, estabeleceu-se que o *processo* a ser aplicado no Juizado Especial “orientar-se-á pelos critérios da *oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade*, buscando-se, sempre que possível, a *conciliação ou a transação*” (art. 2o).⁸

Evidenciando que não se cogitava de um novo procedimento, mas de disciplina global de criação do *novo processo* aplicável à solução das apelidadas “pequenas causas” (CF, art. 24, inc. X), a Lei nº 9.099 regulou a competência do Juizado Especial (arts. 3º e 4º); a sua composição (arts. 5º a 7º); a legitimação das partes (arts. 8º a 11); a forma e a eficácia dos atos processuais (arts. 12 e 13); a forma e o conteúdo do pedido (arts. 14 a 17); a maneira de realizar-se a comunicação dos atos processuais (arts. 18 e 19); os efeitos da revelia (art. 20); a disciplina da conciliação e do julgamento arbitral (arts. 21 a 25); a audiência de instrução e julgamento (arts. 27 a 29); a resposta do réu (arts. 30 e 31); as provas admissíveis (arts. 32 a 37); a sentença e os recursos, bem como a forma e a competência para julgamento em segunda instância (arts. 38 a 50); os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 51); a execução da sentença e dos títulos extrajudiciais (arts. 52 e 53) e as disposições finais (arts. 56 a 59). Estabeleceram-se, também, disposições finais comuns aos juizados cíveis e criminais (arts. 93 a 97).

1.573. Criação do Juizado Especial

Por não se tratar apenas de um novo procedimento, o regime da Lei nº 9.099/95 depende da criação, dentro da órbita da organização judiciária do Distrito Federal e de cada um dos Estados, do *órgão* competente (arts. 93 a 95). Lei local, portanto, sobre a matéria apresenta-se como indispensável, porque somente assim será possível criar a *unidade jurisdicional* projetada pela lei federal. Para que esse desiderato fosse alcançado, a Lei nº 9.099/95 marcou o prazo de seis meses, a contar de sua vigência (art. 95)10.

Sem, todavia, uma vontade política de investir em material humano especializado e em aparelhamento material adequado, os objetivos da remodelação da Justiça na direção do incremento ao *acesso à justiça*, ideal inspirador da instituição dos juizados de pequenas causas, jamais serão alcançados.

A atribuição pura e simples dos encargos do Juizado Especial aos juízes e cartórios da Justiça comum já existentes será um expediente fácil para a Administração local, mas representará um malogro completo para aquilo que realmente constitui o espírito e a meta do grande projeto de democratização do Judiciário.

1.574. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil

Embora a Lei nº 9.099/95 seja omissa a respeito, é intuitivo que, nas lacunas das normas específicas do Juizado Especial, terão cabimento as regras do Código de Processo Civil, mesmo porque o seu art. 272, parágrafo único, contém a previsão genérica de que suas normas gerais sobre procedimento comum aplicam-se complementarmente ao procedimento sumário e aos especiais.

É de reconhecer-se que, entre outros, institutos como a repressão à litigância temerária, à antecipação de tutela e a medidas cautelares devem ser acolhidos no âmbito do Juizado Especial Civil, assim como todo o sistema normativo do Código de Processo Civil, em tudo que seja necessário para suprir omissões da lei específica, desde que não interfira em suas disposições expressas e não atreite com seus princípios fundamentais.

No entanto, é importante ressaltar que nenhuma lacuna da Lei nº 9.099/95 poderá ser preenchida por regra do Código de Processo Civil que se mostre incompatível com os princípios informativos que norteiam o Juizado Especial na sua concepção constitucional e na sua estruturação normativa específica.

1.575. Princípios informativos

Recomenda o art. 2º da Lei nº 9.099/95 que o *processo* do Juizado Especial deverá orientar-se pelos critérios da *oralidade*, *simplicidade*, *economia processual* e *celeridade*, buscando, sempre que possível, a *conciliação* ou a *transação*.

Esses princípios traduzem a ideologia inspiradora do novo instituto processual. Sem compreendê-lo e sem guardar-lhes fidelidade, o aplicador do novo instrumento de pacificação social não estará habilitado a cumprir a missão que o legislador lhe confiou. É preciso perquirir, com mais vagar, o que a Lei nº 9.099/95 pretendeu transmitir no tocante à sua teleologia.¹¹

1.576. Princípio da oralidade

O processo, historicamente, evoluiu da forma escrita para a forma oral. Todavia, nunca houve um processo nem totalmente oral nem apenas escrito. Sempre se utilizaram atos orais e atos escritos em conjugação na atividade jurisdicional.

Quando se afirma que o processo se baseia no princípio da oralidade, quer-se dizer que ele é predominantemente oral e que procura afastar as notórias causas de lentidão do processo predominantemente escrito. Assim, processo inspirado no princípio ou no critério da oralidade significa a adoção de procedimento onde a forma oral se apresenta como mandamento precípuo, embora sem eliminação do uso dos registros da escrita, já que isto seria impossível em qualquer procedimento da justiça, pela necessidade incontornável de documentar toda a marcha da causa em juízo.

O processo dominado pela oralidade funda-se, destarte, em alguns subprincípios como o do *imediatismo*, o da *concentração*, o da *identidade física do juiz* e o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, segundo a clássica lição de Chiovenda.¹² É o conjunto desses critérios que, sendo adotados com prevalência sobre a pura manifestação escrita das partes e dos juízes, dá configuração ao processo oral.

Pelo *imediatismo* deve caber ao juiz a coleta direta das provas, em contato imediato com as partes, seus representantes, testemunhas e peritos. A *concentração* exige que, na audiência, praticamente se resuma a atividade processual concentrando numa só sessão as etapas básicas da postulação, instrução e do julgamento, ou, pelo menos, que, havendo necessidade de mais de uma audiência, sejam elas realizadas em ocasiões próximas. A *identidade física do juiz* preconiza que o juiz que colhe a prova deve ser o mesmo que decide a causa. E, enfim, a *irrecorribilidade* tem a função de assegurar a rápida solução do litígio, sem a interrupção da marcha do processo por recursos contra as decisões interlocutórias. Na verdade, não se chega ao extremo de impedir a impugnação dos decisórios sobre as questões incidentais. Satisfaz-se a exigência desse princípio privando o agravo de sua eficácia suspensiva ou determinando que seja ele retido nos autos para exame e julgamento, ao final do procedimento, de molde a não prejudicar o seu andamento

normal.

Tudo isso deve orientar o aplicador da lei quando estiver manejando o procedimento sumariíssimo do Juizado Especial Civil. Por integrar a *ideologia* do instituto, a intenção do legislador é, no texto do art. 2º da Lei nº 9.099, criar um clima de ordem psicológica que estimule juiz e partes a proceder em atividade de íntima colaboração na solução rápida e direta do conflito.

1.577. Outros critérios informativos do procedimento do Juizado Especial

Diz a lei que o processo adotado pelo Juizado Especial deverá orientar-se, além da oralidade, pelos critérios da *simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade* (art. 2º).

Ao exigir a Constituição que os juizados especiais atuem mediante procedimentos *sumariíssimos*, inspirados na oralidade, já se anunciava que a composição das “pequenas causas” haveria de dar-se livre da burocracia das causas complexas e dos rigores do contencioso comum ou ordinário. É isto que a Lei nº 9.099 faz quando prevê a reunião das partes pessoalmente em presença de juiz conciliador para que, sem ritual predeterminado, seja procurada a melhor solução para o conflito, quer por via transaccional, quer por arbitramento, quer por sentença autoritária do magistrado.

O procedimento, na verdade, haverá de desembaraçar-se de toda a complexidade habitual do contencioso, cabendo ao seu condutor zelar para que tudo transcorra de maneira singela, transparente, livre de formas desnecessárias e inconvenientes, tudo dentro do menor tempo possível e com o mínimo de gasto para as partes.¹³

O critério da *simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual*, ressaltado pela lei especial, valerá, em suma, “como constante advertência aos juizes em exercício no Juizado, para que se libertem do tradicional zelo pelas formas dos atos processuais e saibam cumprir com fidelidade a *mens* dessa nova ordem processual”.¹⁴

O juiz é livre para dar ao feito o procedimento que se revelar mais adequado à rápida e justa composição da lide. Claro é, contudo, que não poderá afastar-se das garantias fundamentais do devido processo legal, cabendo-lhe orientar-se, com liberdade, mas com respeito às necessidades de segurança das partes, sua igualdade e amplas possibilidades de participação em contraditório.¹⁵

1.578. Conciliação

O Juizado está instituído pela lei como um caminho voltado para a solução conciliatória. Antes de partir para a pesquisa dos fatos e das provas, incumbe ao Juiz das pequenas causas o compromisso de tentar a conciliação ou transação.

Há um cunho social mais intenso na função do Juizado Especial. O magistrado aqui deixa aquela tarefa técnica e distante das partes que predomina na aplicação das normas jurídicas dentro do contencioso ordinário, voltada apenas para a solução isolada de um fato do passado, sem nenhuma conotação de repercussão ou continuidade no futuro.

Ao Juizado Especial reconhece-se uma missão diferente, inserida fundamentalmente na conjuntura do social. Fala-se, então, em *justiça coexistencial*, onde, antes de recompor o direito

individual lesado, age-se “para aliviar situações de ruptura ou de tensão, com o fim de preservar um bem mais durável, qual seja, a *pacífica convivência* dos sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, de cujo meio dificilmente poderiam subtrair-se”.¹⁶

É nesse contexto, mais social que individual, que se insere a preocupação com a conciliação ou transação como metas prioritárias do Juizado Especial, porque, nesse campo, as crises ou tensões jurídicas são melhor compreendidas e solucionadas pela autocomposição do que pela vontade autoritária do órgão judicante.

Fora do rigor e da frieza da Justiça ordinária contenciosa (Justiça legal, técnica, profissional, estritamente jurisdicional), deve prevalecer no tratamento das pequenas causas a Justiça que Cappelletti chama de *coexistencial*. “Trata-se”, segundo o mestre, “de uma justiça que leva em conta a totalidade da situação na qual o episódio contencioso está inserido e que se destina a curar e não a exasperar a situação de tensão”.¹⁷

É dentro dessa perspectiva que o Juizado Especial não se integra apenas pelo juiz togado e seus tradicionais auxiliares do foro, mas exige a colaboração ativa de outros agentes saídos do seio da sociedade, como os conciliadores e os juizes leigos, que trazem para o órgão judicante a influência do ambiente social e de suas aspirações comuns. Daí dizer Cappelletti que “não é à toa que se fala, portanto, de *justiça social* ou de *juizados especiais* em contraposição àquela justiça oficial, *jurídica*”.¹⁸

Por fim, é possível lograr-se a autocomposição dos litigantes por meio da transação, que importa concessões mútuas, e também pela sujeição total de uma parte à pretensão da outra. Ambas as formas de pacificação enquadram-se nas finalidades da tentativa de conciliação. Daí falar-se, no art. 2º da Lei nº 9.099, em busca da *conciliação ou da transação*.¹⁹

1.579. A facultatividade do Juizado Especial

O art. 3º da Lei nº 9.099 prevê que o recurso ao Juizado Especial Civil decorre de *opção* do promovente da demanda.

“Concebido para ampliar o acesso ao Poder Judiciário e facilitar o litígio para as pessoas que sejam portadoras de pequenas postulações (especialmente para as menos dotadas economicamente), a lei erigiu o próprio interessado em juiz da conveniência da propositura de sua demanda perante o Juizado Especial de Pequenas Causas ou no Juízo Comum – e, com isso, deu mais uma demonstração de que não se trata de discriminar pobres e ricos, uma vez que continuam aqueles, querendo, com a possibilidade de optar por este e pelo procedimento mais formal e demorado que ele oferece.”²⁰

Como o Juizado Especial é reservado às *pequenas causas* (CF, art. 24, inc. X), a opção por seu procedimento importa, de antemão, renúncia, pelo autor, ao crédito que, eventualmente, exceder o limite de 40 vezes o salário mínimo (Lei nº 9.099, art. 3º, § 3º).

Assim, nas hipóteses de competência *ratione materiae* (art. 3º, inc. II), não importa, em princípio, o valor da causa para que o litigante opte pelo seu processamento perante o Juizado Especial. Aqui a franquia àquele juízo decorre da “menor complexidade da causa”, por

presunção legal (CF, art. 98, inc. I). Mas, se a sentença compreende, afinal, crédito cujo *quantum* vier a ser apurado em valor superior ao limite do art. 3º, inc. I, a condenação ficará restrita a ele.

Assim, *v.g.*, numa possessória onde se disputa a reintegração de posse mais perdas e danos (art. 3º, inc. IV). Se o prejuízo apurado for além de 40 salários mínimos, o autor reintegrado só poderá haver do réu o ressarcimento do valor de 40 salários.

Não obstante a literalidade do enfocado dispositivo da Lei nº 9.099, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, nos casos de competência *ratione materiae*, como, *v.g.*, os pertinentes a acidente de veículo de via terrestre (CPC, art. 275, II, *d*), não há impedimento a que o Juizado Especial Cível condene o demandado ao pagamento de indenização em montante superior a 40 salários mínimos.²¹

§ 247. O ÓRGÃO JUDICANTE: COMPETÊNCIA E COMPOSIÇÃO

Sumário: 1.580. Competência. 1.581. Foro competente. 1.581-a. Conflito de competência. 1.582. Competência para execução forçada. 1.583. Limitações à competência. 1.584. O órgão judicante. 1.585. Distribuição de funções: tarefa do juiz. 1.586. Tarefa do juiz leigo e dos conciliadores. 1.587. O juízo arbitral.

1.580. Competência

A competência do Juizado Especial Civil pode ser determinada pelo *valor da causa* ou pela *matéria* (art. 3º) e se sujeita ainda à regra geral do *foro* (art. 4º).²²

Em razão do primeiro critério, são atribuídas ao Juizado Especial Civil “as causas cujo *valor* não exceda a 40 salários mínimos” (art. 3º, inc. I). A determinação do *valor da causa* encontra disciplina nos arts. 258 a 260 do Código de Processo Civil, sistemática que deverá prevalecer integralmente para os Juizados Especiais, à falta de regras próprias adotadas pela Lei nº 9.099.

Se houver impugnação ao valor atribuído à causa pelo autor, o procedimento a observar na solução do incidente é o do art. 30 da Lei nº 9.099, e não o do Código.

Pela *matéria*, são de competência do Juizado Especial:

a) *as causas enumeradas no art. 275, II, do Código de Processo Civil*, ou seja, todas aquelas que, *ratione materiae*, devem, na Justiça contenciosa comum, seguir o rito sumário (Lei nº 9.099, art. 3º, inc. II). A maioria delas refere-se à cobrança de créditos (aluguéis, danos, rendas, honorários, seguros etc.). Algumas, porém, referem-se a coisas, como as derivadas do arrendamento rural e da parceria agrícola. Nas primeiras, o procedimento do Juizado Especial ficará restrito ao teto de 40 salários. Nas últimas, não haverá restrição ao valor da causa, por não se tratar de cobrança de crédito (Lei nº 9.099, art. 3º, § 3º);²³

b) *as ações de despejo para uso próprio* (art. 47, inc. III, da Lei nº 8.245/91), não importando o valor do imóvel, porque não se trata de ação para reclamar crédito, mas sim coisas (Lei nº 9.099, art. 3º, inc. III);²⁴

c) *as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente a 40 vezes o salário mínimo* (Cód. Proc. Civ., arts. 926 e 932). As cumulações possíveis, de medida possessória e perdas e danos, não podem cobrir créditos que ultrapassem o teto do art. 3º, inc. I.

1.581. Foro competente

A competência territorial do Juizado Especial é definida pelo art. 4º da Lei nº 9.099, e pode

ser assim esquematizada:

a) a regra geral é a da competência do foro do *domicílio do réu* (art. 4º, I);

b) a critério do autor, poderá ser a causa proposta, também, num dos seguintes foros:

I – foro do local onde o réu exerça atividades profissionais ou econômicas, ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório (art. 4º, inc. I);

II – foro do local onde a obrigação deve ser satisfeita (art. 4º, inc. II);

III – foro do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para ressarcimento do dano de qualquer natureza (art. 4º, inc. III).

A escolha, entre os foros *especiais* é livre para o autor, não havendo ordem de preferência entre eles. Em qualquer hipótese, caber-lhe-á sempre a opção pelo foro geral do domicílio do réu, ainda que se trate de uma das situações especiais contempladas pela lei (art. 4º, parág. único). Logo, não caberá ao demandado, na espécie, impugnar a opção exercida pelo promovente.

1.581-a. Conflito de competência

Pode surgir conflito positivo ou negativo entre dois ou mais Juizados Especiais ou entre um Juizado Especial e um Juízo da Justiça Comum.

A princípio, o Superior Tribunal de Justiça, analisando o conflito surgido entre Juizado Especial Federal e Vara da Justiça Federal, entendeu que a competência para dirimi-lo não seria do Tribunal Regional, uma vez que inexistia hierarquia recursal, *in casu*, entre este e os juizados especiais, ainda que os conflitantes integrem a mesma circunscrição do Tribunal Regional. Caberia, então, ao próprio STJ a competência em questão (Súmula nº 348/STJ).²⁵

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, assentou que a competência do STJ prevista na Constituição não abrange conflito que não seja entre tribunais ou entre juízes vinculados a tribunais diferentes. Dessa maneira, pouco importa a inexistência de hierarquia recursal. O problema do conflito de competência entre juízes e órgãos integrantes da esfera do mesmo tribunal tem de ser solucionado pelo Tribunal Regional Federal e não pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁶

O mesmo raciocínio deve prevalecer no âmbito das Justiças Estaduais, de sorte que os conflitos de competência surgidos entre Juizado Especial e Juiz comum devem ser julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado em que ambos atuam. Somente quando ocorrer entre Juizados e Juízes de Estados diferentes, é que o conflito se incluirá na competência do STJ.

1.582. Competência para execução forçada

Os Juizados Especiais possuem competência para executar suas próprias sentenças (Lei nº 9.099, art. 52, *caput*).

Têm, também, competência para execução dos *títulos extrajudiciais*, de valor de até 40 salários mínimos (art. 53, *caput*).

1.583. Limitações à competência

A Lei no 9.099 restringe a titularidade da ação sumaríssima na disciplina da às *peças físicas capazes* (art. 80). Limita, ainda, o seu cabimento, em função da matéria e do sujeito passivo (art. 30, § 20), de modo a excluir a competência do Juizado Especial para as seguintes causas:

- a) de natureza alimentar;
- b) de natureza falimentar;
- c) de natureza fiscal;
- d) de interesse da Fazenda Pública;
- e) relativas a acidentes do trabalho;
- f) relativas a resíduos (direito sucessório);
- g) relativas ao estado e à capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

1.584. O órgão julgante

O Juizado Especial será dirigido por um juiz togado (Juiz de Direito). Será apoiado, além dos auxiliares comuns (escrivão, escrevente, oficiais de justiça etc.), por *conciliadores e juizes leigos* (Lei no 9.099, art. 70).

Para a função de conciliador, a lei recomenda que a escolha recaia *preferencialmente* entre bacharéis em Direito. Não há obrigatoriedade, mas a prudência recomenda que se faça tal escolha sempre entre os referidos bacharéis, dada a natureza técnica da função a ser exercida dentro do Juizado (art. 70, *caput*).

Quanto aos *juizes leigos*, a lei determina como requisito da escolha a experiência de mais de cinco anos de advocacia (art. 70, parág. único).

Cabe, outrossim, à lei local definir o processo de recrutamento dos conciliadores e juizes leigos, cuja investidura deverá ser temporária, assim como determinar o sistema de remuneração dos respectivos serviços, ou a sua gratuidade. Pelo menos quanto aos Juizes leigos, não é razoável impor a gratuidade, visto que o advogado que assumir o encargo ficará impedido de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções (art. 70, parág. único). Não há, todavia, impedimento para a advocacia junto à justiça ordinária.

1.585. Distribuição de funções: tarefa do juiz

Ao juiz togado caberá a direção do processo que exercerá “com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica” (art. 50).

Entre o juiz e as partes não se estabelece uma “contraposição” nem um clima de “opressão”. O que se deseja é o “equilíbrio” e, sobretudo, a “colaboração” entre aquele e estas, como adverte Barbosa Moreira.²⁷ Assim, embora a palavra final sobre a admissibilidade ou não de uma prova caiba sempre ao juiz, o certo é que não poderá denegar a pretensão de produzi-la, senão fundamentadamente (CF, art. 93, incs. IX e X).

As regras da experiência não representam, tecnicamente, *prova* para o processo, mas se revelam como critérios úteis de avaliação dos fatos e provas dos autos. São valores que o juiz extrai da convivência profissional e social, não para redigir ou alterar a norma legal, mas para

analisar o fato sobre o qual a regra abstrata irá incidir, para interpretá-lo segundo a explicação social, política e ideológica. Há uma valorização cultural que o juiz realiza ao lado do exame técnico-jurídico.

Enquanto no processo civil tradicional o juiz somente se vale de regras de experiência para suprir lacunas das normas jurídicas específicas (art. 335), nos Juizados Especiais isto se dá como rotina, ou seja, como ponto de partida do julgamento.²⁸

Por outro lado, o art. 60 da Lei nº 9.099 recomenda ao juiz adotar, em cada caso, “a decisão que reputar mais *justa e equânime*, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”. Não quer isto dizer que o julgamento possa deixar a lei de lado e transformar-se num puro *juízo de equidade*. O intuito da norma é apenas o de ressaltar uma regra de interpretação da lei a ser aplicada. O que se deseja é que o juiz, na operação *exegética*, proceda “à escolha de teses que mais se coadunem com a indispensável justiça do caso concreto”; e que, no *plano dos fatos*, o magistrado deva “interpretá-los de modo inteligente, sem apego desmesurado ao requisito da certeza e sem o comodismo consistente em dar seguidamente por descumprido o ônus da prova”. Enfim, “o juiz interpretará a lei e os fatos da causa sempre com a preocupação de fazer justiça e evitar que a rigidez de métodos preestabelecidos o conduza a soluções que contrariem a grande premissa posta ao processo das pequenas causas, ou seja, a de que o processo é um instrumento sensivelmente ético e não friamente técnico. *Essa é a recomendação do legislador, ao pedir-lhe decisões justas e equânimes*”.²⁹

1.586. Tarefa do juiz leigo e dos conciliadores

O objetivo principal do Juizado Especial Civil é a obtenção da solução conciliatória para o litígio. Por isso, a Lei nº 9.099 instituiu dois auxiliares para o juiz, que são o *conciliador* e o *juiz leigo*, a quem compete participar ativamente da tarefa de buscar a conciliação ou transação, não de maneira passiva, mas de forma ativa, ou seja, de orientação e estímulo. Embora não se deva forçar as partes ao acordo, caberá aos agentes do juizado ponderar sobre as suas conveniências ou inconveniências, esclarecendo-as “sobre as vantagens da conciliação” e mostrando-lhes “os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 30” (Lei nº 9.099, art. 21).

A conciliação tanto pode ser conduzida diretamente pelo juiz togado como pelo juiz leigo ou, ainda, pelo conciliador sob orientação deste (Lei nº 9.099, art. 22). Caberá, naturalmente, ao Juiz togado, como dirigente do Juizado Especial, distribuir as tarefas, já que poderão coexistir, sob seu controle, vários auxiliares, com iguais ou diferentes atribuições.

A lei de organização judiciária também poderá interferir na justiça local, disciplinando não só o número e a espécie dos auxiliares de cada juizado, como também as tarefas específicas de cada um deles.

Prevê a Lei nº 9.099 que a conciliação possa ser presidida e obtida por qualquer uma das três figuras: o juiz togado, o juiz leigo ou o conciliador (art. 22). Havendo sucesso, a conciliação será reduzida a termo e receberá homologação pelo juiz togado, mediante sentença a que se reconhece a força de título executivo (art. 22, parágrafo único).

Se, porém, fracassar a tentativa de solução negociada, a fase conciliatória será encerrada e, com ela, a tarefa do conciliador. Na fase posterior, destinada à instrução e julgamento, somente

poderão atuar o juiz togado e o juiz leigo (art. 37).

Se a instrução houver sido dirigida pelo juiz togado, caberá a ele proferir o julgamento de mérito da causa, pelo princípio da imediatidade e identidade física do juiz (art. 2o).

Tendo sido o juiz leigo quem dirigiu a instrução probatória (art. 37), a ele competirá proferir a sentença, a qual, todavia, terá de ser submetida à homologação imediata do juiz togado. Se este não homologá-la, poderá escolher entre duas opções: *a)* proferir outra sentença, em substituição à do juiz leigo; ou *b)* converter a homologação em diligência, determinando a complementação de provas que reputar indispensáveis (art. 40).

De qualquer modo, a sentença realmente só adquire a sua eficácia específica depois de passada pelo crivo do juiz togado, seja pela homologação, seja pela elaboração própria.

1.587. O juízo arbitral

Entre a conciliação e a instrução e o julgamento, há, ainda, uma terceira variante que o Juizado Especial oferece às partes: trata-se do *juízo arbitral*.

Em vez de passar para a fase instrutória e ao julgamento jurisdicional, a lei dá oportunidade aos litigantes de optarem por um procedimento mais singelo, que é de confiar, desde logo, a solução da pendência a um árbitro (Lei nº 9.099, art. 24).

O árbitro somente poderá ser escolhido pelas partes entre os juízes leigos do Juizado (art. 24, § 2o). A instauração do juízo arbitral será imediata e não dependerá de termo de compromisso. O juiz togado designará, de imediato, a audiência de instrução e julgamento, cuja direção passará inteiramente para o árbitro escolhido.

Na condução da instrução, o árbitro procederá com observância dos critérios preconizados pelos arts. 5o e 6o da Lei nº 9.099 e, na sentença, não estará adstrito ao princípio da legalidade, visto que ficará autorizado a *decidir por equidade* (art. 25).

Ao encerrar a instrução, preparará o árbitro o seu laudo que, em seguida, será homologado pelo juiz togado, sem direito a recurso (art. 26). O juiz não revê o julgamento arbitral, mas pode recusar-lhe homologação se, por exemplo, o laudo contemplou matéria que não integrava o objeto da demanda (julgamento *extra petita* ou *ultra petita*).

Sumário: 1.588. Legitimação *ad causam*. 1.589. Legitimação *ad processum*. 1.590. Litisconsórcio e intervenção de terceiros. 1.591. Intervenção do Ministério Público.

1.588. Legitimação *ad causam*

O Juizado Especial Civil é uma instituição que foi criada especificamente para a tutela das *pessoas físicas*, no que diz respeito às suas relações patrimoniais, tendo como objetivo predominante a pacificação do litígio por meios negociais. Posteriormente, alterações legislativas incluíram na legitimação ativa da ação sumaríssima regulada pela Lei nº 9.099 também algumas pessoas jurídicas. Assim, atualmente podem propor ação perante o Juizado Especial:

- I – as pessoas físicas capazes, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas;
- II – as microempresas, assim definidas pela Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999;
- III – as pessoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999;
- IV – as sociedades de crédito ao microempreendedor, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001 (Lei nº 9.099, art. 8º, § 1º, na redação da Lei nº 12.126, de 16.12.2009).

Os incapazes absolutos não podem ser nem autor nem réu no Juizado Especial Civil (art. 8º, caput). Também os relativamente incapazes se excluem da legitimação ativa e passiva. Apenas ao antigo menor que já contasse 18 anos a Lei nº 9.099 conferia aptidão para propor demanda, podendo fazê-lo independentemente de assistência, inclusive para fins de conciliação (art. 8º, § 2º). Queria isto dizer que, para o Juizado Especial Civil, o então menor de 18 anos equiparava-se ao maior. Mas a equiparação era limitada à legitimação ativa, pois o aludido menor não poderia ser acionado como réu, em face da regra geral do art. 8º, caput.

Os dispositivos legais em questão perderam sentido ou relevância após o advento do Código Civil de 2002. É que, aos 18 anos, agora cessa por completo a menoridade, ficando a pessoa habilitada plenamente para todos os atos da vida civil (Código Civil, art. 5º, caput).

O polo passivo da relação processual pode ser ocupado tanto por pessoa *natural* (desde que maior e capaz) como por pessoa *jurídica*, mas somente as de direito privado.

Não podem ocupar nem o polo ativo nem o passivo as pessoas jurídicas de direito público e as empresas públicas da União. Igual restrição aplica-se às massas patrimoniais personalizadas pelo Código de Processo Civil, de modo que não podem figurar no processo desenvolvido no Juizado Especial a massa falida e o insolvente civil (art. 8º, caput).

O espólio e as sociedades de fato não se legitimam a serem autor, mas podem ocupar a posição de réu.

1.589. Legitimação *ad processum*

Nas causas de valor de até 20 salários mínimos, as partes podem comparecer pessoalmente para propor a ação junto ao Juizado Especial Civil ou para responder a ela. A representação por advogado é facultativa. Torna-se, porém, obrigatória a sua intervenção quando o valor da causa ultrapassar o aludido limite (art. 90).

Para assegurar o equilíbrio entre as partes, a lei dá ao autor que comparece pessoalmente o direito, se esse quiser, à assistência judiciária (defensoria pública), quando o réu for pessoa jurídica ou firma individual. Para esse fim, deverá a lei local instituir serviço advocatício assistencial junto aos Juizados (art. 90, § 1º).

Qualquer das partes poderá, também, valer-se da assistência judiciária oficial sempre que a outra comparecer sob patrocínio de advogado (*idem*).

Determina, outrossim, o § 2º do art. 9º da Lei nº 9.099 que o juiz alerte as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa recomendar, o que poderá ocorrer pela dificuldade notada na conduta de um dos litigantes na audiência de conciliação, mesmo fora das hipóteses do *caput* e do § 1º do referido art. 9º.

A outorga do mandato judicial ao advogado não depende da forma escrita, podendo ser verbal. Basta o comparecimento do causídico, junto com a parte, à audiência, para que se tenha como constituída a representação para a causa, mediante simples registro na ata respectiva. No entanto, os poderes especiais a que alude o art. 38 do CPC somente podem ser conferidos por escrito (Lei nº 9.099, art. 9º, § 3º). A Lei nº 11.419/2006, que instituiu o processo eletrônico, inclusive nos juizados especiais, acrescentando parágrafo único ao art. 38 do CPC, prevê a outorga de procuração com assinatura digital.

Com ou sem assistência de advogado, o autor sempre deverá comparecer pessoalmente à audiência de conciliação (art. 9º, *caput*). O réu também deverá, em regra, fazer o mesmo. Mas, quando for pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado (art. 9º, § 4º).

Não procede a exigência, às vezes feita por alguns juízes, de que o preposto seja alguém vinculado por relação de emprego ao demandado. Isto é uma limitação que não consta da lei e que não pode ser acrescida por iniciativa judicial, sob pena de infringir o princípio constitucional da legalidade (CF, art. 5º, II). Tal como se passa na Justiça do Trabalho, o que se tem de exigir é que o preposto tenha conhecimento do fato discutido no processo e disponha de poderes para transigir.³⁰ Afinal, a Lei nº 12.137, de 18.12.2009, alterou a redação do § 4º do art. 9º da Lei nº 9.099 para explicitar que o preposto, desde que tenha poderes para transigir, não necessita manter vínculo empregatício com a pessoa jurídica demandada.

1.590. Litisconsórcio e intervenção de terceiros

Na ação sumaríssima desenvolvida no Juizado Especial, é possível a formação de litisconsórcio tanto ativo como passivo, de acordo com as regras comuns do Código de Processo

Civil (arts. 46 e 47).

Quanto às formas de intervenção de terceiro (CPC, arts. 56 a 80), todas elas são expressamente vedadas, inclusive a assistência (Lei no 9.099, art. 10). Isto se prende aos princípios da simplicidade e celeridade do procedimento, que restariam comprometidos com os embaraços e as delongas provocados pelos incidentes envolvendo estranhos à relação processual básica. Os litigantes, naturalmente, não ficarão impedidos de demandar por ação direta as pretensões que tiverem com relação aos terceiros. Nem estes sofrerão perda de seu direito de ação contra a parte pelo fato de não poderem intervir no feito do Juizado Especial.

1.591. Intervenção do Ministério Público

O Ministério Público intervirá no feito em curso no Juizado Especial nos casos previstos no Código de Processo Civil, em seus arts. 81 a 85 (Lei no 9.099, art. 11).

Como, todavia, as causas da espécie envolvem apenas interesses patrimoniais disponíveis de pessoas maiores e capazes, não podendo nelas figurar as pessoas jurídicas e as massas da falência e da insolvência civil, muito raramente haverá lugar para a intervenção do Ministério Público. Praticamente, isto ocorrerá apenas quando, na exceção do art. 80, § 20, da Lei no 9.099, a ação vier a ser proposta por menor de 18 anos (*vide, retro*, no 1.576).

§ 249. OS ATOS PROCESSUAIS E O PROCEDIMENTO

Sumário: 1.592. Os atos processuais e sua forma. 1.593. O procedimento. 1.594. A propositura da ação. 1.595. Citações e intimações. 1.596. Requisitos da citação. 1.597. Intimações. 1.598. A audiência de conciliação, instrução e julgamento. 1.599. A resposta do réu. 1.600. As provas.

1.592. Os atos processuais e sua forma

A Lei nº 9.099 traçou as seguintes normas para os atos do processo adotado pelo Juizado Especial Civil:

a) os atos processuais serão *públicos* e poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as leis de organização judiciária (art. 12);

b) os atos processuais se subordinarão ao princípio da *instrumentalidade das formas*, isto é, as formas serão sempre havidas como secundárias. Dessa maneira, os atos se consideram válidos “sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados” (art. 13, *caput*). E, por consequência, nenhuma nulidade será pronunciada sem que, efetivamente, tenha havido prejuízo (art. 13, § 1º);

c) não é necessário o uso formal da carta precatória (CPC, art. 202) para que o juiz da causa solicite a outro juiz a prática de ato processual fora de sua circunscrição territorial. A comunicação poderá ser realizada informalmente, “por qualquer meio idôneo” (carta, telex, fax, telegrama, telefone etc.) (Lei nº 9.099, art. 13, § 2º). A utilização dos meios eletrônicos é preconizada para os atos da espécie, pela Lei nº 11.419/2006, que acrescentou o § 3º ao art. 202 do CPC, com aplicação também aos juizados especiais;

d) a documentação dos atos realizados na audiência será limitada apenas aos “atos considerados essenciais”; os registros serão resumidos e constarão de notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os atos secundários ou “não essenciais” poderão constar de gravação em fita magnética ou equivalente, que se conservará somente até o trânsito em julgado da decisão (art. 13, § 3º);

e) às leis de organização caberá dispor sobre a conservação das peças do processo e dos demais documentos que o instruem (art. 13, § 4º), o que permitirá, de acordo com as possibilidades locais, a adoção de métodos modernos como a microfilmagem e equivalentes.

1.593. O procedimento

A Lei nº 9.099 disciplinou o procedimento da ação sumariíssima a ser tramitada no Juizado Especial Civil, traçando normas sobre os principais atos do *iter* processual, que são:

- a) a propositura da ação (arts. 14 a 17);
- b) as citações e intimações (arts. 18 e 19);
- c) a audiência de conciliação (art. 21);
- d) a resposta do réu (arts. 30 e 31);
- e) a instrução da causa (art. 37);
- f) sentença (arts. 38 a 40);
- g) os recursos (arts. 41 a 50).

Finalmente, são tratados pelos arts. 51 e 52 a extinção do processo sem julgamento de mérito e a execução forçada, respectivamente.

1.594. A propositura da ação

Observando o princípio da simplicidade e informalidade, o art. 14 da Lei nº 9.099 permite que a instauração do processo se dê tanto por meio de *requerimento escrito* como por via de *pedido oral*.

À parte caberá dirigir-se diretamente à Secretaria do Juizado, que tomará por termo a pretensão, se formulada verbalmente, caso em que se poderá utilizar “o sistema de fichas ou formulários impressos” (art. 14, § 3º).

No pedido, escrito ou oral, deverão constar, de forma simples e em linguagem acessível (art. 14, § 1º):

I – o nome, a qualificação e o endereço das partes (do autor e do réu);

II – os fatos e os fundamentos, de forma sucinta: não é necessário indicar artigos de lei; basta revelar o fato e o motivo pelo qual o autor pretende o efeito dele contra o réu (*causa petendi*), tudo em linguagem muito singela e direta;

III – o objeto e seu valor: o resultado concreto que se espera obter da justiça em face do réu; a condenação a entregar certa coisa, a realizar certo fato; a anulação ou rescisão de certo negócio jurídico etc.

O pedido, quando não houver possibilidade imediata de especificação do respectivo objeto, poderá ser *genérico*, como ocorre nas indenizações cujo *quantum* ainda não se sabe precisar (Lei nº 9.099, art. 14, § 2º).

Admite-se, tal como no Código de Processo Civil, a formulação de pedidos *alternativos* ou *cumulativos*. Nas cumulações, todavia, a soma dos pedidos conexos não poderá ultrapassar o limite de quarenta salários mínimos (art. 15).

A ação será imediatamente registrada pela Secretaria do Juizado, a quem competirá designar a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de 15 dias. Tudo isso será feito de plano, antes mesmo da autuação e distribuição (art. 16), procedendo-se, em seguida, à citação do réu (art. 18).

Pode acontecer que as duas partes se dirijam ao Juizado, em conjunto. Neste caso, não haverá citação e, antes mesmo do registro da demanda, a Secretaria instaurará a sessão de conciliação (art. 17). Será indispensável, todavia, a presença do juiz togado, ou do juiz leigo, ou, pelo menos, do conciliador para que a audiência se realize.

Quando ambos os litigantes formularem “pedidos contrapostos”, isto é, pedidos de um contra o outro, será dispensada a formalização de contestação e os dois pedidos opostos serão apreciados na mesma sentença (art. 17, parág. único). Na verdade, a hipótese não é de reconvenção, pois os dois litigantes compareceram simultaneamente e cada um formulou pedido próprio contra o outro. São, pois, duas ações conexas que o art. 17 prevê como reuníveis para sentença única.

1.595. Citações e intimações

As citações no Juizado Especial são normalmente realizadas por via postal: correspondência, com aviso de recebimento em mão própria (art. 18, inc. I).

Na hipótese de pessoa jurídica ou de titular de firma individual (comerciante ou industrial), a citação será válida, desde que a correspondência seja entregue ao funcionário “encarregado da recepção”, que deverá ser identificado no comprovante postal de recebimento (art. 18, inc. II).

É admissível, também, a citação por oficial de justiça, mas apenas em caráter excepcional e com justificativa adequada, caso em que a diligência se cumprirá, independentemente de mandado ou precatória (art. 18, inc. III). Isto é, o oficial agirá com base em cópia da inicial ou em qualquer modelo padronizado preenchido ou copiado pela Secretaria.

1.596. Requisitos da citação

O documento de citação expedido pela Secretaria conterà, segundo o art. 18, § 1º, da Lei nº 9.099:

- a) cópia do pedido inicial;
- b) o dia e a hora para comparecimento em juízo;
- c) a advertência de que, não comparecendo o réu, considerar-se-ão verdadeiras as alegações iniciais, e será proferido julgamento, de plano.

Não se admite, no Juizado Especial, a citação por edital (art. 18, § 2º). Se o réu, destarte, estiver em local incerto ou ignorado, não será possível o ajuizamento da ação sumaríssima da Lei nº 9.099. O autor terá de aforar sua demanda na Justiça contenciosa comum.

A citação é sempre ato fundamental e obrigatório. O comparecimento espontâneo do réu, porém, supre a ausência ou os defeitos do ato citatório (art. 18, § 3º).

1.597. Intimações

As intimações dos atos processuais serão feitas por via postal ou por oficial de justiça, mas poderão também adotar “outro meio idôneo de comunicação” (art. 19). Fica, assim, aberta a possibilidade de utilização de meios modernos de telecomunicação, como o telefone, o fax, o telex, o telegrama etc.

Dos atos praticados na audiência, não há intimação propriamente dita, pois a lei os considera, desde logo, como da ciência das partes (art. 19, § 1º).

Havendo alteração de endereço, a parte tem o dever de comunicá-la ao juízo, pois, mesmo não sendo encontrado o destinatário, ter-se-á como eficaz a intimação enviada ao local anteriormente declarado nos autos (art. 19, § 2º). Vê-se, portanto, que, nas intimações, não

prevalece o requisito de que o aviso de recebimento postal seja firmado pela parte.

1.598. A audiência de conciliação, instrução e julgamento

A audiência é o núcleo, o coração do procedimento sumaríssimo desenvolvido no Juizado Especial. O réu é citado para a ela comparecer, pessoalmente, e o autor também é intimado a nela estar presente. O não comparecimento do autor é causa de frustração do processo, pois acarreta a sua imediata extinção, sem julgamento do mérito (Lei no 9.099, art. 51, inc. I). Já a ausência do réu tem enorme consequência de ordem processual e material, pois provoca sua *revelia* e determina que o juiz julgue, de imediato, a lide, reputando como verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial (art. 20). A sentença deve ser proferida na própria audiência (art. 23).

Presentes as partes, a audiência terá início pela tentativa de conciliação (meta precípua do Juizado Especial). Aquele que estiver dirigindo a sessão, que pode ser o juiz togado, o juiz leigo ou o conciliador, não se limitará a ouvir as partes na busca da solução negocial. Deverá, por determinação expressa da lei, “esclarecer as partes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio”, especialmente quanto aos limites do crédito a ser obtido na sentença, em face da regra do § 3º do art. 3º da Lei no 9.099 (art. 21). Quer a lei, em outras palavras, que as partes sejam estimuladas a entrar em acordo.

Da tentativa de acordo, duas situações podem decorrer: *a)* a convergência dos litigantes para a solução conciliatória; ou *b)* a frustração do esforço negocial.

Se a conciliação foi obtida, lava-se o competente termo, no qual figurará a sentença de homologação (art. 22, parág. único). Note-se que o trabalho de conciliação pode ser dirigido tanto pelo juiz togado ou pelo juiz leigo como pelo conciliador, mas a homologação do acordo é ato jurisdicional exclusivo do titular do juízo (o juiz de direito).

Diante do insucesso da conciliação, a lei permite às partes uma segunda modalidade de solução negocial ou convencional, antes de passar ao procedimento judicial contencioso propriamente dito: trata-se da conversão do feito em juízo arbitral (art. 24) (*vide, retro, no* 1.575).

Fracassada a conciliação e não instalado o juízo arbitral, a audiência prosseguirá, em regra, rumo à instrução e julgamento, na mesma sessão, ou seja, “imediatamente” (art. 27, *caput*). Somente quando não for possível a imediata coleta das provas reputadas necessárias pelo juiz é que será marcada uma nova audiência, cuja realização deverá ocorrer num dos 15 dias subsequentes, ficando as partes e testemunhas (se presentes) desde logo cientes, sem necessidade, portanto, de novas intimações (art. 27, parág. único).

Ainda na mesma audiência e uma vez colhida a prova, será proferida a sentença (art. 28). Daí falar-se em concentração do procedimento inspirado no princípio da oralidade, pois, sempre que possível, uma só audiência será de conciliação, instrução e julgamento. Não há julgamento posterior em gabinete, nem tampouco adiamento da audiência para elaboração de memoriais pelas partes. Tudo é singelo, informal, célere, imediato. Ao concluir a audiência, a lide deve estar, definitivamente, composta. Esse o ideal do Juizado Especial Civil.

Durante a audiência, todos os incidentes devem ser solucionados de plano, evitando suspensões ou paralisações (art. 29). Sobre os documentos apresentados por uma das partes, a outra deverá manifestar-se de imediato, isto é, na mesma audiência (art. 29, parág. único).

1.599. A resposta do réu

O réu produzirá sua defesa na audiência inaugural do procedimento sumaríssimo. Poderá fazê-lo em documento escrito ou por manifestação oral, caso em que será tomada por termo (art. 30).

Se houver exceção de suspeição ou impedimento do juiz, deverá ser produzida por escrito, também na audiência, mas o seu processamento será em autos apartados e observará o rito previsto no Código de Processo Civil (arts. 304 a 314), provocando, então, a suspensão do processo principal no Juizado Especial (CPC, art. 306).

Toda matéria de defesa, formal e material, admitida no juízo contencioso comum é arguível na contestação da ação sumaríssima da Lei nº 9.099 (art. 30).

Não se admite, todavia, a reconvenção (art. 31). Dá-se, porém, à ação sumaríssima o feito de uma *ação dúplice*, porque se permite ao réu incluir na contestação *pedido* contra o autor, “desde que fundado nos mesmos fatos que constituem o objeto da controvérsia” (art. 31).

A ação dúplice prevista na Lei nº 9.099 não chega a confundir-se com a reconvenção, porque seu âmbito é muito menor do que o previsto no Código de Processo Civil para a ação reconvenicional. Nesta, fatos novos podem ser colacionados, desde que conexos com a ação originária ou com o fundamento da defesa (CPC, art. 315). No Juizado Especial, o pedido a ser contraposto pelo réu ao do autor somente poderá referir-se à matéria compatível com a competência do aludido juízo (*valor e matéria*) e apenas poderá referir-se aos mesmos limites fáticos do evento descrito na inicial do autor.

O autor poderá manifestar-se sobre o contrapedido do réu na própria audiência, impedindo, assim, o seu adiamento. Se, todavia, não se sentir em condições de defender-se imediatamente, terá o direito de requerer o adiamento, hipótese em que a nova audiência será desde logo fixada, com ciência de todos os presentes (art. 31, parág. único).

1.600. As provas

Todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, podem ser utilizados durante a instrução da causa processada no Juizado Especial Civil (Lei nº 9.099, art. 32) e deverão ser produzidos, em regra, na audiência de instrução e julgamento (art. 33). Não há necessidade de requerimento prévio e ao juiz são conferidos amplos poderes para limitar ou excluir provas consideradas excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para determinar, de ofício, as havidas como necessárias, sem, contudo, transformar-se numa espécie de “investigador civil”.³¹

As testemunhas, em princípio, deverão ser levadas à audiência pela parte, independentemente de intimação. Mas, se lhe convier, poderá requerer, previamente, que sejam intimadas (art. 34). O requerimento, *in casu*, deverá ser apresentado no mínimo cinco dias antes da audiência (art. 34, § 1º). A prova oral (depoimento de parte ou de testemunhas) não é reduzida a escrito (art. 36). Poderá ser gravada em fita magnética (art. 13, § 3º). E, ao sentenciar, o juiz deverá referir-se, no essencial, aos informes traduzidos nos depoimentos (art. 36).

A prova técnica é admissível no Juizado Especial, quando o exame do fato controvertido a

exigir. Não assumir, porém, a forma de uma perícia, nos moldes habituais do Código de Processo Civil. O perito, escolhido pelo juiz, será convocado para a audiência, onde prestará as informações solicitadas pelo instrutor da causa (art. 35, *caput*).

Se não for possível solucionar a lide à base de simples esclarecimentos do técnico em audiência, a causa deverá ser considerada complexa. O feito será encerrado no âmbito do Juizado Especial, sem julgamento de mérito, e as partes serão remetidas à justiça comum. Isto porque os Juizados Especiais, por mandamento constitucional, são destinados apenas a compor as “causas cíveis de menor complexidade” (CF, art. 98, inc. I).

Outra forma sumária de uso da prova técnica na ação sumaríssima consiste na permissão às partes para apresentação de *parecer técnico*, obtido extrajudicialmente (art. 35, *in fine*).

A inspeção judicial é, outrossim, medida probatória que a Lei no 9.099 autoriza o juiz a adotar, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes (art. 35, parág. único). Gozando de maior liberdade probatória que o juiz comum, o instrutor do Juizado Especial pode delegar a inspeção à “pessoa de sua confiança”, a quem caberá o relato informal (por escrito ou em audiência) do que houver verificado (art. 35, parág. único).

A atividade instrutória não pode ser confiada ao conciliador. É tarefa que a Lei no 9.099 reserva à direção do juiz togado ou do juiz leigo (art. 37).

§ 250. A SENTENÇA E OS RECURSOS

Sumário: 1.601. A sentença. 1.602. Recursos. 1.602-a. Mandado de segurança. 1.602-b. Uniformização de jurisprudência. 1.603. Extinção do processo.

1.601. A sentença

A sentença no Juizado Especial Civil, como em qualquer outro processo, deverá sempre ser fundamentada (CF, art. 93, IX).

A Lei nº 9.099, no entanto, recomenda que a menção aos elementos de convicção seja feita de forma sucinta, com “breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência”. Não há necessidade do relatório a que alude o Código de Processo Civil, no art. 458, inc. I (Lei nº 9.099, art. 38, *caput*).

Não se admite condenação ilíquida. Ainda que o autor tenha formulado pedido genérico, cumprirá ao juiz apurar o *quantum debeatur* e proferir, a final, sentença líquida (art. 38, parágrafo único).

De forma alguma, poderá o juiz condenar a parte a prestação que exceda a alçada estabelecida pela Lei nº 9.099. Se a sentença exorbitar, será havida como *ineficaz* na parte excedente do limite traçado no art. 3º, como dispõe o art. 39 da mesma Lei.

Quando, porém, as partes se compõem, a transação ou conciliação será plenamente eficaz, mesmo atingindo valor maior do que a alçada do juizado (arts. 3º, § 3º, 21 e 22). Esse aspecto da Lei nº 9.099 funciona como um dos incentivos à conciliação, como meta do Juizado Especial Civil (art. 21).

A sentença de mérito é, no sistema da Lei nº 9.099, ato natural do juiz togado. Quando, todavia, a instrução houver sido dirigida pelo juiz leigo, a este caberá julgar a causa. Esse julgamento, no entanto, não será definitivo, pois deverá ser submetido à consideração e aprovação do juiz togado (art. 40).

Trata-se de uma decisão *ad referendum*. Ao juiz togado a lei atribui a dupla função de: *a*) homologar a decisão do juiz leigo; ou *b*) negar-lhe aprovação, caso em que proferirá outra.

Permite a lei, ainda, que o juiz titular suspenda a homologação e determine diligência complementar, para coleta de outros elementos de prova reputados necessários à formação de seu juízo definitivo sobre a causa (art. 40). Uma vez cumprida a diligência pelo juiz leigo, o togado dará sua palavra final, homologando a decisão daquele ou proferindo sentença própria.

1.602. Recursos

A Lei no 9.099 previu, de maneira expressa, dois recursos: *a) recurso inominado*, ou, simplesmente, *recurso*, manejável contra *sentença*, menos a homologatória (art. 41, *caput*); *b) os embargos de declaração*, interponíveis contra a *sentença* ou o *acórdão* (art. 48).

A sentença de homologação da conciliação (art. 22, parág. único) ou do laudo arbitral (art. 26) é irrecorrível.

Já a sentença do juiz togado que põe fim ao processo, com ou sem julgamento de mérito, desafia *recurso*, que a lei não nominou, mas que equivale à apelação do Código de Processo Civil. Esse recurso, previsto no art. 41 da Lei no 9.099, não é endereçado ao Tribunal de Justiça. É dirigido a um órgão recursal próprio do Juizado de Pequenas Causas, composto por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição (art. 41, § 1º). A lei fala em “Turmas de Recurso”, as quais terão de ser criadas e instaladas, de acordo com a lei local (CF, art. 98, inc. I).

Não há hierarquia entre o Tribunal de Justiça e as “Turmas de Recurso”, de sorte que a solução encontrada nos acórdãos destas é final e definitiva. Não cabe, nem mesmo, recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, visto que não podem ser havidos como julgamento de última instância pelos Tribunais a que alude o art. 105, inc. III, da Constituição.³²

Havendo, porém, ofensa à Constituição, o recurso extraordinário será interponível, já que o art. 102, inc. III, ao disciplinar aludido meio impugnativo, o afirma cabível contra qualquer julgamento de “única ou última instância”, e não apenas aqueles proferidos por Tribunais de segundo grau (CF, art. 102, inc. III).³³

A propósito das decisões interlocutórias, a Lei no 9.099 se silenciou. Isto, porém, não quer dizer que o *agravo* seja de todo incompatível com o Juizado Especial Civil. Em princípio, devendo o procedimento concentrar-se numa só audiência, todos os incidentes nela verificados e decididos poderiam ser revistos no recurso inominado afinal interposto. Mas nem sempre isto se dará de maneira tão singela. Questões preliminares poderão ser dirimidas antes da audiência ou no intervalo entre a de conciliação e a de instrução e julgamento. Havendo risco de configurar-se a *preclusão* em prejuízo de uma das partes, caberá o recurso de agravo, por invocação supletiva do Código de Processo Civil.

Para manter-se fiel ao princípio da oralidade, no entanto, o agravo deverá, no Juizado Especial, ser utilizado apenas sob a forma *retida*, evitando delongas e tumultos que seriam incompatíveis com o princípio da simplicidade e celeridade preconizados pelo art. 2º da Lei no 9.099.

Para interpor o recurso e acompanhar o seu julgamento perante a “Turma”, as partes devem representar-se por advogado (art. 41, § 2º). Assim, se vinham atuando pessoalmente, como lhes permite o art. 9º, terão de constituir advogado se resolverem recorrer ou contra-arrazoar.

O recurso inominado deve ser interposto no prazo de 10 dias, contado da ciência da sentença, o que deve ocorrer na própria audiência (art. 42 c/c arts. 28 e 45).

Não há gratuidade na fase recursal, salvo na hipótese comum de assistência judiciária. Dentro de 48 horas da interposição, o recorrente deverá realizar o preparo das custas respectivas sob pena de deserção (art. 42, § 1º).

Ao recorrido, é assegurado o prazo de 10 dias para responder ao recurso do adversário, prazo que será contado a partir de sua intimação (art. 42, § 2º), cuja prática observará um dos modos admitidos pelos arts. 18 e 19 da Lei no 9.099 (ver, *retro*, no 1.583).

O recurso instituído pela Lei do Juizado Especial somente tem efeito devolutivo, em regra.

O juiz *a quo*, porém, ao admiti-lo, pode excepcionalmente conferir-lhe efeito suspensivo, “para evitar dano irreparável para a parte” (art. 43), que a execução provisória do julgado pudesse ocasionar.

Se o recurso já se encontrar em segundo grau, o efeito suspensivo poderá ser requerido ao relator, a exemplo do que o Código permite nos casos de apelação e agravo (art. 558).

Para melhor esclarecimento do recurso, qualquer das partes poderá requerer a transcrição da fita magnética onde se encontram os depoimentos e demais fatos ocorridos na audiência (arts. 44 e 13, § 3º). O requerente arcará com as despesas da diligência.

O julgamento da Turma Recursal será precedido de intimação das partes (art. 45), sob qualquer das modalidades do art. 18, ou daquela que a lei de organização prever, especificamente.

O acórdão, com que se dará solução ao recurso, não dependerá de lavratura e publicação oficial, como ocorre nos Tribunais ordinários. Haverá apenas uma ata, onde o processo será identificado e se lançarão, de forma sucinta, a fundamentação e a parte dispositiva (art. 46). Nos casos de confirmação da sentença por seus próprios fundamentos, estes não deverão ser repetidos na ata. Bastará a *súmula* do julgamento para produzir os efeitos de acórdão (art. 46, *in fine*).

Quanto aos *embargos de declaração*, cabíveis contra a sentença de primeiro grau ou o acórdão da Turma Julgadora (art. 48), o regime da Lei nº 9.099 é, em linhas gerais, o mesmo do Código de Processo Civil, salvo apenas a multa para os embargos procrastinatórios, que não foi acolhida pela lei especial, e o efeito, que é de suspensão e não de interrupção do prazo do recurso principal (art. 50).

Permite, porém, o art. 49 que os embargos em questão sejam manejáveis por meio de petição escrita ou oralmente, na hipótese, por exemplo, de sua interposição em audiência.

1.602-a. Mandado de segurança

Diante da autonomia que a lei atribui ao Juizado Especial, não há hierarquia que justifique recurso ordinário de suas decisões para o Tribunal de Justiça. Pela mesma razão, não se admite, em princípio, qualquer outro tipo de controle, pela justiça comum, sobre o mérito das decisões proferidas pelos juizados especiais, a não ser o do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, quando em jogo a questão de constitucionalidade.

A autonomia dos juizados especiais, todavia, não pode prevalecer, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para a decisão acerca de sua própria competência para conhecer das causas que lhe são submetidas. Daí preconizar aquela Corte a necessidade de estabelecer-se, por via jurisprudencial, um sistema de controle dessa matéria, já que não há na lei própria previsão a esse respeito. A não ser assim, estar-se-ia atribuindo àquele Juizado um poder desproporcional, qual seja, o de ele próprio definir, em caráter definitivo, as causas de sua absoluta competência.

Embora possam existir outras formas de promoção do referido controle, para a Corte Especial do STJ, “a forma mais adequada é a do mandado de segurança, por dois motivos: em primeiro lugar, porque haveria dificuldade de utilização, em alguns casos, da Reclamação ou da

Querela Nullitatis; em segundo lugar, porque o mandado de segurança tem historicamente sido utilizado nas hipóteses em que não existe, no ordenamento jurídico, outra forma de reparar lesão ou prevenir ameaça de lesão a direito”.³⁴

1.602-b. Uniformização de jurisprudência

Para os Juizados Especiais da Justiça Federal (Lei nº 10.259/2001, art. 14) e Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito das Justiças Estaduais (Lei nº 12.153/2009, art. 18) existe um mecanismo processual para unificar a Jurisprudência quando se instala divergência entre diferentes Turmas Recursais.

Na legislação que regula os Juizados Especiais Cíveis da Justiça dos Estados (Lei nº 9.099) não há previsão de remédio algum que sirva para superar os dissídios interpretativos. O problema pode ser minimizado quando se circunscreva aos órgãos recursais internos do microsistema, não, porém, quando se contraponha a posições já adotadas pelo Superior Tribunal. A este a Constituição atribui a função de controlar a aplicação e interpretação da lei federal, de sorte que esse papel não pode ser impedido pelo simples fato de não caber recurso especial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis dos Estados.

Para contornar esse embaraço, o Supremo Tribunal Federal declarou ser cabível o uso da reclamação constitucional, sempre que a decisão de alguma Turma Recursal dos Juizados Estaduais afrontar súmula ou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentada em recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC.³⁵ Como a reclamação não se presta a rescindir decisão judicial transitada em julgado, é necessário que sua interposição se dê antes de a decisão judicial se revestir da autoridade de coisa julgada material (sobre a *matéria*, v., no vol. I, o nº 576-q).

1.603. Extinção do processo

A Lei nº 9.099 cogita da extinção do processo, tanto com o julgamento de mérito como sem ele.

São casos de extinção com julgamento de mérito:

- a) a homologação da conciliação (art. 29, parág. único);
- b) a homologação do laudo arbitral (art. 26);
- c) a sentença de acolhimento ou rejeição do pedido, proferida pelo juiz togado ou redigida pelo juiz leigo e homologada pelo titular do juizado (arts. 38 e 40).

As duas primeiras são *irrecusáveis* e a última sujeita-se ao recurso inominado, dentro do próprio âmbito do Juizado Especial (art. 41).

Haverá, segundo o art. 51 da Lei nº 9.099, extinção do processo sem julgamento de mérito:

- a) quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo (inc. I);
- b) quando se verificar a inadmissibilidade da ação sumaríssima, por exemplo, por envolver matéria incompatível com a competência do Juizado Especial ou por assumir complexidade que só a jurisdição ordinária comporta etc. (inc. II);
- c) quando for acolhida a exceção de incompetência territorial: os autos não são remetidos ao outro juízo, diversamente do que se passa com o Código de Processo Civil. O processo

simplesmente se extingue. Se a parte desejar continuar a demanda, terá de propô-la novamente perante o juizado competente. O procedimento não comporta fracionamento entre dois juízos (inc. III);

d) quando sobrevier qualquer dos impedimentos previstos no art. 80 da Lei nº 9.099, ou seja, quando, por fato superveniente, o direito disputado passar a titularidade de incapaz, massa falida, insolvente civil ou pessoa jurídica (inc. IV);

e) quando, falecido o autor, a habilitação depender de sentença ou não se der no prazo de 30 dias – o espólio não pode ser autor no Juizado Especial. Com a morte do sujeito ativo, o processo ficará suspenso por 30 dias para que seus herdeiros possam habilitar-se. Se tal não se der, ocorrerá a extinção do processo sem julgamento de mérito (inc. V).

Todos os casos enumerados pelo art. 51 da Lei nº 9.099 autorizam o juiz a extinguir o processo, sem depender de prévia audiência ou intimação das partes, conforme prevê o § 1º daquele dispositivo legal.

§ 251. EXECUÇÃO E DISPOSIÇÕES ESPECIAIS

Sumário: 1.604. Execução forçada. 1.605. As despesas processuais no Juizado Especial Civil. 1.606. Curadorias e assistência judiciária. 1.607. Acordos extrajudiciais. 1.608. Ação rescisória. 1.609. Disposições finais sobre a organização dos Juizados Especiais.

1.604. Execução forçada

O Juizado Especial Civil tem competência para execução forçada, seja de sentença, seja de título extrajudicial.³⁶ O procedimento e os requisitos são, basicamente, os mesmos do processo executivo disciplinado pelo Código de Processo Civil.

O art. 52 da Lei nº 9.099 aponta quais são os pontos em que a execução de sentença deva sofrer alguma alteração, em face do regime codificado:

a) não há liquidação de sentença porque a condenação, no juizado, é sempre líquida (art. 38, parág. único). Nem mesmo o cálculo do contador será cabível. No tocante, por exemplo, à correção monetária, o art. 52, inc. I, prevê indexador oficial; e, quanto aos honorários, à conversão eventual de índices e a outras parcelas, como juros, multas etc., o cálculo meramente aritmético será realizado por servidor da secretaria do juizado, dispensando-se, dessa forma, a liquidação por cálculo do contador (art. 52, inc. II);

b) a informalidade da abertura da execução: Na audiência em que a sentença é proferida, o juiz, de ofício, instará o vencido a cumprir a condenação advertindo-o dos efeitos de seu descumprimento (art. 52, III). Não ocorrendo o cumprimento voluntário da sentença transita em julgado, terá início a execução forçada, bastando que o credor a solicite. Não há nem mesmo petição inicial. O pedido pode ser formulado verbalmente junto à Secretaria do Juizado. O mandado executivo será expedido sem nova citação. Desde logo, expedir-se-á a ordem de penhora, se a execução for de quantia certa (art. 52, inc. IV);

c) na execução das obrigações de fazer ou não fazer, a cominação de multa (*astreinte*) pode sofrer elevação ou transformação em perdas e danos, arbitradas de imediato pelo juiz, caso em que a execução passará a ser por quantia certa (art. 52, inc. V);

d) ainda nas obrigações de fazer, o juiz pode determinar o cumprimento por outrem, fixado o valor que o devedor terá de depositar para as despesas, sob pena de multa diária (art. 52, inc. V);

e) na alienação dos bens penhorados, o juiz poderá autorizar a venda extrajudicial, por terceiro, pelo devedor ou pelo credor, a qual se aperfeiçoará em juízo até a data fixada para a

praça ou o leilão. Se o preço encontrado igualar ou superar o da avaliação, o juiz ultimarà a venda, sem mais delongas. Se for inferior, ouvirá previamente ambas as partes. Havendo proposta de aquisição a prazo, a venda particular será garantida por caução idônea, se móvel o bem, ou por hipoteca do próprio bem penhorado, se imóvel (art. 52, inc. VII);

f) a *publicação de editais em jornais* é dispensada quando se tratar de alienação de bens de pequeno valor, o que será aferido segundo o prudente arbítrio do juiz (art. 52, inc. VIII);

g) os *embargos do devedor*, após a segurança do juízo, correrão nos próprios autos da execução (não há autuação apartada). A matéria arguível será restrita a (art. 52, inc. IX):

I – falta ou nulidade da citação no processo, se ele correu à revelia;

II – manifesto excesso de execução;

III – erro de cálculo;

IV – causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença.

A execução do título extrajudicial, também admissível no Juizado de Pequenas Causas, sofre as seguintes inovações em relação ao Código de Processo Civil:

a) só é cabível com base em título de valor de até 40 salários mínimos (art. 53, *caput*);³⁷

b) inicia-se segundo a citação executiva (pagamento em 24h, sob pena de penhora), mas, após a penhora, haverá uma *audiência de conciliação* (art. 53, § 1º);

c) os *embargos do devedor* serão oferecidos, por escrito ou verbalmente, na audiência de conciliação (art. 53, § 1º), e serão processados nos mesmos autos da execução (art. 52, inc. IX);

d) na *audiência*, o juiz togado, o leigo ou o conciliador tudo farão para encontrar um meio que seja o mais rápido e eficaz para a solução do litígio, ou seja, para alcançar a satisfação do crédito exequendo. Assim, poderá propor, em lugar da venda judicial, o escalonamento da dívida ou a concessão de prazo, dação em pagamento, ou a imediata adjudicação do bem penhorado (art. 53, § 2º);

e) não havendo embargos, ou sendo eles rejeitados, não haverá, necessariamente, o leilão ou a praça, pois qualquer das partes poderá requerer uma das medidas previstas no § 2º do art. 53, isto é, concessão de prazo, dação em pagamento ou adjudicação imediata do bem penhorado (art. 53, § 3º);

f) *não tendo encontrado o devedor para a citação executiva, ou não sendo localizado bem a penhorar*, o processo será imediatamente extinto (art. 53, § 4º). Não há, pois, a suspensão prevista no art. 791, inc. III, do CPC.

1.605. As despesas processuais no Juizado Especial Civil

Em primeiro grau, a ação sumaríssima é acessível às partes (autor e réu), sem pagamento de custas, taxas ou despesas (Lei nº 9.099, art. 54).

Havendo recurso, porém, caberá ao recorrente suportar as respectivas despesas, não só as do recurso propriamente dito, mas também as do processo, pelo seu andamento em primeiro grau, que não foram até então exigidas (art. 54, pará. único), salvo, é claro, se estiver sob o pálio da assistência judiciária.

Não há sucumbência no Juizado Especial. A sentença de primeiro grau, portanto, não condenará o vencido em custas e honorários de advogado. Tal somente ocorrerá quando houver necessidade de reprimir a litigância de má-fé (art. 55).

No caso de recurso, a Turma encarregada do segundo grau de jurisdição imporá, em seu acórdão, os encargos da sucumbência, condenando o recorrente, quando seu apelo for improvido, ou seja, condená-lo-á ao pagamento das custas e honorários de advogado, fixados entre dez e vinte por cento do valor da condenação, ou, não havendo condenação, do valor da causa corrigido (art. 55, *caput*). Não haverá a condenação na hipótese de ser acolhido o recurso porque a Lei nº 9.099 usou o mecanismo da sucumbência apenas como política de desestímulo ao recurso procrastinatório ou infundado, segundo se depreende do art. 55.

A execução de título judicial ou extrajudicial correrá sem custas e honorários, salvo quando (art. 55, parág. único):

- a) for reconhecida a litigância de má-fé;
- b) forem julgados improcedentes os embargos do devedor;
- c) tratar-se de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor.

1.606. Curadorias e assistência judiciária

Para que ocorra a paridade entre os litigantes e para que seja prestada a tutela aos carentes economicamente, determina a Lei nº 9.099 que, ao ser instituído o Juizado Especial, dever-se-á complementá-lo com as curadorias necessárias e com o serviço de assistência judiciária (art. 56).

O sucesso do programa da Constituição e da Lei Federal em torno dos Juizados Especiais depende, praticamente em tudo, da lei local e da vontade política da Administração dos Estados de equipá-los adequadamente.

1.607. Acordos extrajudiciais

Prevê o art. 57 da Lei nº 9.099 que o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, pode ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, para valer a sentença como título executivo judicial.

Esse direito à homologação do acordo é exercitável pelas partes junto a qualquer juízo e não apenas perante o Juizado Especial Civil. Aliás, as reformas introduzidas no CPC já incorporaram essa sistemática, conforme se vê do atual art. 475-N, inc. V.

Da mesma forma, a força de título executivo extrajudicial reconhecida ao acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito referendado pelo órgão competente do Ministério Público (Lei nº 9.099, art. 57, parág. único), também já foi incluída pela reforma operada pela Lei nº 8.953, de 13.12.94, no Código de Processo Civil (art. 585, II).

O art. 58 da Lei nº 9.099, finalmente, prevê que a lei local possa ampliar a conciliação do Juizado Especial para alcançar causas que não se incluam em sua competência específica.

1.608. Ação rescisória

A Lei nº 9.099 exclui, expressamente, a ação rescisória do âmbito das causas sumaríssimas julgadas no Juizado Especial Civil (art. 59).

Restará, contudo, a possibilidade da ação ordinária de nulidade (*querella nullitatis*), quando configurada a sentença nula *ipso iure* ou a sentença inexistente.³⁸

1.609. Disposições finais sobre a organização dos Juizados Especiais

Nas suas “Disposições Finais”, a Lei no 9.099 baixou algumas regras importantes sobre a implantação dos Juizados Especiais, quais sejam:

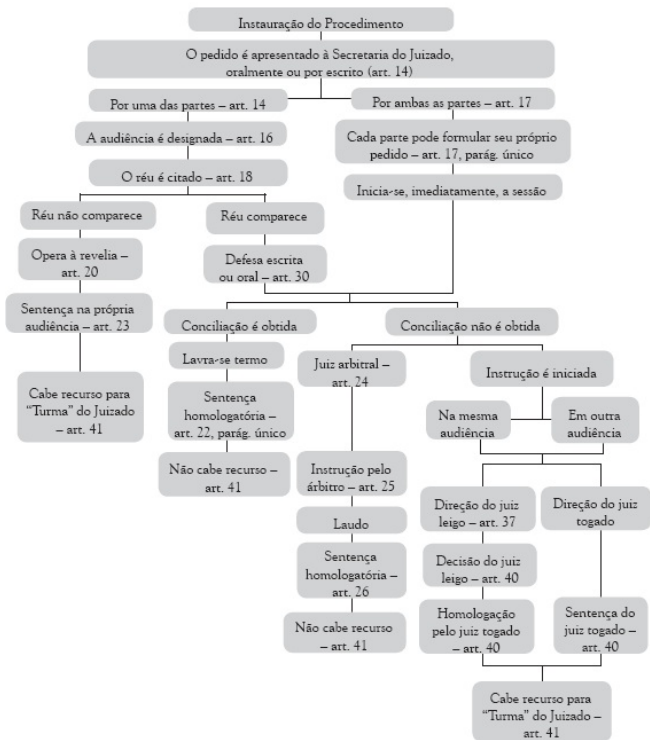
a) caberá à lei estadual dispor sobre “o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência” (art. 93);

b) para melhor cumprir a missão específica dos Juizados, “os serviços de cartório poderão ser prestados e as audiências realizadas fora da sede da comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes, ocupando instalações de prédios públicos, de acordo com audiências previamente anunciadas” (art. 94);

c) “os Estados, o Distrito Federal e os Territórios criarão e instalarão os Juizados Especiais no prazo de seis meses”, a contar da vigência da Lei no 9.099, de 30.11.1995 (publicada no *DO* de 27.09.1995, com *vacatio legis* de 60 dias).

Fluxograma no 99

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO DO JUIZADO ESPECIAL CIVIL
(Lei nº 9.099/95)



Nota: A instrução no Juizado Especial pode ser presidida indiferentemente pelo juiz leigo e pelo juiz togado (art. 37).

- 1 “Acesso à justiça, longe de confundir-se com *acesso ao judiciário*, significa algo mais profundo; pois importa no acesso ao *justo processo*, como conjunto de garantias capaz de transformar o mero procedimento em um processo tal, que viabilize, concreta e efetivamente, a tutela jurisdicional” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas*, in Kazuo Watanabe – coordenação – *Juizado Especial de Pequenas Causas*, São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 9).
- 2 CAPPELLETTI, Mauro. “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”, in Ada Pellegrini Grinover e outros, *O Processo Civil Contemporâneo*, Curitiba, Ed. Juruá, 1994, p. 15.
- 3 CAPPELLETTI. *Op. cit.*, p. 16.
- 4 “O objetivo perseguido, em suma, é o de canalizar para o Judiciário todos os conflitos de interesse, mesmo os de pequena expressão, uma vez que é aí o *locus* próprio para sua solução. A estratégia fundamental para o atingimento dessa meta está na facilitação do acesso à Justiça. Essa é a ideia-chave do Juizado Especial de Pequenas Causas” (WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 4).
- 5 “A conciliação pode propiciar um resultado mais amplo que a solução autoritativa dos conflitos, pois pode levar os conflitantes à pacificação, removendo de vez as causas das demandas. E é uma alternativa inovadora que procura *reverter a excessiva profissionalização da justiça*, o que certamente permitirá reduzir a burocratização acentuada de toda a máquina judiciária. Além disso, é uma solução menos custosa para o Estado” (WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 7).
- 6 “Há identidade entre os ‘juizados de pequenas causas’, referidos no art. 24, X, e os ‘juizados especiais’ para causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo”, previstos no art. 98, I, da CF de 1988” (Edson Ribas Malachini, “A Constituição Federal e a Legislação Concorrente dos Estados e do Distrito Federal em Matéria de Procedimentos”, in Ada Pellegrini Grinover e outros, *O Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 154).
- 7 Não se trata de “mera formulação de um novo tipo de procedimento, e sim de um *conjunto de inovações*, que vão desde nova filosofia e estratégia no tratamento dos conflitos de interesses até técnicas de abreviação e simplificação procedimental” (WATANABE, Kazuo. “Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas”, in *Juizado Especial de Pequenas Causas*, coordenação de K. Watanabe, São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 1).
- 8 “O juizado especial de pequenas causas representa acesso à Justiça, isto é, adequação dos anseios da população a uma Justiça rápida, sem custas e sem formalismo, a fim de se evitar a contenção de litigiosidade e a violência, capazes de induzir à justiça de mão própria, à barbárie, em suma, ao ocaso do direito” (Caetano Lagrasta Neto, Juizado especial de pequenas causas e Direito Processual Civil Comparado, in WATANABE, Kazuo – coordenador, *Juizado Especial de Pequenas Causas*, São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 96).
- 9 “A Lei no 9.099/95 não trata apenas de um novo procedimento; transcende essa barreira e, ancorando-se no art. 98, inc. I, da Constituição Federal, dispõe sobre um *novo processo* e um

- novo rito diferenciado. Em outros termos, não é apenas um procedimento sumaríssimo, é também muito mais, um *processo especialíssimo*” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 32).
- 10 No sentido de dinamizar os Juizados Especiais, a Lei 12.726 de 16.10.2012 (DOU 17.10.2012) acrescentou ao art. 95 da Lei 9.099/1995 um parágrafo único com a seguinte disposição: “No prazo de 6 (seis) meses, contado da publicação desta Lei, serão criados e instalados os Juizados Especiais Itinerantes, que deverão dirimir, prioritariamente, os conflitos existentes nas áreas rurais ou nos locais de menor concentração populacional.” (NR)
- 11 “Os juizados brasileiros de Pequenas Causas não refletem a temida ‘justiça de segunda classe’, mas representam um notável instrumento de acesso à justiça. E, com isto, tem a Nação, no momento exato em que caminha em direção à plenitude democrática pela participação, um instrumento de democratização e de participação na administração da justiça. E mais: um instrumento de paz, de abrir caminhos para a grande transformação que todo o sistema processual e judicial demanda, para que se efetive a promessa de igual acesso de todos à justiça” (Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 22).
- 12 CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3. ed., trad. de J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1969, vol. III, § 52, pp. 50-55.
- 13 “Evitar o culto das formas, como se constituíssem fim em si mesmas, e ater-se a critérios racionais nas exigências legais das formas, representa manifestação do princípio da *instrumentalidade das formas*” (Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 15).
- 14 DINAMARCO, Cândido R. *Manual das Pequenas Causas*, São Paulo, Ed. RT, 1986, no 47, p. 52.
- 15 *Idem*, *op. cit.*, *loc. cit.*
- 16 CAPPELLETTI. *Op. cit.*, p. 20.
- 17 *Op. cit.*, p. 21.
- 18 *Op. cit.*, *loc. cit.*
- 19 “Mudar a mentalidade dos julgadores representa uma adaptação aos critérios norteadores da conciliação, missão bem definida através das palavras de Eckhoff: ‘Não consiste em procurar a conciliação das partes, mas em buscar uma solução que esteja de acordo com o melhor direito’; por sua vez, ‘o mediador deve, de preferência, ir mais além, observando as consequências das várias soluções possíveis, convencer as partes a que aceitem alguma’” (Caetano Lagrasta Neto, *op. cit.*, p. 99).
- 20 DINAMARCO. Cândido R. *Op. cit.*, no 3, p. 5.
- 21 STJ, 3a T., MC 15.465/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 28.04.2009, *DJe* 03.09.2009.
- 22 É indiscutível, para o STJ, o caráter facultativo, para o autor, da jurisdição exercida pelos Juizados Especiais (STJ, 4a T., REsp no 222.004/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 21.03.2000, *DJU* de 05.05.06.2000, p. 169; STJ, 4a T., REsp no 242.483/SC, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 15.02.2000, *DJU* de 03.04.2000, p. 158; STJ, 2a S., CC no 90.218, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 14.11.2007, p. 169). Aliás, o caráter optativo do procedimento a cargo dos Juizados Especiais está, claramente, enunciado pelo § 3o do art. 3o da Lei no 9.099/1995.
- 23 “Competência. Ação reparatória de dano causado em acidente de veículos. Vara cível e juizado especial cível. Art. 3o, inc. II, da Lei no 9.099, de 26.09.95. Ao autor é facultada a opção entre, de um lado, ajuizar a sua demanda no juizado especial, desfrutando de uma via

- rápida, econômica e desburocratizada, ou, de outro, no juízo comum, utilizando, então, o procedimento sumário” (STJ, 4a T., REsp. 146.189/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 24.03.1998, DJU 29.06.1998, p. 196). Na jurisprudência do STJ não tem prevalecido o critério que adotamos para a competência dos Juizados Especiais, para as causas enumeradas no art. 275, II, do CPC, isto é, para aquelas em que a definição do procedimento sumário se faz em razão da matéria. Porque os incisos II e III do art. 3o da Lei no 9.099/1995, ao contrário do que se passa com os incisos I e IV, não se reportam ao valor da causa, mas apenas à matéria da demanda, tem decidido o STJ que, nas duas primeiras situações, os Juizados Especiais têm competência “independentemente do valor”. Vale dizer que, para as ações sumárias do art. 275, II, do CPC, e para as ações de despejo para uso próprio, mesmo envolvendo valores acima de 40 salários mínimos, permite-se o normal processamento perante os Juizados Especiais (STJ, 3a T., MC no 15.465/SC Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 28.04.2009, DJe de 03.09.2009).
- 24 De acordo com o enunciado no 4-FPJC, “nos Juizados Especiais só se admite a ação de despejo prevista no art. 47, inc. III, da Lei 8.245/91, ou seja, ação de despejo, para uso próprio, de imóvel residencial” (Theotônio Negrão *et al.*, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 43a ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.577, nota 8-b ao art. 3o da Lei no 9.099). Nesse sentido: 2o TACivSP, Ag. In. no 459.793-00/7, Rel. Juiz Pereira Calças, ac. 23.04.1996, RF 343/381; 2o TACivSP, 10a Câmara, Ag. In. no 459.474-00/5, Rel. Juiz Euclides de Oliveira, ac. 21.05.1996, RT 732/305.
- 25 A Súmula no 348 foi revogada pelo STJ e substituída pela Súmula no 428/STJ, em face de posicionamento diverso do STF.
- 26 STF, Pleno, RE 590.409, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ac. 26.08.2009, DJe 29.10.2009.
- 27 *Temas de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 50.
- 28 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, p. 86.
- 29 DINAMARCO, Cândido R. *Op. cit.*, no 4, pp. 7-8.
- 30 TST, 1a T., RR 207.117/95.3-18a R., ac. 02.04.1997, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU 18.08.1997, p. 35.892.
- 31 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários*, cit., p. 165.
- 32 “Não cabe recurso especial de decisão proferida por Colégio Recursal de Juizado de Pequenas Causas, que não é Tribunal” (STJ, 2a Seção, Ag.Rg. na Recl. 214-4/SP, Rel. Min. Dias Trindade, ac. de 09.02.1994, DJU de 28.03.1994, p. 6.287). “Os conselhos ou câmaras recursais daqueles juizados não se inserem na previsão do art. 105, III, da Constituição, que se refere a causas decididas por Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Inadmissível recurso especial de suas decisões” (STJ, 3a T., REsp. 48.136-8/BA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 02.08.1994, DJU de 22.08.1994. No mesmo sentido: 4a T., REsp. 23.866-7/SC, Rel. Min. Athon Carneiro, ac. de 12.04.1993, DJU de 25.10.1993, p. 22.498; REsp. 38.603-9/BA, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 11.10.1993, DJU de 29.11.1993, p. 25.891-2; REsp. 21.664-7-MS, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. de 15.12.1992, DJU de 17.05.1993, p. 9.340; STJ, REsp. 80.199/SP, Rel. Min. Ruy Rosado, ac. de 12.02.96, in DJU de 25.03.96, p. 8.586).
- 33 “Firmou-se orientação, no Supremo Tribunal Federal, diante do texto do art. 102, III, da Constituição de 1988, que, em princípio, cabe recurso extraordinário de decisões, em

instância única, desde que, nelas, se discuta questão constitucional, inclusive, em se tratando de Juizados de Pequenas Causas” (STF – Pleno, Recl. 460-1/GO, Rel. Min. Néri da Silveira, ac. de 29.06.1994, *DJU* de 09.12.1994, p. 34.081). “Sendo plenamente cabível a interposição do recurso extraordinário das decisões colegiadas de primeiro grau que, em processo instaurado perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, resolvem controvérsia de índole constitucional, não se revela possível à instância *a quo*, sob pena de usurpação da competência do STF, obstar o trânsito de agravo de instrumento que objetive o processamento do apelo extremo denegado na origem” (STF – Pleno, Recl. 471-6/SP, Rel. Min. Celso de Mello, ac. de 16.11.1994, *DJU* de 19.12.1994, p. 35.180. No mesmo sentido: Recl. 459-7/GO, Rel. Min. Celso de Mello, ac. de 01.02.1994, *in RF* 328/137; STF, Ag. em AI 148.697-1/RS, Rel. Min. Celso de Mello, ac. de 15.09.95, *in DJU* de 20.10.95, p. 35.265). Finalmente a jurisprudência do STF foi sumulada: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal” (Súmula nº 640).

- 34 STJ, Corte Especial, RMS 17.524/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 02.08.2006, *DJU* 11.09.2006, p. 211. Consta do mesmo acórdão a ressalva de que “o entendimento de que é cabível a impetração de mandado de segurança nas hipóteses de controle sobre a competência dos juizados especiais não altera o entendimento anterior deste Tribunal, que veda a utilização do *writ* para o controle do mérito das decisões desses juizados”.
- 35 STF, Pleno, EDcl no RE 571.572-8/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. 26.08.2009, *DJe*, 27.11.2009; STJ, Resolução nº 12, de 14.12.2009.
- 36 Na execução de sentença pronunciada no próprio Juizado Especial prevalece sua competência mesmo quando o valor *in executivis* ultrapasse o teto do art. 3º, I, da Lei nº 9.099/1995 (STJ, 3º T., AgRg no RMS nº 32.032/BA, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 14.09.2010, *DJe* de 23.09.2010; STJ, 4º T., REsp nº 691.785, Rel. Min. Raul Araújo, ac. 07.10.2010, *DJe* de 20.10.2010).
- 37 O valor da causa, para efeito da competência do Juizado Especial, compreende a soma do principal atualizado à data da propositura da ação, mais juros de mora, sem computarem-se honorários advocatícios, já que estes não cabem em primeiro grau (NEGRÃO, Theotônio *et al. Op. cit.*, p. 1.576, nota 5 ao art. 3º da Lei nº 9.099/1995).
- 38 Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, nº 623, pp. 652 e segs. Admitindo a ação anulatória do art. 486 do CPC em relação à sentença dos Juizados Especiais: TRF 4ª Região, 1ª S., Ccomp nº 2007.04.00.016844-6/RS, Rel. Joel Ilan Paciornik, ac. 06.12.2007, *RT* 870/430.

§ 252. AS PEQUENAS CAUSAS NA JUSTIÇA FEDERAL

Sumário: 1.610. A instituição do Juizado Especial Federal. 1.611. Disciplina legal. 1.612. Princípios informativos. 1.613. Competência absoluta. 1.613-a. Conflito de competência.

1.610. A instituição do Juizado Especial Federal

Os juizados especiais, segundo a Constituição de 1988, e nos termos da Lei nº 9.099, de 26.09.1995, deveriam existir apenas no âmbito da Justiça dos Estados e do Distrito Federal. Pela Emenda nº 22, de 18.03.1999, que alterou o art. 98 da Constituição, foi autorizada sua instituição também na Justiça Federal. Coube à Lei nº 10.259, de 12.07.2001, disciplinar a implantação desse novo juizado sumaríssimo.

Diversamente do que se passa nas Justiças Estaduais, o Juizado Especial Federal funcionará apenas com um juiz togado, não podendo este contar com auxílio de juízes leigos. Com isso, corre-se o risco de reduzir-se a simples vara ou, o que é pior, a mero *rito especializado* dentro da Justiça encarregada das causas da União.¹

1.611. Disciplina legal

Rege-se o Juizado Especial Federal especificamente pela Lei nº 10.259, de 12.07.2001. Aplicam-se-lhe, também, as disposições da Lei nº 9.099, de 26.09.1995, mas apenas subsidiariamente. É o que prevê o art. 1º da Lei nº 10.259: “São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

1.612. Princípios informativos

Aplicam-se, pela regra da subsidiariedade, aos Juizados Especiais Federais, os princípios preconizados pela Lei nº 9.099/95, quais sejam: a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade.

Graças à *oralidade*, é de admitir-se a apresentação *oral* do pedido e da defesa, tal como se prevê nos arts. 14 e 30 da Lei nº 9.099/95, não havendo possibilidade de recurso contra as decisões interlocutórias, em regra.

Segundo o princípio da *simplicidade*, o feito deve fluir sem ensejar incidentes processuais, como as intervenções de terceiros, o que, todavia, não impede o cabimento das exceções

processuais (suspeição ou impedimento do juiz).

A *informalidade* dispensa solenidades para os atos processuais, que poderão ser praticados pela própria parte, sem a obrigatoriedade da intervenção técnica do advogado.

O princípio da *celeridade* impõe a preocupação com o término do feito no menor tempo possível, sem prejuízo, é claro, da defesa e contraditório, mas sempre levando em conta a urgência natural no atendimento dos hipossuficientes que dependem do socorro da Previdência Social que se servirão do Juizado Especial para pleitear verbas alimentares.

A solução conciliatória insere-se na tutela alternativa que os princípios informativos dos Juizados especiais inspiram.

Quanto à *economia processual*, o processo deve ser gratuito e resumir-se aos atos processuais indispensáveis ao atingimento de sua finalidade, buscando o juiz evitar nulidade, sempre que puder contorná-las e supri-las, sem prejuízo para o contraditório.

1.613. Competência absoluta

Ao contrário do que se passa com os juizados especiais estaduais, havendo na Justiça Federal vara do Juizado Especial, o autor não terá opção de escolher entre ela e as varas comuns.

Tal como prevê o § 3º do art. 3º da Lei nº 10.259/2001, no foro em que se encontrar instalada vara do Juizado Especial Federal, sua competência será *absoluta*. Se se distribuir, portanto, a outra vara ação que corresponda à competência do Juizado Especial, caberá ao titular declinar dela *ex officio*, e a parte poderá pleitear o deslocamento, a qualquer tempo, sem necessidade de formalizar exceção de incompetência.

1.613-a. Conflito de competência

O conflito de competência entre Juizados Especiais e os juízos comuns de início gerou dúvidas e divergências quanto ao tribunal que o deveria solucionar. É que tais juizados, no plano recursal, não se sujeitam à supervisão hierárquica dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

Submetida, porém, a questão ao Supremo Tribunal Federal, o seu pronunciamento final e definitivo, tomado à luz da Constituição foi no sentido de que os juízes de primeira instância, tal como aqueles que integram os Juizados Especiais, estão vinculados ao respectivo Tribunal Regional Federal, ao qual cabe dirimir os conflitos de competência que surjam entre eles.²

§ 253. ÓRGÃO JUDICANTE

Sumário: 1.614. Composição do órgão judicante. 1.615. Sessão de conciliação. 1.616. Competência. 1.617. Causas de competência dos Juizados Especiais Federais.

1.614. Composição do órgão judicante

O juizado especial federal consistirá numa vara especializada dentro da Justiça Federal (Lei nº 10.259, art. 3o, § 3o). Não há previsão de uma estrutura separada para os juizados da espécie, em que pudessem atuar, por exemplo, juízes leigos e arbitradores, ao contrário do que se passa na Justiça dos Estados.

Devem existir, porém, conciliadores, que serão designados pelo juiz presidente do Juizado pelo período de dois anos, com possibilidade de recondução (Lei nº 10.259, art. 18). Trata-se de função gratuita, com as mesmas características do jurado, na justiça criminal.

1.615. Sessão de conciliação

Cabe à Secretaria do Juizado designar, logo após o registro do feito, a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de quinze dias (art. 16, da Lei nº 9.099/95). O réu deverá ser citado, mas seu comparecimento espontâneo supre a falta da citação (art. 18, § 3o, *idem*).

1.616. Competência

A ação de que cuida a Lei nº 10.259 será proposta no juizado especial federal sediado no local onde o réu tiver seu domicílio ou residência. Se ali não houver tal juizado, a competência, conforme o art. 20 da referida Lei, será daquele que se achar mais próximo:

I – do domicílio do réu ou do local onde este exerça suas atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório;

II – do lugar onde a obrigação deve ser satisfeita;

III – do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação do dano de qualquer natureza; podendo, em qualquer hipótese, ser proposta no foro previsto no inciso I (art. 20 da Lei nº 10.259 c/c art. 4o da Lei nº 9.099).

Entre os diversos foros previstos não há preferência segundo a gradação legal. O autor poderá livremente optar por qualquer um deles, segundo suas próprias conveniências. Dentro do foro federal, todavia, a competência da vara do juizado especial é absoluta (Lei nº 10.259, art.

3º, § 3º). Não cabe à parte optar entre o juízo comum e o juizado especial.

1.617. Causas de competência dos Juizados Especiais Federais

Ao juizado especial federal, nos termos da Lei no 10.259, art. 3º, *caput*, compete “processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar suas sentenças”.

Acham-se, porém, excluídas dos juizados especiais, pelo § 1º do mesmo dispositivo legal, as seguintes causas:

I – as referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, ou seja:

a) causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País (II);

b) causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (III);

c) causas relativas aos crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves (IX);

II – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa, e as demandas sobre direitos ou interesses homogêneos (art. 3º, § 1º, I);

III – as ações sobre imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais (art. 3º, § 1º, II);

IV – as ações para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal (art. 3º, § 1º, III);

V – as ações que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares (art. 3º, § 1º, IV).

Na realidade, o maior volume de causas atribuídas aos juizados especiais federais se concentrará, sem dúvida, no campo previdenciário e tributário.

§ 254. PARTES

Sumário: 1.618. Legitimação. 1.619. Intervenção de terceiros e litisconsórcio. 1.620. Ministério Público. 1.621. *Jus postulandi* e representação das partes.

1.618. Legitimação

Segundo o art. 6º da Lei nº 10.259, podem figurar como parte ativa no juizado especial federal pessoas físicas e as microempresas, bem como as empresas de pequeno porte, tal como definidas na Lei nº 9.317, de 05.12.1996.

Como rés podem ser demandadas a União e as autarquias, fundações e empresas públicas federais. Todas estas pessoas jurídicas apenas se legitimam passivamente, de sorte que não se lhes permite atuarem como autoras no juizado especial federal.

Por aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95, art. 8º, *caput*, não podem ser partes no juizado especial federal, quer como autor, quer como réu, o incapaz, o preso, a massa falida e o insolvente civil.

1.619. Intervenção de terceiros e litisconsórcio

Quanto à intervenção de terceiro, à assistência e ao litisconsórcio, também é de observar-se a sistemática da Lei nº 9.099/95, art. 10, ou seja, somente o litisconsórcio se apresenta possível no juizado especial federal.

1.620. Ministério Público

A Lei nº 10.259 não prevê a intervenção do Ministério Público nas causas processadas no Juizado Especial Federal, a não ser na fase de uniformização de interpretação de lei federal (art. 14, § 7º).

1.621. *Jus postulandi* e representação das partes

A presença das partes em juízo, nos juzados especiais federais, independe de representação por advogado. O *jus postulandi* é conferido diretamente aos litigantes. Todavia, faculta-se-lhes a designação, por escrito, de preposto, ou seja, de representante para a causa, advogado ou não (Lei nº 10.259, art. 10).

A delegação em tela é possível tanto para o autor como para o réu, seja esta pessoa jurídica ou física individual.³

O representante tem amplos poderes, inclusive para contestar a ação, prestar depoimento pessoal, fazer acordo e atuar em todas as fases do processo. São poderes derivados da lei, que, por isso, independem de explicitação no documento de credenciamento (Lei nº 10.259, art. 10, parágrafo único).

Os mesmos poderes são reconhecidos aos representantes judiciais das pessoas jurídicas de direito público, que, assim, podem transigir e desistir nos feitos do Juizado Especial Federal. O credenciamento de representante para a União, autarquias e empresas públicas acha-se regulado pelo Decreto nº 4.250, de 27.05.2002.

§ 255. ATOS PROCESSUAIS E PROCEDIMENTO

Sumário: 1.622. Princípios. 1.623. Atos de comunicação processual. 1.624. Uso de meios eletrônicos. 1.625. Prazos. 1.626. Petição inicial. 1.627. Resposta. 1.628. Exceções. 1.629. Sessão de conciliação. 1.630. Instrução probatória. 1.631. A sentença e as máximas de experiência. 1.632. Reexame necessário.

1.622. Princípios

A prática dos atos processuais e a definição do próprio procedimento regem-se, como já se acentuou, pelos mesmos princípios estabelecidos pela Lei nº 9.099/95, que se aplica complementarmente ao Juizado Especial Federal, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.259/01.

São esses princípios: o da oralidade, o da simplicidade, o da informalidade, o da economia processual e o da celeridade. Já foram analisados nos nos 1.575, 1.576, 1.577 e 1.612.

1.623. Atos de comunicação processual

As citações e intimações da União, no processo do Juizado Especial Federal, serão feitas nas pessoas indicadas pelos arts. 35 a 38 da Lei Complementar nº 73, de 10.02.1993 (Lei nº 10.259, art. 7º).

As autarquias, fundações e empresas públicas serão citadas na pessoa do representante legal máximo da entidade, no local onde proposta a demanda, se ali existir escritório ou representação. Não havendo órgão local, a citação dar-se-á na sede da entidade (Lei nº 10.259, art. 7º, parágrafo único).

Não se aplica aos juizados da espécie a citação por edital.⁴

O comparecimento espontâneo do réu supre a falta ou a nulidade da citação pessoal (Lei nº 9.099/95, art. 18, § 3º; CPC, art. 214, § 1º).

A sentença, quando publicada na audiência, reputa-se intimada no próprio ato, mesmo que a parte não esteja presente, mas tenha sido intimada para a sessão. Proferida fora da audiência, as partes serão intimadas pelo Correio, por meio de correspondência com “aviso de recebimento por mão própria” (Lei nº 10.259, art. 8º).

Os outros atos processuais serão intimados às partes ou seus representantes, pessoalmente ou por via postal, sem que se imponha o registro para “entrega em mão própria” (Lei nº 10.259/01, art. 8º, § 1º).

1.624. Uso de meios eletrônicos

A Lei no 10.259, art. 8^o, § 2^o, autoriza intimações e petições por meio eletrônico. Não se estendeu a medida, porém, à citação que, desta maneira, terá de aperfeiçoar-se pessoalmente.

1.625. Prazos

As pessoas jurídicas de direito público não desfrutam, no juizado especial federal, de prazos privilegiados, nem mesmo para recorrer. Ambas as partes desfrutarão dos mesmos prazos (Lei no 10.259, art. 9^o).

1.626. Petição inicial

Aplicam-se aos juizados especiais federais as regras da Lei no 9.099 relativas à petição inicial, ou seja: do pedido constarão, “de forma simples e em linguagem acessível”: I – o nome, a qualificação e o endereço das partes; II – os fatos e os fundamentos, de forma sucinta; e III – o objeto e seu valor.

Para facilitar o acesso da parte, as secretarias dos juizados deverão adotar o sistema de fichas ou formulários, como prevê o § 3^o do art. 14 da Lei no 9.099/95, com indicações e recomendações que orientem a formulação do pleito.

Não se pode, também, descartar a apresentação de pedido oral, que a secretaria do juizado reduzirá a escrito, preenchendo fichas ou formulários em seu poder, como prevê a Lei no 9.099/95, no dispositivo já invocado.

A cumulação de pedidos é permitida, desde que haja conexão entre eles.⁵

1.627. Resposta

O réu, no juizado especial, se defende normalmente por meio de contestação, que tal como se dá com a petição inicial pode ser formulada por escrito ou oralmente. A falta de contestação produz a revelia, cujo efeito imediato é reputarem-se verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do juiz (Lei no 9.099/95, art. 20).

A revelia tanto ocorre quando o réu não comparece à audiência como quando, comparecendo, não se defende.

Ao contestar a ação, o réu, no juizado especial, pode formular *pedido contraposto*, segundo a regra do art. 17, parágrafo único, da Lei no 9.099/95, que se aplica, também, ao juizado especial federal (v., *retro*, no 1.599).

1.628. Exceções

Os juízes que servem no juizado especial federal, em 1^o e 2^o graus, sujeitam-se, nos termos do Código de Processo Civil, às exceções de impedimento e suspeição, cujo processamento se dará segundo as regras do competente Tribunal Regional Federal (cf. Resolução no 10, do TRF-1ª Região, art. 62).

1.629. Sessão de conciliação

A citação nas causas do juizado é feita no sentido de convocar o réu para comparecer à sessão de conciliação, pois o procedimento é inspirado no princípio da oralidade.

Compete à Secretaria do juizado designar a sessão de conciliação, cuja realização deverá dar-se no prazo de quinze dias (Lei no 9.099, art. 16).

Cabe ao conciliador a condução da audiência de conciliação, sob a supervisão do Juiz (Lei no 12.153, de 22.12.2009, arts. 16 e 26).

Não se obtendo a conciliação, designar-se-á a audiência de instrução e julgamento, se houver provas orais a produzir. Nada impede que se designe, desde logo, uma só audiência para a conciliação e a instrução.

A defesa do réu é de se produzir na sessão de conciliação se esta se frustrar.

1.630. Instrução probatória

Todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são utilizáveis no juizado especial (Lei no 9.099/95, art. 32).

As provas documentais em poder da entidade pública demandada deverão ser fornecidas ao Juizado, até a instalação da audiência de instrução e julgamento (Lei no 10.259, art. 11).

As perícias devem ser realizadas de forma sumária. O juiz nomeará pessoa habilitada que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes (Lei no 10.259, art. 12).

Apenas nas ações previdenciárias e relativas à assistência social, as partes participam da perícia, apresentando quesitos e indicando assistentes (Lei no 10.259, art. 12, § 2º).

Não estão as partes impedidas de produzir *parecer técnico*, obtido extrajudicialmente. Os honorários do técnico nomeado pelo juiz são antecipados à conta de verba orçamentária do Tribunal e, quando vencida na causa a entidade pública, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal (art. 12, § 1º, Lei no 10.259).

As provas orais são colhidas ordinariamente pelo juiz durante a audiência de instrução e julgamento. Pode, no entanto, o conciliador, “para fins de encaminhamento da composição amigável, ouvir as partes e testemunhas sobre os contornos fáticos da controvérsia” (art. 16, § 1º, da Lei no 12.153, de 22.12.2009). Nesse caso, o juiz titular, quando da audiência de instrução, poderá valer-se dos dados coligidos pelo conciliador para “dispensar novos depoimentos, se entender suficientes para o julgamento da causa os esclarecimentos já constantes dos autos, e não houver impugnação das partes” (art. 16, § 2º, da Lei no 12.153/2009).

1.631. A sentença e as máximas de experiência

Segundo dispõe o art. 5º da Lei no 9.099/95, que se aplica tanto ao Juizado Especial Cível como ao Federal, o juiz, ao examinar as provas para fundamentar a sentença, dará especial valor às “regras de experiência comum ou técnica”.

As regras de experiência não se referem a normas de conduta que possam preencher lacunas do ordenamento jurídico. Referem-se apenas e tão somente a critérios de *avaliação das*

provas, que se prestam a tratá-las de forma padronizada, segundo juízos práticos ao alcance de qualquer pessoa, e não apenas de juristas. Correspondem ao procedimento usual nas circunstâncias em que se passaram os fatos debatidos nos autos.

As regras de experiência comum surgem por meio da observação do que comumente acontece. Fazendo parte da cultura normal do juiz, “são por este livremente aplicadas, independentemente de prova”.⁶ O juiz, em suma, “se vale das regras de experiência comum, livremente, para a apreciação e avaliar as provas trazidas ao processo pelos meios regulares, a fim de decidir quanto àquilo que lhe pareça a verdade.”⁷

As regras de experiência técnica não são do domínio comum, por isso são, em princípio, exploradas no processo por meio de concurso de peritos. O juiz não está autorizado a substituir o perito porque a prova técnica, como qualquer outra, se submete a um procedimento necessário, em que se assegura a participação de ambas as partes, em contraditório. Se o juiz faz, por iniciativa própria, um exame técnico ao proferir a sentença, as partes terão sofrido surpresa e prejuízo no debate processual.

O emprego de regras de experiência técnica, portanto, só se permite quando a vulgarização do critério caia no domínio comum, como, por exemplo, a de que determinado produto é tóxico ou de que uma enfermidade acarreta certos efeitos sobre o organismo da pessoa.

1.632. Reexame necessário

O reexame necessário, ou remessa *ex officio*, que o CPC prevê nos casos de sentença contrária à Fazenda Pública não se aplica aos processos do juizado especial federal (Lei no 10.259, art. 13).

§ 256. SISTEMA RECURSAL

Sumário: 1.633. Recursos no Juizado Especial. 1.634. Recurso especial e recurso extraordinário. 1.635. Incidente de uniformização de jurisprudência.

1.633. Recursos no Juizado Especial

No juizado especial cível ou federal não há recurso para os tribunais que formam as instâncias superiores da justiça comum.

A lei prevê o cabimento apenas do recurso ordinário para um colegiado de juízes de primeiro grau, integrado por membros do próprio juizado ou de outros juzizados da mesma natureza. O prazo para tal recurso é de dez dias (Lei nº 9.099/95, art. 42).

No caso de concessão de liminar, de medida cautelar, ou de antecipação de tutela, é de admitir-se agravo para a turma recursal, em face da ressalva contida no art. 5º da Lei nº 10.259, caso em que o recurso se processará segundo as regras do CPC.8 Ainda que não se lhe atribua o nome de agravo, o recurso contra decisão interlocutória deverá observar o procedimento próprio do agravo de instrumento, para evitar a paralisação do processo, que seria incompatível com o princípio informativo da celeridade (Lei nº 9.099, art. 2º).

Quanto às demais decisões interlocutórias, não há recurso. A parte prejudicada deverá simplesmente protestar, para ressaltar sua impugnação, se for o caso, em preliminar do recurso ordinário contra a sentença final.

Os embargos de declaração, obviamente, terão cabimento nos juzizados especiais, já que não se pode aceitar a insanabilidade de sentenças omissas, contraditórias ou obscuras (CPC, art. 535; Lei nº 9.099/art. 48). O prazo é de cinco dias (*idem*, art. 49).

1.634. Recurso especial e recurso extraordinário

Uma vez que o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça somente tem cabimento contra decisões em única ou última instância, dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal (Constituição, art. 105, III), não é de admitir-se recurso da espécie em face de julgado das Turmas Recursais dos Juzizados Especiais Federais.

Já o mesmo não ocorre com o Recurso Extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, visto que o permissivo constitucional, *in casu*, refere-se apenas às causas decididas em única ou última instância (CF, art. 102, III). É que as ofensas à Constituição não podem ser subtraídas à apreciação da Suprema Corte, qualquer que seja o órgão jurisdicional onde se proferir o

decisório de última instância.

Por isso, o art. 15 da Lei no 10.259 estatui que, no Juizado Especial Federal, o recurso extraordinário será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4o a 9o do seu art. 14, e no Regimento do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, para tornar-se cabível o extraordinário, é indispensável esgotar-se a via recursal no âmbito do juizado, ou seja, deve-se interpor, primeiro, o recurso ordinário, a fim de obter-se, com o respectivo julgamento, a decisão de última instância na esfera local.

1.635. Incidente de uniformização de jurisprudência

Em relação à Justiça comum, a divergência de interpretação da lei federal enseja recurso especial, por meio do qual o Superior Tribunal de Justiça procede à desejada uniformização (CF, art. 105, III, c).

Como no âmbito dos juizados especiais federais, as sentenças se sujeitam a recursos decididos por Turmas Recursais que, por isso, não desafiam revisão por recurso especial, a Lei no 10.259 prevê um outro mecanismo processual para contornar o indesejável problema da ocorrência de interpretações divergentes da Lei Federal entre diferentes Turmas Recursais. Trata-se do *pedido de uniformização de interpretação de lei federal*, previsto no art. 14 do referido diploma legal. Não obstante tenha a lei evitado o uso da palavra *recurso*, é mesmo de recurso que se trata na espécie.

Os órgãos competentes para a uniformização serão as *Turmas Conjuntas*, isto é, o órgão formado pelas Turmas Recursais em divergência, dentro da mesma Região (art. 14, § 1o).

Quando o dissídio se der entre Turmas Recursais de Regiões diferentes, e sempre que se decidir contra súmula ou jurisprudência do STJ, a uniformização será julgada por *Turma de Uniformização*, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a previdência do Coordenador da Justiça Federal (§ 2o). A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita por via eletrônica (videoconferência) (§ 3o).

Se a Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que discutirá a divergência (§ 4o). Ao relator, nesse caso, será permitido deferir liminar de suspensão dos processos, quando plausível o direito invocado e presente o risco de dano de difícil reparação (§ 5o). Se julgado necessário, será ouvido o Ministério Público (§ 7o). Também aqui o meio de levar a causa ao STJ será, sem dúvida, um recurso.

Cabe aos Tribunais Regionais Federais regulamentar, em seu âmbito, a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados nos julgamentos de uniformização (§ 10). No âmbito do Superior Tribunal de Justiça a matéria está disciplinada, na parte que lhe toca, por meio do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (Resolução no 390, de 17.09.2004 do Conselho da Justiça Federal).

O prazo para formulação do pedido de uniformização foi fixado em 10 (dez) dias, “a contar da decisão recorrida”, devendo a petição ser instruída com cópia dos julgados divergentes e conter a “análise precisa do pedido”. O processamento ocorrerá nos próprios autos em que se proferiu o decisório impugnado (Resolução no 390/2004 do CJF, art. 6o, § 1o).9

§ 257. EXECUÇÃO E MEDIDAS PREVENTIVAS

Sumário: 1.636. Execução. 1.637. Medidas cautelares. 1.638. Antecipação de tutela.

1.636. Execução

A execução das sentenças proferidas em feitos tramitados perante o Juizado Especial Federal civil será de sua competência (Lei no 10.259, art. 3o).

Embora não haja dispositivo expresso na Lei no 10.259, é de admitir-se, também, como integrantes da competência do Juizado Especial Federal a execução de títulos extrajudiciais contra a Fazenda Pública Federal, desde que se respeite o limite de sessenta salários mínimos.¹⁰

Observar-se-á, nesta última hipótese, o procedimento do art. 730 do CPC. A executada será citada para opor embargos e, não o fazendo, o juiz requisitará o pagamento na forma do art. 17. Não há que se pensar em duplo grau necessário na espécie, mesmo porque esse instituto foi legalmente excluído do âmbito do juizado especial (Lei no 10.259, art. 13).

Por outro lado, a execução das sentenças que imponham cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa certa terá natureza mandamental. Não há, pois, necessidade de *actio iudicati*. O juiz oficiará à autoridade citada para a causa, com cópia da sentença ou do acórdão, ordenando o respectivo cumprimento (Lei no 10.259, art. 16).

Nas condenações de obrigação de pagar quantia certa, o pagamento será efetuado mediante requisição judicial, dentro de sessenta dias, mediante depósito em favor do credor da agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório (Lei no 10.259, art. 17).

Desatendida a requisição, o juiz determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da condenação (*idem*, § 2o).

1.637. Medidas cautelares

No juizado federal, a Lei no 10.259 atribui ao juiz poder de determinar, de ofício ou a requerimento da parte, medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação (art. 4o).

A iniciativa do juiz, na espécie, é maior do que a prevista no Código de Processo Civil, onde somente em casos excepcionais e expressos a medida cautelar se decreta de ofício (CPC, art. 797). O magistrado, na condução da causa no juizado especial federal, sempre terá a faculdade de ordenar medidas cautelares necessárias, mesmo sem requerimento da parte, como se deduz

do art. 4º da Lei nº 10.259.

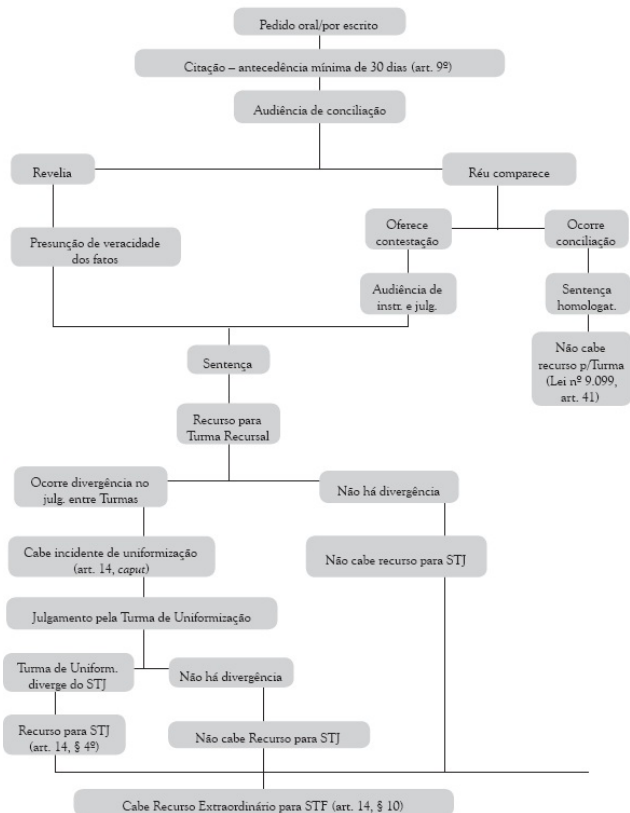
Quando pleiteada pela parte, o deferimento da cautelar não é simples faculdade do juiz. Desde que presentes os requisitos legais, a medida integra direito subjetivo do requerente, a que o juiz não poderá deixar de atender, sob pena de denegação de justiça.

1.638. Antecipação de tutela

Como observa Carreira Alvim, embora silente a Lei nº 10.259 (e também a Lei nº 9.099), não há incompatibilidade entre o procedimento sumaríssimo dos juizados especiais e o instituto da antecipação de tutela, previsto nos arts. 273, 461 e 461-A do CPC. Na lição do eminente processualista, “nos juizados especiais federais, a antecipação de tutela em sentido amplo é mais necessária, aliás, do que nos juizados estaduais, porque a competência dos juizados federais é absoluta, não tendo a parte a opção de se dirigir à vara federal para obter a tutela liminarmente, o que não sucede com os juizados estaduais, em que é deixado à parte optar por eles ou pela justiça comum”.¹¹

Fluxograma nº 100

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CIVIL
(Lei nº 10.259, de 12.07.2001)



-
- 1 CARREIRA ALVIM. J. E. *Juizados Especiais Federais*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 4.
 - 2 STF, Pleno, RE 590.409, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ac. 26.08.2009, *DJe* 29.10.2009. O STJ, em consonância com a exegese do STF, editou a Súmula no 428, segundo a qual “compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária”. Por conseguinte, a competência do STJ, na matéria, somente ocorrerá quando os conflitantes se acharem vinculados a Tribunais Regionais diferentes. Ver, *retro*, o item 1.581-a.
 - 3 CARREIRA ALVIM. *Juizados Especiais Federais*, cit., p. 87.
 - 4 CARREIRA ALVIM. *Op. cit.*, p. 78.
 - 5 CARREIRA ALVIM. *Op. cit.*, p. 162.
 - 6 SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, v. IV, p. 43.
 - 7 CARREIRA ALVIM. *Op. cit.*, p. 139.
 - 8 CARREIRA ALVIM. *Op. cit.*, pp. 95-96.
 - 9 A regulamentação do incidente de uniformização de jurisprudência do Juizado Especial, no âmbito TRF da 1^a Região, consta da Resolução/Presi 600-008, de 05.07.2004, com as alterações das Resoluções/Presi 600-023 e 600-025, respectivamente de 22.08.2005 e 30.09.2005.
 - 10 CARREIRA ALVIM. *Op. cit.*, p. 41.
 - 11 CARREIRA ALVIM. *Op. cit.*, p. 61.

OS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

§ 258. AS PEQUENAS CAUSAS DA FAZENDA PÚBLICA NO ÂMBITO DOS ESTADOS,
DISTRITO FEDERAL, TERRITÓRIOS E MUNICÍPIOS

Sumário: 1.638-a. A instituição dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. 1.638-b. Disciplina legal. 1.638-c. Competência absoluta.

1.638-a. A instituição dos Juizados Especiais da Fazenda Pública

Com base no art. 98, I, da Constituição, a Lei no 12.153, de 22.12.2009, determinou a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, como órgãos da Justiça Comum e integrantes do sistema já existente dos Juizados Especiais (art. 1º, *caput*). Com isso, o sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal passou a ser formado por (a) Juizados Especiais Cíveis; (b) Juizados Especiais Criminais e (c) Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 1º, parágrafo único).

Antes da Lei no 12.153, já existia, no âmbito da União, o Juizado Especial Federal, instituído e regulado pela Lei no 10.259, de 12.07.2001, como órgão da Justiça Federal, com competência para processar, conciliar e julgar causas atribuídas àquela Justiça de valor até sessenta salários mínimos (art. 3º, *caput*).

A Fazenda Pública estadual e municipal, que estava fora do sistema de Juizados Especiais, passou a nele figurar a partir da Lei no 12.153, de 22.12.2009 (*DOU* de 23.12.2009), com vigência programada para seis meses após sua publicação.

Diversamente do que ocorre com os Juizados Especiais Federais, onde não atuam os juízes leigos, os Juizados Especiais da Fazenda Pública instituídos pela Lei no 12.153/2009 funcionam com o concurso de juízes togados, juízes leigos e conciliadores, tal como os demais órgãos judicantes que integram o sistema local de Juizados Especiais no âmbito da Justiça dos Estados (art. 15).

1.638-b. Disciplina legal

Regem-se os Juizados Especiais da Fazenda Pública especificamente pela Lei no 12.153, de 22.12.2009. Subsidiariamente, aplicam-se também as disposições do Código de Processo Civil, da Lei no 9.099, de 26.09.1995 (Lei dos Juizados Especiais e Criminais) e da Lei no 10.259, de 12.07.2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), naquilo que, naturalmente, não conflitar com a disciplina traçada pela lei específica.

Além disso, prevê a Lei no 12.153 que os Tribunais de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça

e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização de jurisprudência e do recurso extraordinário, em relação aos casos julgados pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 20).

1.638-c. Competência absoluta

Não vigora para os Juizados da Fazenda Pública a liberdade de opção das partes entre eles e a justiça ordinária. “No foro onde estiver instalado o Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é *absoluta*” (Lei no 12.153, art. 2o, § 4o).

A competência absoluta *in casu* vigora apenas para as causas ajuizadas depois da instalação do juizado especial, de modo que são vedadas as transferências de demandas aforadas anteriormente perante as varas da justiça ordinária (art. 24).

A Lei no 12.153, por outro lado, permite aos Tribunais de Justiça a implantação dos Juizados Especiais com competência temporariamente menor do que a prevista em seu art. 2o. Essa limitação, porém, só deverá prevalecer até cinco anos a partir da entrada em vigor da Lei no 12.153. A justificativa para a medida será a “necessidade da organização dos serviços judiciários e administrativos” (art. 23). Os Juizados Especiais da Fazenda Pública deverão ser instalados pelos Tribunais de Justiça no prazo de dois anos a contar da vigência da Lei no 12.153 (art. 22).

§ 259. ÓRGÃO JUDICANTE

Sumário: 1.638-d. Composição do órgão judicante. 1.638-e. Competência.

1.638-d. Composição do órgão judicante

O Juizado Especial da Fazenda Pública será presidido por um juiz togado, auxiliado por conciliadores e juízes leigos. As respectivas atribuições são as previstas nos arts. 22, 37 e 40 da Lei nº 9.099/1995 (ver, *retro*, os itens 1.584 a 1.586).

A designação dos conciliadores e juízes leigos far-se-á na forma da legislação dos Estados e do Distrito Federal (Lei nº 12.153, art. 15), observado o seguinte regime:

Os conciliadores e juízes leigos são qualificados legalmente como “auxiliares da justiça” (art. 15, § 1º);

Os conciliadores não precisam ser, necessariamente advogados, mas deverão, de preferência, ser recrutados entre bacharéis em direito (§ 1º);

Os juízes leigos deverão ser advogados com mais de dois anos de experiência (§ 1º, *in fine*); Os juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia, não em sua plenitude, mas apenas perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública, em todo o território nacional, enquanto no desempenho de suas funções (§ 2º);

A condução da audiência de conciliação é feita pelo conciliador, sob supervisão do juiz (art. 16);

A função do juiz leigo é a prevista na Lei nº 9.099/1995 (ver, *retro*, o item 1.586).

1.638-e. Competência

Cabe aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, respeitadas as regras gerais definidoras da competência de foro, “processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos” (Lei nº 12.153, art. 2º, *caput*).

Excluem-se, porém, dessa competência, as seguintes causas, nos termos do § 1º daquele artigo:

I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;

II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios,

autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;

III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

Se a pretensão versar sobre obrigações vincendas, “para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no *caput* deste artigo”, ou seja, 60 (sessenta) salários mínimos (art. 2o, § 2o).

O Projeto aprovado no Congresso previa que ocorrendo litisconsórcio ativo para o limite de sessenta salários, determinado pelo *caput* e pelo § 2o do art. 2o, seria considerado individualmente por autor (§ 3o). O dispositivo, entretanto, foi objeto de veto presidencial. Assim, os pedidos formulados pelos diversos autores consorciados haverão de ser somados e somente prevalecerá a competência do Juizado Especial se o total não ultrapassar sessenta salários mínimos.

§ 260. PARTES

Sumário: 1.638-f. Legitimação. 1.638-g. Ministério Público. 1.638-h. Representação das partes.

1.638-f. Legitimação

Conforme dispõe o art. 5º da Lei nº 12.153, podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:

I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.

Sobre a intervenção de terceiros, observar-se-á o art. 10 da Lei nº 9.099/1995, ou seja, apenas o litisconsórcio se apresenta possível no Juizado Especial da Fazenda Pública. Quaisquer outras figuras interventivas são excluídas.

1.638-g. Ministério Público

Não há previsão de intervenção do Ministério Público no procedimento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Apenas no incidente de Uniformização de Jurisprudência, o relator, se necessário, ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias (art. 19, § 3º).

1.638-h. Representação das partes

Sobre a representação das partes no Juizado Especial da Fazenda Pública prevalecem, em princípio, as regras traçadas pelo art. 9º da Lei nº 9.099/1995 e pelo art. 10 da Lei nº 10.259/2001, quanto aos sujeitos ativos.

Quanto às pessoas jurídicas demandadas, deverão atuar por meio de seus representantes judiciais (CPC, art. 12), aos quais se reconhece o poder de conciliar, transigir ou desistir, nos processos dos Juizados Especiais, em termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação (Lei nº 12.153, art. 8º).

§ 261. ATOS PROCESSUAIS E PROCEDIMENTO

Sumário: 1.638-i. Atos de comunicação processual e prazos. 1.638-j. Petição inicial, citação e resposta. 1.638-k. Audiência de conciliação. 1.638-l. Instrução probatória. 1.638-m. Sentença e recurso de ofício. 1.638-n. Tutela de urgência (medidas cautelares e antecipatórias).

1.638-i. Atos de comunicação processual e prazos

As citações e intimações, nos procedimentos dos Juizados Especiais da Fazenda Pública realizar-se-ão segundo as regras do Código de Processo Civil (Lei no 12.153, art. 6o).

A citação, porém, deverá ser feita com a antecedência mínima de trinta dias da audiência de conciliação (art. 7o).

Os prazos da Fazenda Pública são os mesmos da contraparte. Não prevalecem no Juizado Especial os prazos diferenciados previstos no Código de Processo Civil para as pessoas jurídicas de direito público (art. 7o).

O emprego de meios eletrônicos para as intimações é autorizado pelo art. 8o, § 2o, da Lei no 10.259, cuja disciplina se aplica também aos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Sobre o tema, ver, ainda, o item 1.623, *retro*.

1.638-j. Petição inicial, citação e resposta

A petição inicial pode ser formulada oralmente ou por escrito, observadas as regras do art. 14 da Lei no 9.099/1995 (ver, *retro*, os itens nos 1.594 e 1.626).

O demandado é citado para comparecer a uma audiência de conciliação, onde deverá, se for o caso, oferecer sua contestação.

A resposta pode ser, tal como a inicial, formulada por escrito ou por via oral. Sobre a revelia do ente público, ver o no 1.627, *retro*.

São admissíveis pedidos contrapostos, independentemente de reconvenção (Lei no 9.099, art. 17, parágrafo único) (ver, *retro*, nos 1.599 e 1.627).

As exceções de suspeição e impedimento seguem as regras comuns do Código de Processo Civil.

1.638-k Audiência de conciliação

Ao receber a inicial, o Juizado, por seu órgão competente, designará audiência de conciliação, determinando a citação da pessoa jurídica de direito público, em seu representante judicial, de modo que entre o ato citatório e a audiência permeie um prazo de no mínimo trinta dias (Lei nº 12.153, art. 7º).

Não ocorrendo acordo, o demandado produzirá sua resposta na própria audiência de conciliação, ocasião em que se designará outra audiência para instrução e julgamento, se necessária.

1.638-l. Instrução probatória

É dever da entidade ré “fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação” (Lei nº 12.153, art. 9º).

A prova documental do autor deverá ser produzida com a inicial (CPC, arts. 283 e 396) ou até a audiência de conciliação (Lei nº 9.099, art. 33). Sobre a prova testemunhal e a perícia, ver, *retro*, os itens nos 1.600 e 1.630.

Quanto à prova testemunhal, a Lei nº 12.153 prevê que sua coleta caberá ao juiz que preside a audiência de instrução e julgamento (art. 16, § 2º). Na audiência de conciliação, a lei permite que também o conciliador ouça as partes e testemunhas (art. 16, § 1º). Se esses depoimentos forem julgados suficientes, o juiz dispensará novos testemunhos, desde que não haja impugnação das partes (art. 16, § 2º, *in fine*).

Dispõe, ainda, o art. 10 da Lei nº 12.153, a propósito da *perícia*, que o juiz, reconhecendo sua necessidade para a conciliação ou para o julgamento da causa, nomeará pessoa habilitada, encarregando-a de apresentar o laudo até cinco dias antes da audiência. Como se vê, a lei autoriza o juiz a ordenar a perícia até mesmo antes da audiência de conciliação, embora o normal seja fazê-lo dentro daquela audiência e depois de frustrada a tentativa de solução conciliatória. De qualquer maneira, o laudo sempre deverá ser apresentado antes da audiência, seja ela de conciliação ou de instrução e julgamento.

1.638-m. Sentença e recurso de ofício

Nas causas decididas nos procedimentos do Juizado Especial da Fazenda Pública, mesmo sendo sucumbente o ente público, não há reexame necessário (Lei nº 12.153, art. 11).

1.638-n. Tutela de urgência (medidas cautelares e antecipatórias)

Ao juiz presidente do Juizado Especial da Fazenda Pública é conferido o poder de deferir, de ofício ou a requerimento das partes, medidas cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou incerta reparação (art. 3º da Lei nº 12.153). Observar-se-á, na espécie, a disciplina geral do Código de Processo Civil (art. 273) e a especial que dispõe sobre medidas cautelares e tutela antecipada contra a Fazenda Pública (Leis nos 8.437/1992 e 9.494/1997).

§ 262. SISTEMA RECURSAL

Sumário: 1.638-o. Recursos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. 1.638-p. Uniformização de jurisprudência. 1.638-q. Causas repetitivas. 1.638-r. Medidas de urgência.

1.638-o. Recursos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

Salvo no caso de medidas cautelares e antecipatórias, não cabe recurso contra decisões interlocutórias, no sistema processual da Lei no 12.153 (art. 4o).

As sentenças nos Juizados Especiais da Fazenda Pública são recorríveis, mas não ensejam apelação para o Tribunal de Justiça, nem recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Pode caber, no entanto, recurso extraordinário para o Superior Tribunal de Justiça. Pode caber, no entanto, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal do que restar decidido pelas turmas recursais internas do juizado (art. 21).

O recurso manejável contra a sentença é endereçado à *Turma Recursal* integrante do Sistema dos Juizados Especiais, a qual se compõe de juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, na forma prevista na legislação local, com mandato de dois anos. O recrutamento, de preferência, será feito entre os juízes integrados ao sistema dos Juizados Especiais.²

É do acórdão da Turma Recursal, e não diretamente da sentença, que se poderá cogitar do recurso extraordinário para o STF, em caso de ofensa à Constituição, desde que configurada a “repercussão geral” (CF, art. 102, inc. III e § 3o).

1.638-p. Uniformização de jurisprudência

Prevê a Lei no 12.153/2009 o incidente de *uniformização de jurisprudência*, que poderá ser provocado por pedido da parte interessada, quando ocorrer “divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre *questões de direito material*” (arts. 18, *caput*).³

O julgamento do incidente será feito em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência de um desembargador indicado pelo Tribunal de Justiça da unidade federativa a que pertençam ambas as Turmas (art. 18, § 1o). Se os juízes tiverem sede em cidades diversas, a reunião das Turmas poderá ser feita por meio eletrônico (art. 18, § 2o).

Quando as Turmas divergentes pertencerem a Estados diversos, ou quando a divergência envolver decisão em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido de uniformização será por este julgado (art. 18, § 3o).

O Superior Tribunal de Justiça será também convocado a manifestar-se, a pedido da parte, quando a solução adotada pelas Turmas locais de Uniformização contrariar súmula daquela Corte Superior (art. 19, *caput*).

1.638-q. Causas repetitivas

Configurada a situação de múltiplas causas em torno de questões idênticas àquelas já submetidas à uniformização do STJ, os pedidos subsequentes ficarão retidos nos autos, aguardando o pronunciamento do STJ (art. 19, § 1o).

No STJ, observar-se-ão as seguintes medidas:

a) “Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Presidente da Turma de Uniformização e, nos casos previstos em lei, ouvirá o Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias” (art. 19, § 3o).

b) “Decorridos os prazos referidos nos §§ 3o e 4o, o relator incluirá o pedido em pauta na sessão, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os *habeas corpus* e os mandados de segurança” (art. 19, § 5o).

c) “Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 1o serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou os declararão prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça” (art. 19, § 6o).

O Projeto aprovado no Congresso permitia a intervenção de *amicus curiae* no incidente de uniformização (§ 4o do art. 19), mas o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República.⁴

1.638-r. Medidas de urgência

O relator, nos casos de uniformização presididos pelo Tribunal de Justiça ou pelo Superior Tribunal de Justiça, poderá conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar de suspensão dos processos, dentro dos quais se estabeleceu a controvérsia. Os fundamentos da medida de urgência serão (i) a plausibilidade do direito invocado e (ii) o fundado receio de dano de difícil reparação (art. 19, § 2o).

§ 263. SISTEMA DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Sumário: 1.638-s. Cumprimento da sentença. 1.638-t. Obrigações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa. 1.638-u. Obrigações de quantia certa.

1.638-s. Cumprimento da sentença

Há regras especiais na Lei no 12.153 que disciplinam o cumprimento da sentença ou do acordo, nos processos dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, fazendo a necessária diferenciação entre a efetivação das obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa certa e de prestar quantia certa (arts. 12 e 13).

1.638-t. Obrigações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa

O cumprimento do acordo ou da sentença, com trânsito em julgado, que imponha obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa certa será efetuado mediante ofício do juiz à autoridade citada para a causa, com cópia da sentença ou do acordo (art. 12 da Lei no 12.153).

1.638-u. Obrigações de quantia certa

O cumprimento de sentença relativo a obrigação de pagar quantia certa dar-se-á após o respectivo trânsito em julgado, observados os procedimentos traçados pelo art. 13 da Lei no 12.153:

a) Se a obrigação for de pequeno valor (CF, art. 100, § 3º), a execução dar-se-á mediante *requisição judicial*, feita em ofício à autoridade que foi inicialmente citada para a causa, *independentemente* de precatório. O pagamento deverá ser realizado no prazo máximo de sessenta dias (art. 13, I).

Se a requisição judicial for desatendida, o juiz imediatamente “determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão” (art. 13, § 1º, da Lei no 12.153).

b) Sendo o montante superior àquele definido como de pequeno valor, o cumprimento da sentença dar-se-á por meio de *precatório* (art. 13, II).

São estatuídas, ainda, pela Lei no 12.153 as seguintes regras a serem observadas na execução das sentenças relativas a obrigações de quantia certa:

a) “As obrigações definidas como de pequeno valor a serem pagas independentemente e

precatório terão como limite o que for estabelecido na lei do respectivo ente da Federação” (art. 13, § 2º).

b) “Até que se dê a publicação das leis de que trata o § 2º, os valores serão:

I – 40 (quarenta) salários mínimos, quanto aos Estados e ao Distrito Federal;

II – 30 (trinta) salários mínimos, quanto aos Municípios” (art. 13, § 3º).

c) “São vedados o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no inciso I do *caput* e, em parte, mediante expedição de precatório, bem como a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago” (art. 13, § 4º).

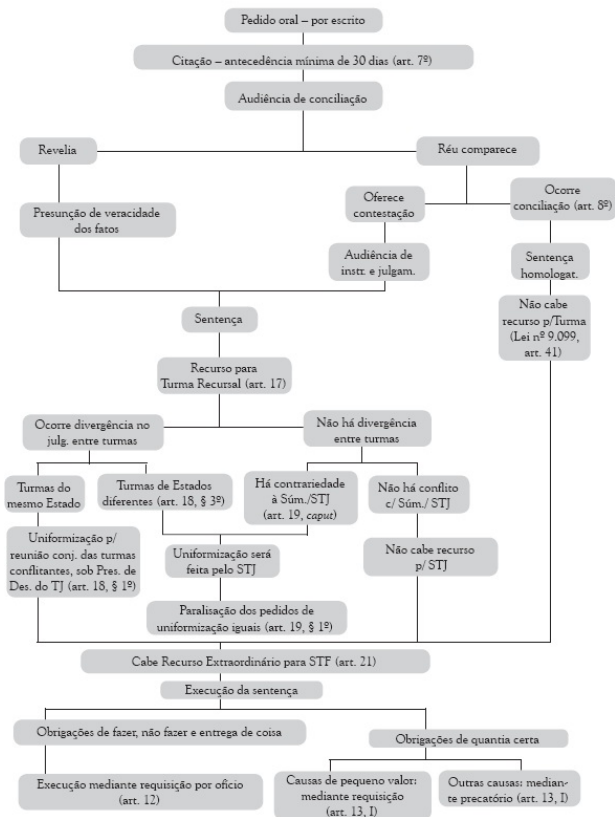
d) “Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido para pagamento independentemente do precatório, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório” (art. § 5º).

e) “O saque do valor depositado poderá ser feito pela parte autora, pessoalmente, em qualquer agência do banco depositário, independentemente de alvará” (art. 13, § 6º).

f) “O saque por meio de procurador somente poderá ser feito na agência destinatária do depósito, mediante procuração específica, com firma reconhecida, da qual constem o valor originalmente depositado e sua procedência” (art. 13, § 7º).

Fluxograma no 100-a

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA
(Lei nº 12.153/2009)



-
- 1 As razões do veto ao § 3º do art. 2º foram as seguintes: “ao estabelecer que o valor da causa será considerado individualmente, por autor, o dispositivo insere nas competências dos Juizados Especiais ações de maior complexidade e, conseqüentemente, incompatíveis com os princípios da oralidade e da simplicidade, entre outros previstos na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995” (*DOU* de 23.12.2009).
 - 2 Lei nº 12.153/2009, art. 17: “§ 1º A designação dos juizes das Turmas Recursais obedecerá aos critérios de antiguidade e merecimento. § 2º Não será permitida a recondução, salvo quando não houver outro juiz na sede da Turma Recursal.”
 - 3 O prazo e as formalidades do incidente serão tratados na legislação local de que cogita o art. 1º da Lei nº 12.153 e na regulamentação prevista no art. 20 da mesma lei. Subsidiariamente, observar-se-á a Lei nº 10.259/2001, que já contém disciplina de sistema similar de uniformização para o âmbito da Justiça Federal.
 - 4 *Razões do veto*: “Ao permitir a intervenção de qualquer pessoa, ainda que não seja parte do processo, o dispositivo cria espécie *sui generis* de intervenção de terceiros, incompatível com os princípios essenciais aos Juizados Especiais, como a celeridade e a simplicidade” (*DOU* de 23.12.2009).

§ 264. A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO

Sumário: 1.639. O direito processual constitucional. 1.640. Os fundamentos do direito processual constitucional.

1.639. O direito processual constitucional

O moderno Estado Democrático de Direito, nos moldes da Constituição brasileira, não só se preocupa com a institucionalização da tutela jurisdicional como tem no Poder Judiciário o principal instrumento de defesa e realização da ordem constitucional. Com efeito, é à Justiça que compete interpretar e fazer atuar a Constituição, sempre que o legislador ou qualquer agente do Poder Público tiver seus atos questionados em face de alguma norma ou princípio constitucionais.

De duas maneiras a Constituição interfere na disciplina do direito processual: a) estabelecendo, no plano geral, os fundamentos da tutela jurisdicional; e b) instituindo alguns remédios processuais, que servem especificamente para proteger as pessoas contra abusos de autoridade, como, *v.g.*, o *habeas corpus*, a *ação popular*, o *mandado de segurança* etc.

1.640. Os fundamentos do direito processual constitucional

Dentre os diversos princípios consagrados pela Constituição, em matéria de jurisdição, o primeiro é, sem dúvida, o do *acesso à justiça*. Nenhuma lesão ou ameaça a direito subjetivo pode ser subtraída ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). O Estado proíbe, em regra, a justiça privada (justiça pelas *próprias mãos* do ofendido), mas garante a todos a tutela jurisdicional.

Mas, para cumprir seu papel tutelar, não basta ao Estado instituir regras formais para determinar o procedimento de acesso aos juízos e tribunais. Esses procedimentos e os deveres dos órgãos jurisdicionais hão de representar a efetiva sistemática de pleno acesso à justiça, não só no sentido formal, mas, sobretudo, no sentido substancial. A tarefa do Poder Judiciário não é apenas a de dar solução aos conflitos jurídicos, mas a de garantir, com toda eficiência, a realização da Justiça, proporcionando aos titulares dos direitos subjetivos tudo aquilo que, segundo a ordem jurídica material, lhes cabe obter.

A prestação do Poder Judiciário, destarte, está profundamente comprometida com o princípio da *efetividade*. Por isso, o acesso à justiça se faz com a observância da garantia constitucional do *devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV), nela compreendidas tanto a meta do procedimento legal como sua adequação a realizar a justiça material. Daí a garantia do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV), a do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII), a

da verdade real, assentada na publicidade da prestação jurisdicional e na fundamentação obrigatória das sentenças e decisões (CF, art. 93, IX), bem como na garantia de razoável duração do processo e dos meios que assegurem a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, acrescido pela EC nº 45, de 08.12.2004).

Todas essas garantias processuais aplicam-se aos procedimentos criados pela própria Constituição (ações constitucionais) como aos instituídos pela legislação ordinária (Códigos de Processo e legislação extravagante).

Uma vez que a garantia constitucional de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) compreende a efetividade da tutela jurisdicional, e esta não prescinde dos mecanismos de urgência, como as medidas cautelares e as antecipações de tutela, é claro que nas ações constitucionais estes expedientes não podem deixar de atuar, quando necessários. Cuidam da sua disciplina, quando deferidos contra o Poder Público, as Leis nos 8.437, de 30.06.1992, e 10.444, de 07.05.2002. Dentre os remédios previstos nessa legislação especial, figura o incidente de suspensão das liminares, por ato singular do Presidente do Tribunal competente, para evitar abusos em detrimento dos interesses públicos superiores, a exemplo do que já dispunha a Lei nº 4.348, de 26.06.1964, em relação ao mandado de segurança.¹ Para impugnar essa decisão presidencial, a Lei nº 8.437/1992 autoriza o agravo interno, dirigido ao Colegiado do Tribunal, tanto nos casos de deferimento como de indeferimento da suspensão (art. 4º, §§ 1º e 3º).

§ 265. MANDADO DE SEGURANÇA

Sumário: 1.641. Conceito. 1.642. Natureza da ação. 1.643. Legitimação ativa. 1.644. Legitimação passiva. 1.644-a. Pessoas equiparadas às autoridades, para fins de mandado de segurança. 1.645. Ato de autoridade judicial. 1.645-a. Ato sujeito a recurso administrativo. 1.646. Litisconsórcio. 1.646-a. Assistência. 1.647. Pressuposto especial do mandado de segurança: direito líquido e certo. 1.648. Procedimento. 1.648-a. Instrução por meio de documentos ainda não obtidos pelo impetrante. 1.649. Liminar. 1.649-a. Suspensão da Segurança 1.650. Prazo decadencial para impetrar o mandado de segurança. 1.651. Competência. 1.651-a. Desistência do mandado de segurança. 1.652. Sentença e coisa julgada. 1.652-a. Inovações processuais da Lei no 12.016, de 07.08.2009.

1.641. Conceito

Mandado de segurança é o remédio processual constitucional, manejável contra qualquer autoridade pública ou agente de pessoa jurídica que exerça atribuições do Poder Público, e que cometa ilegalidade ou abuso de poder, tendo como objetivo proteger o titular de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (CF, art. 5º, LXIX). Como o *habeas corpus* assegura a liberdade pessoal (direito de ir e vir) (CF, art. 5º, LXVIII) e o *habeas data*, a possibilidade de conhecer e controlar as informações pessoais constantes de arquivos públicos (CF, art. 5º, LXXII), a conclusão é que a cobertura do mandado de segurança é a mais ampla possível. Compreende todo e qualquer direito subjetivo que, não alcançado pelos dois remédios já referidos, se enquadre na configuração de *direito líquido e certo*.

Cabe a impetração da segurança tanto nos casos de direito violado como naqueles em que este se ache apenas ameaçado. O *mandamus*, portanto, é admitido como remédio reparador de lesão consumada por ato de autoridade e também como medida preventiva em favor de quem se depare com “justo receio” de sofrer semelhante tipo de lesão (Lei no 12.016/2009, art. 1º).

Todavia, não se presta o *writ* em questão para atacar a lei em tese, conforme preconiza o Supremo Tribunal Federal (Súmula 266). Urge, no entanto, distinguir entre mandado de segurança contra *lei em tese* e mandado de segurança *preventivo*. Para que se configure a primeira hipótese é necessário que a impetração se volte contra dispositivo legal que a parte, abstratamente, entenda como inválido, sem apoiar-se em situação fática capaz de colocá-lo sob o alcance imediato ou iminente da norma atacada. Por outro lado, para o uso do mandado preventivo não se exige que a autoridade pública tenha ameaçado *in concreto* aplicar o preceito

legal. Mas é necessário que a situação fática do impetrante já o ponha em condições de sofrer a incidência lesiva da norma. A ameaça de lesão, portanto, torna-se real e concreta, justificando o mandado de segurança preventivo, mesmo antes de a autoridade tomar a iniciativa de submeter a parte aos efeitos da norma inválida ou injurídica.² Quando tal ocorre, não é lícito qualificar a impetração como ataque à lei em tese. Trata-se de legítimo mandado de segurança preventivo, autorizado pelo art. 1º da Lei nº 12.016.3

A disciplina procedimental específica do mandado de segurança consta da Lei nº 12.016, de 07.08.2009, que revogou a Lei nº 1.533, de 31.12.1951 e toda a legislação que, desde a época da Constituição de 1946, vinha regendo o acesso a esse remédio processual.

1.642. Natureza da ação

O mandado de segurança não é um simples processo de conhecimento para declaração de direitos individuais. Não se limita à condenação para preparar futura execução forçada contra o Poder Público. É procedimento especial com imediata e implícita força executiva contra os atos administrativos. Acolhida a segurança impetrada, o juiz vai além da simples declaração e condenação. Expede ordem de autoridade para cumprimento imediato. Fala-se, por isso, em ação *mandamental*.

Não cabe à autoridade coatora resistir ao cumprimento do mandado judicial. Ter-se-á na hipótese desobediência à ordem legal de autoridade competente, sujeitando o descumpridor às penas administrativas e criminais correspondentes à desobediência (Lei nº 12.016, art. 26).

O juiz poderá valer-se de todos os instrumentos do Poder Público tendentes a submeter a autoridade coatora à ordem de segurança, inclusive a prisão do infrator, em casos extremos.⁴

1.643. Legitimação ativa

Qualquer pessoa pode lançar mão do mandado de segurança para corrigir o ato abusivo de agente do Poder Público, que lhe tenha ofendido direito líquido e certo. Não importa se pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, se brasileiro ou estrangeiro.⁵

Também entidades despersonalizadas, como o espólio, a massa falida e o condomínio, legitimam-se, quando dotadas de personalidade formal para o processo, ao exercício do mandato de segurança, se o patrimônio que representam vier a ser ofendido por abuso de autoridade. Até mesmo organismos de direito público sem personalidade jurídica podem se defender por meio da ação mandamental, se agirem na defesa de suas prerrogativas institucionais, quando violadas por outros entes da organização do Poder Público. É o caso, v.g., da Presidência da República e a Câmara dos Deputados, do Prefeito e a Câmara de Vereadores, da Mesa do Senado ou da Câmara, do Governador e a Assembleia, dos Tribunais e do Ministério Público etc.⁶

Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, não se impõe um litisconsórcio ativo necessário para sua tutela em juízo, por via do mandado de segurança. Qualquer um dos cotitulares poderá impetrá-lo singularmente. Se resolverem fazê-lo em conjunto, o litisconsórcio ativo será apenas facultativo (Lei nº 12.016, art. 1º, § 3º).

1.644. Legitimação passiva

Como dispõe o art. 1º da Lei nº 12.016, o mandado de segurança é concedido contra ato de autoridade que tenha cometido abuso de poder em detrimento de direito líquido e certo do impetrante. Exige, no entanto, que este, na petição inicial, identifique não só a autoridade coatora como também a pessoa jurídica a que o agente do ato impugnado se acha integrado (art. 6º).

O mandado de segurança é proposto, diretamente, contra a autoridade que praticou o ato abusivo, a quem se determinará, em lugar da tradicional contestação, a prestação de informações no prazo da lei. Com isso, há quem entenda que o sujeito passivo, na espécie, seria a própria autoridade, e não a pessoa jurídica de direito público em cujo nome se praticou o ato impugnado, isto é, a União, o Estado, o Município etc.

Na verdade, a melhor exegese sempre foi a que atribui à autoridade coatora apenas a legitimidade formal para defender a pessoa jurídica de direito público em cujo nome atuou na prática do ato discutido na *mandamus*. Com efeito, a repercussão do processo operará toda sobre os poderes e interesses daquela pessoa pública, e não apenas sobre a autoridade notificada. Não há como, portanto, ignorar a participação substancial da entidade no processo.⁷ A atual Lei do Mandado de Segurança segue, explicitamente, esse entendimento, pois determina que, concomitantemente, se proceda à notificação à autoridade coatora e se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (Lei nº 12.016, art. 7º, I e II).

O agente da pessoa jurídica responsável pelo ato impugnado pode e deve defendê-lo, agindo, pois, no processo, como representante especial da pessoa jurídica em cujo nome atuou. Essa atuação processual, porém, não exclui a legitimidade da pessoa jurídica para, querendo, intervir, também, através de seu órgão institucional de representação judicial. Se isto acontecer, duas entidades poderão atuar paralelamente na defesa do ato impugnado: o coator e o procurador da pessoa jurídica.

Para não deixar dúvida quanto à posição da pessoa jurídica dentro da relação processual, a Lei nº 12.016 exige do impetrante que indique qual é, no caso deduzido em juízo, a pessoa jurídica a que a autoridade coatora se acha integrada (art. 6º). Isto, porém, não leva à constituição de um litisconsórcio entre o coator e a pessoa jurídica. O coator é apenas um órgão da pessoa jurídica, de maneira que não são duas entidades distintas que figuram no polo passivo da ação. Há simplesmente possibilidade de dois órgãos diferentes da mesma pessoa jurídica atuarem em seu nome, em caráter eventual, e por pura conveniência do único sujeito passivo da ação. É por isso que o primeiro órgão recebe a citação e o segundo apenas é intimado da impetração.

No regime da Lei nº 1.533/1951, existia entendimento jurisdicional que vedava à autoridade coatora a possibilidade de recorrer da sentença proferida na ação de segurança. O recurso somente seria manejável pela pessoa jurídica interessada.⁸ A Lei nova, embora reconheça a posição de parte à pessoa jurídica, tanto que seu representante judicial deve ser cientificado da impetração, não retira do coator a legitimidade para recorrer da sentença contrária à posição adotada no ato questionado em juízo (Lei nº 12.016, art. 14, § 2º).

Continua, é bom esclarecer, pertencendo à pessoa jurídica o direito originário de recorrer da sentença que defere a segurança postulada, pois são direitos, poderes e interesses seus que, fundamentalmente, estão em jogo no processo. O que a nova lei faz é *estender*, também, à autoridade coatora o direito de recorrer, como aliás se lê no § 2º do citado art. 14 da Lei nº 12.016. Dessa maneira, tanto podem recorrer um ou outro dos legitimados, ou até mesmo ambos,

conforme o caso e os interesses em jogo. Pode até mesmo haver interesse próprio de um dos legitimados que não seja compartilhado pelo outro. Por exemplo: o representante judicial da pessoa jurídica não recorre porque pensa ter havido mesmo abuso de autoridade, enquanto o coator tem interesse próprio em demonstrar que não cometeu dito abuso e, sim, atuou dentro da legalidade. Daí por que a atitude recursal de um não deve, necessariamente, prejudicar a do outro.

Por outro lado, para figurar na ação de segurança não basta ser funcionário ou agente envolvido na prática do ato abusivo. Para ocupar legitimamente a posição de *autoridade*, exige-se do agente que tenha poderes para decidir sobre a prática do ato impugnado. Quem apenas o realizou em cumprimento de ordens de outrem não chega a configurar a autoridade coatora de que fala a lei. Só quem dispõe de poder para ordená-lo e revogá-lo deixa de ser mero executor material para assumir, na esfera do *mandamus*, a condição de autoridade coatora.⁹

Não é, outrossim, sujeito passivo do mandado de segurança quem apenas exerce o poder normativo, por meio da edição de lei, decreto, regulamento, portaria etc. Não cabe o *writ*, em princípio, contra lei em tese.¹⁰ Salvo se se tratar de ato normativo de efeitos concretos, capazes de afetar imediatamente situação jurídica individual.¹¹

Há posições radicais na jurisprudência que não toleram o erro cometido pelo impetrante na nomeação da autoridade coatora, considerando inviável o prosseguimento do feito por ilegitimidade passiva *ad causam*, se o autor não corrigir a petição inicial em tempo hábil. Ao magistrado não seria lícito substituir a autoridade coatora *ex officio*. O problema deve ser enfrentado com certa flexibilidade. Se do contexto narrado na petição inicial se revela possível entrever quem seria a verdadeira autoridade coatora, não há impropriedade na determinação de sua notificação, desde que se considere como adequada a teoria de que a verdadeira parte do *mandamus* é a pessoa jurídica de direito público, e não o agente que o representa em juízo,¹² como, aliás, o faz a Lei nº 12.016, nos dispositivos já apontados.

Quando se trata de agente delegado, como nas concessões administrativas, a legitimidade passiva, para o mandado de segurança, é do concessionário.¹³ O mesmo, porém, não se passa com o simples permissionário, porque não chega a assumir a qualidade de autoridade no desempenho da atividade permitida.¹⁴

É possível que a impetração se volte contra ato de algum colegiado (comissão, conselho etc.). O *mandamus*, em tal situação, haverá de ser proposto contra o órgão, e a notificação recairá sobre seu presidente. A Lei nº 12.016 cuidou de clarear esta circunstância dispondo que: “considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”.

1644-a. Pessoas equiparadas às autoridades, para fins de mandado de segurança

O mandado de segurança foi concebido, de maneira imediata, para controle do comportamento *abusivo* ou *ilegal* de autoridade pública, ou seja, de agentes investidos de poder dentro dos órgãos da Administração Pública direta.

Há, contudo, equiparação legal que permite o seu manejo, também, contra entes que não chegam a se vincular à Administração, mas que desempenham tarefas e serviços de caráter público. O § 1º do art. 1º da Lei nº 12.016, nesse sentido, equipara a autoridade, para figurar no

polo passivo do mandado de segurança:

- a) representantes ou órgãos de partidos políticos;
- b) administradores de atividades autárquicas;
- c) dirigentes de pessoas jurídicas ou pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, caso em que o *writ* somente será admissível enquanto disser respeito às atribuições delegadas.

Quando as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as concessionárias de serviço praticarem “atos de gestão comercial”, a seu respeito não terá cabimento o recurso do mandado de segurança (Lei nº 12.016, art. 1º, § 2º). É que quando os entes públicos interferem na atividade econômica, o regime jurídico a que sujeitam é o do direito privado, e não o da administração pública (CF, art. 173, § 1º, II).

1.645. Ato de autoridade judicial

Em princípio, não cabe mandado de segurança contra decisão judicial, porque o modo de impugná-la já consta do próprio procedimento observado em juízo. É, pois, pelo recurso que se sana o erro ou o abuso cometido pela autoridade judiciária, no bojo dos processos.

Mas, se o ato do juiz é insuscetível de recurso, ou se o recurso interponível não é dotado de efeito suspensivo, capaz de evitar a consumação do ato abusivo, não há como excluí-lo da área garantida pelo mandado de segurança (Lei nº 12.016, art. 5º, II).

No entanto, depois que a Lei nº 9.139, de 30.11.1995, introduziu modificação ao art. 558 e seu parágrafo único, do CPC, para autorizar o relator, em agravo e apelação, a suspender a decisão recorrida, sempre que houver risco de lesão grave e de difícil reparação e a fundamentação do recurso se mostrar relevante, forçoso é reconhecer que em tal conjuntura não se terá mais condições de admitir o mandado de segurança.

Somente, pois, aos terceiros que foram atingidos pela decisão judicial sem serem partes no processo e às partes que se virem diante de decisões teratológicas, em que a via recursal seja insuficiente para impedir a imediata lesão de direito líquido e certo, é que estará franqueada a reação fora do sistema recursal e pelo remédio extremo do mandado de segurança¹⁵ (sobre a impetração do mandado de segurança em lugar dos embargos de terceiro, v., *retro*, o nº 1435-a).

Enfim, para o simples fim de atribuir efeito suspensivo ao agravo ou à apelação, o mandado de segurança não é mais remédio processual utilizável, diante da nova sistemática do art. 558 do CPC. A não ser se o relator do Tribunal se recusar a impedir liminarmente o abuso cometido pela decisão recorrida.¹⁶

1.645-a. Ato sujeito a recurso administrativo

Dispõe o art. 5º, I, da Lei nº 12.016, que o mandado de segurança não será concedido quando se tratar de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução. A razão da norma é que o recurso, uma vez interposto, afasta a ameaça do dano que o ato do coator representava. Mas a parte não é obrigada a recorrer no processo administrativo pela simples razão de o recurso contar com efeito suspensivo. Se recorrer, não poderá usar o mandado de segurança, porque a ameaça de lesão terá sido superada pela eficácia suspensiva do

recurso. Se, porém, deixar de recorrer no prazo legal, o processo administrativo se encerrará, tornando definitiva a eventual ofensa ao direito da parte. O direito de se valer do *mandamus* estará configurado, independentemente do esgotamento da via administrativa. Em outros termos, o prévio esgotamento da esfera administrativa não se apresenta como pressuposto para o aforamento de qualquer demanda, nem mesmo do mandado de segurança.

1.646. Litisconsórcio

É possível a formação de litisconsórcio, tanto ativo como passivo, em mandado de segurança. O litisconsórcio ativo é, em regra facultativo, podendo, v.g., vários atingidos individualmente por um mesmo ato administrativo reunirem-se para a propositura de um *writ* comum (Lei nº 12.016, art. 1º, § 3º). Já o litisconsórcio passivo é mais frequente sob a modalidade de litisconsórcio necessário. É o que se passa quando o ataque do impetrante se dirige contra ato da administração que gerou situação jurídica em favor de outrem. Ao pretender desconstituir tal ato, o impetrante está atuando não apenas contra o agente da Administração, mas igualmente contra o particular que se aproveitou do seu ato. É impossível, na sistemática processual, esse tipo de desconstituição, sem que todos os sujeitos interessados participem da relação processual (CPC, art. 47).¹⁷ Por isso, “extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário” (STF, Súmula nº 631). Incide plenamente, na espécie, a sanção prevista no parágrafo único do art. 47 do CPC.

Um caso em que, com bastante frequência, se impõe o litisconsórcio necessário entre a autoridade coatora e terceiro é o do mandado de segurança contra ato judicial. É que, no processo contencioso, principalmente, quase sempre o ato do juiz que prejudica uma das partes favorece ou interessa a outra. Desfazê-lo, portanto, envolve repercussão sobre ambas as partes do processo, razão pela qual a impetração haverá de incluir o adversário do requerente no polo passivo da ação mandamental, para cumprir o disposto nos arts. 47 do CPC e 24 da Lei nº 12.016.

1.646-a. Assistência

Muito se discute em doutrina sobre o cabimento ou não da assistência na ação de mandado de segurança.¹⁸ Na jurisprudência dos tribunais superiores predomina o entendimento de que não é compatível com o procedimento especial do *mandamus* a aludida figura de intervenção de terceiro.

A posição do Supremo Tribunal Federal, retratada em decisão de seu Pleno, é clara e se fixa pela inadmissão da assistência na esfera do mandado de segurança pelos seguintes fundamentos; a) o caráter sumário do mandado de segurança confere-lhe especialidade procedimental que repele a aplicação subsidiária de normas do CPC, que lhe contrariem regras expressas; b) o incidente de intervenção do art. 51 do CPC – que possibilita contraditório, com eventuais recursos, é de todo incompatível com o rito especial da ação mandamental; c) diversamente, o litisconsórcio, admitido no mandado de segurança, não é forma de intervenção de terceiro, podendo ser reconhecido de plano, até porque concernente à regularidade subjetiva do processo; d) a Lei nº 1.533/1951 [e também a Lei nº 12.016/2009, que a substituiu], por ser

manifestamente excepcional, não poderia ter ampliado o seu alcance.¹⁹

Convém lembrar que, sendo por demais conhecido o debate em torno da assistência ao tempo da Lei nº 1.533/1951, e tendo a nova Lei do Mandado de Segurança mantido a previsão da participação de terceiros apenas no regime do litisconsórcio (Lei nº 12.016/2009, art. 24), tudo conspira a revelar a vontade legislativa de não inovar em relação à jurisprudência formada, perante a lei velha, segundo a qual a assistência não tem lugar dentro do procedimento especial da ação de segurança.

1.647. Pressuposto especial do mandado de segurança: direito líquido e certo

Quando a Constituição endereça o mandado de segurança à defesa do direito *líquido e certo*, “está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, *direito líquido e certo é direito comprovado de plano*”.²⁰

O que importa não é a maior ou menor complexidade da tese jurídica, mas a prova préconstituída (documental) do seu suporte fático. Se a demonstração do direito do impetrante estiver na dependência de investigação probatória, ainda a ser feita em juízo, o caso não é de mandado de segurança. Terá de ser resolvido pelas vias ordinárias. O procedimento do *mandamus* é sumário e não contém fase para coleta de outras provas que não as documentais, imediatamente exibíveis. Enfim, “o que se exige é *prova pré-constituída* das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante”.²¹ Entretanto, a controvérsia acaso existente apenas sobre a matéria de direito, por complexa que seja, não impedirá a concessão do mandado de segurança (STF, Súmula nº 625).

É possível fundamentar-se o mandado de segurança em documento que se acha em poder de repartição pública ou de terceiro. Há um incidente próprio para obtenção de certidão ou exibição do próprio original, que é regulado pelos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei nº 12.016 (ver, adiante, o nº 1.648-a).

1.648. Procedimento

O procedimento do mandado de segurança é o mais singelo possível, já que não há a fase destinada à instrução probatória.

A proposição se dá por meio de petição inicial, apresentada em duas vias e acompanhada obrigatoriamente da prova pré-constituída a respeito da *causa petendi* (Lei nº 12.016, art. 6º). Junto à segunda via da petição constará cópia da documentação que instrui a primeira via.

A autoridade coatora é *notificada* (a lei especial não fala em citação, mas a função da notificação é a mesma da citação) e terá dez dias para prestar suas *informações* (as quais fazem as vezes da contestação) (Lei nº 12.016, art. 7º, I). É também intimada a pessoa jurídica a que se vincula o coator, para que, querendo, ingresse no feito. Essa intimação se realiza junto ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica, é feita sem prazo, de modo a permitir que a intervenção, se for do interesse da Administração, possa acontecer a qualquer tempo ou fase do processo, respeitadas, é óbvio, as etapas já vencidas e preclusas.²²

A Lei do Mandado de Segurança fala em *dar ciência* ao representante judicial da pessoa

jurídica interessada. Aqui, como na citação da autoridade coatora, o legislador evita a nomenclatura consagrada pelo Código de Processo Civil em matéria de comunicação processual. A natureza da coisa, porém, não se transmuda pela simples adoção de linguagem diversa. *Dar ciência* a alguém (parte ou não do processo) de ato ou fato processual vem a ser justamente a prática de *intimação*. Com efeito, *intimação*, a teor do art. 234 do CPC, outra coisa não é que “o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”.

Quando, pois, a Lei no 12.016 determina seja dada ciência da impetração à pessoa jurídica interessada, está na verdade ordenando sua *intimação*, em sentido técnico.

A participação do Ministério Público é obrigatória (Lei no 12.016, art. 12), cabendo-lhe opinar no prazo improrrogável de dez dias. E o juiz terá trinta dias para, em seguida, proferir a sua sentença, tenha ou não o órgão ministerial apresentado seu parecer (art. 12, parágrafo único).

Pela natureza da ação constitucional não se aplicam ao *writ* os efeitos usuais da revelia. O juiz decide a causa, com ou sem a resposta da autoridade coatora, mas formulará sua sentença apenas segundo a prova realmente produzida e o direito aplicável à espécie.

Da sentença que denegar ou conceder a segurança caberá recurso de apelação (Lei no 12.016, art. 14, *caput*). Da que conceder, caberá remessa obrigatória para cumprimento de duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 14, § 1º). O direito de recorrer voluntariamente é tanto da pessoa jurídica interessada como da autoridade coatora (art. 14, § 2º).

Sendo deferida a segurança, a apelação não terá efeito suspensivo, tornando possível a execução provisória. Tal, porém, não se dará naqueles casos em que a lei não permite a concessão da medida liminar (Lei no 12.016, arts. 14, § 3º, e 7º, § 2º), quando, então, a execução somente será possível após o trânsito em julgado da sentença definitiva.

1.648-a. Instrução por meio de documentos ainda não obtidos pelo impetrante

O autor da ação de segurança depende de prova documental para atender ao requisito da tutela especial que o *writ* constitucional lhe confere. Às vezes, este documento existe, mas está fora do alcance imediato do interessado, já que quem o detém não se dispõe voluntariamente a cooperar com o litigante. Nem por isso estará irremediavelmente trancado seu acesso ao mandado de segurança.

A Lei no 12.016 prevê um incidente que *in limine litis* pode contornar o embaraço, tanto em face de repartição ou estabelecimento público como de particular: a requerimento da parte, “o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias” (art. 6º, § 1º). Se a exibição for do original, este não ficará retido. O escrivão extrairá cópias, juntando-as aos autos e à segunda via da inicial que acompanhará a notificação à autoridade coatora.

Quando a diligência se der por meio de certidão da cópia autenticada, a própria peça exibida será juntada aos autos. Uma cópia, porém, será providenciada para acompanhar a notificação.

Se a autoridade que retém o documento é a própria coatora, “a ordem de exibição será feita no próprio instrumento da notificação” (Lei no 12.016, art. 6º, § 2º).

1.649. Liminar

O art. 7º, III, da Lei nº 12.016, autoriza o juiz a conceder, *in limine litis*, medida liminar para suspender o ato impugnado. Dois são os requisitos legais para obter-se a medida, que participa da natureza da antecipação de tutela:

- a) relevância da fundamentação do mandado de segurança;²³
- b) risco de ineficácia da segurança, se afinal vier a ser deferida.²⁴

A natureza da medida autorizada pelo referido dispositivo legal é de típica antecipação de tutela. A suspensão do ato impugnado antecipa, com efeito, se não inteiramente, pelo menos em parte, o resultado material esperado da solução final do mérito da causa. Não se trata, pois, de mera conservação de bens ou atos para assegurar a utilidade do processo, mas de satisfazer, *in limine litis*, de alguma forma, o direito material do autor, objeto da tutela postulada, ainda que de maneira provisória e incompleta.²⁵

A medida liminar, no mandado de segurança individual, é sempre deferível *inaudita altera parte*, isto é, sua concessão ocorre no despacho da inicial, antes, pois, da notificação e resposta da autoridade coatora. Não é assim no mandado de segurança coletivo, já que nesse tipo de *writ* o juiz somente pode conceder a suspensão liminar do ato impugnado “após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas” (Lei nº 12.016, art. 22, § 2º).

Pondo fim a uma polêmica antiga, a atual Lei do Mandado de Segurança dispõe que ao juiz é facultado (não obrigatório) exigir, no caso de deferimento da liminar, prestação de caução, fiança ou depósito, “com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”, caso ocorra a final a denegação da segurança (art. 7º, § 3º, *in fine*).

Às vezes, fala-se que a liminar seria “ato de livre arbítrio do juiz” e se inseriria na sua “livre convicção e prudente arbítrio”.²⁶ No entanto, as medidas de urgência, sejam cautelares ou antecipatórias, integram a tutela jurisdicional como condição de sua efetividade. A parte, quando presentes os requisitos legais, tem direito subjetivo a elas, como parcelas integrantes do direito cívico de ação.²⁷ Não é por favor ou benemerência do juiz que ditas providências são deferidas, mas porque correspondem a direito do litigante, que o órgão jurisdicional não pode ignorar e muito menos denegar.²⁸

Na verdade, verificados os pressupostos inscritos no art. 7º, inc. III, da Lei nº 12.016, impõe-se ao juiz conceder, de imediato, a garantia constitucional pleiteada, de maneira que nem mesmo se admite, em princípio, que, perante os requisitos da suspensão liminar do ato impugnado, venha o juiz a subordinar sua eficácia à prestação de caução.²⁹

Pela importância da liminar, já se entendia, mesmo no silêncio da Lei nº 1.533/1951, que não era possível recusar o cabimento do agravo contra a decisão que a denegasse.³⁰ A Lei nº 12.016 tomou posição explícita para dispor que, tanto nos casos de competência do juízo de primeiro grau como nos de competência originária de tribunal, é possível o manejo do agravo, seja a liminar deferida ou indeferida por ato do juiz ou do relator. Na primeira hipótese, o agravo será de instrumento (Lei nº 12.016, art. 7º, § 1º); na segunda, o agravo será interno, endereçado ao colegiado do tribunal (art. 16, parágrafo único).

Há casos em que a lei veda a concessão de liminar nas ações de segurança. Estão eles elencados no § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016 e compreendem (i) a compensação de créditos tributários; (ii) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; (iii) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (iv) a concessão de aumento ou extensão de vantagens; (v) o

pagamento de qualquer natureza.³¹

A lei atual não repetiu a previsão da Lei nº 4.348/1964 de que a liminar deveria subsistir por noventa dias prorrogáveis por mais trinta. Já se entendia que essa caducidade não era condizente com o regime de antecipação de tutela introduzido supervenientemente na legislação processual civil brasileira (CPC, art. 273). A Lei nº 12.016 foi sensível a essa argumentação e dispôs que “os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença” (art. 7º, § 3º).

1.649-a. Suspensão da Segurança

A liminar e até a própria sentença concessiva de segurança, enquanto pende de julgamento definitivo o processo, podem ter seus efeitos suspensos “para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (Lei nº 12.016, art. 15). Trata-se de providência que cabe ao Presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso respectivo e só poderá ser requerida pela Pessoa Jurídica de Direito Público interessada ou pelo Ministério Público (art. 15, *caput*).

A suspensão da liminar ou da sentença de concessão da segurança não se destina a “refutar ou reformar” o provimento judicial já emitido, mas apenas a sustar, provisoriamente, os seus efeitos, enquanto se aguarda o desfecho da ação mandamental, em caráter definitivo.³² Sua natureza é administrativa e cautelar, correspondendo a um simples incidente processual.³³

A decisão que deferir a suspensão deverá ser fundamentada e desafiará agravo interno para o colegiado competente, devendo ser levado a julgamento na sessão seguinte à interposição do recurso (Lei nº 12.016, art. 15, *caput, in fine*).

Se o presidente do Tribunal local indeferir o pedido de suspensão, ou se for provido o agravo contra a suspensão por ele deferida, é possível, ainda, a renovação de igual pedido ao presidente do STF ou do STJ, conforme a matéria em discussão seja própria para o recurso extraordinário ou o especial (Lei nº 12.016, arts. 15, § 1º, e 18).³⁴

Está, outrossim, assentado na jurisprudência do STF que “a suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”³⁵ (STF, Súmula nº 626).

1.650. Prazo decadencial para impetrar o mandado de segurança

Como já ocorria ao tempo da Lei nº 1.533/1951, dispõe o art. 23 da Lei nº 12.016 que o direito de requerer o mandado de segurança extingue-se uma vez decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Trata-se de prazo decadencial, que não se submete às suspensões e interrupções próprias da prescrição. Se, entretanto findar em dia não útil deve-se tê-lo como prorrogado para o primeiro dia útil subsequente.³⁶

Como finalmente observa Hely Lopes Meirelles, esse prazo de caducidade cessa desde a data da impetração, não havendo possibilidade de decadência intercorrente, embora se possa cogitar de prescrição da ação com a paralisação do processo, por culpa do impetrante, por mais

de cinco anos, prazo máximo e geral para todas as postulações pessoais do particular contra a Administração.³⁷

A constitucionalidade do prazo estipulado para o uso do mandado foi questionada. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, como intérprete máximo da Constituição, repeliu a arguição e assentou: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança” (STF, Súmula nº 632).

1.651. Competência

Não é pela matéria discutida que se define a competência para o mandado de segurança. “É em razão da autoridade da qual emanou o ato, dito lesivo, que se determina qual o juízo a que deve ser submetida a causa.”³⁸ E o dado relevante, acerca dessa autoridade, é a sua sede funcional, pois no foro dessa sede é que deverá tramitar o *mandamus*.

Há casos de competência originária de tribunais, que vêm determinados pela Constituição Federal, como, v.g., a do STF para o mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *d*). Competência originária também é atribuída ao STJ para os mandados de segurança contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, *b*).

Prevê, ainda, a Constituição recurso ordinário para o STF (art. 102, II, *a*) e para o STJ (art. 105, II, *a*), no caso de denegação da segurança em processo de competência originária de tribunais superiores ou locais, respectivamente.

À Justiça Federal de 1º grau compete o mandado de segurança contra autoridade federal não compreendida na competência de Tribunal determinada pela Constituição.³⁹

No âmbito da justiça comum, a competência dos juízes e tribunais é determinada pela Constituição Estadual e pela Lei de Organização Judiciária local. É bom lembrar, porém, que essa legislação não tem força de alterar regras de competência de foro traçadas pela legislação processual federal. Assim, se a lei de organização judiciária cria varas para a Fazenda Pública Estadual no foro da Capital, sua competência somente prevalecerá para os mandados de segurança contra autoridades sediadas na capital. Para as demais autoridades do Estado que não se sediem no território da Capital, o mandado de segurança terá de ser processado normalmente nas comarcas da respectiva sede funcional (STJ, Súmula nº 206).

Duas observações importantes: a) ao STF e ao STJ, a competência originária em matéria de mandado de segurança restringe-se aos casos enumerados taxativamente pela Constituição, de maneira que, fora deles, não lhes cabe conhecer de impetração contra atos dos tribunais locais. O mandado de segurança, na espécie, deve ser impetrado perante o próprio tribunal em que o ato impugnado aconteceu;⁴⁰ b) em relação aos atos dos Juizados Especiais, não há competência do STF, nem tampouco do STJ ou dos Tribunais locais. O mandado de segurança há de ser impetrado perante a Turma Recursal, inclusive quando o ato tenha sido por ela mesma praticado.⁴¹

1.651-a. Desistência do mandado de segurança

O uso do mandado de segurança é um direito individual assegurado entre as garantias fundamentais proclamadas pela Constituição. O recurso a essa especial tutela não é, porém, uma imposição que exclua outras vias processuais disponíveis. O ofendido por ilegalidade ou abuso de poder cometidos por autoridade tem a opção de se defender tanto pelas vias ordinárias como pelo remédio excepcional previsto no art. 5º, LXIX, da CF. E, se lançar mão do *writ* constitucional, não estará jungido a mantê-lo até a exaustão do processo. É que se trata de feito sujeito às limitações de sua estrutura sumária, que, às vezes, não será adequada à melhor tutela dos interesses do impetrante, como, de início, se pensava.

Segundo jurisprudência consolidada do STF, as peculiaridades do mandado de segurança fazem com que o impetrante possa desistir da ação “em qualquer tempo e grau de jurisdição”, até mesmo “em sede extraordinária”, sem depender da anuência da outra parte.⁴²

Mesmo depois de proferida a decisão de mérito continua possível a desistência,⁴³ desde, é claro, que ainda não tenha se formado a coisa julgada.⁴⁴ “Esse entendimento – ainda na ótica do STF – deve ser aplicado mesmo quando a desistência tenha sido apresentada após o julgamento do recurso extraordinário, mas antes de sua publicação”.⁴⁵

1.652. Sentença e coisa julgada

Nem sempre a sentença que põe termo à ação de segurança enfrenta o mérito da causa. Como se trata de remédio processual especial, seu acolhimento pressupõe a satisfação de requisitos que não são apenas os pressupostos e condições reclamados para as ações em geral. Assim é que, o mandado de segurança pode ser denegado tanto por não ter o impetrante o direito material invocado ou não ter sido ilegal o ato praticado pela autoridade dita coatora como por não ter sido comprovada a liquidez e certeza do direito subjetivo deduzido em juízo.

Quando se defere a segurança, procede-se, sem dúvida, a um julgamento de mérito, que irá em seguida produzir a coisa julgada material, nos moldes da lei processual (CPC, arts. 467 e segs.). Da mesma forma, ter-se-á igual *res iudicata*, se a segurança for denegada com o reconhecimento da inexistência do direito subjetivo material discutido. Sendo, contudo, a denegação atribuída à falta ou insuficiência de prova, o caso será de iliquidez e incerteza do direito, submetendo-se, então, apenas aos efeitos da coisa julgada formal. O impetrante, por isso, não ficará inibido de renovar, por meio de ação ordinária, pretensão igual à deduzida no *mandamus* frustrado (Lei nº 12.016, art. 19).⁴⁶

Se não esgotado o prazo decadencial do art. 23 da Lei nº 12.016, a parte poderá, até mesmo, renovar a propositura do mandado de segurança que antes fora denegado por iliquidez de direito. Bastará que exiba novas e adequadas provas,⁴⁷ como se deduz do art. 6º da Lei do Mandado de Segurança.

Deve-se ressaltar por fim que, “no mandado de segurança, a decisão final, de mérito, é proferida com esteio em cognição exauriente e, por isso, é capaz de transitar em julgado. O procedimento *sumário* (ou *sumaríssimo*) do mandado de segurança, destarte, não afeta a *qualidade* e a *profundidade* da cognição a ser desenvolvida pelo órgão julgador, que será *exauriente* e, portanto, apta a transitar materialmente em julgado”.⁴⁸

Daí por que, aperfeiçoada a coisa julgada material, a sentença do mandado de segurança, tanto concessiva como denegatória da ordem impetrada, se reveste de imutabilidade e

indiscutibilidade (CPC, art. 467) e, a partir de então, somente poderá ser atacada e desconstituída por meio de ação rescisória (CPC, art. 485).

1.652-a. Inovações processuais da Lei nº 12.016, de 07.08.2009

Em síntese, as principais inovações da Lei nº 12.016 em relação à legislação revogada foram:

- a) regulamentação do mandado de segurança coletivo (arts. 21 e 22);
- b) requisição dos representantes ou órgãos dos *partidos políticos* às autoridades contra as quais se pode manejar o mandado de segurança (art. 1º, § 1º);
- c) explicitação do não cabimento do mandado de segurança contra os “atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público” (art. 1º, § 2º). Portanto, somente quando for questionada a própria delegação do serviço público é que se tornará admissível a segurança, não quando se tratar dos atos mercantis (fornecimento de mercadorias e serviços) comuns aos empresários em geral;
- d) inclusão das *entidades controladas pela União* (v.g., sociedades de economia mista) na competência da Justiça Federal, quando o mandado de segurança for cabível (art. 2º);
- e) autorização para, nos casos de urgência, usarem-se os *meios eletrônicos* na impetração do mandado de segurança (art. 4º, *caput*), assim como na notificação à autoridade coatora (art. 4º, § 1º);
- f) admissibilidade do mandado de segurança contra ato administrativo contra o qual o recurso possível esteja sujeito a *caução*, ainda que dotado de efeito suspensivo (art. 5º, I);
- g) obrigatoriedade da inclusão, na petição inicial, da pessoa jurídica, à qual se acha vinculada a autoridade coatora (art. 6º, *caput*);
- h) previsão de que a exibição liminar de documento, para fundamentar a petição inicial do mandado de segurança, seja promovida não só contra a Administração Pública, mas também contra *terceiros* (i.e.; particulares) (art. 6º, § 1º);
- i) previsão da denegação do mandado de segurança nos casos gerais das preliminares do CPC relacionados com as condições da ação e os pressupostos processuais (art. 6º, § 5º);
- j) necessidade de intimação da *pessoa jurídica* interessada, paralelamente à notificação da autoridade coatora (art. 7º, II);
- k) permissão ao juiz de, facultativamente, exigir *caução* para cumprir a medida liminar do mandado de segurança (art. 7º, III);
- l) previsão do cabimento de agravo de instrumento contra a decisão do juiz de 1º grau que conceder ou denegar a medida liminar (art. 7º, § 1º);
- m) previsão de que a liminar *deve prevalecer até a prolação da sentença*, ressalvada a possibilidade de anterior *revogação* ou *cassação* (art. 7º, § 3º);
- n) vedação de liminar para *compensação de créditos tributários*, bem como para *pagamento de qualquer natureza* (art. 7º, § 2º); extensão dos casos de proibição de liminar a todos os casos de intimação de tutela, mesmo em ações diversas do mandado de segurança (art. 7º, § 5º);
- o) fixação do *prazo de 48 horas* para que as autoridades administrativas remetam ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público interessada as indicações e

elementos necessários à *defesa* do ato atacado pelo mandado de segurança ou para a *suspensão* da medida liminar (art. 9o);

p) previsão do cabimento de *agravo interno* contra o indeferimento da inicial de mandado de segurança de competência originária de tribunal (art. 10, § 1o);

q) vedação de *ingresso*, no mandado de segurança, de *litisconsorte ativo*, depois do despacho da petição inicial (art. 10, § 2o);

r) ampliação, de cinco para *dez dias*, do prazo para o *Ministério Público* emitir seu parecer (art. 12, *caput*);

s) ampliação, de cinco para *trinta dias*, do prazo para o juiz sentenciar (art. 12, parágrafo único);

t) *vedação da execução provisória* da sentença proferida em mandado de segurança, nos casos em que seja legalmente proibida a concessão de liminar (art. 14, § 3o);

u) redução, de dez para *cinco dias*, do prazo para *agravo interno* contra a decisão do presidente do tribunal que *suspende a liminar ou a segurança* (art. 15, *caput*);

v) previsão do direito de *defesa oral* no julgamento de mandado de segurança de *competência originária* de tribunal (art. 16, *caput*);

w) previsão de *agravo interno* contra a denegação ou concessão de *liminar* em mandado de segurança de competência originária de tribunal (art. 16, parágrafo único);

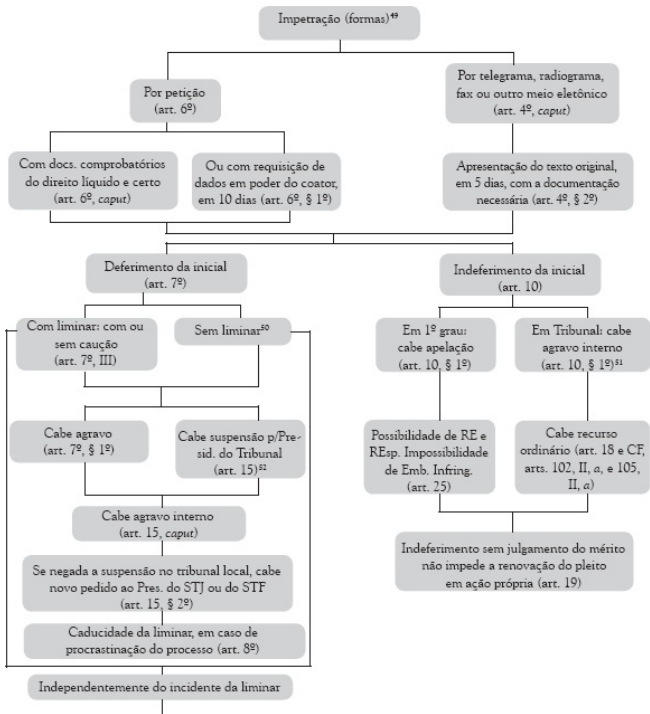
x) possibilidade de substituir o *acórdão* pelas *notas taquigráficas*, nos casos de demora superior a 30 dias na publicação do decisório do tribunal, tanto no julgamento do mandado de segurança como dos respectivos recursos (art. 17);

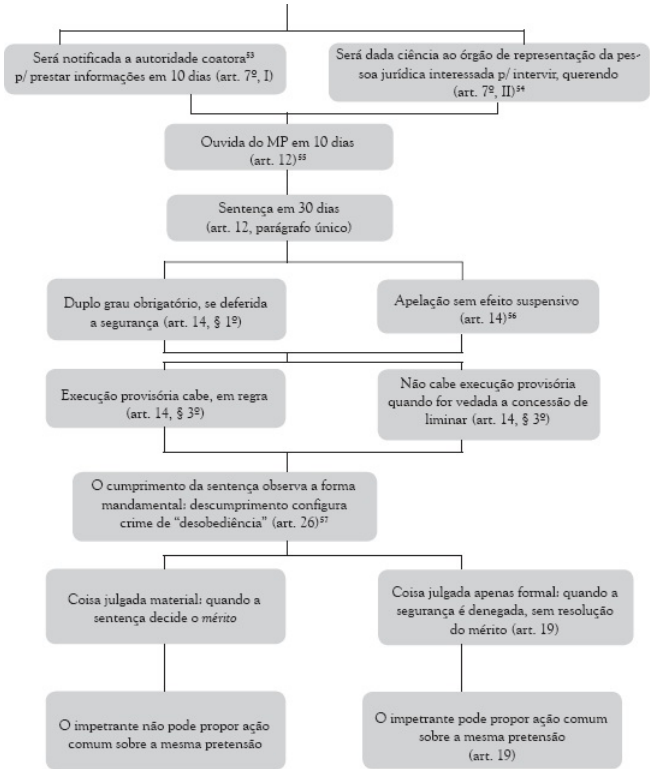
y) ampliação, de 24 horas para 5 dias, do prazo de conclusão dos autos (art. 20, § 2o);

z) determinação de que os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo apenas o *habeas corpus* (art. 20).

Fluxograma no 101

MANDADO DE SEGURANÇA
(Lei nº 12.016, de 07.08.2009)





§ 266. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Sumário: 1.653. Conceito. 1.653-a. Direitos coletivos e direitos difusos. 1.654. Legitimação ativa. 1.655. Legitimação passiva. 1.656. Procedimento e competência. 1.656-a. Liminar.

1.653. Conceito

Dentro da linha de economia processual e da tutela aos direitos coletivos ou de grupo, o mandado de segurança, segundo a Constituição de 1988, pode ser manejado não só singularmente, mas também de forma coletiva.

Não se trata, porém, de simples remédio para defesa de interesses coletivos. Baseando-se na liquidez e certeza do direito ofendido pelo abuso de autoridade, é preciso que o *writ* se volte para a tutela de concretos direitos subjetivos, demonstráveis por prova préconstituída.

Não é, contudo, ação que o ente coletivo possa utilizar para demandar na defesa individual de um ou outro associado. O objeto de mandado de segurança coletivo deve corresponder a direito que pertença a uma coletividade ou categoria representada por partido político, por organização sindical, por entidade de classe ou por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (CF, art. 5º, LXX, *a e b*).⁵⁸

O mandado de segurança coletivo é, em suma, o mesmo mandado de segurança concebido primitivamente para a proteção dos direitos individuais. Só que, na perspectiva da tutela coletiva, visa a proteger os direitos individuais que sejam comuns a toda uma coletividade, por meio de instituição de uma legitimação anômala atribuída a entidades que possam pleitear, em nome próprio, a defesa de direito de outrem.⁵⁹

1.653-a. Direitos coletivos e direitos difusos

A Lei nº 8.078, de 11.09.1990 (CDC), distingue os direitos coletivos dos direitos difusos. Ambas as categorias representam direitos transindividuais e indivisíveis. Mas, enquanto os coletivos pertencem a um grupo determinado de pessoas que mantêm uma “relação jurídica básica” com a parte contrária, os difusos pertencem, indistintamente, a toda a comunidade, ou a uma porção anônima dela, formada de pessoas indeterminadas e ligadas apenas por circunstâncias de fato. A Lei nº 12.016, ao definir o mandado de segurança coletivo, limitou o seu objeto à proteção apenas dos direitos coletivos. Não o estendeu aos direitos difusos. Certamente o fez por entender que, sem uma relação jurídica básica bem definida a unir a

coletividade à autoridade coatora, seria sempre muito difícil submeter os direitos difusos à exigência constitucional de liquidez e certeza de que se deve obrigatoriamente revestir o direito subjetivo tutelado pelo mandado de segurança.

Com efeito, nascendo de puras circunstâncias de fato, sem uma predeterminada e específica relação jurídica a unir os sujeitos ativos e passivos, seria sempre muito difícil à entidade impetrante do mandado de segurança coletivo apresentar a prova documental préconstituída indispensável à propositura das ações mandamentais. É bom de ver que a liquidez e certeza do direito violado – repita-se – é uma imposição que figura na própria definição constitucional do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX).

Ademais, os direitos difusos contam com a tutela do Ministério Público, que os defende, com eficiência, por meio do inquérito civil e da ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24.07.1985). Essa tutela, com certeza, foi considerada pela Lei nº 12.016 como adequada e suficiente para a defesa particular dessa modalidade de direito transindividual. Por isso não os inclui no âmbito do mandado de segurança coletivo.

1.654. Legitimação ativa

O mandado de segurança coletivo, segundo a Constituição, art. 5º, LXX, pode ser impetrado por:

- a) *partido político* com representação do Congresso Nacional;
- b) *organização sindical, entidade de classe* ou *associação* legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Existe uma previsão genérica de que as associações podem demandar em defesa de seus associados, representando-os quando devidamente autorizadas (CF, art. 5º, XXI). Na hipótese do mandado de segurança coletivo, porém, a entidade associativa não atua como representante dos associados. Exerce a ação em nome próprio, por autorização emanada diretamente da Constituição. Trata-se, pois, de uma *substituição processual*, razão pela qual não há necessidade da prévia autorização de que cogita o inciso XXI do art. 5º da Constituição. Ou seja: enquanto o inciso XXI prevê uma representação, o inciso LXX, b, autoriza uma *substituição processual*.⁶⁰

Para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição, “a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria” (STF, Súmula nº 630). A atual Lei do Mandado de Segurança adotou dito entendimento, pois prevê que a organização sindical, a entidade de classe ou a associação podem manejar o mandado de segurança coletivo “em defesa dos direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados” (Lei nº 12.016, art. 21, *caput*).⁶¹

A associação ou entidade de classe, no manejo do mandado coletivo, deve atuar dentro de seus fins institucionais e no interesse geral de seus associados. Os direitos são individuais, mas a tutela se dá de forma coletiva, e não no interesse particular de um ou de outro associado. É a dimensão do objeto do mandado de segurança que há de ser coletiva. Não se pode, em outros termos, desviar-se da finalidade institucional (um sindicato, v.g., não pode pleitear sobre direito eleitoral; uma associação de moradores ou consumidores não pode se ocupar de direito de família e temas tributários ou profissionais etc.), nem se pode usar a substituição processual para

defender interesses que não dizem respeito à categoria e se limitam singularmente a alguns associados. É claro que o interesse a defender não precisa pertencer à unanimidade dos associados. Mas, ainda que se relacione apenas com uma parcela deles, tem de se apresentar com a característica de *direito coletivo*.

A Lei nº 12.016 foi explícita ao dispor que os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo são os “coletivos” e os “individuais homogêneos” (art. 21, parágrafo único). Cuidou, ainda, de definir uns e outros, fazendo-o nos seguintes termos:

I – os *coletivos*, para os fins visados pela Lei nº 12.016, são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica”;

II – os *individuais homogêneos* são “os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.”

Para os partidos políticos, é intuitiva a legitimação no que se refere aos filiados e aos direitos políticos. Mas mesmo além dos interesses dos filiados e do âmbito dos direitos políticos há outros temas que podem se vincular aos fins institucionais dos partidos e, assim, justificar sua atuação no campo do mandado de segurança coletivo. Uma vez que o art. 5º, LXX, *a*, não exige mais do que a existência legal do partido e a representação no Congresso, não há razão para limitar sua legitimação aos direitos políticos e aos interesses de seus filiados. Nesse sentido, José da Silva Pacheco enumera como temas também comportáveis na tutela coletiva patrocinada pelos partidos políticos: a) direitos vinculados ao objeto social, constantes do estatuto especialmente seus fins e propósitos, bem como o programa de ação; b) direitos vinculados à soberania, cidadania, regime democrático, pluripartidarismo, dignidade humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, liberdade, ordem econômica e social, política urbana, agrícola, educação e meio ambiente.⁶²

A Lei nº 12.016, ao regulamentar o texto constitucional relativo ao mandado de segurança coletivo, seguiu a orientação que vinha sendo preconizada pela doutrina e jurisprudência dominantes. Assim é que dispõe que o remédio constitucional em causa “pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso nacional, *na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária*” (art. 21, *caput*).

Embora inexistia previsão legal explícita acerca da legitimação do Ministério Público para propor o mandado de segurança coletivo, a doutrina a reconhece como implícita nas finalidades institucionais do *Parquet*.⁶³

1.655. Legitimação passiva

Em determinadas circunstâncias, pode acontecer que os associados cujos direitos individuais foram ofendidos estejam submetidos a autoridades locais diferentes.

Para que o mandado de segurança coletivo seja eficaz e abranja toda a coletividade substituída pelo ente coletivo, necessário será aforar a ação constitucional contra a autoridade hierárquica superior, cujas atribuições abranjam todos os interessados, mesmo que não tenha dita autoridade praticado todos os atos que atingiram os diversos associados.

1.656. Procedimento e competência

Enquanto não se regulamentou o texto constitucional sobre mandado de segurança coletivo, sua aplicação em juízo seguia as regras tradicionais do mandado de segurança singular.

A Lei no 12.016 cuidou de tal regulamentação e, quanto ao processo, editou as seguintes regras específicas, para diferenciar o regime do mandado coletivo do singular:

a) a sentença, no mandado de segurança coletivo, “fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante” (art. 22, *caput*);

b) “o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais” (art. 22, § 1º), ou seja, a ação coletiva proposta pela entidade representativa do grupo ou categoria não inibe que algum membro prefira defender-se individualmente, por meio de ação singular;

c) entretanto, a coisa julgada obtida no mandado de segurança coletivo não beneficiará o que permaneceu tocando seu *writ* individual paralelamente ao coletivo. Para se prevalecer de tal benefício é indispensável que desista da impetração individual no prazo de trinta dias a contar da ciência comprovada da impetração do *writ* coletivo (art. 22, § 1º, *in fine*);

d) “no mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida *após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público*, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas” (art. 22, § 2º).

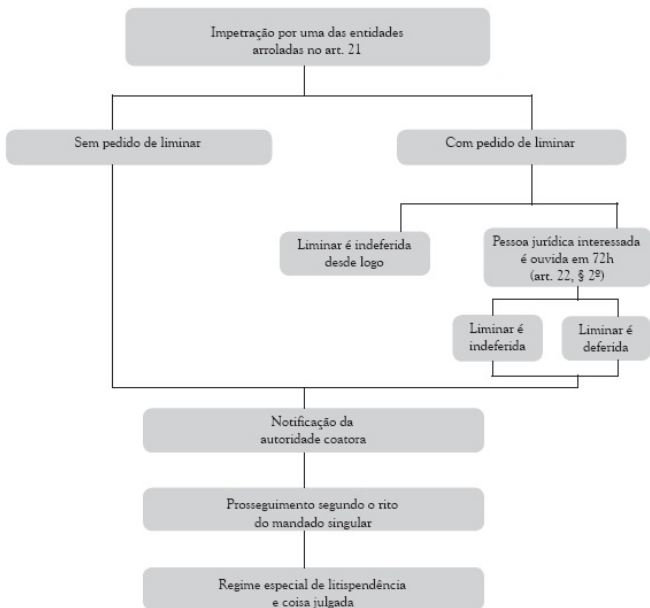
1.656-a. Liminar

Uma vez que se veda a concessão de liminar no mandado de segurança coletivo sem prévia audiência da pessoa jurídica de direito público interessada, o juiz, diante de pleito da espécie, determinará, no despacho da inicial, dois atos intimatórios distintos: (i) a *notificação* da autoridade coatora para prestar as informações (*i. é: a contestação*), em dez dias; e (ii) a intimação do *representante judicial* da pessoa jurídica interessada, para que se manifeste em setenta e duas horas, acerca da liminar requerida.

Os destinatários e prazos das duas diligências são diferentes: uma se volta contra o sujeito passivo imediato da ação (a autoridade coatora), outra contra a pessoa jurídica de direito público à qual se acha vinculado o autor do ato questionado. Sobre a liminar, a intimação recairá sobre o procurador ou outro órgão que legalmente exerça a representação da pessoa jurídica em juízo.

Ressalte-se que a prévia audiência imposta pelo art. 22, § 2º, da Lei no 12.016, somente diz respeito às pessoas jurídicas de direito público. Quando, portanto, o mandado de segurança for impetrado contra ato de pessoa natural ou agente de pessoa jurídica de direito privado no exercício de serviços concedidos pelo poder público, o deferimento da liminar não ficará sujeito à diligência em tela, mesmo que a ação mandamental seja coletiva. A deliberação judicial, *in casu*, poderá ocorrer *inaudita altera parte*, conforme previsto na regra geral do art. 7º, III, da Lei no 12.016.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO⁶⁴
(Lei nº 12.016, de 07.08.2009)



§ 267. MANDADO DE INJUNÇÃO

Sumário: 1.657. Conceito. 1.658. Objeto. 1.659. Pressupostos. 1.660. Legitimação. 1.661. Competência. 1.662. Procedimento.

1.657. Conceito

Diante da possibilidade de frustrarem-se, pela falta de regulamentação, direitos, liberdades e prerrogativas assegurados pela Constituição, engendrou-se um remédio processual para superar a inércia do órgão encarregado da regulamentação, que assim vem definido pelo art. 5º, inc. LXXI, da Carta Magna:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

É, pois, mais uma ação constitucional inserida entre os direitos fundamentais proclamados pela Constituição de 1988, e que se coloca ao lado do *habeas corpus*, do mandado de segurança e do *habeas data*.

1.658. Objeto

O objeto do *mandado de injunção* não é tão amplo como o do *mandado de segurança*, que se emprega para defesa de qualquer direito subjetivo que venha a ser violado por abuso de autoridade pública. A proteção que se realiza por meio do mandado assegurado pelo art. 5º, LXXI, da Constituição, restringe-se aos direitos e liberdades constitucionais e às franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, e somente atua quando a inação do Poder Público no campo da atividade regulamentadora se transforme em barreira à fruição dos referidos direitos e franquias.

A posição primitiva do STF foi a de limitar o objeto do mandado de injunção à declaração judicial de existência, ou não, da mora legislativa no tocante à edição de norma regulamentadora específica.⁶⁵ A partir do MI nº 63/MS, no entanto, começou-se a insinuar, nos pronunciamentos individuais de alguns ministros, a possibilidade de se adotar modelo de determinada lei existente para suprir a lacuna normativa, podendo o julgamento do mandado de injunção ir além da simples declaração de omissão legislativa.⁶⁶

Atualmente, já se tem como consolidado o entendimento do STF no sentido de que, em situações omissivas, como a da falta de disciplinamento do direito de greve, reconhecido constitucionalmente, ao Poder Judiciário cabe adotar soluções “normativas” como expediente legítimo para tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 50, XXXV).67

1.659. Pressupostos

Segundo a previsão constitucional, o cabimento do mandado de injunção está subordinado a dois pressupostos:68

“a) a *existência de um direito constitucional*, relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania;

b) a *falta de norma regulamentadora* que impeça ou prejudique a fruição deste direito.”

Diante desses pressupostos, a jurisprudência tem entendido que não cabe mandado de injunção quando:

a) a omissão legislativa não se refira diretamente ao exercício de direitos constitucionais fundamentais, não servindo, v.g., para substituir regulamentação contida em medida provisória rejeitada;69

b) a discussão se trave em torno de constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma em vigor, visto que inexistiria o pressuposto da falta de regulamentação;70

c) ocorra a arguição de desrespeito à regra constitucional autoaplicável, também por inocorrência de frustração atribuível à ausência de regulamentação;71

d) a Constituição tenha simplesmente facultado ao legislador a outorga de certo direito, sem, entretanto, ordená-lo;72

e) a norma regulamentadora seja defeituosa.73

Se, porém, a inércia do legislador ordinário está impedindo o gozo de um direito definido e assegurado pela Constituição, deverá o mandado de injunção determinar medida adequada à efetivação do preceito constitucional em favor do impetrante. No caso, v.g., do art. 40, § 40, da CF, em que se prevê a aposentadoria especial para o servidor em determinadas situações, o STF, diante da omissão da necessária lei complementar, decidiu que o direito individual do servidor impetrante fosse deferido judicialmente por meio de adoção das normas legais reguladoras da aposentadoria dos trabalhadores em geral (art. 57, § 10, da Lei no 8.213/91). Definiu, enfim, o STF que no mandado de injunção “há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão”; daí a possibilidade de mandamentos concretos no rumo de implementar, individualmente, os direitos constitucionais frustrados por falta de regulamentação.74 Igual orientação prevaleceu no caso de falta de regulamentação do direito de greve, reconhecido constitucionalmente aos servidores públicos (v., *retro*, item no 1.658).

Nos MI nos 670/ES e 708/DF, invocou-se, na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), a orientação segundo a qual se admite que “o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 20)”. Restou, assim, assentado pelo Pleno do STF que “os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um *ato normativo*, os quais, via de regra, não

poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF".⁷⁵

1.660. Legitimação

O mandado de injunção se destina a proteger quaisquer direitos assegurados constitucionalmente, sejam individuais ou coletivos. Pode ser manejado, portanto, por pessoas físicas ou jurídicas, tal como se passa com o mandado de segurança.⁷⁶

O STF não tem admitido a impetração do mandado de injunção por Estado da Federação.⁷⁷ Admite, todavia, seu manejo de forma aditiva, pelas entidades elencadas pela Constituição para o mandado de segurança coletivo.⁷⁸

Do lado passivo, somente se admitem as pessoas jurídicas de direito público, detentoras do poder de editar atos normativos (União, Estado, Distrito Federal e Município, compreendidos seus órgãos da administração direta e indireta). Não podem figurar na relação processual, nem como litisconsortes, os particulares que eventualmente estariam se beneficiando da inércia legislativa, nem a entidade que devesse cumprir a norma regulamentadora, quando editada.⁷⁹

1.661. Competência

A Constituição define a competência para o mandado de injunção no que se refere ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, da seguinte maneira:

a) ao STF cabe, originariamente, o processamento do mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio STF (CF, art. 102, I, *q*);

b) ainda ao STF compete julgar em *recurso ordinário* o mandado de injunção denegado, em instância única, pelos Tribunais Superiores (CF, art. 102, II, *a*);

c) o STJ tem competência *originária* para o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da Administração direta ou indireta, excetuados aqueles que figuraram na competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (CF, art. 105, I, *h*).

Outras competências, além das do STF e do STJ, deverão ser disciplinadas por lei ordinária, sendo de observar que até hoje não se editou lei para regular o mandado de injunção. Por isso tem a jurisprudência aplicado à espécie, por critério de analogia, a legislação do mandado de segurança e o Código de Processo Civil, por considerar autoaplicável a garantia constitucional do mandado de injunção.⁸⁰

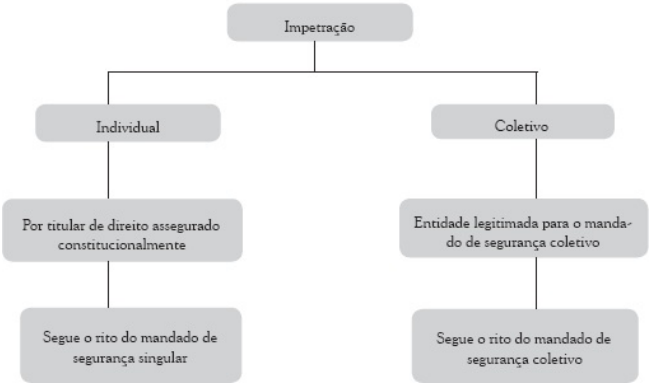
1.662. Procedimento

Tal como se passa com o problema da competência não regulada pela fonte constitucional, também para a disciplina do procedimento do mandado de injunção, enquanto não se edita lei própria a seu respeito, tem sido aproveitada, por analogia, a legislação do mandado de segurança

e o Código de Processo Civil, inclusive no tocante ao cabimento de medida liminar e ao caráter exclusivamente documental do procedimento.

Fluxograma no 103

MANDADO DE INJUNÇÃO⁸¹
(CF, art. 5º, inc. LXXI)



§ 268. HABEAS DATA

Sumário: 1.663. Conceito. 1.664. Natureza jurídica. 1.665. Legitimidade e interesse. 1.666. Objeto do *habeas data*. 1.667. Competência. 1.668. Procedimento. 1.669. Cumprimento da sentença. 1.670. Coisa julgada.

1.663. Conceito

Entre os direitos individuais assegurados pela Constituição figura o de conhecer, cada pessoa, as informações que a seu respeito constem de registros ou banco de dados, mantidos por entidades governamentais, ou de caráter público, ainda que não geridos pelo Poder Público.

Para instrumentalizar essa garantia fundamental, a Constituição prevê o *habeas data*, remédio processual cuja função tende a: a) assegurar ao interessado o conhecimento das informações que lhe digam respeito; e b) permitir a respectiva retificação, quando incorretos os registros (CF, art. 5º, LXXII).

Essas medidas, todavia, têm o seu cabimento sujeito ao caráter público do banco de dados, o qual deve achar-se ao alcance do público. Se os registros são particulares e utilizados restritamente pelo titular, integram a esfera de sua privacidade. Escapam ao controle do *habeas data*. Havendo, porém, possibilidade de transmissão para terceiros, há a pertinência do remédio constitucional. Se os dados constam de registro de entidade pública, é natural sua cognoscibilidade por terceiros, tendo em vista a publicidade necessária que envolve as atividades da Administração.⁸² Seja, porém, de entidade estatal, seja de instituição privada, o que determina a submissão do banco de dados ao controle do *habeas data* é a possibilidade de divulgação dos dados pessoais nele registrados.

Nesse sentido, dispõe a Lei nº 9.507, de 12.11.97 (Lei que disciplina o procedimento do *habeas data*), que, para os efeitos do art. 5º, LXXII, da Constituição, “considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações” (art. 1º, parágrafo único). Logo, o banco que conserva dados apenas para uso exclusivo da entidade de direito privado, sem qualquer possibilidade de acesso a estranhos, não se põe ao alcance do *habeas data*.⁸³

1.664. Natureza jurídica

A garantia constitucional do *habeas data* estrutura-se como medida judicial, sujeita,

portanto, aos mecanismos e princípios da tutela jurisdicional, ou seja, o seu manejo reclama a observância dos pressupostos processuais e condições da ação.

O procedimento, por sua vez, é especial e como o do mandado de segurança ostenta alto teor de executividade. O juiz não se limita a acertar o direito do promovente e interfere na esfera do promovido, compelindo-o à exibição e, se for o caso, à retificação do assento incorreto ou indevido. Participa, portanto, do caráter mandamental, cabendo aqui as mesmas considerações feitas a propósito do mandado de segurança (cf. item no 1.642, *retro*). Tratando-se de imposição de cumprimento de obrigação de fazer, submetido a procedimento mandamental, cabe aplicar-lhe também os preceitos do art. 461 e §§ do CPC, especialmente, o § 5º.84

1.665. Legitimidade e interesse

Apenas a pessoa cujos dados constam do registro indigitado pode manejar *habeas data* contra o mantenedor do banco, segundo se depreende da garantia constitucional em apreço. Trata-se, pois, de remédio processual personalíssimo.

A par dessa legitimidade, há de concorrer o interesse do impetrante. Segundo a Lei no 9.507/97, a parte não pode vir direto à Justiça para exigir as providências da exibição e retificação de que cuida a garantia constitucional *sub examine*. Primeiro, terá de formular requerimento ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados. Somente depois de omissão das providências, no prazo da lei, é que se delineará o *interesse* justificador do recurso ao Judiciário, pela via do *habeas data* (art. 2º).

O normal, segundo a lei, é a informação ser prestada pelo gestor do banco de dados, de modo que, para ingressar em juízo, o interessado terá de juntar o comprovante de recusa de acesso extrajudicial aos dados, ou de rejeição ao pleito de retificação de dados, se for o caso (Lei no 9.507, art. 8º, parágrafo único).

Como ocorre com o direito de ação em geral, o seu exercício não se apoia apenas no *interesse material* (existência, *in casu*, do nome do impetrante no banco de dados), mas exige a presença do *interesse processual*, qual seja, a necessidade de recorrer ao juízo, porque há resistência ao atendimento voluntário da pretensão manifestada em face do impetrado.⁸⁵ Daí que, “sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucio-nal do *habeas data*”.⁸⁶

1.666. Objeto do *habeas data*

O *habeas data*, segundo o art. 7º da Lei no 9.507/1997, pode visar a uma das seguintes metas:

- a) assegurar o *conhecimento* de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) promover a *retificação* de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;
- c) incluir *anotação* nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

Fácil é verificar que, em nosso ordenamento jurídico, não há ilicitude na criação de bancos

de dados pessoais. O que não se permite é recusar ao interessado conhecer o teor do assento que lhe diz respeito.

Da mesma maneira, não se interditam notas desabonadoras em tais registros. O que não se pode tolerar são dados falsos ou equivocados, sejam ou não desabonadores. O *habeas data* presta-se, por isso, a corrigir as inverdades acaso cometidas. Serve, ainda, para esclarecer situações, por meio de dados novos que não desmentem os que se acham assentados, mas lhe acrescentam notas complementares, para fixar a real situação em que o impetrante se encontra em relação aos dados registrados. Se é verdade, por exemplo, que o impetrante responde por uma execução de dívida, pode pretender seja anotado um esclarecimento acerca da segurança do juízo por penhora adequada, assim como seja consignada a matéria arguida em embargos para tentar se liberar da execução.

1.667. Competência

A Constituição mesma define a competência para o processamento do *habeas data*, e o faz da seguinte maneira:

a) ao STF cabe julgar, originariamente, o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *d*). Compete, ainda, ao STF, o julgamento do recurso ordinário contra a denegação do *habeas data* decidido em instância única pelos Tribunais Superiores (CF, art. 102, II, *a*);

b) ao STJ compete o julgamento originário do *habeas data* contra atos de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal (CF, art. 105, I, *b*);

c) aos TRF's cabe processar e julgar originariamente o *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal (CF, art. 108, I, *c*);

d) aos juízes federais cabe o processamento e julgamento do *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os de competência originária dos Tribunais (CF, art. 109, VIII);

e) ao TSE cabe julgar, em recurso ordinário, o *habeas data* denegado pelos TREs (CF, art. 121, § 4º, V).

No âmbito da Justiça Estadual, a competência é estabelecida pelas Constituições de cada Estado e pelas leis de organização judiciária (CF, art. 125, § 1º).

A Lei nº 9.507/97 detalha em seu art. 20 a matéria relativa à competência, originária e recursal, para o *habeas data*, respeitada, obviamente, a disciplina já traçada pela Constituição.

1.668. Procedimento

Há na Lei nº 9.507/97 um procedimento especial a ser observado na tramitação do *habeas data* (arts. 8º a 19).

Antes do ingresso em juízo, a lei exige que a parte apresente requerimento administrativo ao gestor do banco de dados, pleiteando seja-lhe dado conhecer o objeto do assento relativo a sua pessoa. O destinatário terá 48 horas para deferir ou indeferir o pedido (art. 2º), devendo comunicar a decisão ao requerente em 24 horas (art. 2º, parág. único), marcando data para que o conhecimento efetivo se dê (art. 3º).

Da mesma forma, havendo inexistência de dados no aludido registro, o interessado deverá requerer administrativamente a retificação, juntando os documentos comprobatórios de suas afirmações (art. 4º). A entidade terá 10 dias para proceder às retificações cabíveis e comunicar ao interessado (art. 4º, § 1º). Da mesma forma se deve proceder em relação às aplicações adicionais prestadas pelo requerente quanto aos fatos registrados (art. 4º, § 2º).

Somente depois de frustrada a tentativa de solução extrajudicial estará o interessado em condições de ingressar em juízo pela via constitucional do *habeas data*.

A petição inicial, portanto, será elaborada em duas vias, e a primeira delas será instruída com a prova de cumprimento das diligências prévias preconizadas pelos arts. 2º e 4º da Lei nº 9.507/97, ou seja:

a) a prova de recusa de acesso às informações; ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

b) a prova da recusa de fazer-se a retificação, ou do decurso de mais de 15 dias, sem decisão; ou

c) a prova da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º, ou do decurso de mais de 15 dias, sem decisão.

A petição inicial deverá, outrossim, satisfazer as exigências dos arts. 282 a 285 do CPC. A segunda via com as cópias dos documentos que a instruíram seguirá com a notificação endereçada ao impetrado, a quem se dará o prazo de dez dias para prestar as informações competentes (art. 9º).

No caso de falta de requisitos impostos pela lei, a inicial será liminarmente indeferida (art. 10), sujeitando-se a recurso de apelação (art. 10, parágrafo único).

A notificação pode ser feita por via postal, com aviso de recepção, ou por meio do oficial de justiça.

A audiência do Ministério Público, em cinco dias, é obrigatória, depois de prestadas as informações da autoridade coatora ou após escoado o prazo para tanto (art. 12).

A sentença será proferida nos cinco dias subsequentes (art. 12). Não haverá lugar para instrução probatória, pois o processo é puramente documental.⁸⁷ O recurso manejável será a apelação, que se processará apenas no efeito devolutivo, quando o *habeas data* tiver sido deferido (art. 15).

O processamento e a execução do *habeas data*, por norma constitucional, é gratuito, não havendo pagamento de custas nem ressarcimento de verba advocatícia (CF, art. 5º, LXXVII).⁸⁸

1.669. Cumprimento da sentença

A Lei nº 9.507/97 autoriza a comunicação, ao coator, da sentença, que defere o *habeas data*, por meio de correio, telegrama, radiograma ou até por telefone. Clara, pois, a permissão do fax, que se inclui na modalidade de comunicação telefônica. Não se descarta, outrossim, a efetivação da medida por meio de diligência a cargo de oficial de justiça.

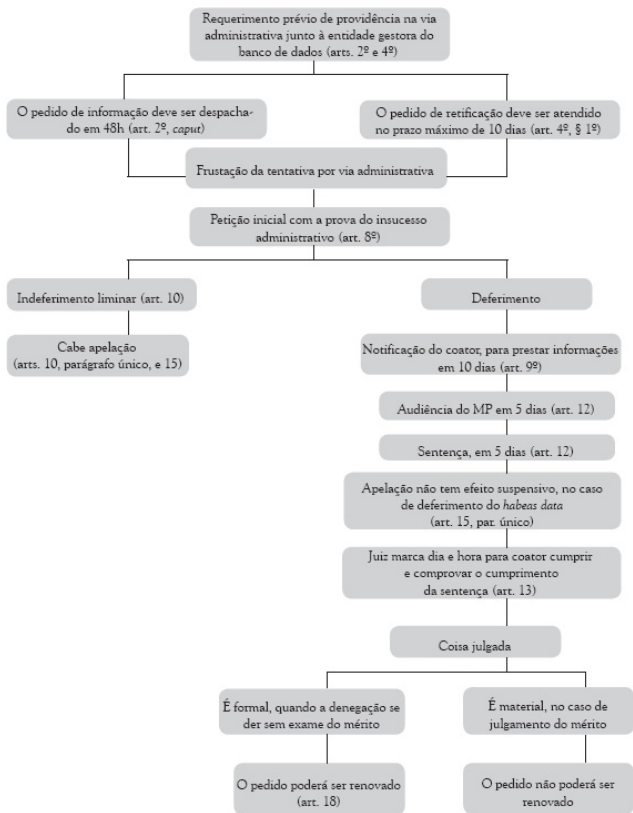
A estrutura do processo é a mesma do mandado de segurança, de sorte que o caráter sumário do procedimento e a natureza mandamental da sentença do *habeas data* devem ser reconhecidos.

1.670. Coisa julgada

Dentro da natureza processual do *habeas data*, a sentença que o acolhe ou rejeita, pelo mérito, tem aptidão para gerar a coisa julgada material. Como, entretanto, os registros dos bancos de dados são dinâmicos, e as situações fáticas neles assentadas sujeitam-se a constantes mutações, a sentença transitada em julgado não será empecilho a que novos dados se lancem ou que novos pedidos de exibição, cancelamento ou retificação se formulem e sejam decididos, mesmo após a *res iudicata*. A indiscutibilidade e imutabilidade da coisa julgada mantêm-se apenas enquanto não alterado o quadro fático, a exemplo do que dispõe o art. 471, I, do CPC.

Fluxograma no 104

HABEAS DATA
(Lei nº 9.507, de 12.11.1997)



§ 269. AÇÃO POPULAR

Sumário: 1.671. Conceito. 1.672. Requisitos. 1.673. Atos atacáveis pela ação popular. 1.674. Legitimação. 1.675. Procedimento. 1.676. Sentença. 1.677. Coisa julgada. 1.678. Execução. 1.678-a. Prescrição.

1.671. Conceito

Ao assegurar a *ação popular*, dentre os direitos individuais, a Constituição atribui a cada cidadão um instrumento processual apto para a defesa dos interesses da coletividade, perante os gestores do patrimônio público. Eis o enunciado do art. 5º, LXXIII, da atual Carta Magna:

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural...”.

Por meio dessa ação, como se vê, não se tutelam direitos individuais do demandante, mas interesses coletivos ou difusos pertinentes à comunidade.⁸⁹ O benefício buscado por seu intermédio não se volta para o autor. É o povo, como um todo, que aproveitará de tal benefício, como titular que é do direito subjetivo ao governo honesto. No dizer de Hely Lopes Meirelles, “o cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição lhe outorga”.⁹⁰

No plano infraconstitucional, a ação popular é disciplinada pela Lei nº 4.717, de 29.06.65, que lhe atribuiu o procedimento ordinário, e que sofreu alterações pela Lei nº 6.513, de 20.12.97.

1.672. Requisitos

Da previsão constitucional, extraem-se três requisitos para a admissibilidade da ação popular:

- a) a condição de *cidadão brasileiro*, por parte de quem se disponha a aforá-la;
- b) a *ilegalidade* do ato a invalidar; e
- c) a *lesividade* do ato para o patrimônio público.

Por *cidadão* entende-se a pessoa humana no gozo de seus direitos cíveis e políticos, podendo, portanto, participar do processo eleitoral. É o indivíduo munido de título eleitoral. Quem não possa alistar-se ou não esteja alistado não pode propor a ação popular. Também não o podem fazer os

partidos políticos, as entidades de classe, as pessoas jurídicas e quaisquer organismos públicos ou privados, com ou sem personalidade jurídica⁹¹ (STF, Súmula no 365).

O caráter constitucional do instituto não o exclui da submissão aos pressupostos processuais. Assim, se o eleitor não for maior, terá de ser assistido pelo representante legal; e, se não for advogado, terá de ser representado por quem o seja, para que a relação processual se estabeleça de modo válido (CPC, arts. 7º, 8º e 36).

A *ilegalidade* do ato atacado quer dizer sua contrariedade ao Direito, seja por infringir normas específicas de sua prática, seja por desviar-se dos princípios gerais da Administração Pública. Essa ilegalidade tanto pode localizar-se na formação do ato como no seu objeto; tanto pode corresponder a uma nulidade como a uma anulabilidade (Lei no 4.717, arts. 1º, 2º e 3º).

Por último, vem a *lesividade* do ato, ou seja, o prejuízo que dele tenha decorrido para o patrimônio público. Para que a ação popular logre êxito, não é suficiente a demonstração de *ilegalidade*; há também de ficar comprovada sua *lesividade*.

Em regra a lesão corresponde a um desfalque ao Erário, mas pode também corresponder a uma ofensa a bens não econômicos, como os valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos. Em alguns casos a lesão pode ser *presumida*, pelos próprios termos em que a lei comina a pena de nulidade. Não se pode, porém, generalizar a pretensão de lesividade a partir da simples constatação da ilegalidade do ato de administração. Os casos de presunção podem ocorrer, mas devem estar previstos na lei, e mesmo quando haja presunção a utilizar no juízo de lesividade é necessário que a circunstância que a autoriza esteja convenientemente provada no processo, não bastando meras suposições.⁹²

1.673. Atos atacáveis pela ação popular

A Lei no 4.717/1965 enumera os atos considerados *nulos*, que, quando lesivos ao patrimônio público, podem ser atacados por meio da ação popular. O vício pode decorrer de incompetência, inobservância de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade (art. 2º). Arrola também os que, fora do elenco do art. 2º, podem ser havidos como *anuláveis* e, assim, desconstituíveis, pela ação popular (art. 3º). Já no art. 4º, são elencados atos com presunção de *ilegitimidade* (nulos) e de *lesividade*.

A discriminação da Lei no 4.717, todavia, não é exaustiva, como se depreende do seu art. 3º, de sorte que, além do casuismo legal, outras hipóteses de ato invalidáveis pela ação popular podem ocorrer, desde que presentes os pressupostos constitucionais da *ilegalidade* e *lesividade* ao patrimônio público. Nem mesmo a lei de efeitos *concretos* deve ser excluída do alcance da ação em questão.⁹³

1.674. Legitimação

Qualquer cidadão pode ingressar em juízo por meio da ação popular; como já se registrou, cidadão é a pessoa natural no gozo dos direitos políticos (eleitor). Pessoas jurídicas não se legitimam à propositura de tal ação.⁹⁴

No curso do processo, outros cidadãos poderão ingressar na causa, como litisconsortes ou assistentes.

O Ministério Público funciona como *custos legais*, mas não pode ter a iniciativa de propor a ação, nem pode defender o ato impugnado (Lei nº 4.717/65, art. 6º, § 4º). Tem poder, outrossim, para promover a execução da sentença (art. 16). Pode, ainda, dar prosseguimento à causa, se o autor desistir da ação ou abandonar o processo (art. 9º).

No polo passivo, estabelece-se um litisconsórcio necessário, devendo a ação ser proposta contra as autoridades, funcionários ou administradores da entidade pública que autorizaram o ato lesivo ou que, por omissão, consentiram em sua prática; e, ainda, contra todos os beneficiários do ato. Também a pessoa jurídica de direito público ou privado àquela equiparada terá de ser citada para a causa (Lei nº 4.717/65, art. 6º). Sua posição, contudo, é *sui generis*, porquanto poderá abster-se de contestar o pedido ou, mais ainda, poderá adotar posição ativa ao lado do autor contra os agentes que praticaram o ato lesivo (art. 6º, § 3º).

Entende-se, porém, que a Lei nº 4.717/1965, que estabelece o procedimento da ação popular, dispõe que há o litisconsórcio passivo, necessário entre os partícipes e copartícipes do ato impugnado, bem como seus beneficiários diretos. Contudo não impôs que tal litisconsórcio seja unitário, pois, mesmo que a decisão constitutiva do ato tido como ilegal afete a esfera jurídica de todos, a condenação ao ressarcimento ao Erário pode ser diversa entre os litisconsortes, cabendo a cada um responder, na medida da sua contribuição, à lesão do patrimônio público.⁹⁵

1.675. Procedimento

Salvo alguns pequenos detalhes da Lei nº 4.717/65, o procedimento aplicável à ação popular é o ordinário.

Entre as peculiaridades procedimentais pode ser destacada a possibilidade de liminar para propiciar a imediata suspensão do ato lesivo (art. 5º, § 4º). Essa providência que se equipara a uma antecipação de tutela não deve ficar fora das exigências dos arts. 273 e 461 do CPC. E como decisão interlocutória pode ser impugnada por meio de agravo de instrumento, sujeito à possibilidade de atribuição de efeito suspensivo por ato do relator, como prevê o art. 558 do CPC.⁹⁶

1.676. Sentença

Sendo procedente a ação popular, a sentença adotará as seguintes providências, segundo o art. 11 da Lei nº 4.717/65:

- a) decretará a invalidade do ato impugnado;
- b) condenará os responsáveis por sua prática, assim como os beneficiários dele;
- c) havendo funcionários culpados pessoalmente pela prática ilícita, será ressalvado o competente direito de regresso.

A sentença, portanto, tem força constitutiva e condenatória. Sem a desconstituição do ato, porém, não haverá a condenação. Quanto aos vários participantes do ato desconstituído é preciso determinar quais os que concorreram com culpa na sua prática. Se a participação foi simplesmente em caráter subalterno ou técnico, sem influência na decisão administrativa, o serventuário não terá como ser condenado.⁹⁷

A imposição dos encargos sucumbenciais (custas processuais, outras despesas e honorários

de advogado) constará sempre da sentença que acolhe a ação popular (art. 12). No caso de improcedência, não haverá condenação do autor às verbas de sucumbência, a não ser que a lide seja qualificada como temerária (CF, art. 5º, LXXIII; Lei nº 4.747/65, art. 13).

1.677. Coisa julgada

A sentença da ação popular faz coisa julgada formal e material. Se o caso, porém, for de improcedência, há uma distinção a ser feita, segundo o art. 18 da Lei nº 4.717/65:

a) se a rejeição do pedido for em razão do reconhecimento da licitude e falta de lesividade do ato questionado, a eficácia da *res iudicata* será oponível *erga omnes*, ou seja, nem o autor nem qualquer outro cidadão poderá repropor a mesma ação;

b) se, no entanto, a improcedência for decretada por insuficiência de prova, outra ação, por iniciativa de qualquer legitimado, poderá vir a ser proposta, apoiando-se em nova prova.

1.678. Execução

A sentença da ação popular, no seu conteúdo condenatório, configura título executivo judicial, seja para recuperar bens, seja para realizar a indenização dos valores ilicitamente apropriados. A execução, dessa maneira, pode ser para entrega de coisa certa ou por quantia certa.

Segundo os arts. 16 e 17 da Lei nº 4.717/65, são legitimados sucessivos para promover a execução forçada: a) o autor da ação; b) qualquer outro cidadão; c) o Ministério Público; d) a entidade pública, ou privada, citada para o processo, ainda que tenha contestado a ação.

São sujeitos passivos da execução aqueles que na sentença sofreram a condenação. Nem todos os réus da ação, porém, ficarão submetidos à execução. A pessoa jurídica de direito público lesada, mesmo tendo sido ré e tendo contestado a ação, não sofrerá execução, visto que as perdas e danos às restituições de valores previstas na sentença deverão reverter em seu favor.⁹⁸

1.678-a. Prescrição

Estipula o art. 21 da Lei nº 4.717, de 29.06.1965, o prazo de cinco anos para a prescrição da ação popular. Não previu o dispositivo legal o *dies a quo* para a contagem do prazo. Doutrina e jurisprudência, todavia, estão acordes em que não se pode deixar eternamente aberta a possibilidade de impugnação do ato de autoridade, à espera de que num momento indeterminado dele venha a tomar conhecimento o particular autorizado ao manejo da ação popular.

Para evitar o inconveniente da eternização do direito de propor a ação popular, que seria incompatível com os princípios da segurança jurídica, o entendimento dominante é no sentido de que o prazo prescricional *in casu* não se conta do momento em que o cidadão particularmente tomou conhecimento do ato lesivo ao Erário, mas da data em que se deu sua publicação.⁹⁹ A prescrição é, em suma, objetiva, e não subjetiva, de sorte que o prazo se conta da publicidade do ato, para todos os possíveis legitimados ao ajuizamento da ação popular, sem levar em conta quando o autor da ação popular veio efetivamente a ter ciência da possível lesão ao patrimônio

público.

Na verdade, em sendo a ação popular antes de tudo uma ação de natureza constitutiva, o prazo que a lei nomeia de prescricional é, tecnicamente, de decadência. Não pode, por isso, ser submetido a interrupção ou suspensão. A condenação, quando ocorre na espécie, é consequência da invalidação do ato impugnado, não podendo, por isso, influir na natureza do prazo para o ajuizamento da pretensão principal.¹⁰⁰

Segundo o art. 17 da Lei no 4.717/1965, a sentença da ação popular pode ser executada “em qualquer tempo”. Uma vez, porém, que a Súmula no 150/STF determina que a prescrição da execução é igual à da ação, será de cinco anos o prazo dentro do qual se extinguirá a pretensão executiva após a sentença condenatória. Conta-se dito prazo a partir do respectivo trânsito em julgado.¹⁰¹

Fluxograma no 105

AÇÃO POPULAR¹⁰²
(Lei nº 4.717, de 29.06.1965)

Petição inicial – iniciativa exclusiva de pessoa física,
no exercício dos direitos políticos (art. 1º)

Documentos necessários
(art. 1º, §§ 1º e 4º)

Requisição de certidões (art. 1º, § 7º) com
prazo de 15 a 30 dias (art. 7º, I, b), sob
pena de desobediência (art. 8º)

Indeferimento da liminar

Cabe apelação

Deferimento
com liminar

Cabe agravo de
instrumento

Relator pode dar efeito
suspensivo ao agravo
(CPC, art. 558)

Saneador e audiência de instrução e
julgamento, se houver prova oral
ou pericial (art. 7º, V)

Sentença em 15 dias

Cabe apelação com efeito
suspensivo (art. 19)

Efeitos apenas formais, no
caso de improcedência por
deficiência de prova (art. 18)

A ação poderá ser reproposta
com base em novas provas

Deferimento
sem liminar

Citação dos réus e
intimação do MP
(art. 7º, I, a)

Prazo de contestação:
20 dias, prorrogáveis
por mais 20 dias
(art. 7º, IV)

Não havendo prova oral ou teste-
munhal, vista às partes p/alegações
finais em 10 dias
(art. 7º, V)

Cabe remessa *ex officio* no caso
de carência de ação ou improce-
dência do pedido (art. 19)

Com efeitos materiais *erga
omnes* (art. 18)

A ação popular não poderá
ser reproposta

Coisa julgada

- 1 Atualmente a suspensão de liminares e sentenças do mandado de segurança acha-se disciplinada pela Lei no 12.016, de 07.08.2009 (art. 15 e seus §§).
- 2 “Mandado de segurança contra lei em tese é mandado de segurança contra lei que ainda não incidiu” (QUEIROZ NEVES. Mandado de segurança preventivo. In: *O novo mandado de segurança*. ARRUDA ALVIM. Eduardo; *et al* – coord. – Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 185).
- 3 O que se veda, como mandado de segurança contra lei em tese, é aquele que veicula pretensão centrada apenas na “noção da interpretação normativa, e não propriamente no plano dos efeitos concretos possivelmente colocados em prática pelo agente público (ou assemelhados) competente para tanto” (DIAS, Jean Carlos. O mandado de segurança preventivo e a lei em tese. *Rev. Dialética de Direito Processual Civil*, v. 115, p. 51). No mesmo sentido é a melhor jurisprudência: “... a natureza preventiva do *mandamus* decorre da constatação da incidência da norma jurídica, uma vez ocorrente seu *suporte fático*, sendo o direito ameaçado por ato coator iminente. Por seu turno, no *writ* dirigido contra *lei em tese*, a *situação de fato*, que enseja a incidência da norma jurídica, ainda não restou configurada” (STJ, 1a T., REsp 860.538/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 18.09.2008, *DJe* 16.10.2008. No mesmo sentido: STJ, 2a T., RMS 31.714/MT, Rel. Min. Castro Meira, ac. 03.05.2011, *DJe* 19.09.2011).
- 4 Lei no 12.016, art. 26: “Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.”
- 5 STF, 1a T., RE 215.267/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. de 24.04.2001, *RTJ* 177/965; STF, 1a T., RE 215.267/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. de 24.04.2001, *RT* 792/199. A Lei no 12.016 tornou explícita, em seu art. 1o, a possibilidade do uso do mandado de segurança tanto pelas pessoas físicas como jurídicas.
- 6 STF, Pleno, MS 21.239/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. de 05.06.1991, *RTJ* 147/104.
- 7 “O coator é notificado para prestar informações. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do *mandamus*. A legitimação cabe ao representante da pessoa pública interessada” (STF, 1a T., RE 97.282, Rel. Min. Soares Muñoz, ac. de 03.09.1982, *RTJ* 105/404). “A parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora” (BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, cit., p. 154) “A autoridade coatora participa do *mandamus* como parte no sentido formal, enquanto a pessoa jurídica de direito público interno, destinatária dos efeitos da decisão, participa no capítulo material” (STJ, 1a T., REsp. 179.818/CE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. de 24.04.2001, *DJU* de 04.02.2002, p. 293). No mesmo sentido: STJ, 1a T., REsp. 132.024/CE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 19.10.2000, *DJU* de 12.03.2001, p. 95.
- 8 Por isso entende-se que “a legitimidade para recorrer em mandado de segurança é da pessoa jurídica de direito público atingida por seus efeitos e não da autoridade coatora” (TJRS, 2a CC, AI no 70009346305, Rel. Des. Leila Vani Pandolfo Machado, ac. 19.10.2004,

- Revista Dialética de Direito Tributário*, 113/176). No mesmo sentido: STJ, 2a T., REsp. 553.959/PE, Rel. Min. Castro Meira, *DJU* de 01.02.2003, p. 342.
- 9 STJ, Corte, MS 3.313/DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, ac. de 26.05.1994, *RSTJ* 77/22; STJ, 1a T., 128.752/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. de 07.11.1997, *RSTJ* 110/85.
- 10 STF, Súmula no 266; STF, Pleno, MS 21.881-AgRg., Rel. Min. Celso de Mello, ac. de 03.03.1994, *RTJ* 158/103; STF, Pleno, MS 22.035/RJ-AgRg., Rel. Min. Moreira Alves, ac. de 21.10.1994, *RTJ* 161/154; STJ, 1a Seção, MS 119/DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, ac. de 13.06.1989, *RSTJ* 04/1.432.
- 11 STJ, 1a T., REsp. 72.751/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. de 13.06.1996, *RSTJ* 90/78; STJ, 2a T., ROMS 775/SP, Rel. Min. José de Jesus Filho, ac. de 18.11.1991, *RSTJ* 27/212; STF, Pleno, MS 21.126/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, ac. de 08.11.1990, *RTJ* 133/1.126; STF, Pleno, MS 21.274/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, ac. de 10.02.1994, *RTJ* 158/72.
- 12 A jurisprudência, por exemplo, releva a impropriedade da inicial quando o correto responsável pelo ato administrativo só vem a ser revelado nas informações da autoridade dita coatora (STJ, 2a T., AGA 55.002-8/MS, Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro, ac. de 17.10.94, *DJU* de 14.11.94, p. 30.951). Isto também se dá no caso em que a autoridade nomeada pelo impetrante nega sua participação no ato impugnado, mas como superior hierárquico do verdadeiro agente, defende o ato deste, encampando-o nas informações prestadas em juízo (STJ, 5a T., ROMS 9.504/CE, Rel. Min. Jorge Scartezzini, ac. de 16.09.1999, *RSTJ* 132/504).
- 13 STF, Súmula no 510; STJ, 1a T., REsp. 400.902/GO, Rel. Min. José Delgado, ac. 26.03.2002, *RSTJ* 157/129.
- 14 Cumpre distinguir a atividade *delegada* da atividade *autorizada* pelo Poder Público. “Diz-se que a atividade é delegada quando a Administração atribui ao particular um serviço, por natureza, público; será atividade autorizada aquela que, por natureza, é atividade privada, mas que, por ser de interesse público, está sob fiscalização. Contra ato de atividade autorizada não cabe mandado de segurança, porquanto é ela, na verdade, particular, por exemplo, contra bancos privados nessa condição” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 16. ed., SP, Saraiva, 2003, v. 3, no 80, p. 308).
- 15 O terceiro nem mesmo tem de provar risco de lesão grave e de difícil reparação, para se livrar do ato judicial abusivo por meio do *mandamus* (STJ, Súmula no 202: “A impetração de segurança por terceiro contra ato judicial não se condiciona à interposição de recurso”). No mesmo sentido: STJ, 3a T., ROMS 6.317/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 22.04.1996, *RSTJ* 84/177; STJ, 3a T., ROMS 4.847/MG, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. de 12.12.1994, *RSTJ* 75/155; STJ, 2a T., ROMS 6.389/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. de 21.03.1996, *RSTJ* 83/92; STJ, 4a T., REsp. 13.484/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 22.11.1994, *RTJ* 715/270; STJ, 1a T., ROMS 6.422, Rel. Min. José de Jesus Filho, ac. de 10.12.1996, *RSTJ* 95/53. Ao terceiro cabe reagir por meio do mandado de segurança, sem ter usado previamente de recurso, até mesmo contra a sentença transitada em julgado, se esta houver violado direito líquido e certo de sua titularidade (STJ, 4a T., RMS no 7.087/MA, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 24.03.1997, *RSTJ* 97/227). O mesmo se pode reconhecer também àquele que, sendo parte passiva do processo, não foi citado regularmente, e dele não participou de forma espontânea: “A jurisprudência deste STJ caminha no sentido de admitir a utilização do mandado de segurança para desconstituir sentença prolatada em processo que se desenvolve

- sem a citação”. Na verdade, sem integração do réu ao processo pela citação válida, não se completa e aperfeiçoa a relação processual, de modo que a própria coisa julgada não ocorre (STJ, 6a T., RMS nº 8807/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 03.12.2001, DJU de 06.05.2002, p. 312; STJ, 4a T., RMS nº 6.487/PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 24.09.1996, DJU de 04.11.1996, p. 42.475). Enfim, o réu não citado e não integrado ao processo, em relação à sentença, equivale a um terceiro, a quem se franqueia o mandado de segurança, sem condicionamento a prévia impugnação por via recursal (STJ, 6a T., AgRg no RMS nº 19.358/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 13.11.2007, DJU de 11.02.2008, p. 1; STJ, 4a T., RMS nº 14.132/GO, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 16.08.2007, DJU de 08.10.2007, p. 282).
- 16 STJ, 1a T., RMS 7.246/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 05.09.1996, RSTJ 90/68; STJ, 4a T., REsp. 299.433/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 09.10.2001, RSTJ 156/369.
- 17 “Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil” (art. 24 da Lei nº 12.016).
- 18 Mantovanni Colares Cavalcante é daqueles que afastam o cabimento da assistência no procedimento do mandado de segurança (*Mandado de Segurança*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 192-193). Pelo cabimento, entretanto, é a corrente doutrinária majoritária: CARNEIRO, Athos Gusmão. Mandado de Segurança, Assistência e *amicus curiae*. *Rev. Forense*, 371/73-78; FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 132; MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, 31. ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 72-74; BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, 10. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 246; BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 167-170. Em posição intermediária, defendendo o cabimento pelo menos da assistência litisconsorcial, porque equiparada ao litisconsórcio: Guilherme Freire de Barros Teixeira, A assistência e a nova Lei do Mandado de Segurança. *Rev. de Processo*, 183/239-256.
- 19 STF, Pleno, MS 24.414/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, ac. 03.09.2003, DJU 21.11.2003, p. 09.
- 20 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, 21. ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 35.
- 21 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 35.
- 22 A notificação e a intimação se cumprem por meio de ofício, do qual será colhido recibo da entrega (Lei nº 12.016, art. 11). Em caso de urgência, pode-se usar telegrama, fax ou outro meio eletrônico de autenticação comprovada, sempre com observância dos requisitos legais pertinentes a tais meios de comunicação processual (*idem*, art. 4o).
- 23 A prova no mandado de segurança tem de ser documental e pré-constituída, devendo ser produzida pelo impetrante com a petição inicial. Por isso, a “relevância da fundamentação”, a que se refere o art. 7o, III, da Lei nº 12.016, há de ser extraída mediante “cognição sumária” à luz do material probatório dado, pela parte, “por completo e exauriente”, ainda que isso se dê através de um “juízo provisório sobre a suficiência da prova”, passível de ser alterado “ao final quando da sentença” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Mandado de Segurança*, 2. ed., Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 168).
- 24 “... o mandado de segurança é um instrumento (uma *garantia* constitucional) destinado a assegurar uma prestação *in natura* ao impetrante. O perigo na demora significa que, se não

concedida a ordem liminar pleiteada, a sentença será inútil como instrumento capaz de assegurar ao impetrante a garantia *in natura* pleiteada. Pouco importa que, da eventual anulação do ato impugnado, decorra o direito de recuperação do pagamento indevido que ele provocou. O direito do impetrante, tutelado pelo *mandamus*, era o de impedir o efeito do ato abusivo. Negada a suspensão liminar, portanto, a sentença não terá sido instrumento suficientemente apto a outorgar ao contribuinte a garantia *in natura* pleiteada” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Op. cit.*, p. 169-170).

- 25 “Não há dúvida que a liminar em mandado de segurança constitui típica hipótese de antecipação de efeito da tutela, semelhante à prevista no art. 273, I, do Código. Quem lhe nega esse caráter antecipatório, geralmente parte do pressuposto equivocadamente de que antecipação é o mesmo prejudgamento da causa” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 192-193). O STJ tem reconhecido, frequentemente, o caráter de antecipação de tutela à liminar do mandado de segurança (STJ – 4a T., ED no REsp 369.527/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., ac. 09.12.2003, *DJU* 15.03.2004, p. 274; STJ – 1a T., AgRg no Ag 842.866/MT, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 12.06.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 127; STJ – 3a T., RMS 18.848/AP, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 19.04.2005, *DJU* 13.06.2005). Correta, portanto, é a posição doutrinária que se recusa a ver na providência liminar do mandado de segurança uma simples medida cautelar. Isto porque com ela “busca o impetrante *satisfazer* direito, ‘líquido’, ‘certo’, e comprovado de plano com o ajuizamento da impetração” (ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 222).
- 26 STJ, 1a T., RMS 361/SP, Rel. Min. Pedro Aciole, ac. de 17.12.1990, *RT* 674/402; STJ, 1a T., RMS 1.239/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. de 12.02.92, *DJU* de 23.03.92, p. 3.429.
- 27 No entanto, “como ocorre com todas as decisões judiciais, por exigência constitucional (CF, art. 93, IX), o deferimento da liminar deve ser fundamentado, não bastando a mera afirmação genérica de estarem presentes seus requisitos, sob pena de nulidade: STJ, RMS n. 25.462/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 20.10.2008” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 86).
- 28 “A liminar não é uma liberalidade da justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, cit., p. 72).
- 29 STJ, 1a T., REsp. 249.627/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. de 12.12.2000, *DJU* de 19.03.2001, p. 75; STJ, 2a T., REsp. 70.884/MG, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. de 17.09.98, *DJU* de 22.03.99, p. 159. Nada obstante, a Lei nº 12.016, art. 7o, III, permite a exigência de caução em determinados casos, o que, no entanto, deve ser tratado como excepcionalidade, e não como regra.
- 30 STJ, 2a T., RMS 8.516-0/RS, Rel. Min. Adhemar Maciel, ac. de 04.08.97, *LEXSTJ* 101/77. Em se tratando de mandado de segurança de competência originária de tribunal, a jurisprudência do STF é no sentido de que “não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança” (STF, Súmula nº 622).
- 31 “As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de

- 1973 – Código de Processo Civil” (art. 7º, § 5º, da Lei nº 12.016).
- 32 TOVAR, Leonardo Zehuri. O pedido de suspensão de segurança: Uma sucinta sistematização. *Revista de Processo*, n. 224, p. 235. out. 2013.
- 33 “A Suspensão de Segurança não se presta como sucedâneo recursal” (STJ – Corte Especial, AgRg na SS 1.473/AC, Rel. Min. Edson Vidigal, ac. 29.06.2005, *DJU* 19.09.2005, p. 174). “A via estreita da suspensão de decisão proferida na tutela antecipada contra a pessoa jurídica de direito público não comporta apreciação do mérito da controvérsia principal, matéria que deve ser apreciada na via recursal adequada” (STF-Corte Especial, AgRg na STA 67/PE, Rel. Min. Edson Vidigal, ac. 18.08.2004, *DJU* 20.09.2009, p. 171). Ou seja: “Na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública” (STF – Pleno, SS-AgRg 2.504/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. 17.03.2008, *DJe* 02.05.2008).
- 34 “É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo” (Lei nº 12.016, art. 15, § 2º). “Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada” (*idem*, art. 18).
- 35 Ainda a respeito da suspensão da liminar ou da segurança, vigoram as seguintes disposições legais: “A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo” (Lei nº 12.016, art. 15, § 3º); “O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida” (*idem*, art. 15, § 4º); e “As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original” (*idem*, art. 15, § 5º).
- 36 STJ, 5ª T., RMS 2.428/PR, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, ac. de 14.10.1997, *DJU* de 09.02.98, p. 29.
- 37 MEIRELLES, Hely Lopes. cit., p. 51.
- 38 STJ, 3ª Seção, CC 17.438-MG, Rel. Min. Felix Fischer, ac. de 24.09.1997, *DJU* de 20.10.97, p. 52.969; STF, Pleno, MS-AgRg nº 24.652/DF, Rel. Min. Carlos Brito, ac. 16.10.2003, *DJU* de 14.11.2003, p. 12).
- 39 Para efeito de competência, “considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada” (Lei nº 12.016, art. 2º) (v.g., empresas públicas, sociedades de economia mista, ou entidades equiparadas, no tocante ao controle).
- 40 STF, Súmulas nos 330, 623 e 624.
- 41 STF, Pleno, Edcl no MS 25.087/SP, Rel. Min. Carlos Britto, *DJU* 11.05.2007, p. 48.
- 42 STJ, 2ª T., AgRg no AgRg no RE 231.671-8, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. 28.04.2009, *RT* 886/140; STF, 1ª T., AgRg no AgRg no RE 301.851, Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. de

- 17.09.2002, *DJU* 14.11.2002, p. 2; STF, Pleno, RE 167.263-ED-EDV/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. de 09.09.2004, *DJU* 10.12.2004, p. 22.
- 43 STF, 2a T., RE 231.671-8, *cit*.
- 44 STF, 2a T., RE 318.281-AgRg/SP, Rel. Min. Eros Grau, ac. de 14.08.2007, *DJU* 21.09.2007, p. 445; STF, 1a T., AI 419.258-AgRg/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. de 25.06.2007, *DJU* 17.08.2007, p. 1236; STF, Pleno, MS 24.584-AgRg/DF, Rel. para ac. Min. Ricardo Lewandowski, ac. de 09.08.2007, *DJe* 20.06.2008.
- 45 STF, 2a T., RE 231.671-8/DF, AgRg no AgRg, Rel. Min. Ellen Gracie, *RT* 886/141; STF, 2a T., RE 228.751-AgRg-AgRg-AgRg/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, ac. de 18.02.2003, *DJU* 04.04.2003, p. 603; STF, 2a T., AI 377.361-AgRg-ED/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. de 08.03.2005, *DJU* 08.04.2005, p. 36.
- 46 STF, Súmula nº 304. “A denegação do *writ* em virtude da ausência de liquidez e certeza do direito, porém, não impede que se busque, na via própria, novamente, a satisfação do direito” (STJ, 5a T., REsp. 225.787/DF, Rel. Min. Félix Fischer, ac. de 26.10.1999, *RSTJ* 140/539; STJ, 1a T., REsp nº 308.800/RS, Rel. Min. José Delgado, ac. 24.04.2001, *DJU* de 25.06.2001, p. 130).
- 47 “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria” (STF, Súmula nº 304). Portanto, sendo o *mandamus* a ação própria, nada impede sua repropositura, se a denegação anterior não se deu por motivo de mérito e o prazo decadencial do art. 23 da lei própria ainda não se esgotou. É, aliás, o que, explicitamente, dispõe o § 6o do art. 6o da Lei nº 12.016: “O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”. Harmoniza-se, assim, a Lei do Mandado de Segurança com a regra geral do CPC de que as extinções do processo sem resolução do mérito da causa não obstam a que o autor intente de novo a ação (art. 268, *caput*).
- 48 BUENO. Cássio Scarpinella, *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.
- 49 O cabimento do mandado de segurança está sujeito ao prazo decadencial de 120 dias (art. 23).
- 50 O efeito da liminar dura até a prolação da sentença (art. 7o, § 3o). Os casos de descabimento da liminar estão enumerados no art. 7o, § 2o.
- 51 Nos casos de competência originária dos tribunais, cabe ao relator conceder ou denegar a medida liminar (art. 16, parágrafo único).
- 52 Podem coexistir o agravo e o pedido de suspensão, sem que o julgamento daquele recurso prejudique a suspensão (art. 15, § 3o).
- 53 A forma de notificação é, em regra, o ofício endereçado à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada (art. 11), podendo-se utilizar, em casos de urgência, o telegrama, o radiograma ou outro meio expedito (art. 4o, § 1o). À autoridade coatora será encaminhada a 2a via da inicial com as cópias dos documentos que a instruíram (art. 7o, I).
- 54 A notificação à pessoa jurídica será acompanhada de cópia da inicial, sem documentos (art. 7o, II).
- 55 Após a intimação do MP e o transcurso do prazo de dez dias, a ação será julgada, com ou sem o seu parecer (art. 12, parágrafo único).

- 56 Podem recorrer tanto a pessoa jurídica como a autoridade coatora (art. 14, § 2º).
- 57 Código Penal, art. 330.
- 58 “No nosso entender, o mandado de segurança coletivo só se presta a defender direito líquido e certo da categoria, não de um ou de outro membro da entidade representativa” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, cit., p. 36).
- 59 SANTOS, Ernani Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 3, p. 229.
- 60 STF, Pleno, RE 181.438/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, ac. de 28.06.1996, *RTJ* 162/1108; STF, 1ª T., RE 141.733/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. de 07.03.1995, *RTJ* 720/310; STF, 2ª T., RMS 21.514/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. de 27.04.1993, *RTJ* 150/104; STJ, 1ª Seção, MS 4.126/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. de 05.12.1995, *RSTJ* 84/63; STJ, 5ª T., ROMS 3.298/PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, ac. de 26.11.1996, *RSTJ* 96/363; STJ, 2ª T., RMS 7.846/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. de 12.03.2002, *DJU* de 22.04.2002, p. 182.
- 61 “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes” (Súmula nº 629 do STF).
- 62 PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, 4. ed., São Paulo, RT, 2002, p. 338. Também Ada Pellegrini Grinover (*Revista de Processo*, 57/96), Celso Agrícola Barbi (*Revista de Processo*, 57/7) e Ernane Fidelis dos Santos (*Ajuris*, 45/25) defendem a tese de que o partido político deve apenas satisfazer ao requisito previsto no art. 5º, de representação no Congresso. Para outra corrente, a que se filia Carlos Mário da Silva Velloso, o direito a ser pleiteado deve ser de natureza política ou referente ao partido, e limitado aos filiados ao partido impetrante (*Temas de direito público*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 217).
- 63 NERY JÚNIOR; Nelson. ROSA MARIA de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, 2. ed., São Paulo: RT, 2009; BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.
- 64 A diferença do procedimento do mandado de segurança coletivo situa-se apenas no incidente da liminar, já que esta não pode ser deferida sem prévia audiência da pessoa jurídica interessada (art. 22, § 2º).
- 65 STF, Pleno, MI 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, ac. de 19.05.1994, *DJU* de 22.11.1996, p. 45.690; STF, Pleno, MI 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. de 15.05.2002, *DJU* 02.08.2002, p. 59; STJ, Pleno, MI 485/MT, Rel. Min. Mauricio Corrêa, ac. de 25.04.2002, *DJU* de 23.08.2002, p. 71.
- 66 Cf. voto do Min. Carlos Velloso no julgamento do MI 631/MS, em que se admitia pudesse aplicar a Lei nº 7.783/1989 (referente ao setor privado) ao setor público, já que o legislativo não cumpria o dever de regulamentar a greve no serviço público (*DJU* de 02.08.2002).
- 67 STF, Pleno, MI 283/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. de 20.03.1991, *RTJ* 135/882; STF, Pleno, MI 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, ac. de 26.10.2000, *DJU* de 24.05.2002, p. 55; STF, Pleno, MI 562/RS, Rel. p/acórdão Min. Ellen Gracie, ac. de 20.02.2003, *DJU* de 20.06.2003, p. 58.
- 68 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, cit., pp. 214-215.
- 69 STF, Pleno, MI nº 415/SP-AgRg., Rel. Min. Octavio Gallotti, ac. de 11.03.1993, *DJU* de 07.05.1993, p. 8.325.

- 70 STJ, Corte Especial, MI no 40-DF, Rel. Min. Edson Vidigal, *RT* 665/172; STJ, Corte Especial, MI no 67/CE, Rel. Min. Pedro Acioli, ac. de 12.09.1991, *RSTJ* 39/279.
- 71 TJMG, Corte, MI no 07, Rel. Des. Bernardino Godinho, ac. de 10.03.1993, *RF* 325/201.
- 72 STF, Pleno, MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, ac. de 21.11.1990, *RTJ* 135/01; STF, Pleno, MI no 444/MG, Rel. Min. Sydney Sanches, ac. de 29.09.1994, *DJU* de 04.11.1994, p. 29.827; STF, Pleno, MI no 425-QO/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* de 11.11.1994, p. 30.635.
- 73 STJ, Corte Especial, MI no 121/DF, Rel. Min. Nilson Naves, ac. de 04.03.1998, *DJU* de 27.04.98, p. 57.
- 74 STF, Pleno, MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 30.08.2007, *DJU* 30.11.2007, p. 29. No mesmo sentido: STF, Pleno, MI 758/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 01.07.2008, *DJe* 26.09.2008. STF, Pleno, MI 795/DF, Rel. Min. Cármen Lucia, ac. 15.04.2009, *DJe* 22.05.2009.
- 75 STF, Pleno, MI 670/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, ac. de 25.10.2007, *DJE* de 31.10.2008; STF, Pleno, MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. de 25.10.2007, *DJE* de 31.10.2008. Também no MI 712/PA, ficou proclamada a “insubsistência do argumento segundo o qual [com a solução normativa emprestada ao MI] dar-se-ia ofensa à independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e à separação entre os poderes [art. 60, § 4º, III, da Constituição do Brasil]”. E que, para tornar viável o direito de greve dos servidores públicos, consagrado no art. 37, inc. VII, da CF, “incumbe ao Poder Judiciário produzir a norma suficiente” (STF, Pleno, MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, ac. de 25.10.2007, *DJE* de 31.10.2008). Igual orientação prevaleceu no julgamento do MI 788-8/DF, a propósito da aposentadoria especial, prevista pela CF para as atividades exercidas em condições de risco ou insalubres: “Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do art. 40 da Magna Carta, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei no 8.213/1991, em sede de processo administrativo” (STF, Pleno, MI 788-8/DF, Rel. Min. Carlos Britto, ac. de 15.04.2009, *RT* 886/117).
- 76 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, cit., p. 213. “O acesso de entidade de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano” (STF, Pleno MI no 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, ac. 25.10.2007, *DJe* de 31.10.2008). O STJ, porém, tem admitido legitimidade para o mandado de injunção coletivo a pessoa jurídica sem dependência da data de sua constituição (STJ, Corte Especial, MI no 19/DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, ac. 10.05.1990, *RSTJ* 10/143).
- 77 STF, Pleno, MI no 395-QO/PR, Rel. Min. Moreira Alves, ac. de 27.05.1992, *RT* 691/218; *RTJ* 142/390.
- 78 STF, Pleno, MI no 20-4/DF, Rel. Min. Celso de Mello, ac. de 19.05.1994, *RTJ* 166/751. Os sindicatos, por exemplo, têm sido legitimados a impetrar mandado de injunção em favor de seus associados, tanto coletiva como individualmente (STF, 1ª T., MI 342-4/SP, Rel. Min. Moreira Alves, *RT* 713/240).
- 79 STF, Pleno, MI no 502-8/SP, Rel. Min. Maurício Correa, ac. de 07.03.1996, *RT* 729/110; STF, Pleno, AgRg. em MI no 561-2/RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, ac. de 29.10.1997, *RT* 753/143. Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 219.

- 80 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 217.
- 81 À falta de regulamentação própria, adota-se para o mandado de injunção o procedimento do mandado de segurança, singular ou coletivo.
- 82 Há que ressaltar da publicidade, mesmo em juízo, os dados que se ligam ao poder, no campo da segurança do Estado e da Sociedade (CF, art. 5º, XXXIII) (cf. PINTO FILHO, Francisco Bilac M. *O segredo de Estado e as limitações ao habeas data*, *Revista dos Tribunais*, v. 805, pp. 34-59).
- 83 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, cit., v. 3, nº 1892, p. 239.
- 84 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual*, cit., nº 1895, p. 241.
- 85 “Não cabe o *habeas data* (CF 5º, LXXII, letra *a*) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa” (STJ, Súmula nº 2).
- 86 STF, Pleno, RHD 22, Rel. Min. Celso de Mello, ac. de 19.09.1991, *RTJ* 162/805. A não demonstração da recusa na petição inicial do *habeas data* caracteriza ausência de interesse de agir (STJ, 3ª S., HD nº 84/DF, Rel. Min. Maria Thereza, ac. 27.09.2006, *DJU* de 30.10.2006, p. 236). Todavia, a omissão ou o retardamento desarrazoado do fornecimento das informações supre a demonstração de sua recusa (STJ, 3ª S., HD nº 147/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves, ac. 12.12.2007, *DJU* de 28.02.2008).
- 87 TJMG, 15ª Câm. Civ., Ap. Civ. nº 445.594-7, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, ac. 07.04.2005, *Revista Jurisprudência Mineira*, 173/178.
- 88 O TJSP já decidiu, porém, que a gratuidade não se estenderia à verba advocatícia (TJSP, Ap. nº 240.816-4/0-00, *JTJ* 319/165).
- 89 STJ, 2ª T., REsp. 36.534-1/DF, Rel. Min. Hélio Mosimann, ac. de 14.12.1994, *RT* 718/265.
- 90 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 114. Não se presta a ação popular à defesa dos consumidores (STJ, 1ª T., REsp nº 818.725/SP, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 13.05.2008, *DJU* de 16.06.2008, p. 92).
- 91 Explica-se a legitimidade para a ação popular como um corolário do direito político do cidadão, “que, tendo o poder de escolher os governantes, deve ter, também, a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 116).
- 92 TJSP, 3ª CC., Ap. 149.490-1/6, Rel. Des. Alfredo Migliore, ac. 24.09.1991, *RT* 674/116; TJRJ, Rem. *ex officio*, nº 22/93, Rel. Des. Itamar Barbalho, *RDR* 2/341; TRF-2ª Reg., Ap. Civ. 94.02.16495-2, Rel. Juiz Alberto Nogueira, *RT* 735/426. STJ, 1ª Seção, ED no REsp nº 260.821/SP, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 23.11.2005, *DJU* de 13.02.2006, p. 654, *Revista de Processo* 140/205 e *RF* 389/278; STJ, 1ª T., REsp 575.551/SP, Rel. Min. José Delgado, ac. 06.02.2007, *DJU* de 12.04.2007, p. 211.
- 93 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, pp. 126-127.
- 94 STF, Súmula nº 365.
- 95 STJ, 2ª T., REsp. 258.122/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 27.02.2007, *DJU* 05.06.2007, p. 302.
- 96 A Lei nº 8.437, de 30.06.92, autorizou ao presidente do Tribunal competente para o respectivo recurso poder para suspender execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes. Da decisão singular do presidente caberá agravo interno no prazo de cinco dias (art. 4º, e § 3º). Tem-se entendido que, por isso, a liminar da ação popular seria passível de suspensão pelo presidente do Tribunal, tal como se passa com o

- mandado de segurança (Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, cit., 2003, v. 3, nº 81, p. 319).
- 97 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, pp. 138-139.
- 98 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 1.178.
- 99 TJSP, AI nº 115.743-1, Rel. Des. Benini Cabral, ac. 17.05.1989, *RJTJESP* 120/365. O aresto se apoia nas lições de Paulo Barbosa de Campos Filho, José Ignácio Botelho de Mesquita, Ruy Armando Gessinger e Hely Lopes Meirelles. STJ, 2ª T., REsp nº 1.134.075/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 02.12.2010, *DJe* de 14.12.2010; STJ, 1ª T., REsp nº 337.447/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 04.12.2003, *DJU* de 19.12.2003, p. 321.
- 100 “O art. 21 da Lei nº 4.717/65 estabelece que a ação popular prescreve em cinco anos. Todavia, trata-se de prazo decadencial, visto que o pronunciamento jurisdicional proferido na ação popular se reveste de eficácia constitucional negativa e condenatória, mas aquele aspecto precede a este, na medida em que a condenação se apresenta como efeito subsequente e dependente da desconstitutividade” (STJ, 2ª T., REsp. 258.122/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 27.02.2007, *DJU* 05.06.2007, p. 302).
- 101 MORELLI, Daniel Nobre. Ação popular: rito processual. *Rev. Dialética de Direito Processual*, v. 121, p. 35.
- 102 A ação popular, em linhas gerais, segue o procedimento ordinário (Lei nº 4.717/65, art. 7º, *caput*).

§ 270. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E OUTRAS AÇÕES COLETIVAS

Sumário: 1.679. Histórico. 1.680. Direito material coletivo e direito processual coletivo. 1.681. Configuração dos direitos materiais tuteláveis pela ação civil pública. 1.681-a. Objeto da ação civil pública. 1.682. Ações coletivas possíveis após o CDC. 1.683. Legitimação. 1.683-a. Ação coletiva por meio de associação. 1.683-b. Ações coletivas promovidas por sindicatos. 1.684. O Ministério Público e a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. 1.684-a. Inquérito civil. 1.685. Competência. 1.686. Procedimento. 1.687. Liminar. 1.688. Coisa julgada. 1.689. Execução. 1.689-a. Execução coletiva por meio de sindicato ou associação.

1.679. Histórico

Caracterizam-se as *ações coletivas* pela circunstância de atuar o autor não em defesa de um direito próprio, mas em busca de uma tutela que beneficia toda a comunidade ou grandes grupos, aos quais compete realmente a titularidade do direito material invocado.

O surgimento das ações coletivas é fruto da superação, no plano jurídico-institucional, do individualismo exacerbado pela concepção liberal que o Iluminismo e as grandes revoluções do final do século XVIII impuseram à civilização ocidental. O século XX descobriu que a ordem jurídica não podia continuar disciplinando a vida em sociedade à luz de considerações que focalizassem o indivíduo solitário e isolado, com capacidade para decidir soberanamente seu destino. A imagem que se passou a ter do sujeito de direito, em sua fundamentalidade, é a “da pessoa humana dotada de um valor próprio, mas inserido por vínculos e compromissos, na comunidade em que vive”.¹

Essa visão destacou não apenas o “homem social”, pois o próprio “grupo” impôs-se à valoração jurídica. Primeiro realçou-se o papel conferido a associações, sindicatos e outros organismos para ensejar o melhor exercício das franquias individuais e coletivas. Depois, reconheceram-se direitos subjetivos que, a par dos *individuais*, eram atribuídos diretamente ao *grupo* e, que, por isso mesmo, teriam de ser qualificados como *coletivos*, e, como tais, haveriam de ser exercidos e protegidos.

Por meio da *ação popular* concebeu-se, entre nós, o primeiro procedimento judicial de tutela de *direitos coletivos*. Por seu intermédio qualquer cidadão foi legitimado a pleitear em juízo contra atos ilícitos de autoridade pública, lesivos ao patrimônio público (Constituição de 1934, art. 113, no 38).

A ampliação da tutela jurisdicional, para introduzir as autênticas *ações coletivas*, ou de

grupo, no direito processual pátrio, ocorreu com a instituição da *ação civil pública* por meio da Lei Complementar no 40, de 13.12.81, e Lei no 7.347, de 27.07.85. A partir de então, o campo de manifestação dos direitos coletivos ou difusos deixou de ser apenas o de atuação dos agentes do Poder Público, como se passava ao tempo da ação popular. A defesa coletiva tornou-se possível contra quem quer que cometesse ofensa aos interesses coletivos ou difusos, fosse um administrador público ou algum particular.

1.680. Direito material coletivo e direito processual coletivo

O fato de a Lei no 7.347/85 ter instituído uma ação especial para defesa dos direitos coletivos ou difusos não quer dizer que todos os interesses de grupo automaticamente passaram a contar com a tutela jurisdicional da *ação civil pública*.

Tanto como os interesses individuais, os interesses difusos para alcançarem, *in concreto*, a tutela processual, têm de atingir a categoria de direito previsto em norma de natureza material. A lei processual não é, por si, fonte de direitos subjetivos materiais, mas apenas instrumento de proteção e realização daqueles previstos pelas normas de natureza material.

Tratando das ações coletivas, ensina Cappelletti que o que se protege, nesse novo tipo de processo civil, é “o interesse difuso, *na medida em que a lei substantiva o transforma em direito*”, direito que “não é privado, nem público; nem completamente privado, nem completamente público.”²

Segundo o mestre italiano, a evolução da tutela jurídica dos interesses difusos, tal como se dá, aliás, com os interesses individuais, envolve dois momentos sucessivos, encadeados de maneira lógica e necessária:

a) num primeiro estágio, normas constitucionais e infraconstitucionais tomam o rumo de defender os interesses difusos (ou, mais precisamente, alguns deles) e, assim, surgem “leis de direito substancial que protegem o consumidor, o ambiente, as minorias raciais, *civil rights*, direitos civis etc.”;³

b) no segundo estágio, sente-se a necessidade de alterar o sistema tradicional de tutela processual, criando-se ações adequadas aos interesses difusos transformados em direitos pelas leis materiais.⁴

Nessa perspectiva, a Lei no 7.347/85 insere-se na preocupação de proteger processualmente os direitos difusos ou coletivos já definidos entre nós, ou que venham a ser definidos, por outros diplomas legais, tanto ordinários como constitucionais. Vale, portanto, a advertência do STF: trata-se de lei, em sua quase totalidade, de conteúdo normativo de natureza *processual*.⁵ Daí que a definição e caracterização dos direitos difusos ou coletivos não serão encontrados na Lei da Ação Civil Pública, mas terão de ser buscadas em outras fontes junto ao direito material.⁶

1.681. Configuração dos direitos materiais tuteláveis pela ação civil pública

A Lei no 7.347/85, como já se afirmou, limitou-se a disciplinar processualmente a ação civil pública que, segundo sua previsão, seria genericamente aplicável nas causas sobre responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e por infração da ordem

econômica (art. 1º).7

No plano material há abundante legislação acerca do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, das reservas florestais, paisagísticas, e da repressão às ofensas à ordem econômica popular.

A mais importante inovação legislativa, a propósito das matérias tratáveis nas ações coletivas, veio por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), já que, além de definir materialmente os direitos coletivos ou difusos nascidos das relações de consumo, incluiu entre os casos de ação coletiva os “direitos individuais homogêneos” (art. 81, parág. único, III).

Com isto, a partir da lei consumerista, criou-se, na verdade, uma nova *ação coletiva*, uma vez que na estrutura legal da *ação civil pública* não figuram senão os *direitos difusos ou coletivos*, que obviamente não compreendem *direitos individuais*, ainda que homogêneos8.

1.681-a. Objeto da ação civil pública

Entre os direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, tuteláveis por meio da ação civil pública, instalou-se controvérsia em torno de alguns, cujo objeto seria incompatível com a função processual da ação regulada pela Lei nº 7.347/1985.

O primeiro deles seria o que versa sobre obrigações tributárias. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tomou posição no sentido de não ser cabível ao Ministério Público defender interesses individuais homogêneos relacionados com matéria tributária,9 no que foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça.10 Tampouco as associações de defesa do consumidor poderiam fazê-lo.11 O tema acha-se superado pela introdução do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347, levada a efeito pela Medida Provisória nº 2.180-35, cuja disposição tem o seguinte teor: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

Outra questão polêmica era da arguição de inconstitucionalidade de lei como causa de pedir nas ações coletivas da Lei nº 7.347 e do Código de Defesa do Consumidor. Argumentava-se que a eficácia *erga omnes* da sentença, *in casu*, acabaria por invadir a área constitucional reservada à ação direta de inconstitucionalidade, que é privativa do Supremo Tribunal Federal.12 Depois de alguma tergiversação, todavia, a jurisprudência, tanto no STF13 como no STJ,14 firmou-se pela viabilidade do exame da inconstitucionalidade no bojo da ação coletiva, desde que a arguição se apresente como causa de pedir e não como objeto único do pedido.15

1.682. Ações coletivas possíveis após o CDC

Diante da inovação criada pelo Código de Defesa do Consumidor, o horizonte das ações coletivas ampliou-se para além dos limites estabelecidos pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85). Desde então, três são os tipos de ações coletivas existentes entre nós:16

- a) as relativas a direitos *coletivos*;
- b) as pertinentes a direitos *difusos*; e
- c) as referentes a direitos *individuais homogêneos*.

Os direitos coletivos e difusos, embora definidos separadamente pelo CDC, têm em comum sua *transindividualidade* e *indivisibilidade*. Pertencem ao grupo e não podem ser exercidos e defendidos senão pelo grupo ou em seu benefício.

Quando a lei consumerista cuida da proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos não está atribuindo a eles a categoria de direitos coletivos ou difusos. Apenas, por política processual lhes confere, no âmbito das relações de consumo, um remédio que possibilite, por economia processual, tratá-las cumulativamente num só processo. Essa ação especial, portanto, não pode ser confundida com a *ação civil pública* da Lei nº 7.347/85, que tutela os verdadeiros direitos coletivos ou difusos, inclusive os dessa categoria originados de relações de consumo. É equivocado tanto tratar os direitos individuais homogêneos como espécie de direitos coletivos ou difusos como pretender que a ação civil pública seja destinada a resolver os conflitos em torno dos direitos individuais homogêneos.

Adverte Teori Albino Zavascki que “o legislador brasileiro criou mecanismos próprios para defesa dos chamados ‘direitos individuais homogêneos’, *distintos e essencialmente inconfundíveis*, dos que se prestam à defesa dos direitos difusos e coletivos”.¹⁷

Assim é que o Título III do Código, que trata “da defesa do consumidor em juízo”, estabelece neste tópico distinções importantes entre a configuração processual da defesa dos direitos coletivos e difusos dos consumidores e da defesa dos seus direitos individuais, traçando-lhes regimes *próprios e diferenciados*.¹⁸

No sistema jurídico pátrio, a tutela dos interesses difusos e coletivos no âmbito das relações de consumo se faz por instrumento próprio, qual seja, a *ação civil pública* (Lei nº 7.347/85), mormente quando promovida pelo Ministério Público. Trata-se de mecanismo moldado à natureza dos direitos e interesses a que se destina tutelar – ou seja, os difusos e coletivos.

Diante da destinação expressa que lhe foi dada pelo legislador e pelas próprias características com que foi concebida, a ação civil pública é talhada para defesa de direitos coletivos *lato sensu*, e “*não para defender coletivamente direitos subjetivos individuais, que têm, para isso, seus próprios mecanismos processuais*”.¹⁹

Logo, vedada é a utilização do instrumento específico de defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos para veicular pretensão destinada à tutela de direitos individuais homogêneos.

À proteção desta categoria de direitos destinou o legislador outros mecanismos de defesa coletiva, a saber: o *Mandado de Segurança Coletivo* (art. 5º, LXX, da CF) e a *Ação Civil Coletiva*, prevista nos arts. 91 a 100 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).²⁰

No âmbito da proteção aos direitos coletivos de consumidores, há regras específicas e indisponíveis, elencadas em capítulo próprio do Código do Consumidor. E só em relação a elas se poderá cogitar de uso da ação civil pública da Lei nº 7.347/85.

A legitimação extraordinária concedida às pessoas do art. 82 do Código do Consumidor, em se tratando de tutela dos direitos individuais homogêneos, não é ampla, sendo, tão somente, “*restrita à ação coletiva de responsabilidade por danos individualmente sofridos por consumidores*”.²¹ Isto, porém, não se faz por meio da ação civil pública, como já se afirmou.

Vê-se, pois, que no ordenamento pátrio impossível é destinar-se os instrumentos de defesa dos direitos coletivos *lato sensu* à tutela de direitos individuais homogêneos e vice-versa. Com efeito, não se pode tutelar em sede de ação civil pública – talhada para defesa dos direitos difusos e coletivos – pretensão voltada para a proteção de direitos individuais homogêneos; ou,

ainda, avariar ação civil coletiva – destinada à defesa de direitos individuais homogêneos – para postular a tutela de direitos coletivos ou difusos.

Em suma, não se pode confundir *defesa de direitos coletivos* (objeto da ação civil pública) com *defesa coletiva de direitos* (realizável pela ação coletiva de consumo em prol dos titulares de direitos individuais homogêneos).

Embora essa distinção de substância dos objetos da ação civil pública e da ação executiva de defesa dos consumidores tenha sido feita originariamente pela doutrina, veio a perder significado, do ponto de vista processual, diante da circunstância de ter a Lei nº 8.078/1990 mandado aplicar genericamente “à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” (art. 21 acrescentado à Lei nº 7.347/1985, pelo art. 117 do CDC). Assim, uniformizou-se o procedimento observável, tanto quanto possível, de todas as ações coletivas, sejam elas manejadas na área da ação civil pública (Lei nº 7.347) ou da ação coletiva dos consumidores (Lei nº 8.078 – CDC).²²

1.683. Legitimação

A legitimação ativa para a ação civil pública é, naturalmente, do Ministério Público, a quem compete realizar o inquérito civil para apurar dados necessários à propositura da causa (Lei nº 7.347/85, art. 8º, § 1º), e a quem cabe receber informações, de qualquer interessado ou das autoridades judiciárias, para ensejar a propositura da ação em foco (*idem*, arts. 6º e 7º).

A lei, contudo, atribui legitimação concorrente a outras entidades pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, bem como associações destinadas à proteção do meio ambiente ou à defesa do consumidor para promover a ação civil pública (*idem*, art. 5º).²³ Na ordem prática não há preferência alguma entre os diversos legitimados.

No caso das associações, a tutela dos direitos individuais homogêneos fica restrita à “defesa dos seus associados”, e se limita àqueles que tenham domicílio “no âmbito da competência territorial do órgão prolator” (Lei nº 9.494, de 10.09.1997, art. 2º-A, acrescido pela MP nº 2.180-35, de 24.08.2001). Se a ação coletiva for intentada contra a União, Estado, Município, ou suas autarquias e fundações, será obrigatória a instrução da petição inicial com a relação nominal dos associados da entidade autora a serem beneficiados, com os respectivos endereços (Lei nº 9.494, art. 2º-A, parágrafo único). Já se decidiu, porém, que se ação foi proposta por associação veiculando tutela genérica para todos os consumidores de determinado produto, dentro do território de um Estado, e a sentença decidiu a lide coletiva com a discussão proposta pela autora, descabe, na fase de liquidação/execução, a alteração do seu alcance, “sob pena de vulneração da coisa julgada”. Sendo assim, não terá aplicação ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei nº 9.494/1997.²⁴

Permite a lei a formação de litisconsórcio ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos do art. 5º, *caput*, com qualquer das partes (art. 5º, § 2º).

O Ministério Público, não sendo autor, funcionará sempre como fiscal da lei (art. 5º, § 1º).²⁵ Pode, outrossim, estabelecer-se litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados (§ 5º).

A legitimação passiva da ação civil pública é ampla, compreendendo pessoas físicas ou

jurídicas, de direito público ou privado, ou seja, qualquer pessoa a que se impute, *in concreto*, responsabilidade por ofensa aos bens coletivos mencionados no art. 1º da Lei nº 7.347/1985.

1.683-a. Ação coletiva por meio de associação

As associações são legitimadas para ações coletivas em circunstâncias diversas:

a) podem defender, em ação civil pública, direitos difusos ou coletivos (Lei nº 7.347/1985, art. 5º, inc. V);

b) podem defender direitos individuais homogêneos de seus associados, de forma genérica (CDC, arts. 82, inc. V, e 91);

c) podem, ainda, em ação comum, propor ação em defesa de seus associados, representando-os na forma do art. 5º, inc. XXI, da Constituição, sem sujeitar-se ao regime procedimental do CDC.

Nos dois primeiros casos, ocorre ação coletiva, em que os possíveis direitos individuais ofendidos são apenas genericamente beneficiados pela sentença de procedência do pleito patrocinado pela associação, como substituta processual. Cabe a cada consumidor ou interessado promover a liquidação e execução do prejuízo individual enquadrável na força da condenação genérica. A execução poderá, também, ser movida coletivamente pela associação, mas, já então, o caso será de representação, devendo cada interessado conferir-lhe poderes para a defesa de sua situação individual. É nesse sentido que o art. 95 do CDC qualifica como genérica a condenação obtida em ação coletiva de defesa de direitos individuais homogêneos. A ação de cognição desenvolve-se sob o regime de substituição processual, e, na fase de execução, submete-se ao de representação. Na terceira situação, a atividade da associação é, desde a origem, enquadrada na figura processual da representação, pois como literalmente se prevê no art. 5º, inc. XXI, da Constituição, as entidades associativas só representam seus filiados em juízo “quando expressamente autorizadas”. Quando, então, a associação já ingressa em juízo como representante de seus filiados, e o faz para reclamar direitos individuais deles, desde logo identificados e liquidados, não há de se exigir nova representação para legitimá-la a promover o subsequente cumprimento da sentença ou a liquidação da condenação acaso obtida de forma ilíquida.

O permissivo constitucional, *in casu*, não é de uma ação coletiva como aquela regulada pelo CDC; é, na verdade, de uma ação singular, com vários titulares previamente definidos, todos representados pela associação. O efeito prático, querido pela regra constitucional, é apenas o de simplificar o procedimento, tornando a entidade associativa sujeito ativo da demanda, para eliminar os inconvenientes do litisconsórcio tradicional. Daí que não se hão de aplicar as normas de liquidação e habilitação individuais cogitadas pelos arts. 94 a 98 do CDC. A sentença, sendo líquida quanto à pretensão de cada associado representado pela entidade autora, terá o respectivo cumprimento promovido pela mesma entidade, não havendo que se cogitar de credores sujeitos a habilitação, nem de créditos genéricos pendentes de liquidação.

Enfim, a associação, nos moldes do art. 5º, XXI, da Constituição (e não do art. 91 do CDC), não age por legitimação apenas legal. Representa os associados porque estes lhe delegaram a representação que, em última análise, se desempenha no processo. Não se trata (diversamente do regime das ações coletivas do CDC) de simples imposição legal, mas de representação

consentida pela ordem jurídica e autorizada pelos representados. Tendo a associação representação plena para o foro, habilitada se acha para obter a condenação, bem como para promover a competente execução, sem depender de novo ato de legitimação dos associados.

O entendimento exposto – advirta-se – vale para a ação comum intentada por associação, na defesa de interesses individuais perfeitamente identificados e individualizados desde a propositura da demanda (CF, art. 5º, XXI). Se a pretensão deduzida pela associação é genérica, não só quantitativamente, mas também subjetivamente, o grupo de interessados se apresenta aberto e não definido com precisão, de sorte que a ação realmente será coletiva e se sujeitará ao regime processual tratado pelo CDC, para a tutela dos direitos individuais homogêneos, especialmente no que toca à disciplina dos arts. 95, 97 e 98. A substituição processual se completa com a obtenção de sentença genérica, e a execução terá de se processar, segundo o interesse individual de cada associado, conforme o regime de representação,²⁶ caso não queira o próprio credor promover pessoalmente o cumprimento da sentença na parte que lhe diz respeito.

1.683-b. Ações coletivas promovidas por sindicatos

Assegura a Constituição, ainda, uma outra legitimação para as ações coletivas aos sindicatos, a quem é conferida, *ex lege*, a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (CF, art. 8º, inc. III). As entidades sindicais, portanto, têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais homogêneos dos integrantes da categoria, desde que “guardem relação de potencialidade com os fins institucionais do sindicato demandante”.²⁷

O sindicato, quando patrocina a defesa de direitos individuais homogêneos da categoria, atua como substituto processual, em busca de sentença genérica, nos moldes do art. 95 do CDC (Lei nº 8.078/1990), “sem qualquer juízo a respeito da situação particular dos substituídos”. Por isso, dispensável é, nas ações coletivas sindicais, “a autorização individual dos substituídos”.²⁸

Obtida a condenação genérica por obra do sindicato, cabe a cada um dos substituídos demandar as vantagens individuais, se não forem satisfeitas espontaneamente. Para esse fim, isolada ou conjuntamente, será proposta ação de execução da sentença coletiva. Se preferida a via coletiva, a execução será sob a forma de *representação* ou de *substituição processual*? Já se decidiu na 1ª Turma do STJ que a *substituição* exercida pelo sindicato prevaleceria apenas até a sentença e que, na fase de execução, o regime processual passaria a ser o de *representação*. Teria, por isso, o órgão sindical de comprovar a outorga dos exequentes e de liquidar os valores que individualmente correspondam a cada representado.²⁹

Em decisão da Corte Especial, porém, o STJ consagrou o entendimento de que a passagem da fase cognitiva para a de cumprimento da sentença não altera o regime de atuação processual do sindicato, que continua sendo o de substituição processual e não o de representação. Esse regime tem raízes constitucionais, e no art. 8º, III, da Constituição Federal, que o embasa, não se encontra ressalva capaz de autorizar a distinção da forma de atuação sindical no estágio anterior e no posterior à sentença. Desnecessária, portanto, a autorização dos filiados para que a execução coletiva tenha curso. Isto, porém, não afasta a necessidade lógica de que, no cumprimento da sentença, a entidade promotora da execução coletiva tenha de individualizar os credores substituídos e os valores dos respectivos créditos.³⁰

Com efeito, para ter acesso à execução, não basta invocar a sentença condenatória genérica. A situação individual de cada exequente, isto é, o fato constitutivo do direito subjetivo de cada interessado, tem de ser demonstrado na fase de cumprimento do julgado coletivo.³¹ Os valores e os sujeitos da execução devem ser quantificados e identificados, ao mesmo tempo em que se procede à certificação das situações fático-jurídicas individuais. A execução coletiva, por meio da entidade sindical, depende de:

- a) existência da sentença condenatória coletiva;
- b) prova da situação individual enquadrável na conjuntura reconhecida pela sentença genérica;
- c) mensuração do direito subjetivo de cada exequente, realizada no procedimento preparatório da liquidação da sentença.

Também o STF, depois de idas e vindas, consolidou sua jurisprudência no sentido de que, tanto na fase de conhecimento, como na de liquidação ou de cumprimento da sentença proferida em ações em que se discutam direitos individuais homogêneos, a atuação do sindicato se dá na qualidade de substituto processual, sem necessidade de prévia autorização dos trabalhadores.³²

1.684. O Ministério Público e a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, indagaram doutrina e jurisprudência se estaria o Ministério Público legitimado à defesa em juízo dos interesses individuais do consumidor isolado ou de pequenos grupos determinados de consumidores vítimas de um dano de origem comum.

Dispõe o art. 127 da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e *individuais indisponíveis*.”

Observa-se, pois, que a Carta Magna fez menção exclusivamente a *direitos individuais indisponíveis* como de possível defesa por parte do Ministério Público. Portanto, a sua legitimação somente se verifica quando houver a malversação de tal categoria de direitos, entendida como sendo “aqueles dos quais diz a palavra não se puder dispor, porque integrados na personalidade humana”.³³

A restrição imposta pelo legislador constituinte justifica-se, na medida em que ao Ministério Público é vedada a prática da advocacia (art. 128, § 5º, “b”). Advogar outra coisa não é senão a defesa de direitos individuais, particularmente os disponíveis.

É à luz do art. 127, pois, que se deve interpretar o art. 81, parág. único, III, do Código de Defesa do Consumidor, que autoriza o Ministério Público a promover a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos. Assim sendo, tem-se que somente em se tratando de direito individual homogêneo *indisponível* estará o Ministério Público legitimado à propositura da ação coletiva de consumo, jamais a ação civil pública.

Nesse sentido, é a orientação da melhor doutrina que tem como seu representante Hugo de Brito Machado:

“Não se pode admitir a defesa, pelo Ministério Público, de um direito individual disponível, ao argumento de que se trata de um direito homogêneo. Como já dissemos, isso implicaria admitir a prática da advocacia pelo Ministério Público”.³⁴

Com efeito, “vedado, como é, aos membros do Ministério Público o exercício da advocacia, e sendo atribuída sua apenas a defesa dos interesses sociais e *individuais indisponíveis, não tem o parquet legitimidade para promover ações na defesa de interesses individuais disponíveis*”.³⁵ Diversa não tem sido a orientação preconizada pelos Tribunais, em especial pelo *Superior Tribunal de Justiça*.³⁶

Todavia, pode haver hipótese em que, num só ato, dois são os interesses lesados: um de natureza divisível, individual, subjetiva, cuja defesa cabe ao próprio lesado; e outro, de caráter indivisível, coletivo e difuso, de interesse social, cuja proteção se impõe ao Ministério Público. São, *v.g.*, indivisíveis os interesses atinentes à saúde, à educação, ao transporte coletivo etc., porque uma vez ignorados geram grandes transtornos para a sociedade. O Ministério Público, então, estaria legitimado não pelo simples fato de haver uma soma de interesses individuais, mas sim pelo fato de a lesão a um direito subjetivo desse tipo causar repercussões prejudiciais a toda coletividade. Seria, então, o interesse social, como direito difuso, que estaria sendo protegido e tutelado pelo Ministério Público, e não apenas os direitos individuais homogêneos dos diversos prejudicados de *per si*. Nesse sentido, o STF assentou, por exemplo, que “o Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares” (STF, Súmula nº 643).

Interesse social, conforme ensina Rodolfo de Camargo Mancuso, “é o interesse que reflete o que esta sociedade entende por ‘bem comum’; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, *escolheu* como sendo os mais relevantes. Tomando-se o adjetivo ‘coletivo’ num sentido amplo, poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao *exercício coletivo do interesse coletivo*”.³⁷

Não é pelo simples fato de serem tratados numa dimensão coletiva que os direitos individuais assumem relevância social. Alerta Teori Albino Zavascki que os “direitos individuais só devem ser considerados como de interesse social quando sua lesão tiver alcance mais amplo que o da simples soma das lesões individuais, por comprometer também valores comunitários especialmente privilegiados pelo ordenamento jurídico”.³⁸

O Ministério Público não está legitimado a defender o interesse de pequenos grupos de consumidores, porque neste caso não estará afetado interesse da sociedade como um todo, mas apenas de parcela determinada dessa. É necessário que a lesão sofrida pelos titulares de direito subjetivo configure um interesse social. Isto é, que desta situação decorra, a um só tempo, direitos individuais homogêneos e interesse social, de natureza difusa. Em outros termos, a defesa de interesse de um grupo determinado convém à sociedade como um todo, quando a violação de direitos individuais ofende também o direito da coletividade. Nesta hipótese confere-se ao Ministério Público legitimidade para agir exatamente porque busca a tutela do interesse de dimensão coletiva ou difusa. A proteção dos interesses individuais homogêneos se faz, portanto, por via reflexa. De outro modo, não se pode entender o interesse social.³⁹

A maioria da doutrina é assente na necessidade de que haja a presença do interesse social na tutela do interesse individual homogêneo por parte do Ministério Público. A definição do que seja interesse social é que se mostra carregada de avaliação subjetiva, quando, na verdade,

dever-se-iam adotar critérios objetivos, como ilustra no já citado aresto do STF o Ministro Sepúlveda Pertence.⁴⁰

O Ministério Público, portanto, não está institucionalmente concebido como defensor de direitos individuais homogêneos, mas apenas dos que correspondam a “interesses sociais” (CF, art. 127). Os “interesses individuais” somente entram na esfera de atuação do *Parquet* quando sejam “indisponíveis”,⁴¹ jamais quando disponíveis.

De maneira geral, os direitos do consumidor assumem feição coletiva, com repercussão social, razão pela qual a jurisprudência inclina-se por reconhecer, com maior amplitude, a legitimidade do Ministério Público para a ação coletiva em sua defesa, até mesmo quando se trate de direitos individuais homogêneos.⁴²

Não se pode admitir, todavia, que o Ministério Público use sua titularidade da ação civil pública (coletiva por natureza) para utilizá-la em ação singular na defesa individual e isolada de determinado consumidor.⁴³ A substituição processual ocorre sempre como exceção aberta pela lei (CPC, art. 60). A que se dá na ação civil pública é necessariamente coletiva. Pode até existir substituição processual exercitável pelo Ministério Público em relação a indivíduo apartado de qualquer coletividade, mas isto dependerá de previsão em lei especial.⁴⁴ Fora dessas situações excepcionais, o Ministério Público é carecedor de ação individual em defesa de consumidor.⁴⁵

1.684-a. Inquérito civil

Dentre as funções institucionais conferidas pela Constituição ao Ministério Público figuram a promoção do *inquérito civil e da ação civil pública*, nos limites da lei, e sempre na tutela dos interesses difusos e coletivos indisponíveis (CF, art. 129, III). Aquele prepara o exercício da ação coletiva, quando manejada pelo Ministério Público. Sua previsão originária foi feita pela Lei nº 7.347/1985 (art. 8º, § 1º), antes de ser consagrado pela Constituição de 1988.

Dois pontos são intrigantes em relação ao inquérito civil: sua função e sua natureza. É fora de dúvida que sua finalidade é apurar fatos que, teoricamente, possam justificar uma ação civil pública a ser ajuizada pelo Ministério Público. Só o Ministério Público pode instaurá-lo, não os demais legitimados concorrentes para a ação coletiva.⁴⁶ Não se trata, outrossim, de medida preparatória obrigatória. Muitas vezes, o MP disporá de elementos para instruir sua demanda sem necessidade de passar pelo inquérito civil. Constitui, pois, um instrumento de atuação do Ministério Público; não um pressuposto indeclinável de sua atuação no campo da ação civil pública.

Quanto à sua natureza, ensina a doutrina especializada que “o inquérito civil é um procedimento administrativo investigatório, de caráter inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público.⁴⁷ Graças aos dados nele apurados, o Ministério Público colhe elementos de convicção com os quais certifica ser, ou não, a hipótese de cabimento de alguma ação civil pública. Assemelha-se, em certa forma, ao inquérito policial, em face da ação penal pública.⁴⁸

Não sendo voltado a criar ou extinguir direitos, nem a impor sanções, nem tampouco a decidir conflitos, não se lhe pode atribuir o caráter de um processo. Não passa de um simples procedimento. Daí não se lhe poder exigir o desempenho do contraditório, da mesma forma como se passa com o inquérito policial. Descabe aplicar-lhe a regra do art. 5º, LV, da Constituição.⁴⁹ Muitas vezes, no entanto, o bom desempenho da tarefa investigatória exigirá do

Ministério Público a oitiva do investigado e de testemunhas que este indique, bem como a juntada de arrazoados e documentos também produzidos por ele.⁵⁰ Tudo isso, lembra Hugo Nigro Mazzilli, “pode ser mais que útil, até mesmo necessário.”⁵¹

A instauração do inquérito civil faz-se por meio de portaria que há de apontar qual o fato ou quais os fatos constituirão o objeto da investigação. Embora não haja necessidade de descer a minúcias na descrição, não se pode molestar o investigado de maneira tão vaga, que não permita um mínimo de controle da invasão cometida em sua esfera jurídica. Os atos administrativos, quaisquer que sejam, exigem transparência suficiente para permitir a separação da conduta lícita da abusiva, por parte dos agentes públicos.⁵²

“O inquérito civil, como procedimento administrativo que é, submete-se basicamente a três fases: a) *instauração*, que se dará por portaria ou por despacho do órgão do Ministério Público com representações recebidas; b) *instrução*, que se realiza com a apuração dos fatos, em contraditório ou não, conforme acima já mencionados; e c) *conclusão*, que se dá com a apresentação de relatório conclusivo pelo órgão de execução que preside o inquérito civil”.⁵³

1.685. Competência

A ação civil pública deve correr no foro do local em que se deu o dano (Lei no 7.347/85, art. 2o). Havendo interesse da União, suas autarquias e empresas públicas, a competência passará para a Justiça Federal (CF, art. 109, I), mesmo que no local da verificação do dano inexistia vara da Justiça Federal.⁵⁴

Em se tratando de ação coletiva acerca de dano a consumidores, o entendimento prevalente do STJ é no sentido de que, tendo a lesão ocorrido em mais de uma comarca, a competência, conforme o caso, será do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal. Se o âmbito do dano abranger mais de um Estado, ter-se-á a concorrência dos foros da capital estadual e do Distrito Federal. Não haverá exclusividade do foro do Distrito Federal, portanto, para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. O caso foi definido pelo STJ como de “competências territoriais concorrentes”.⁵⁵

Ajuizadas separadamente ações civis públicas de objeto comum, na Justiça Federal e na Estadual, uma vez configurada entre elas a continência, devem ser todas elas reunidas na Justiça Federal, conforme entendimento jurisprudencial consolidado (Súmula 489 do STJ).

1.686. Procedimento

A Lei no 7.347/85 não criou um procedimento específico para a Ação Civil Pública, de modo que o seu processamento deve, em princípio, seguir o rito ordinário traçado pelo Código de Processo Civil. As peculiaridades da lei especial dizem respeito a temas como os da liminar, da competência, da legitimação de parte, da coisa julgada e da execução.

1.687. Liminar

O art. 12 da Lei no 7.347/85 prevê a possibilidade de medida liminar na ação civil pública (art. 12, *caput*). Admite, também, que, a requerimento de pessoa jurídica de direito público

interessada, o Presidente do Tribunal com competência recursal para o processo possa suspender a execução da liminar, cabendo de sua decisão agravo para a turma julgadora, em cinco dias (art. 12, § 1º).

Se o prejudicado pela liminar não for pessoa jurídica de direito público, não terá acesso à suspensão pelo Presidente do Tribunal. Poderá, no entanto, usar o agravo, na forma retida ou de instrumento, conforme o caso, porque o deferimento de liminar configura, sem dúvida, decisão interlocutória.

1.688. Coisa julgada

A coisa julgada nas ações em que se tutelam direitos difusos ou coletivos caracteriza-se por sua eficácia *erga omnes*, e isto se passa tanto nas ações populares como nas ações civis públicas. É, aliás, um dos motivos pelos quais a doutrina chega à conclusão de que ambas são apenas espécies do mesmo gênero. Outro traço comum é a não formação da coisa julgada nas rejeições dessas ações, quando o julgamento negativo se baseia na falta ou insuficiência de prova.⁵⁶

Nas ações populares ou civis públicas cujo objeto seja direito *difuso* ou *coletivo* propriamente dito, não há concorrência entre direitos de grupo e direitos individuais, porque o que se tutela é um direito transindividual e indivisível entre os membros da comunidade. Nenhum indivíduo pessoalmente pode reclamar para si o bem comum a todos. Só uma ação coletiva, movida no interesse de todo o grupo, pode tutelá-lo. Conexamente, no entanto, podem coexistir a lesão ao direito coletivo (transindividual) e o prejuízo pessoal de certos membros da coletividade (lesão reflexa de direito individual). Nesse caso, surgem os direitos individuais homogêneos, se vários forem aqueles que pessoalmente sofrerem prejuízos, que tanto podem ser tutelados singular como coletivamente.

No caso, porém, da tutela dos interesses individuais homogêneos, não há mais direito do grupo. A ação coletiva se forma por conveniência prática, já que os direitos são diretamente tutelados no interesse dos indivíduos. Os efeitos positivos da demanda beneficiam todos os titulares de situação jurídica igual à deduzida em juízo; mas nenhum deles está obrigado a aceitar a tutela coletiva e, não tendo figurado no processo, não tem, no direito brasileiro, que sofrer os prejuízos do insucesso da causa.⁵⁷

Em regra, os benefícios se expandem além dos sujeitos presentes no processo, não os prejuízos. A relação entre a coisa julgada na ação coletiva e os interesses individuais homogêneos dos membros da coletividade representada na causa, segundo o direito positivo brasileiro, pode ser assim sintetizada:

a) Se a ação coletiva é *rejeitada*, seja por insuficiência de prova ou não, os particulares não serão alcançados pela coisa julgada que se manifestará apenas entre os legitimados para a ação coletiva; poderão os particulares exercer suas ações individuais para buscar ressarcimento para os danos pessoalmente suportados (Lei nº 8.078, art. 103, § 3º); apenas serão prejudicados os “interesses individuais” dos que efetivamente figuraram no processo coletivo (*idem*, art. 94 c/c art. 103, § 2º).

b) Se a ação coletiva é julgada *procedente*, os particulares deverão valer-se da *coisa julgada*, ficando dispensados de nova ação individual condenatória; apenas terão de liquidar o montante de seus prejuízos individuais em procedimento de *liquidação de sentença* (Lei nº 8.078,

arts. 97 e 100). A exemplo do que se passa com a sentença penal condenatória, também a sentença de procedência da ação civil coletiva representa para as vítimas uma coisa julgada acerca da *causa petendi* da pretensão indenizatória.⁵⁸ Dá-se o “transporte, à ação individual, da sentença coletiva favorável”, ampliando a Lei “o objeto da ação coletiva” para nele incluir a indenização de danos sofridos individualmente.⁵⁹

Há um caso, porém, em que os benefícios da coisa julgada *erga omnes* deixam de operar; é o que se passa com a vítima do dano comum que, diante da ação coletiva, se abstém de suspender sua ação individual nos trinta dias seguintes à ciência da causa comum. A concorrência entre ação coletiva e ações individuais não é vedada pela lei. Mas a pessoa que quiser se beneficiar dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva terá de requerer, oportunamente, a suspensão da demanda individual (CDC, art. 104).

1.689. Execução

O objeto da ação civil pública pode ser a condenação ao pagamento de uma certa soma de dinheiro, ou ao cumprimento de uma obrigação de fazer e não fazer (Lei nº 7.347/85, art. 3º). A regra, diante dos direitos coletivos ou difusos, é a reparação *in natura*, ou seja, por meio das obras ou medidas tendentes a eliminar o dano aos bens da comunidade. Deve o responsável, portanto, restaurar, agindo de forma positiva ou negativa, os bens lesados. A condenação a uma indenização em dinheiro somente acontecerá quando o dano for irreversível.

Para a execução das obrigações de fazer e não fazer, o juiz adotará as medidas preconizadas pelos arts. 84 do CDC, 21 da Lei nº 7.347/85, e 461 do CPC.

Nas condenações pecuniárias, a execução seguirá o procedimento das obrigações de quantia certa, mas o produto não será recolhido pelo exequente; reverterá a um fundo próprio, cujo montante possa ser empregado em restauração dos bens lesados (art. 13).

A legitimação natural para a execução é do autor da ação civil pública. Quando este, entretanto, for uma associação e se mantiver inerte por mais de 60 dias após o trânsito em julgado, o Ministério Público ou outros entes legitimados previstos no art. 5º poderão tomar a iniciativa da execução da sentença (art. 15).

No caso de danos a direitos individuais homogêneos, a condenação ao respectivo ressarcimento será genérica (CDC, art. 95). Ter-se-á de proceder à liquidação para definir o prejuízo de cada consumidor que se habilitar. Tal procedimento liquidatório poderá ser promovido pela entidade autora da ação ou pelas vítimas e seus sucessores (CDC, art. 98), bem como por outros legitimados que, eventualmente, não tenham participado do processo condenatório. A execução, assim, será também coletiva.⁶⁰

É possível, outrossim, a execução individual, no interesse exclusivo de uma vítima, a par da execução coletiva a benefício de todos os interessados (CDC, art. 98, *caput*). A execução é da competência do juízo da liquidação ou da ação condenatória, quando se trata de execução individual; e do juízo da condenação, quando coletiva a execução (CDC, art. 98, § 2º).

As regras do art. 98, todavia, não excluem outras que, a benefício do consumidor, constam do CDC. Assim, o foro da condenação pode ser afastado pelo foro do domicílio do beneficiário, por aplicação da regra tutelar que permite ao consumidor ajuizar no seu próprio foro as demandas individuais relativas à responsabilidade do fornecedor (CDC, art. 101, I).

Com efeito, ao tratar da execução singular da sentença coletiva, o CDC estabeleceu dois foros: o da condenação e o da liquidação (art. 98, § 2º, I). Sendo assim, o juízo da causa não pode ser visto como absoluto para a execução, já que a lei prevê que o cumprimento de sentença também possa ocorrer no juízo da liquidação. Ora, a liquidação, *in casu*, representa uma *ação* individual subsequente à condenação genérica coletiva, sujeitando-se à regra do art. 101, I, do CDC, onde se acha facultada a propositura da ação individual no foro do autor (i.e., do consumidor).

Daí a interpretação jurisprudencial do que “a analogia com o art. 101, I, do CDC e a integração desta regra com a contida no art. 98, § 2º, I, do mesmo diploma legal garantem ao consumidor a prerrogativa processual do ajuizamento da execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva no foro de seu domicílio”.⁶¹ É na tese que também prevalece na doutrina.⁶²

1.689-a. Execução coletiva por meio de sindicato ou associação

Nos casos de direitos individuais homogêneos, tanto os titulares do crédito reconhecido em sentença condenatória, como a entidade que os substituiu processualmente, têm legitimidade para promover a liquidação do julgado e o subsequente cumprimento forçado do título judicial coletivo.

Há, porém, uma distinção a se fazer:

a) se se trata de sindicato, a execução coletiva pode ser intentada em favor de qualquer membro da categoria representada pelo órgão sindical, seja associado ou não; não há nem mesmo necessidade de autorização dos trabalhadores, porque o âmbito da substituição processual decorre da própria função atribuída aos sindicatos pela Constituição: “defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da *categoria*” (CF, art. 8º, III)⁶³. A execução coletiva, por meio do sindicato, todavia, requer a indicação nominal, pelo substituto processual, das pessoas em favor das quais o cumprimento da sentença é promovido, com a explicitação do valor devido a cada uma delas;⁶⁴

b) quando a ação coletiva houver sido promovida por associação, a substituição processual, em matéria de direitos individuais homogêneos, limita-se aos seus filiados (CF, art. 5º, XXI).⁶⁵ A Lei 9.494/1997, art. 2º-A (introduzido pela Medida Provisória nº 1.798-2/1999) não deixa dúvida de que a ação de caráter coletivo é proposta pela entidade associativa “na defesa dos interesses e direitos dos seus associados”, e o efeito da sentença abrange os *substituídos* (filiados) “que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”. Daí que a execução coletiva promovida pela associação “abrangerá apenas os substituídos [i.e., os seus associados] que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”, na exata conformidade com “os termos do art. 2º-A da Lei 9.494/1997”.⁶⁶ É claro, outrossim, que não será possível o início da execução pela associação sem que sejam identificados os credores dos direitos individuais exequendos (associados que satisfaçam os requisitos do art. 2º-A da Lei 9.494/1997), bem como apontados os valores líquidos que correspondam a cada um deles.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA⁶⁷
(Lei nº 7.347, de 27.07.1985)

Petição inicial – iniciativa de uma das instituições relacionadas no art. 5^º⁶⁸

Indeferimento

Cabe apelação

Deferimento

Com liminar (art. 12) – com ou sem justificação prévia

Sem liminar

Cabe agravo de instrumento
(art. 12, *caput*)

Cabe pedido de suspensão junto ao
Presidente do Tribunal (art. 12, § 1^º)

Cabe agravo interno para o colegiado
(art. 12, § 1^º)

Observância do rito ordinário

Citação

Contestação

Intervenção do MP como *custos legis*, se não
for da ação (art. 5^º, § 1^º)

Saneamento e audiência de instrução e
julgamento, se houver prova oral ou pericial

Julgamento antecipado da lide, se não houver
prova oral ou pericial

Sentença

Cabe apelação

Possibilidade de atribuição de efeito suspensivo pelo próprio juiz (art. 14)

Coisa julgada

Improcedência por insuficiência de prova

Com resolução do mérito

Coisa julgada apenas formal

Eficácia de coisa julgada material
erga omnes (art. 16, 1^ª parte)

Não impede a repropositura da ação com nova
prova (art. 16, 2^ª parte)

A ação não poderá ser reproposta nem por
outros legitimados, diversos do que foi autor

Execução forçada

Iniciativa da associação autora

60 dias de inércia: a execução será promovida pelo MP ou demais legitimados para a ação civil pública (art. 15)

-
- 1 TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*, Griuffrè, Milano, 1974, p. 197.
 - 2 CAPPELLETTI, Mauro. “Tutela dos interesses difusos”, *Ajuris*, v. 33, p. 174.
 - 3 CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 172.
 - 4 CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 174.
 - 5 STF, Pleno, Confl. Atrib. 35/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, ac. de 02.12.1987, *RTJ* 130/485-497.
 - 6 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, cit., pp. 122-123.
 - 7 Leis posteriores ampliaram o rol do art. 1º da Lei nº 7.347/85, para incluir, no âmbito da ação civil pública: “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (CDC, art. 110); e, ainda, o dano acarretado “por infração da ordem econômica e da economia popular” ou “à ordem urbanista” (Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001).
 - 8 Várias medidas de esclarecimento a cargo do fornecedor nas operações de consumo foram instituídas pela Lei 12.741 de 08.12.2012, arts. 1º e 2º, e pelas alterações que ela introduziu nos arts. 6º, inciso III, e 106, IV, da Lei 8.078/1990 (CDC). A importância das inovações repercute sobre as ações singulares e coletivas, já que de sua eventual inobservância decorrerão, além de sanções administrativas, responsabilidades de natureza civil e penal (Lei nº 12.741/2012, art. 5º c/c art. 56 do CDC).
 - 9 STF, Pleno, RE 213.631/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. 09.12.1999, *RTJ* 173/288.
 - 10 STJ, Corte Especial, Ag. Rg. na Pet. 1.093/RS, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 24.10.2002, *RSTJ* 166/21.
 - 11 STF, 2ª T., Ag. Rg. no AI 382.298/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. 04.05.2004, *DJU* 28.05.2004, p. 53.
 - 12 Não pode a ação civil pública ser utilizada como meio de se declarar a inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental (STJ, 1ª T., REsp. 197.826/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 24.04.2001, *DJU* 04.02.2002, p. 295; STJ, 2ª T., REsp. 229.526/PR, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. 25.09.2001, *DJU* 04.02.2002, p. 323).
 - 13 STF, Pleno, Rel. 600/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, ac. 03.09.1997, *DJU* 05.12.2003, p. 19.
 - 14 STJ, 1ª Seção, Emb. Div. no REsp. 303.174/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, ac. 25.06.2003, *DJU* 01.09.2003, p. 213.
 - 15 “A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portanto, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade” (STJ, 1ª Seção, Emb. Div. no REsp. 305.150/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 11.05.2005, *DJU* 30.05.2005 p. 201).
 - 16 GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, 2003, v. 3, nº 87, p. 335.
 - 17 ZAVASCKI, Teori Albino. “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos”, *Revista Forense*, v. 329, p. 148.
 - 18 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 155.
 - 19 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 151.

- 20 BITTAR, Cf. Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pp. 90-95; ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 151, dentre outros.
- 21 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 156.
- 22 “Conforme comando inserto no art. 21 da Lei no 7.347/1985, é possível a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor às ações coletivas ainda que não versem sobre relação de consumo” (STJ, 5a T., AgRg no REsp 486.919/RS, Rel. Min. Felix Fischer, ac. 05.02.2004, *DJU* 08.03.2004, p. 318).
- 23 No caso da associação, a Lei no 7.347/85 impõe dos requisitos para conferir-lhe a legitimação: a) deve estar constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; b) entre suas finalidades institucionais deve figurar a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico (art. 5o, I e II). Há possibilidade de o juiz dispensar o primeiro requisito, nas condições do § 4o do citado artigo.
- 24 STJ, Corte Especial, REsp 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 19.10.2011, *DJe* 12.12.2011. STJ, 3a T., REsp 651.037/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, ac. 05.08.2004, *DJU* 13.09.2004, p. 241.
- 25 “Proposta a ação pelo Ministério Público, não há necessidade de oficiar outro órgão da mesma instituição como fiscal da lei” (STJ, 2a T., AI no 95.537/SP-AgRg., Rel. Min. Hélio Mosimann, ac. de 22.08.1996, *DJU* de 16.09.1996, p. 33.727).
- 26 STJ, 3a T., REsp 880.385/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, ac. 02.09.2008, *DJe* 16.09.2008. Em matéria, porém, de ação coletiva promovida por entidade sindical, a jurisprudência do STF e do STJ firmou-se no sentido de que, tanto na fase de conhecimento, como na de liquidação ou de cumprimento da sentença, a atuação do sindicato se dá na qualidade de substituto processual, e não de representante dos titulares de direitos individuais homogêneos (ver, adiante, o item 1.683-b).
- 27 STJ, 1a Turma, REsp. 766134/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, ac. 15.05.2008, *DJe* 27.08.2008 (voto vencedor do Min. Teori Zavascki).
- 28 STJ, REsp. 766134/DF, cit.
- 29 STJ, REsp 766.134/DF, cit.
- 30 STJ, Corte Especial, EREsp 760.840- RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, ac. 4.11.2009, *DJe* 12.5.2010, Precedentes citados: STF, RE 213.111-SP, *DJU* 24.8.2007; STJ, REsp 1.082.891-RN, *DJe* 24.9.2008.
- 31 STJ, REsp. 766134/DF, cit.
- 32 STF, Pleno, RE 193.503/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, ac. 12.06.2006, *DJU* 24.08.2007, p. 56; RE 193.579/SP, idem, idem, *DJU* 24.08.2007, p. 194; RE 208.983/SC, idem, idem, *DJU* 24.08.2007, p. 197; RE 210.029/RS, idem, idem, *DJU* 17.08.2007, p. 197; RE 213.111/SP, idem, idem, *DJU* 24.08.2007.
- 33 CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988 – contribuição crítica*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 170.
- 34 MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos da competência do Ministério Público e atividade política, *Revista dos Tribunais*, v. 698, pp. 27-28.
- 35 MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 30.
- 36 “Ação Civil Pública. Direitos Individuais *Disponíveis*. ICMS. Ilegitimidade do Ministério

- Público*. A legitimidade do *Ministério Público* é para cuidar de *interesses* sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e *disponíveis*” (STJ, 1a T., REsp. 248.281/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* de 29.05.2000, p. 127). No mesmo sentido: STJ, 1a Seção, EREsp. 181.892/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* de 08.05.2000, p. 54; STJ, 3a T., REsp. 154.789/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *RSTJ* 132, p. 314; STJ, 5a T., REsp. 114.908/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 13.09.1999, p. 86.
- 37 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*, 5. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 27.
- 38 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 159.
- 39 A propósito, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 213.631, em voto da lavra do Em. Ministro Sepúlveda Pertence, salientou que não se pode dizer que “qualquer feixe de pretensões individuais homogêneas, seja qual for o seu objeto, possa ser tema de tutela jurisdicional coletiva por iniciativa do Ministério Público” (STF, RE 213.631/MG, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. de 09.12.99, *RTJ* 173/305). Destacou o Em. Ministro “não bastar, à legitimidade ao Ministério Público no particular, a homogeneidade de quaisquer interesses individuais de um número significativo de sujeitos” (STF, RE 213.631 cit., *RTJ* 173/305). Cita o ilustre Ministro inúmeros doutrinadores que adotam o mesmo entendimento, dentre eles Kazuo Watanabe, J. C. Barbosa Moreira, Teori A. Zavascki, Rodolfo C. Mancuso, Lúcia V. Figueiredo e Hugo N. Mazzili.
- 40 “Creio, assim, que afora o caso de previsão legal expressa a afirmação do *interesse social* para o fim cogitado há de partir da identificação do seu assentamento nos pilares da ordem social projetada pela Constituição e na sua correspondência à persecução dos objetivos fundamentais da República, nela consagrados. (...) A Constituição ainda aponta como metas da República ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ e ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’” (STF, RE 213.631 cit., *RTJ* 173/309). Naquele julgamento, concluiu o Ministro Sepúlveda Pertence acompanhando o voto do Min. Relator Ilmar Galvão que, por exemplo: “Não se me afigura sustentável que essa legitimação extraordinária do MP se possa prodigalizar, em nome do interesse social, para a defesa de qualquer resistência coletiva à tributação” (STF, RE 213.631 cit., *RTJ* 173/309).
- 41 *RTJ* 173/309, cit.
- 42 “A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos nas relações de consumo já foi reconhecida em diversas oportunidades por esta Corte” (STF, 2a T., AI-AgRg. 438.703/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. 28.03.2006, *DJU* 05.05.2006, p. 27). No mesmo sentido: STF, 1a T., RE-AgRg. 424.048/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 25.10.2005, *DJU* 25.11.2005, p. 11; STJ, 4a T., REsp. 105.215/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 24.06.1997, *RSTJ* 98/311; STJ, 3a T., REsp. 308.486/MG, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 24.06.2002, *DJU* 02.09.2002, p. 183; STJ, 3a T., REsp. 332.331/SP, Rel. Min. Castro Filho, ac. 26.11.2002, *DJU* 19.02.2002, p. 361.
- 43 “Falece legitimidade ativa ao Ministério Público para propor ação ordinária, como substituto processual, no sentido de defender interesse individual de determinada pessoa a exame médico, mormente quando existe, na localidade, Defensoria Pública” (STJ, 1a T., REsp. 740.850/RS, Rel. Min. José Delgado, ac. unân. de 21.03.2006, *DJU* 03.04.2006, p. 259; *RJTJRS* 256/32).

- 44 É, v.g., o caso da ação de investigação de paternidade regulada pela Lei nº 8.560, de 29.12.1992.
- 45 “... só em casos específicos é que [o MP] atua em favor do representado ou substituído. (...) o artigo 25, IV, *a*, da Lei 8.625/93, (...) dispõe, apenas, acerca de sua legitimidade para propor ações civis públicas” [ações coletivas] (STJ, 1ª T., REsp. 740.850/RS cit., *RJTJRS* 256/32). Inadmissível, pois, basear-se em tal legitimidade, fora do campo das ações coletivas, e em ação confessionalmente individual. Isso ocorrendo, o caso, como acentuou o STJ, no acórdão cit., é de carência de ação por ilegitimidade ativa do Ministério Público, nos termos do art. 267, VI, do CPC. A jurisprudência atual do STJ, no entanto, tende ao reconhecimento de que pode o MP usar a ação civil pública para defesa de direito individual, desde que *indisponível* (STJ, 1ª S., EREsp nº 819.010/SP, Rel. p/ac. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 13.02.2008, *DJe* de 29.09.2008; STJ, 2ª T., REsp nº 716.712/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 15.09.2009, *DJe* de 08.02.2010; STJ, 4ª T., REsp nº 589.612/RJ, Rel. p/ac. Honildo Amaral de Mello Castro, ac. 15.09.2009, *DJe* de 10.03.2010).
- 46 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 224.
- 47 MAZZILLI, Hugo Nigro. “O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público”, in Edis Milaré (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 224.
- 48 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Op. cit.*, p. 224.
- 49 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Op. cit.*, p. 225.
- 50 MORAES, Voltaire de Lima. “Questões tópicas na ação civil pública”, in Edis Miralé (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 608.
- 51 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 234. Como, até mesmo no inquérito policial, podem surgir momentos de violência e coação ilegal, não se pode, de plano, afastar o contraditório, mas haverá, isto sim, de ser assegurada, nas circunstâncias do caso concreto, a ampla defesa ao investigado (STJ, 6ª T., HC 69.405/SP, Rel. Min. Nelson Naves, ac. de 23.10.2007. “Todavia, nada impede que o órgão de execução do Ministério Público, diante das situações do caso concreto, avalie a conveniência e oportunidade de conceder o contraditório em sede de inquérito civil, principalmente quando puder verificar que o contraditório não inviabilizará a apuração dos fatos e ainda conferirá maior legitimidade à prova a ser colhida” (Gregório Assagra de Almeida, *op. cit.*, pp. 224-225).
- 52 “Se, porém, a portaria inicial do inquérito civil não deve mesmo deter-se em pormenores despididos, ao contrário, porém, deve ser, na medida do possível, suficientemente precisa e minuciosa no que diga respeito à descrição dos *elementos básicos que integrem o fato ilícito*, objeto da investigação” (Hugo Nigro Mazzilli, *op. cit.*, p. 229).
- 53 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Op. cit.*, pp. 225-226.
- 54 STF, Pleno, RE 228.955/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. de 10.02.2000, *RTJ* 172/992.
- 55 STJ, 2ª Seção, CC 17.533-DF, Rel. Min. Menezes Direito, ac. de 13.09.2000, *DJU* de 30.10.2000, p. 120. No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. 218.492/ES, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 02.10.2001, *RT* 799/192; STJ, 2ª Seção, CC 26.842-DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. de 10.10.2001, *RSTJ* 160/217; STJ, 2ª T., REsp. 218.492/ES, Rel. Min.

Peçanha Martins, ac. de 02.10.2001, RT 799/192.

- 56 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Ação popular e ações de interesse coletivo*, Relatório para o Congresso de Roma, 2002, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Relatório Geral Luso-Americano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no 2, Buenos Aires, 2002, p. 125, nota 81.
- 57 Consideram-se, no direito brasileiro, diferentes os objetos da ação coletiva e da ação singular, embora ambas se relacionem com o mesmo evento. “O réu (da ação coletiva) pode ser demandado, por exemplo, para abster-se de poluir e vencer a demanda (reconhecimento de não poluir), sem que se obste que o particular pleiteie indenização pela poluição que lhe causou prejuízos. Causas completamente diversas” (SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Ação popular e ações de interesse coletivo*, Relatório cit., *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Relatório Geral Luso-Americano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no 2, Buenos Aires, 2002, p. 125, nota 82.
- 58 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.
- 59 SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*, 2. ed., São Paulo, LTr, 1997, no 282, p. 608.
- 60 Em se tratando de direitos individuais homogêneos, o normal será a liquidação e a execução promovidas pelas vítimas do dano, individualmente, já que os substitutos processuais, em regra, não disporão de elementos para individualizar os créditos exequíveis. A execução coletiva é também possível quando a liquidação dos direitos individuais homogêneos já tiver sido promovida pelos próprios titulares ou sucessores (STJ, 4a T., REsp 869.583/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 05.06.2012, RT, 928/502-503). Portanto, não há dúvida de que, por exemplo, os sindicatos, como substitutos processuais, têm legitimidade para atuar “tanto nos feitos cognitivos, quanto nas liquidações, como, ainda, nas execuções” (STJ, 2a T., REsp 1.225.034/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 16.10.2012, DJe 22.10.2012; STJ, 1a T., AgRg no Ag 1.399.632/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 04.12.2012, DJe 10.12.2012). Mas os entes públicos previstos no art. 82 do CDC carecem de legitimidade para liquidar a sentença genérica, antes da iniciativa dos titulares dos direitos individuais homogêneos, dada a disponibilidade de tais direitos pelos interessados (STJ, 4a T., REsp 869.583/DF, cit.).
- 61 STJ, 3a T., REsp 1.098.242/GO, Rel. Min. Nancy Andrigli, ac. 21.10.2010, DJe 28.10.2010. “Não se pode obrigar os beneficiários de sentença coletiva a liquidá-la e executá-la no foro em que a ação coletiva fora processada julgada, sob pena de inviabilizar a tutela dos seus direitos” (STJ, 2a T., REsp 1.112.292/GO, Rel. Min. Castro Meira, ac. 21.09.2010, DJe 04.10.2010. No mesmo sentido: STJ, 3a Seção, CC 96.682/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 10.02.2010, DJe 23.03.2010; STJ, 3a T., AgRg no Ag 633.994/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 08.06.2010, DJe 24.06.2010; STJ, 3a T., AgRg no REsp 755.429/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 17.12.2009, DJe 18.12.2009).
- 62 GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 891; BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2006, p. 1.098-1.097.
- 63 STF, Pleno, RE no 193.503/SP, Rel. originário Min. Carlos Velloso, ac. 12.6.2006, DJU de

- 24.08.2007, p. 56; RE no 193.579/SP, *DJU* de 24.08.2007, p. 194; RE no 208.983/SC, *DJU* de 24.08.2007, p. 197; RE no 210.029/RS, *DJU* de 17.08.2007, p. 25; RE no 211.874/RS, *DJU* de 24.08.2007, p. 197; RE no 213.111/SP, *DJU* de 24.08.2007, p. 197. Em todos esses julgados funcionou o Min. Joaquim Barbosa como relator para o acórdão.
- 64 STJ, Corte Especial, EREsp no 760.840/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 04.11.2009, *DJe* de 14.12.2009.
- 65 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15.ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 264; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1989, v. II, p. 111 e 113; GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 352; MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de Segurança em Matéria Tributária*. 2. ed. São Paulo, RT, 1995, n. 4.2.4.4, p. 73.
- 66 STJ, 5a T., AgRg no Ag no 1.012.591/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 04.12.2009, *DJe* de 10.02.2010; STJ, 6a T., AgRg no REsp no 972.765/PE, Rel. Min. Paulo Gallotti, ac. 18.06.2009, *DJe* de 10.08.2009; STJ, 5a T., AgRg no REsp no 1.173.524/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, ac. 23.11.2010, *DJe* de 13.12.2010.
- 67 Em linhas gerais, a ação civil pública seguirá o rito ordinário, com as alterações da Lei no 7.347/1985.
- 68 É possível o estabelecimento de litisconsórcio ativo entre diversos legitimados, de forma originária (art. 5o, § 5o) ou por habilitação superveniente (art. 5o, § 2o). Ocorrendo desistência da ação ou abandono da causa, é possível a assunção do processo pelo MP ou outro legitimado (art. 5o, § 3o).

§ 271. GENERALIDADES

Sumário: 1.690. Dos procedimentos e suas disposições gerais. 1.691. Tramitação durante as férias forenses. 1.692. Competência do *forum rei sitae*. 1.693. Valor da causa. 1.694. Atos de comunicação processual. 1.695. Ausência de efeito suspensivo da apelação nas ações locatícias.

1.690. Dos procedimentos e suas disposições gerais

Em seu título II, a Lei no 8.245, de 18.10.1991, instituiu regras procedimentais específicas para quatro ações de utilização mais frequente nas relações entre locador e locatário, ou seja, a ação de despejo, a de consignação em pagamento, a revisional de aluguel e a renovatória de locação.

A sistemática observada pela Lei do Inquilinato foi a de destacar um capítulo para *disposições gerais* aplicáveis a todas as quatro ações locatícias e destinar um capítulo especial para o procedimento específico de cada uma daquelas ações.

Como preceitos comuns, dentro do prisma legal, estipularam-se normas inovadoras do sistema do Código de Processo Civil, no pertinente a férias forenses, competência, valor da causa, citação e recursos.

Essas disposições gerais, porém, não incidirão sobre as ações relativas e contratos locatícios que, por força do parágrafo único do art. 1º da Lei do Inquilinato, continuam reguladas pelo Código Civil e por leis especiais, e que são as referentes a: a) imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; b) vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; c) espaços destinados à publicidade; d) apart-hotéis, hotéis-residências ou equiparados; e) arrendamento mercantil. A estas locações aplicam-se os procedimentos do Código de Processo Civil, sem as inovações da Lei do Inquilinato (Lei no 8.245, art. 58).

Aplicam-se, porém, as disposições da Lei do Inquilinato às relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, caso em que devem prevalecer as condições livremente pactuadas nos contratos da espécie, não havendo espaço para incidência das regras da legislação consumerista (Lei no 8.245, art. 54).1

1.691. Tramitação durante as férias forenses

Antes da Lei no 8245, somente as ações locatícias disciplinadas pela Lei de Luvas

(renovatória e revisional) tinham curso durante o recesso das férias forenses (Decreto no 24.150/34, art. 35 c/c art. 174, III, do CPC).

Com o advento da nova Lei do Inquilinato, todos os procedimentos que ela disciplinou (isto é, ações de despejo, de consignação, revisionais e renovatórias) tramitarão durante as férias coletivas e não se suspenderão pela superveniência delas (art. 58, II). Somente sofrerão o efeito suspensivo das férias forenses aqueles feitos locatícios estranhos à regulamentação da Lei no 8.245 (art. 1º, parágrafo único).

1.692. Competência do *forum rei sitae*

As ações referentes ao vínculo *ex locato* são ações pessoais e, no regime do Código de Processo Civil, estavam sujeitas às regras comuns da competência do foro do domicílio do réu (art. 94).

Sobre o tema, a Lei no 8.245 inovou ao dispor que o foro competente para conhecer e julgar ditas ações é o da *situação do imóvel*, salvo a estipulação de foro de eleição no contrato (art. 58, II). A regra legal, portanto, contém uma *competência relativa*, que pode ser afastada por acordo das partes, expresso ou tácito. Haverá acordo expresso quando constar de cláusula do contrato locatício ou de documento à parte firmado pelos contratantes, prevendo, em qualquer das hipóteses, a sujeição voluntária a foro diverso do da situação do imóvel (CPC, art. 111). Dar-se-á a derrogação tácita da competência do foro do imóvel quando, proposta a ação locatícia em juízo diverso, o demandado deixar de opor a adequada exceção de incompetência (CPC, art. 114). Em tal conjuntura, não será lícito ao juiz, sem provocação do réu, declinar da competência para o da situação do imóvel, porque a lei confere unicamente à parte a titularidade do direito de afastar o juiz relativamente incompetente. A jurisprudência atual, liderada pelo Superior Tribunal de Justiça, é categórica: “Segundo assente em doutrina e jurisprudência não pode o juiz reconhecer, de ofício, a incompetência relativa.”²

1.693. Valor da causa

À falta de regras específicas, reinava, antes da atual Lei do Inquilinato, grande dissídio jurisprudencial acerca do valor das ações locatícias, especialmente a renovatória e a revisional. Havia julgados que preconizavam, por exemplo, como valor da renovatória a soma total dos aluguéis do contrato, tomando-se como base o valor da época do ajuizamento da causa, enquanto outros se serviam do valor novo a vigorar no início do contrato renovando e, ainda, outros recomendavam o parâmetro do aluguel oferecido para o período da renovação. Por sua vez, o Código de Processo Civil não contribuiu para eliminar a controvérsia, visto que a única regra sobre o valor de ação em tema de contrato mandava simplesmente adotar como valor da causa o do contrato cuja existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão fossem disputados (art. 259, V).

A Lei no 8.245 teve a preocupação de eliminar as dúvidas reinantes e, para tanto, dispôs, de maneira muito clara, que nas ações locatícias o valor da causa corresponderá a doze meses de aluguel pelo montante em vigor na data do ajuizamento (art. 58, II). Generalizou-se, destarte, o critério recomendado pela Súmula no 449 do Supremo Tribunal Federal para as ações de

consignação em pagamento de aluguéis, que, doravante, prevalecerá, também para o despejo, a revisional e a renovatória.

Há, porém, uma exceção aberta pelo próprio art. 58, no III: trata-se da ação de despejo com base em extinção do contrato de trabalho (art. 47, II), para a qual se determinou que o valor da causa deverá ser equivalente a três salários do empregado-inquilino vigentes na ocasião do ajuizamento. Como o contrato de trabalho já se extinguiu, tanto que a lei cogita da extinção dele como fundamento do despejo, claro é que o valor do salário a prevalecer será o da última remuneração percebida pelo empregado.

1.694. Atos de comunicação processual

O art. 58, IV, da nova Lei do Inquilinato, contém grande progresso em termos de comunicação processual, incorporando às ações locatícias a citação postal, e autorizando até mesmo, em alguns casos, o uso dos modernos processos de intercâmbio magnético, como o telex e o fac-símile.

Com relação à via postal, a regra inovatória é a de que, havendo autorização no contrato locatício, as citações, intimações e notificações serão feitas “mediante correspondência com aviso de recebimento”. A inovação do procedimento de intercâmbio foi grande, pois não se exigiu sequer que o aviso de recepção da correspondência seja pessoalmente firmado pelo destinatário. Mas, por outro lado, a adoção do novo sistema de comunicação processual ficou subordinado a uma prévia autorização por cláusula do contrato locatício. À falta de tal previsão convencional, os atos em tela continuarão a ser praticados dentro dos mecanismos tradicionais do Código de Processo Civil.

Em se tratando de empresas (pessoas jurídicas ou firmas individuais), a Lei do Inquilinato admite que os atos de citação, intimação ou notificação possam ser feitos também por via de telex ou fac-símile. É claro, todavia, que caberá à parte interessada demonstrar que a mensagem magnética realmente chegou ao destino, o que, aliás, é fácil de se apurar pelos dados que o próprio aparelho de telex ou fax registra. Também aqui, o uso das vias magnéticas de comunicação dependerá de previsão em cláusula do contrato locatício, mas poderá dar-se até mesmo entre empresas que não possuam aparelhos próprios de fax ou telex, hipótese em que se recorrerá aos serviços públicos da Empresa de Correios e Telégrafos.³

As notificações pré-processuais, ou admonitórias, não estão sujeitas a maiores formalidades e podem ser feitas, em qualquer caso, por via extrajudicial (carta entregue em mãos ou remetida pelo Cartório de Títulos e Documentos). A única forma exigida, *in casu*, é a escrita, de modo a não se reconhecer eficácia à notificação verbal (arts. 60 e 57).⁴

1.695. Ausência de efeito suspensivo da apelação nas ações locatícias

Dentro do sistema do Código de Processo Civil, a apelação, salvo as exceções expressas do art. 520, é sempre recebida no efeito devolutivo e suspensivo, de modo a impedir a execução da sentença enquanto não se julgar o recurso interposto (art. 521). A execução provisória é, outrossim, a que se permite, na pendência da apelação, quando a lei excepcionalmente a priva do efeito suspensivo, a qual se processa por meio de carta de sentença (CPC, art. 521).

A Lei no 8.245 eliminou expressamente o efeito suspensivo de todas as apelações locatícias, sem exceção (art. 58, V). Com isso, desestimulou-se, por completo, a chicana que transformava o recurso num expediente fácil de impedir por longo tempo a retomada do imóvel locado, mesmo quando evidente se mostrava a completa ausência de fundamento sério na apelação. É que, agora, mesmo recorrendo, o inquilino não conseguirá impedir a execução do despejo.

Haverá, por certo, possíveis casos de extrema injustiça e ilegalidade contra direitos do inquilino que não poderão ser coibidos por via da apelação, tal como prevista na disciplina especial da Lei do Inquilinato. Para esses eventos de incomum abuso de autoridade e de flagrante violação de direito da parte, poder-se-á recorrer ao expediente previsto no art. 558 do CPC, que permite ao relator do agravo e da apelação, em casos graves, suspender o cumprimento da decisão recorrida, para aguardar-se o julgamento do recurso pelo Tribunal.

É bom lembrar que, no caso de improcedência, a ação renovatória, no regime da Lei no 8.245, não permitia a execução provisória, porque o prazo só era contado após o trânsito em julgado da sentença. Essa anomalia desapareceu com o novo texto do art. 74, dado pela Lei no 12.112/2009, que passou a determinar a expedição do mandado de despejo logo após a sentença de negativa à renovação.

§ 272. AÇÃO DE DESPEJO

Sumário: 1.696. Natureza. 1.697. A força executiva do procedimento. 1.698. A liminar na ação de despejo. 1.699. Legitimação. 1.700. Documentação da petição inicial. 1.701. Concordância do locatário com a pretensão do locador. 1.702. Denúncia vazia. 1.703. Denúncia cheia.

1.696. Natureza

A posse do locatário sobre o objeto do contrato é temporária e, portanto, marcada pela obrigação de restituir tão logo cesse a relação *ex locato*. A lei concede ao senhorio, por isso, a ação de despejo, como o remédio processual adequado para recuperar a posse do imóvel locado, quando o inquilino descumpra a obrigação de devolvê-lo no momento devido.

Nem sempre é necessário o uso da ação judicial para pôr fim ao direito do locatário sobre o imóvel locado. Apontam-se entre as causas extintivas do contrato de locação: a) o negócio jurídico resolutório (distrato); b) a denúncia unilateral, nos casos em que a lei a admite. A denúncia unilateral da locação é autorizada ao inquilino pelo art. 4º da Lei nº 8.245/1991, nos seguintes termos: “(...) Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo [prédio locado], pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada” (redação dada pela Lei nº 12.744 de 19.12.2012, DOU 20.12.2012). A exceção aludida diz respeito à multa a ser paga pelo locatário na hipótese de a restituição do imóvel não residencial, antes do termo da locação, referir-se ao contrato em que a construção ou reforma substancial é ajustada segundo especificação do próprio locatário, como condição da relação *ex locato*. A diferença de regime consiste em sujeitar-se o locatário denunciante a cumprir a multa convencionada a qual, porém, não poderá exceder “a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação” (art. 54-A, § 2º, da Lei 8.245/1991, instituído pela Lei 12.744/2012); c) a resolução por inadimplemento; d) a anulação, nos casos de vícios ou defeitos do negócio jurídico; e) a expiração do prazo contratual; f) a alienação do prédio, quando não houver eficácia do contrato contra terceiros.⁵ Mas, descumprido o dever de restituir o imóvel, a ação do locador para reavê-lo é a de *despejo*, “seja qual for o fundamento do término da locação” (Lei nº 8.245, art. 5º).⁶

Analisando-se as hipóteses de cessação do vínculo contratual locatício, verifica-se que às vezes sua extinção é fato anterior à ação judicial e outras vezes é consequência da sentença que acolhe a demanda do locador. Assim, se o contrato, por exemplo, é por prazo certo, sua extinção se dá pela ocorrência do termo. A ação de despejo, então, será meio de recuperar a posse do

imóvel injustamente retido pelo inquilino, porque já não mais lhe assiste a faculdade contratual de exercer a posse sobre o bem locado. Quando, porém, se alega que o despejo tem como fundamento o descumprimento de obrigação do inquilino, o que se quer, com a ação, é primeiro desconstituir o vínculo contratual e, em seguida, retomar o bem locado.

No primeiro caso, a ação é *reipersecutória* e predominantemente *executiva*. Cobra-se a devolução do imóvel porque o contrato já se extinguiu antes do ingresso do locador em juízo. No tocante à cessação da relação locatícia, a eficácia da sentença será *meramente declaratória*, no sentido de reconhecer que o autor realmente tinha o direito de considerar extinto o contrato desde o seu vencimento ou desde a ocasião em que o denunciou. Quanto à *saida compulsiva do locatário* do imóvel é que a sentença terá força *condenatória*.⁷

No segundo caso, a relação contratual subsiste enquanto a sentença não a resolver. A função da sentença, destarte, é, antes de tudo, *constitutiva* e, consequentemente, *condenatória*, no pertinente à restituição do imóvel.

Porém, em todos os casos, a sentença de despejo será sempre *executiva*, pois o juiz não apenas condenará o locatário a restituir o imóvel, mas desde logo determinará a expedição do mandado *de evacuando*, independentemente da instauração da execução forçada em processo separado.

1.697. A força executiva do procedimento

A especialização do procedimento da ação de despejo situa-se na fase inicial (purga da mora, nos casos de falta de pagamento, e desocupação liminar, em algumas hipóteses) e na fase executiva (expedição imediata de mandado de execução). Entre a contestação e o julgamento, porém, o rito a observar é o ordinário.

A grande peculiaridade dessa ação é, na verdade, sua natureza de ação executiva. Nela, a execução é *fase*, e não *actio iudicati*, como destaca Pontes de Miranda.⁸ Por isso, “o juiz, ao julgar procedente a ação de despejo”, não se limitará a condenar o locatário a devolver a coisa retida, mas, desde logo, fixará o prazo para a desocupação do prédio (art. 63). E a execução se concentrará na notificação do réu e dos habitantes do imóvel, para que o desocupem no prazo assinado, sob pena de despejo (art. 63). Findo o prazo, proceder-se-á diretamente ao despejo do prédio, por dois oficiais, com emprego de força e arrombamento, se necessário (art. 65, *caput*).

Essa estrutura procedimental, como se vê, quebra a dicotomia tradicional de ação de accertamento e ação de execução de sentença. Aqui a sentença proferida não é ato de encerramento da relação processual cognitiva, não se apresenta nem só como *declaratória* nem só como *constitutiva*, nem tampouco como apenas *condenatória*. “Sua natureza, sem dúvida alguma, é *executiva*, produzindo seus efeitos, independentemente de nova ação. Ao julgar procedente a ação e decretar o despejo, não há propriamente uma condenação, a não ser quanto a custas, honorários ou multa. O que se determina é a retirada do réu do imóvel, e sua devolução ao autor”.⁹

O despejo, em si, é ato executivo, mas ato que decorre naturalmente da força da sentença, independentemente de manipulação de qualquer *actio iudicati*, e se exterioriza como simples ato de uma relação processual que não se extinguiu na sentença, mas que permanece viva e ativa enquanto não se der completa satisfação ao direito subjetivo do autor, para cuja tutela se formou

o processo.

A primeira consequência prática desse procedimento unitário é que todos os incidentes que a *actio iudicati* enseja simplesmente inexistem no cumprimento da sentença de despejo. Assim, por exemplo, não há os embargos do devedor, e tudo aquilo que se poderia questionar na oposição à *actio iudicati* normal haverá de ser tratado na contestação, dentro da fase postulatória da causa, sob pena de preclusão.

Por isso mesmo, se o inquilino opôs direito de retenção por benfeitorias em sua resposta e se essa defesa dilatória foi acolhida na sentença, a retomada não se processará enquanto não satisfeita essa condição do julgado. Mas, “se o locatário não alegou na contestação as benfeitorias, precluiu o direito de retenção”.¹⁰

1.698. A liminar na ação de despejo

A nova Lei do Inquilinato atribui à ação de despejo o *rito ordinário* (art. 59). Impôs, porém, algumas modificações estruturais, que se acham disciplinadas nos arts. 59 a 66. A primeira delas consiste na autorização de medida liminar de desocupação do imóvel, a exemplo do que ocorre com as ações possessórias (CPC, art. 928).

Não se trata de medida cautelar, porque a lei não a condiciona aos requisitos normais da tutela preventiva, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Aqui, o que se faz é a antecipação provisória da medida satisfativa que se busca no próprio processo principal. A liminar, nesses casos, tem muito mais de execução provisória do que de medida cautelar. O legislador, por política de economia processual e de celeridade da tutela ao possível direito subjetivo do autor, concede-lhe *in limine litis* medida satisfativa que normalmente só deveria ocorrer após a sentença final. A medida tem, pois, o feito previsto no art. 273 do CPC.

A liminar da ação de despejo não depende, por isso, da comprovação dos requisitos do art. 798 do CPC. A Lei nº 8.245 subordina sua concessão à ocorrência de ação fundada numa das motivações enumeradas em seu art. 59, § 1º. Logo, não é o risco de perda da eficácia do processo principal que justifica a medida liminar. A medida é concedida apenas em razão da *causa petendi* de mérito, que a lei considera como suficientemente relevante para permitir medida satisfativa provisória antes do definitivo acerto do litígio.

Os casos de liminar, segundo a nova Lei do Inquilinato, são os de ação de despejo, cujo fundamento exclusivo seja um dos seguintes:

a) *descumprimento de mútuo acordo* (art. 90, I), desde que: 1) tenha sido celebrado por escrito, com assinatura das partes e de duas testemunhas; e 2) tenha sido ajustado o prazo mínimo de seis meses para a desocupação, contado da assinatura do instrumento;

b) *extinção do contrato de trabalho* (art. 47, II), quando o fundamento da locação estiver vinculado a relação empregatícia e esta tiver sido extinta, conforme prova documental idônea, ou de acordo com prova oral colhida em audiência preliminar;

c) *término do prazo da locação para temporada*, desde que a ação de despejo seja proposta nos trinta dias seguintes ao vencimento do contrato; após dito prazo decadencial, a ação de retomada será possível, mas não haverá mais possibilidade de liminar;

d) *morte do locatário sem deixar sucessor legítimo na locação*; a liminar será cabível se a locação for residencial e se o locatário falecido não tiver deixado cônjuge sobrevivente ou

companheiro nem, sucessivamente, herdeiros necessários ou pessoas que vivam em dependência econômica do *de cujus*, com residência no imóvel locado (art. 11, I);

e) *permanência do sublocatário* no imóvel depois de extinta a locação;

f) *retomada do imóvel para reparações urgentes* (art. 90, IV, c/c art. 59, VI, acrescido pela Lei nº 12.112/2009);

g) *falta de apresentação, no prazo da notificação, de nova garantia* para manter a segurança inaugural do contrato (art. 40, parág. único, c/c art. 59, VII, acrescido pela Lei nº 12.112/2009);

h) *término do prazo da locação não residencial*, devendo a ação de despejo ser proposta nos trinta dias do termo, ou da notificação de retomada, por denúncia vazia (art. 59, VIII);

i) *falta de pagamento de aluguel e acessórios*, no caso de contrato desprovido de garantia, seja por não ter sido contratada, seja por extinção ou exoneração dela, independentemente de motivo (art. 59, IV, acrescido pela Lei nº 12.112/2009).

Nesta última hipótese, a liminar poderá ser elidida pela purga da mora, no prazo de quinze dias concedidos para desocupação voluntária (art. 59, § 3º), acrescido pela Lei nº 12.112/2009).

A liminar da ação de despejo não é deferível de ofício pelo juiz. Depende de requerimento do locador, formulado na petição inicial, a exemplo do que se passa nas ações de mandado de segurança e nas possessórias de força nova. Trata-se de um incidente facultativo que deve ser provocado e suscitado na abertura do processo, antes mesmo da angularização da relação processual.

Em todas as hipóteses de liminar, previstas no § 1º do art. 59, é possível o deferimento da medida independentemente de citação prévia do demandado. Mas sempre estará o locador obrigado a prestar caução de valor equivalente a três meses de aluguel, para obter a expedição do respectivo mandado.

Deferida a liminar, citar-se-á o réu para contestar a ação, segundo o rito ordinário. A medida provisória, porém, não será sumariamente executada, pois a lei exige que se faça preliminarmente sua intimação para desocupar o imóvel em quinze dias (art. 59, § 1º). Somente após a exaustão de dito prazo é que se promoverá a desocupação forçada (art. 65). Ressalvam-se apenas aqueles casos em que a execução provisória é prevista sem a exigência de caução (art. 90 c/c art. 64, *caput*, na redação da Lei nº 12.112/2009). É que a efetivação das liminares de antecipação de tutela se faz com observância das regras próprias da execução provisória (CPC, art. 273, § 3º).

Não há uma contestação da ação e outra da medida liminar, já que esta não configura uma ação cautelar, mas simples ato integrante da própria ação de despejo. Como objeto de decisão interlocutória, o deferimento da liminar desafia agravo, sem efeito suspensivo (CPC, art. 522).

1.699. Legitimação

A ação de despejo é cabível ao *locador* ou a quem o sucedeu. Não é preciso provar domínio nem qualquer outro direito real sobre o prédio cuja retomada se busca. A posse foi transmitida ao inquilino a título contratual e quem a transmitiu tem o direito de recuperá-la se o contrato não mais o obriga. Não importa se é proprietário ou não.¹¹

Do lado passivo, a ação volta-se contra o *locatário* e quem mais em seu nome se ache no prédio. Assim, se o locatário morreu e seus herdeiros se acham no prédio, contra eles será

intentado o despejo. Mas, se o locatário cedeu o uso do imóvel a sublocatários, não perde sua legitimação passiva para a causa, porque a sublocação, tal como a própria locação, não exclui a posse indireta do transmitente (Código Civil, art. 1.197). Havendo cumulação do despejo com cobrança dos aluguéis em atraso, tornar-se-á possível o litisconsórcio passivo envolvendo o locatário e o fiador (Lei nº 8.245, art. 62, I, com a redação da Lei nº 12.112/2009).

Há, porém, alguns casos especiais de despejo em que a legitimação ativa fica, por lei, condicionada à titularidade do domínio, ou, pelo menos, de compromisso registrado (Lei nº 8.245, art. 60).

1.700. Documentação da petição inicial

Havendo contrato de locação escrito, deverá o respectivo instrumento acompanhar a petição inicial da ação de despejo. A falta de prova documental, contudo, não impede o uso da ação de despejo, visto que o próprio contrato locatício não é solene e prescinde de tal meio de prova para produzir sua eficácia obrigacional.

Nos casos das ações fundadas no inciso IV do art. 9º, inciso IV do art. 47 e inciso II do art. 53, a petição inicial deverá ser, também, instruída com prova da propriedade do imóvel ou do compromisso registrado (art. 60). São hipóteses em que a retomada depende de requisitos legais que ultrapassam a condição de locador e pressupõem-se a propriedade ou, pelo menos, o direito real limitado derivado do compromisso devidamente inscrito no Registro de Imóveis. Ditas exigências aplicam-se às retomadas: a) para realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público (art. 9º, IV); b) para demolição e edificação ou para obras que aumentem a área construída (art. 47, IV); c) para demolição, edificação ou reforma que aumente a área útil de imóveis utilizados por hospitais, repartições públicas, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino (art. 53, II).

1.701. Concordância do locatário com a pretensão do locador

A Lei do Inquilinato prevê alguns casos em que a ação de despejo pode ter seu desfecho abreviado por meio de concordância do locatário com a desocupação do imóvel postulada pelo locador (art. 61). Essa manifestação de aquiescência deverá ocorrer no prazo da contestação e provocará o imediato acolhimento do pedido de despejo pelo juiz, com a fixação do prazo de seis meses para a desocupação, a contar da citação, e a imposição ao réu da responsabilidade pelas custas e honorários advocatícios de vinte por cento sobre o valor da causa. Se, porém, o locatário desocupar o imóvel dentro do prazo fixado, a lei o considerará isento dos encargos da sucumbência. Vencida a dilação, sem que a desocupação voluntária se dê, o juiz determinará a imediata expedição do mandado de despejo, independentemente de qualquer outra intimação do locatário (art. 61).

Essa forma de abreviar a ação de despejo com isenção dos ônus processuais para o réu só é cabível nas locações residenciais e nas seguintes hipóteses de retomada: a) por denúncia vazia, nas locações prorrogadas por prazo indeterminado, a que alude o § 2º do art. 46; b) para uso próprio do locador, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente (art. 47, III); c) para demolição e edificação ou realização de obras que aumentem

a área construída (art. 47, IV).

Não exige a Lei do Inquilinato que a manifestação de aquiescência do locatário seja por escrito. A sua revelia, portanto, é suficiente para configurar a concordância tácita e, por conseguinte, para autorizar a aplicação da sistemática disciplinada pelo art. 61.12

1.702. Denúncia vazia

Nos casos em que a lei permite a retomada por denúncia vazia, a discussão entre as partes fica praticamente limitada às questões processuais, como a legitimidade de parte, a preexistência de notificação válida etc.

No mérito, quase não há o que discutir, posto que a jurisprudência já assentou que “na ação de despejo por denúncia vazia é inadmissível discussão sobre sinceridade do pedido”;¹³ e que, na mesma ação, “a retomada é deferida pela só conveniência de locador, sendo dispensável, a propósito, audiência de instrução e julgamento”.¹⁴

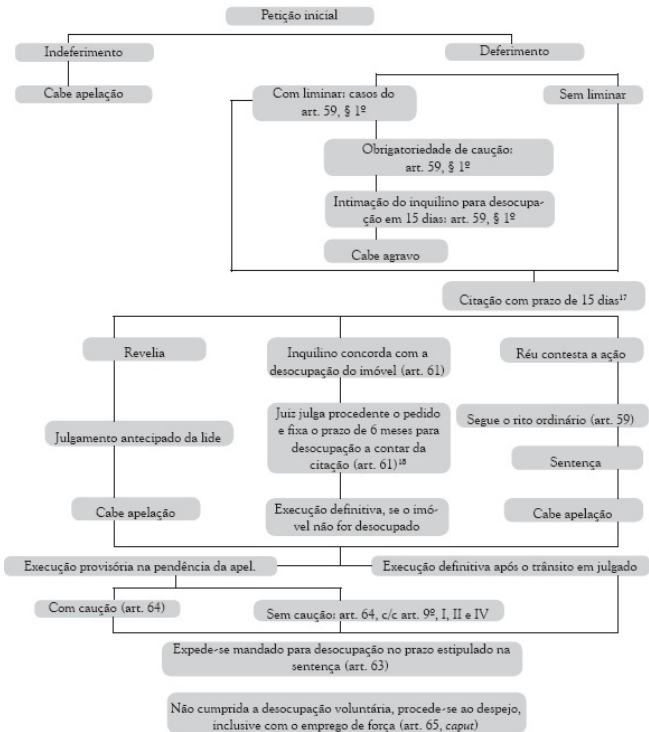
Nas locações não residenciais, a denúncia vazia por vencimento do termo contratual ou do prazo de notificação, quando necessário, permite ao locador a retomada do imóvel em medida liminar de antecipação de tutela, prestada caução de três meses de aluguel (art. 59, § 1º).

1.703. Denúncia cheia

Nas locações residenciais em que a lei exige motivação para a retomada, a instrução da causa consiste na coleta de elementos de prova que demonstrem os fatos jurídicos enquadráveis nas hipóteses legais. O ônus da prova, naturalmente, toca ao senhorio, pois se trata de demonstrar o fato constitutivo do direito exercitado em juízo. Nos casos de retomada para uso próprio, está assente na jurisprudência que a sinceridade do retomante se presume, tanto na locação residencial como na comercial, não havendo, pois, obrigação para o autor de provar a necessidade do imóvel.¹⁵ Ao locatário, porém, cabe afastar a presunção mediante prova convincente da insinceridade do autor.

Fluxograma no 107

ACÇÃO DE DESPEJO¹⁶
(Lei nº 8.245, de 18.10.1991)



§ 273. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO

Sumário: 1.704. Cabimento. 1.705. Consequência da cumulação de pedidos. 1.706. Purga da mora. 1.707. Reiteração abusiva da purga da mora. 1.708. Purga da mora e contestação.

1.704. Cabimento

O principal dever contratual do inquilino é o de pagar pontualmente o aluguel ajustado. O descumprimento dessa obrigação cria para o locador o direito de rescindir a locação e recuperar a posse do imóvel cedido ao locatário, tal como, aliás, se passa com todos os contratos bilaterais (Código Civil, art. 475). A ação de despejo fundada em falta de pagamento do aluguel é, pois, um procedimento de natureza constitutiva, já que tem por objetivo a sentença que irá desconstituir o vínculo obrigacional estabelecido entre inquilino e senhorio.

Segundo a tradição de nosso direito positivo, a ação de despejo, na espécie, sempre foi exclusivamente constitutiva e reipersecutória, de sorte a não permitir fossem cumuladas, num só processo, a pretensão de retomar o imóvel e a de cobrar prestações vencidas. A Lei no 8.245 inovou acerca do objeto da ação de despejo por falta de pagamento, de maneira que se tornou legalmente admitida a cumulação dos pedidos de rescisão da locação e de cobrança dos aluguéis e acessórios vencidos (art. 62, I).

Por outro lado, a atual Lei do Inquilinato deixou claro que não só a falta de pagamento do aluguel autoriza o manejo das ações, mas, também, a dos encargos do inquilino, como despesas condominiais, impostos etc., desde que previstas contratualmente como acessórios do aluguel (art. 62).

1.705. Consequência da cumulação de pedidos

O pedido de despejo e o de cobrança de aluguéis apresentam notória diversidade de natureza processual. O primeiro visa a um provimento final de entrega forçada de coisa certa, enquanto o segundo tende a uma execução de quantia certa. Disso decorre que, uma vez acolhida a demanda cumulativa, abrir-se-ão dois procedimentos executivos distintos: um para concretizar a pretensão reipersecutória, que se cumprirá por meio da expedição do mandado de despejo; e outro para realizar coativamente a responsabilidade patrimonial do devedor pelas prestações inadimplidas, cujo processamento se dará pelas regras comuns da execução por quantia certa (CPC, arts. 646 e segs.).

Há quem entenda que a ação de cobrança de aluguéis e encargos, não estando prevista no art. 58 da nova Lei do Inquilinato, não se beneficiaria das regras excepcionais introduzidas por aquele dispositivo legal na sistemática procedimental das ações locatícias, em temas como o da competência, do valor da causa, das comunicações processuais e efeito dos recursos, não obstante tenha sido exercitada juntamente com o despejo.¹⁹

Data venia, não vejo razão para desmembrar o pedido de cobrança de aluguel, para atribuir-lhe um regime procedimental distinto daquele previsto para a ação de despejo. A Lei nº 8.245 dispôs, em caráter geral, que a ação de despejo estaria sujeita às regras especiais ditas por seu art. 58. Em seguida, ao disciplinar o procedimento especial da ação de despejo, dispôs, de forma explícita, que no bojo da causa seria lícito ao senhorio cumular o *pedido de despejo* com o *de cobrança de aluguel*. A intenção do legislador não foi outra senão a de conferir à pretensão de cobrar aluguéis o caráter de parte do procedimento único da ação de despejo. Logo, a ação não deixa de ser de despejo pela circunstância de ter sido utilizada pelo autor a faculdade legal de cobrar em seu bojo as prestações vencidas. E se a ação é de despejo a ela devem aplicar-se todos os predicamentos do art. 58, pouco importando se a pretensão *de evacuando* tenha sido formulada isoladamente ou acrescida da cobrança de aluguéis.

Não me parece aceitável que o intuito do legislador tenha sido complicar a situação dos litigantes pela cumulação de despejo com cobrança de aluguéis. Seu propósito evidente foi o de economia processual, que, na espécie, só se completa se se admitir que o procedimento é único e, por isso mesmo, subordinado a uma única disciplina normativa.

A Lei nº 12.112/2009 introduziu algumas novidades no texto do art. 62 da Lei do Inquilinato, explicitando que:

a) a ação de despejo por falta de pagamento se aplica tanto ao aluguel contratual como ao *aluguel provisório* e às *diferenças do aluguel* apuradas em ações renovatórias e revisionais;

b) a ação pode versar sobre (i) aluguéis; (ii) aluguéis e acessórios; ou (iii) somente acessórios;

c) a purga da mora pode ser promovida tanto pelo inquilino como pelo fiador.

Ocorrida a cumulação, a citação terá conteúdo distinto em relação a cada um dos litisconsortes passivos:

a) o locatário será citado para responder ao pedido de rescisão do contrato; e

b) o locatário e o fiador, para responderem ao pedido de cobrança (art. 62, I, com a redação da Lei nº 12.112).

1.706. Purga da mora

Em nossa legislação do inquilinato tem sido uma tradição a de permitir ao inquilino a emenda da mora, mesmo depois de ajuizada ação de despejo por falta de pagamento (Lei nº 1.300/50, art. 150; Lei nº 4.494/64, art. 11; Lei nº 6.649/79, art. 36). A inovação pretendida pela atual Lei de Inquilinato consistiu em estabelecer um procedimento que seja mais célere para solucionar o incidente da purga da mora. Não há mais necessidade de marcar-se uma data especial para que o locatário ofereça solenemente a prestação ao locador, em juízo, procedendo-se, em seguida, ao respectivo depósito judicial, caso o último se recuse a recebê-la (Lei nº 6.649/79, art. 36, § 1º). Com a Lei nº 8.245, revista pela Lei nº 12.112, o procedimento da purga

da mora foi ainda mais agilizado: para evitar a rescisão da locação e o consequente despejo, o locatário e o fiador devem efetuar o depósito judicial do valor atualizado do débito, sem depender de prévia autorização judicial, fazendo-o dentro dos quinze dias reservados para a contestação da ação (art. 62, no II, da redação da Lei no 12.112).

A própria parte fará o cálculo do valor atualizado dos aluguéis, acessórios, multa, juros, custas e honorários de advogado (10% sobre o total do débito, se não houver disposição diversa no contrato). Não há mais de se aguardar o despacho do juiz autorizando o depósito dentro de um prazo contado a partir da respectiva intimação. O interessado, ao apresentar o pedido de purga da mora, para elidir a ação de despejo, já deverá apresentar, concomitantemente, o comprovante do depósito à ordem judicial.

Somente após concretizado o depósito é que o autor será ouvido. Se concordar, o processo será imediatamente extinto. Se houver discordância quanto ao valor do depósito, o juiz abrirá oportunidade ao locatário para complementar o depósito em dez dias. Feita a complementação, extinguir-se-á o processo, com quitação das prestações. Não ocorrendo o depósito complementar, a ação prosseguirá para ser julgada pelo mérito, ficando, desde logo, assegurado ao autor o levantamento das importâncias depositadas (art. 62, IV).

A purga da mora deve compreender o depósito de todos os aluguéis e acessórios que se venceram até a data da sua efetivação, além da multa contratual, se houver, os juros de mora, as custas e a verba advocatícia, cujo montante será de 10% sobre o valor da causa, se do contrato locatício não constar disposição diversa (art. 62, II, *a a d*).

A Lei no 8.245 não disciplinou, *in casu*, correção monetária, mas segundo a regra geral hoje pertinente a importâncias exigíveis em juízo, é de se fazer a atualização do débito, na purga da mora, mesmo sem previsão contratual, e por aplicação da sistemática da Lei no 6.889/81. Aliás, ao falar o art. 62, II, da Lei no 8.245 em “pagamento do débito atualizado”, está referindo-se não apenas aos juros e acessórios provocados pela mora, mas a todas as formas de atualização, inclusive, pois, a correção monetária.

1.707. Reiteração abusiva da purga da mora

A Lei do Inquilinato, atualizada pela Lei no 12.112, de maneira muito clara, dispõe que “não se admitirá a emenda da mora se o locatário já houver utilizado essa faculdade nos vinte e quatro meses imediatamente anteriores à propositura da ação” (art. 62, parág. único). Para a contagem regressiva do prazo de doze meses toma-se como ponto de partida não a data em que o locatário requereu a nova purgação da mora, mas a da propositura da ação de despejo (CPC, art. 263). Dessa maneira, não permite a lei que no lapso de dois anos antes do ajuizamento do despejo por falta de pagamento tenha o réu requerido igual providência em outra ação igual entre as mesmas partes e sobre o mesmo contrato.

1.708. Purga da mora e contestação

Em face da ação de despejo por falta de pagamento, ao locatário se abre uma alternativa para elidir a pretensão do locador: ou purga a mora, ou contesta o pedido do locador, demonstrando sua ilicitude.

Antiga jurisprudência divisava uma incompatibilidade lógica entre as duas opções, de sorte que o demandado não poderia cumular as duas defesas. Se o cálculo do aluguel cobrado pelo autor estiver correto, nada mais lhe restará do que efetuar o respectivo depósito judicial, se pretender evitar o despejo. Se o considerar incorreto, poderá proceder à contestação, independentemente de depósito judicial, porquanto é entendimento tranquilo da jurisprudência que “a exigência de aluguel em excesso ou já pago anteriormente acarreta a improcedência da ação de despejo por falta de pagamento”.²⁰

A jurisprudência do STJ, no entanto, tem considerado essa incompatibilidade como vigente apenas “em princípio”, pois nem sempre haverá uma total repugnância entre as duas medidas. Assim, se for possível decompor o valor exigido em verbas bem distintas e a discordância limitar-se a uma delas, será viável o depósito das incontroversas, e admissível será a contestação sobre as outras.²¹

A tese que sempre defendeu Sylvio Capanema de Souza era de que somente no caso de alegação de inexistência de débito algum é que não teria sentido cogitar-se concomitantemente de purga da mora e contestação. Nos casos de divergência limitada a alguma parcela do total reclamado pelo locador, não haveria, para o renomado autor, empecilho a que o depósito se desse pelo valor reconhecido pelo locatário e que a diferença ficasse dependente de solução judicial, para definir-se na sentença se seria ou não decretado o despejo.²²

No texto remodelado do inciso IV, o art. 62 da Lei do Inquilinato passa a prever que, não sendo complementado *integralmente* o depósito, “o pedido da rescisão prosseguirá pela *diferença*”, hipótese em que o locador poderá “levantar a quantia depositada”, ou seja, aquela menor do que a por ele pretendida, e que foi reconhecida pelo inquilino como a realmente devida.

Se havia, ou não, dúvida no texto antigo, onde se falava em depositar o valor atualizado do débito (inc. II) ou em complementar dito valor, quando apontada a insuficiência do depósito (inc. III), a nosso ver a posição atual do legislador revela claramente ter consagrado a tese que vinha sendo esposada pela doutrina de Sylvio Capanema de Souza. Com efeito, agora está dito literalmente que, “não sendo *integralmente* complementado o depósito, o *pedido* de rescisão prosseguirá pela diferença” (inc. IV do art. 62).

Ora, se a lei admite que, mesmo incompleto o depósito em relação à pretensão do autor, a ação deve prosseguir com base na controvérsia instalada em torno da diferença, é claro que a lei não exclui a possibilidade de requerimento de purga da mora por valor inferior àquele reclamado na inicial; nem impede o demandado de submeter à decisão judicial defesa fundada em excesso na exigência do locador.

ACÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO²³
(Lei nº 8.245, de 18.10.1991, art. 62)

Petição inicial: possibilidade de cumulação da cobrança dos aluguéis e acessórios, inclusive contra o fiador (art. 62, I)

Cálculo discriminado do valor do débito
(art. 62, I, *in fine*)

Indeferimento da inicial

Cabe apelação

Deferimento da inicial

Citação para defesa em 15 dias

Pedido de purga da mora em 15 dias (art. 62, II)

O depósito deve ser feito junto com o pedido de purga (art. 62, II)

Contestação

Saneamento

Valor do débito não é depositado

Valor do débito é depositado

Audiência, se houver prova oral ou pericial

Julgamento antecipado da lide, se não houver prova oral ou pericial

Impugnação do locador

Não há impugnação

Sentença de extinção do processo

Réu complementa o depósito em 10 dias (art. 62, III)

Sentença de extinção do processo

Réu não complementa o depósito

Autor pode levantar o depósito

Ação prossegue pela diferença (art. 62, IV)

Sentença

Sentença decreta o despejo com prazo de 15 dias para desocupação (art. 63, § 1º, b)

Cabe apelação, sem efeito suspensivo (art. 58, V)

Cabe execução provisória, independentemente de caução (art. 64)

Sentença de improcedência

Cabe apelação

§ 274. EXECUÇÃO DA SENTENÇA DE DESPEJO

Sumário: 1.709. Desocupação voluntária. 1.710. Execução forçada. 1.711. Execução em caso de despejo cumulado com cobrança de aluguel. 1.712. Execução provisória e caução. 1.713. Abandono do imóvel pelo locatário.

1.709. Desocupação voluntária

Toda sentença de despejo deve fixar um prazo para desocupação voluntária do imóvel, cuja contagem se fará a partir da data da notificação do locatário para que cumpra o julgado (art. 65). Somente quando inoceror a sujeição espontânea do réu ao comando da sentença é que se lançará mão dos meios de coerção física para expulsá-lo do imóvel.

O prazo de desocupação é fixado pela lei em trinta dias, sem deixar margem de arbítrio ao juiz para ampliá-lo ou reduzi-lo (art. 63, *caput*). A própria Lei do Inquilinato, porém, prevê que dito prazo será reduzido, necessariamente, para quinze dias (art. 63, § 1º), nas seguintes hipóteses: a) quando entre a citação e a sentença de primeira instância houver decorrido mais de quatro meses; ou b) quando o despejo houver sido decretado com fundamento no art. 9º ou no § 2º do art. 46, ou seja:

- a) mútuo acordo;
- b) infração legal ou contratual;
- c) falta de pagamento do aluguel e encargos;
- d) denúncia vazia em contrato de prazo certo, superior a trinta meses, prorrogado por tempo indeterminado;
- e) realização de reparações urgentes, determinadas pelo Poder Público.

Há, outrossim, dois casos em que a Lei nº 8.245 prevê ampliação do prazo do art. 63, *caput*: a) tratando-se de prédio locado a estabelecimento de ensino autorizado e fiscalizado pelo Poder Público, o prazo mínimo será de seis meses e o máximo de um ano, cabendo ao juiz dispor de modo que a desocupação coincida com o período de férias escolares (art. 63, § 2º); b) se o imóvel locado estiver ocupado por hospital, repartição pública, unidade sanitária oficial, asilo e estabelecimento de saúde e de ensino autorizado e fiscalizado pelo Poder Público, e se o despejo for decretado com fundamento o inciso IV do art. 9º ou no inciso II do art. 53, casos em que o prazo de desocupação será de um ano. Se, porém, entre a citação e a sentença de primeira instância houver decorrido mais de um ano, dito prazo será de apenas seis meses.

1.710. Execução forçada

A execução forçada do despejo será *definitiva*, se intentada após o trânsito em julgado da sentença, ou *provisória*, se movida durante a tramitação da apelação sem efeito suspensivo.

Como a execução provisória passou a ser regra nas ações locatícias (art. 58, V), cabe ao juiz, ao proferir a sentença de despejo, fixar o valor da caução a ser prestada pelo locador, caso deseje executar o despejo antes do julgamento do eventual recurso manejado pelo locatário (art. 63, § 4º).

A execução, seja definitiva ou provisória, é imediata e se processa como incidente ou parcela da própria ação de despejo, sem que haja necessidade de abertura de uma completa execução para entrega de coisa certa. Trata-se de ação especial unitária, em que os atos de cognição e execução se realizam numa única relação processual (ação executiva *lato sensu*). A consequência imediata é que não há citação executiva nem possibilidade de manejo de embargos à execução. Toda defesa do inquilino, mesmo a pertinente ao eventual direito de retenção por benfeitorias, tem de ser manifestada na fase de contestação ao pedido de despejo.

Há, porém, uma notificação obrigatória após a sentença, com a concessão de prazo dentro do qual se permite a desocupação voluntária do imóvel. Apenas após exaustão do prazo concedido torna-se lícito o emprego da coação judicial para expulsar o inquilino, caso em que a lei autoriza a utilização de força policial e permite até mesmo o arrombamento, se necessário (art. 65). Não são, no entanto, necessários dois mandados diferentes, um para a notificação e outro para o despejo. A sentença que acolher o pedido de despejo já conteria a determinação da expedição do mandado de despejo. No próprio mandado estará contido o prazo para desocupação voluntária (art. 63, com a redação da Lei nº 12.112). Um só mandado credenciará o oficial a intimar para a desocupação voluntária e praticar os atos de remoção forçada do inquilino, se isto se fizer necessário.

Na efetivação do despejo compulsório, a lei determina que os móveis e utensílios encontrados no imóvel sejam entregues a depositário, se não ocorrer a retirada deles pelo inquilino (art. 65, § 1º).

Por medida de solidariedade humana e respeito à dor moral enfrentada pelos moradores, não permite a lei que o despejo seja executado nos trinta dias seguintes à morte do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão de qualquer das pessoas que habitem o imóvel locado (art. 65, § 2º). Considerou-se tão relevante a hipótese, que se erigiu à condição de crime a inobservância da interdição ao despejo durante o referido luto (art. 44, IV).

1.711. Execução em caso de despejo cumulado com cobrança de aluguel

Quando o locador houver cumulado o pedido de despejo com o de cobrança de aluguéis e encargos (art. 62, I), sendo precedentes ambas as pretensões, haverá duas execuções distintas a realizar: a de retomada do imóvel e a dos valores em débito. Cada uma tem seu procedimento próprio e autônomo. Por isso, não depende a execução por quantia certa (aluguéis e encargos) da prévia desocupação do imóvel (art. 2º, IV).

1.712. Execução provisória e caução

Há duas circunstâncias em que o despejo se processa em caráter provisório: a) quando se

deferir a desocupação liminar (art. 59, § 1º), na abertura do processo; e b) quando se interpõe apelação da sentença de mérito que decreta o despejo, recurso a que a lei nega eficácia suspensiva (art. 58, V).

Em ambas as situações o locador, salvo as exceções do art. 64, está obrigado a prestar caução, se deseja, por sua conta e risco, desalojar o inquilino, sem o acerto definitivo da lide. O valor da caução é disciplinado pela lei, de maneira diferente, numa e noutra hipótese: a) no caso de liminar, o seu valor é o correspondente a três meses de aluguel, sem previsão de caução fidejussória (art. 59, § 1º); b) no caso de execução provisória de sentença, a caução será arbitrada pelo juiz entre o equivalente no mínimo a seis meses e no máximo a doze meses de aluguel, no valor da época da prestação da caução (art. 64, *caput*). Para essa caução, a lei prevê a possibilidade de ser real ou fidejussória, dispensando-se processo apartado para seu cálculo e permitindo que tudo seja apurado e efetivado nos próprios autos da execução provisória (art. 64, § 1º).

Embora provisória a execução, o despejo será irreversível. Se a sentença foi reformada, em grau de recurso, o direito do inquilino não será o de recuperar a posse do imóvel, mas de ser indenizado por perdas e danos, com base na caução existente (art. 64, § 2º).

A execução provisória independe de caução (art. 64, *caput*), nos casos de despejo fundado em: a) desfazimento da locação por mútuo acordo (art. 9º, I); b) infração legal ou contratual (art. 9º, II); c) reparações urgentes determinadas pelo Poder Público (art. 9º, IV).

1.713. Abandono do imóvel pelo locatário

A Lei nº 8.245 autoriza imissão do senhorio na posse, no caso de abandono do prédio pelo inquilino durante a tramitação da ação de despejo. A providência se dará por ato e deliberação do próprio senhorio, que assim poderá agir por conta própria, antes ou depois da citação inicial, sem necessidade de prévia anuência judicial (art. 66).²⁴

Mas, para que a medida seja lícita, é indispensável que o abandono esteja bem caracterizado, tanto objetiva como subjetivamente, não bastando, por exemplo, a ausência pessoal do inquilino, nem a provisória remoção de seus bens e pertences, se há intenção de conservar a posse do imóvel. O abandono exige a evidenciação do ânimo inequívoco de retirar-se do prédio, desocupando-o completamente, em caráter definitivo.²⁵

§ 275. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO DE ALUGUEL E ACESSÓRIOS DA LOCAÇÃO

Sumário: 1.714. Cabimento. 1.715. Legitimação. 1.716. Pressupostos. 1.717. Procedimento. 1.718. Petição inicial. 1.719. Depósito judicial. 1.720. Prestações vincendas. 1.721. Revelia. 1.722. Contestação. 1.723. Reconvenção. 1.724. Complementação do depósito após a contestação. 1.725. Levantamento do depósito.

1.714. Cabimento

Prevê a Lei no 8.245, em relação aos débitos contratuais do locatário, o uso da ação de consignação em pagamento nos casos de recusa de recebimento pelo locador e demais hipóteses de admissibilidade legal dessa modalidade indireta de liberação do devedor.

O procedimento da ação em questão encontra sua disciplina normal nos arts. 890 a 900 do Código de Processo Civil. A Lei do Inquilinato, porém, criou, para as obrigações locatícias, algumas inovações, de maneira que se tem em boa parte um novo procedimento da consignatória, se o débito a solver tiver como origem a relação *ex locato*. Daí falar a Lei do Inquilinato em “ação de consignação de aluguel e acessórios da locação”. É, na verdade, um novo *nomen iuris* para um novo *procedimento especial*, como a seguir veremos.

Os casos, porém, de admissibilidade do pagamento por depósito judicial não foram modificados pela Lei no 8.245. São os mesmos da legislação ordinária (Código Civil, art. 335). Apenas se acrescentou a hipótese especial do art. 24 da Lei do Inquilinato, onde se prevê um depósito *sui generis* de aluguéis, pelos inquilinos, para a eventualidade de moradias coletivas multifamiliares que se achem em condições precárias, declaradas pelo Poder Público. Tais depósitos liberam os inquilinos do débito locatício e só podem ser levantados pelo senhorio após regularização do imóvel (art. 24, § 1º).

1.715. Legitimação

Quem tem legitimidade para pagar tem também para consignar. Nada impede, portanto, que um terceiro interessado, como fiador ou sublocatário, lance mão da consignatória.²⁶

Como a ninguém é dado litigar pessoalmente na defesa de interesse alheio, não pode a consignatória ser proposta senão contra o próprio locador. Se eventual mandatário ou gestor puder receber a citação por autorização da lei (CPC, art. 215), ou por ter poderes especiais para tanto (CPC, art. 38), não agirá, entretanto, como parte e sim em nome do locador, único detentor da situação jurídica para ocupar a posição de sujeito passivo da relação processual.

Simple administrador do prédio, que firma o contrato de locação em nome do proprietário, por isso mesmo, não deve ser transformado em réu da consignatória, pois, à evidência, não lhe cabe a posição de titular do crédito locatício.²⁷

Reconhece-se, porém, a existência de opiniões na jurisprudência e doutrina que defendem a legitimidade da simples administradora do imóvel para ser ré na ação de consignação de aluguel.²⁸

1.716. Pressupostos

A consignatória pressupõe, via de regra, mora do credor, ou impossibilidade de pagamento direto ao sujeito ativo da relação obrigacional.

Se a dívida, pelos termos do contrato locatício, é *portable*, ou seja, devem os aluguéis ser pagos no endereço do credor, cabe ao autor da ação de consignação o ônus da prova de que realmente ofereceu a prestação, tendo havido injusta recusa do *accipiens* (CPC, art. 333, I).²⁹

Se, no entanto, o débito é *querable*, o que se deduz pela falta de convenção prevendo pagamento no endereço do locador, a este cabe o dever de procurar a prestação no endereço do locatário (art. 327 do Código Civil, e art. 23, I, da Lei nº 8.245). Nesse caso, o inquilino pode propor a ação sem ter de provar a oferta e a recusa do pagamento, pois ao senhorio é que competia buscar a prestação em presença do devedor. Ao réu é que toca demonstrar que compareceu para receber, sem lograr sucesso.

1.717. Procedimento

O procedimento previsto no art. 67 da Lei nº 8.245 não faz remissão alguma ao rito da consignação em pagamento regulado pelo Código de Processo Civil. Introduz várias inovações à sistemática do Código, mas não apresenta um *iter* procedimental completo, motivo pelo qual os preceitos da legislação codificada terão de ser utilizados como fonte subsidiária ou complementar, especialmente aqueles dos arts. 890 a 900 do Estatuto Processual Civil.

Nos tópicos seguintes destacaremos as principais novidades instituídas pela Lei nº 8.245 para o processamento da consignação de aluguéis e demais encargos do contrato locatício.

1.718. Petição inicial

A petição inicial da consignatória conterá os requisitos comuns do art. 282 do Código de Processo Civil e especificará quais são os *aluguéis* e os *acessórios* da locação com indicação dos respectivos *valores* (art. 67, I).

1.719. Depósito judicial

Deferida a citação do réu, o autor será intimado a depositar em vinte e quatro horas o valor da obrigação apontado na inicial. A falta desse depósito implicará imediata extinção do processo, sem julgamento do mérito (art. 67, II). Convém lembrar que, na consignação regulada pelo CPC, o prazo de depósito é de cinco dias (art. 893, I).

1.720. Prestações vencidas

A ação compreenderá não apenas as prestações vencidas na data da inicial, mas abrangerá todas que se venceram enquanto não julgada a ação em primeira instância. O direito de depositar as prestações supervenientes não depende de pedido expresso na inicial. Decorre de autorização da própria lei, mas tem duração temporal limitada, pois, uma vez proferida a sentença, não será mais possível efetuar depósito numa consignatória já julgada, como, aliás, dispõe claramente o inciso III do art. 67 da nova Lei do Inquilinato. A diferença com o CPC está em que este determina que os depósitos sucessivos sejam efetuados até cinco dias contados de cada vencimento (art. 892), enquanto a Lei do Inquilinato ordena que isto se faça nos respectivos vencimentos.

1.721. Revelia

Se não há contestação, ou se o locador aquiesce em receber as prestações depositadas, o pedido de locatário será desde logo julgado procedente, com a competente declaração de quitação. Ao locador se imputará a responsabilidade pelas custas e honorários advocatícios de 20% sobre o valor dos depósitos (art. 67, IV). Há aqui uma outra inovação da Lei do Inquilinato, pois o critério a respeito da base de cálculo e do percentual fixo de honorários inexistia no sistema do Código de Processo Civil.

1.722. Contestação

Sem inovar o que consta do Código de Processo Civil, a Lei no 8.245 restringe o tema da Contestação à consignatória a uma das seguintes objeções de ordem fática (art. 67, V): a) não ter havido recusa ou mora em receber a quantia devida; b) não ter sido justa a recusa; c) não ter sido efetuado o depósito no prazo ou no lugar do pagamento; d) não ter sido o depósito integral.³⁰

O mesmo dispositivo da Lei do Inquilinato prevê que qualquer *defesa de direito* pertinente à pretensão do autor poderá ser deduzida pelo réu em sua contestação, regra que não consta do CPC.

1.723. Reconvenção

A Lei no 8.245 elimina qualquer dúvida que ainda pudesse existir acerca do cabimento da reconvenção na ação de consignação em pagamento. O inciso VI do art. 67 declara, expressamente, que ao locador é permitido lançar mão da reconvenção, *in casu*, para postular, entre outras coisas, o seguinte: a) despejo do autor da consignatória; b) cobrança dos valores objeto da consignatória ou da diferença do depósito inicial, quando não for integral.

Quanto à cobrança reconvenicional, a lei a restringe às prestações versadas na ação consignatória e não a quaisquer outras acaso exigíveis entre as partes. Houve, sem dúvida, preocupação de economia processual, de modo a impedir que na improcedência da consignatória o locatário levantasse os depósitos feitos e o locador tivesse de propor outra ação para cobrar aqueles mesmos valores.

Contestação e reconvenção, embora sujeitas a apresentação simultânea, devem ser

elaboradas em petições distintas (CPC, art. 299).

1.724. Complementação do depósito após a contestação

O Código de Processo Civil permite ao réu da consignatória a complementação do depósito inicial, nos termos do seu art. 899. A sistemática foi mantida pela Lei no 8.245, mas com sensíveis inovações. Eis como se resolverá o incidente na consignatória de aluguéis e acessórios (art. 67, VII): a) intimado da contestação em que se alega insuficiência do depósito, o autor terá *cinco dias* (prazo menor que o do art. 899 do CPC) para complementá-lo; b) deverá, porém, recolher a diferença com um acréscimo de dez por cento (penalidade que inexiste no CPC); c) mesmo saindo vitorioso na obtenção de quitação do débito, o autor ficará sujeito a pagar todas as custas do processo bem como honorários advocatícios de vinte por cento sobre o valor dos depósitos (não há igual previsão no CPC).

Apesar de o art. 67, inciso VII, mencionar textualmente o autor-reconvindo como o que se sujeita à sua disciplina, claro é que sua aplicação será feita ao autor da consignatória, haja ou não reconvenção.³¹

1.725. Levantamento do depósito

O parágrafo único do art. 67 da Lei no 8.245 inovou ao permitir que o réu pudesse levantar a qualquer momento as importâncias depositadas sobre as quais não pendia controvérsia. O regime codificado, a partir da Lei no 8.951/94, consagrou também a mesma faculdade (CPC, art. 899, § 1º) (v., *retro*, no 1.226).

A regra legal em comentário aplica-se tanto ao depósito inicial como ao de prestações supervenientes, depositadas incidentalmente no curso da consignatória.

§ 276. AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL

Sumário: 1.726. Cabimento. 1.727. Natureza. 1.728. Legitimação. 1.729. Procedimento. 1.730. Petição inicial. 1.731. Aluguel provisório. 1.732. Contestação. 1.733. Sentença. 1.734. Verbas de sucumbência. 1.735. Execução de sentença. 1.736. Acordo de desocupação.

1.726. Cabimento

A revisão do preço defasado de aluguel, no sistema atual da Lei do Inquilinato, não é mais objeto de disciplina isolada para alguns tipos de locação. Todo e qualquer contrato alcançado pelo regime da Lei no 8.245 se sujeita à ação revisional, nos termos do seu art. 19, que assim dispõe: “Não havendo acordo, o locador ou o locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.”

A forma processual de atuar a revisão autorizada pelo art. 19 da Lei do Inquilinato está disciplinada pelos arts. 68 a 70 do mesmo diploma normativo. E será a mesma, tanto para as locações residenciais como para as não residenciais. O pressuposto temporal também será o prazo único de três anos decorridos do contrato ou do acordo de atualização anterior, em todo e qualquer contrato (art. 19).

1.727. Natureza

Trata-se de ação de natureza *constitutiva*, pois o que se alcança com a sentença de acolhimento do pedido do autor é uma alteração do vínculo obrigacional vigente entre as partes. Independentemente do consenso entre os contratantes, o provimento judicial imporá um novo preço à locação existente, para compatibilizá-la com o mercado.

A ação está dotada pela Lei no 8.245, também, da força *condenatória*, pois, uma vez fixado por sentença o novo valor do aluguel, as diferenças serão executáveis nos próprios autos da ação revisional (art. 69, § 2o).

1.728. Legitimação

A ação revisional poderá partir indistintamente da iniciativa do locador ou do locatário, como se depreende do texto do art. 19. O inquilino pode, por exemplo, considerar que o aluguel

está defasado porque atingiu um preço superior ao do mercado, enquanto o senhorio pode, como é mais frequente, pretender que o aluguel precisa ser majorado para atingir o nível do mercado. Trata-se, pois, de uma espécie de ação dúplice, onde cada um dos interessados pode eventualmente assumir qualquer das posições da relação processual.

1.729. Procedimento

Prevê a Lei nº 8.245 que a ação revisional seguirá o rito sumário regulado pelos arts. 275 a 281 do CPC. Portanto, as testemunhas do autor deverão ser arroladas na inicial e as do réu, na audiência de conciliação. E o demandado terá de ser citado com antecedência mínima de dez dias de audiência (v., *retro*, v. I, nos 343 a 352).

À disciplina codificada, a Lei nº 8.245 introduziu algumas inovações, que levam em conta as peculiaridades da pretensão revisional e que visam a dar maior singeleza e celeridade ao procedimento sumário, como as que dizem respeito aos requisitos da petição inicial e à possibilidade de arbitramento de um aluguel provisório (art. 68, I e II).

O primitivo art. 68 da Lei do Inquilinato previa uma só audiência na ação revisional, denominada *audiência de instrução e julgamento*, que se prestava à tentativa de conciliação, à coleta da resposta do réu e à produção da prova oral. Se houvesse necessidade de prova pericial, a audiência era suspensa, por prazo suficiente para elaboração e apresentação do respectivo laudo (art. 68, incs. II e IV).

A reforma operada pela Lei nº 12.112 prevê duas audiências, uma para *conciliação* e outra para *instrução e julgamento*, quando houver provas a produzir que a justifiquem. Esta dicotomia corresponde ao critério observado pelo Código de Processo Civil na regulamentação do procedimento sumário (arts. 277 e 278).

Em regra, o juiz, no despacho da inicial, designará a *audiência de conciliação*, e, se as partes não se conciliarem, na mesma audiência oferecerá o réu sua contestação acompanhada de documentos e rol de testemunhas. Não sendo requeridas outras provas, o juiz sentenciará a causa na própria audiência ou nos dez dias seguintes (CPC, art. 281).

O novo art. 68 da Lei nº 8.245 prevê, tal como o CPC, que a citação para a ação revisional compreenderá a convocação dos réus para uma audiência de *conciliação* (inc. II). Havendo requerimento de perícia (ou de prova oral), e ocorrendo o deferimento, não se dará mais a suspensão da audiência inicial. Esta será encerrada e outra se designará sob o título de audiência de *instrução e julgamento* (inc. IV). Ao perito caberá concluir a prova técnica antes da nova audiência e a tempo de permitir que as partes conheçam o laudo e tenham condições de discuti-lo na audiência de instrução e julgamento, inclusive em presença do experto, se necessário.

O deferimento da perícia e a designação da segunda audiência deverão ocorrer durante a primeira audiência, logo após verificado o fracasso da tentativa de conciliação. Essa marcação imediata da segunda audiência tem a finalidade de agilizar a marcha do processo, impedindo que a perícia se torne um embaraço à rápida tramitação do procedimento sumário, como quer a lei. Partes e perito ficam, desde logo, cientes de que a prova técnica deverá ser concluída em tempo que não impeça a realização da audiência de instrução e julgamento já designada.

1.730. Petição inicial

O autor proporá a ação revisional em petição inicial que, além dos requisitos exigidos pelos arts. 276 e 282 do Código de Processo Civil, deverá indicar o *valor do aluguel* cuja fixação é pretendida (art. 68, I).

Não pode, pois, deduzir-se em juízo um pedido vago de apuração de valor atualizado do aluguel. A petição inicial obrigatoriamente terá de explicitar qual é o preço que o autor considera compatível com as cotações de mercado no momento do ingresso em juízo, seja para aumentar, seja para reduzir o valor contratual vigente e que se considera defasado.

O valor pedido na inicial será, outrossim, o limite da sentença, posto que a lei não permite que o juiz conceda ao autor vantagem maior ou diferente daquela postulada na peça inaugural do processo (CPC, art. 460). Naturalmente, no clima de inflação em que tem vivido o Brasil, não se pode ignorar a depreciação da moeda entre o aforamento da revisional e o momento do arbitramento judicial, pelo que a aplicação de dita variação inevitável sobre a estimativa inicial não se pode considerar como modificação do pedido. Aliás, a correção monetária atualmente acha perenizada como integrante do direito das obrigações segundo o Código Civil de 2002 (arts. 317 e 395).

1.731. Aluguel provisório

In limine litis, o juiz, ao despachar a inicial da ação revisional, fixará, se houver pedido do autor, o valor do aluguel provisório a vigorar enquanto se aguarda o julgamento definitivo da causa (art. 68, II). Para esse arbitramento provisório não depende o magistrado de se valer de perícia.³² A base da estimativa serão os dados fornecidos pelo autor com a petição inicial, como esclarece o dispositivo legal ora em cogitação. Se o réu já estiver presente no processo e fornecer elementos que possam influir na estimativa do aluguel provisório, o juiz também os considerará para o respectivo arbitramento (art. 68, II, com acréscimo da Lei no 12.112).

O inciso II do art. 68, em sua redação primitiva, falava em fixação do aluguel provisório em valor “não excedente a oitenta por cento do pedido”. O limite era facilmente compreensível quando o pedido era de majoração do aluguel postulada pelo locador. Era, porém, de difícil aplicação quando o pleito versava sobre pedido de redução formulado pelo inquilino. Para superar a dificuldade prática, a nova redação do inc. II do art. 68 traçou dois critérios distintos a serem observados pelo arbitramento judicial: a) se a ação for intentada pelo locador, naturalmente visando majorar o aluguel vigente, o *provisório* não poderá exceder a 80% do *novo valor* pretendido na revisão; b) se a ação for promovida pelo locatário, cujo propósito óbvio é o de reduzir o preço da locação, o aluguel *provisório* não poderá ser inferior a 80% do *aluguel vigente*.

A vigência do aluguel provisório começará na data da citação. E não há razão para se pretender que o novo aluguel, por sua provisoriedade, não autorizaria o despejo do inquilino, no caso de falta de pagamento.³³ Se obrigação de pagá-lo encontra base na lei, não pode, à evidência, ficar o titular de dito crédito privado do meio de sancioná-lo judicialmente. Na verdade, o aluguel provisório, enquanto vigorar, apresentar-se-á, juridicamente, como dívida líquida, certa e exigível, pelo que não poderá, no caso de inadimplemento, deixar de autorizar a execução por quantia certa assim como o despejo por falta de pagamento.³⁴ A reforma do art. 62 da Lei do Inquilinato, efetuada pela Lei no 12.112, não deixa mais dúvida sobre o cabimento

do despejo por falta de pagamento não só dos aluguéis definitivos como dos *provisórios* e das *diferenças* de aluguéis, decorrentes de arbitramento judicial.

Embora fixado com base em pedido e dados unilaterais do autor, o aluguel provisório se submete à possibilidade de revisão, por iniciativa do réu. O incidente poderá ser instaurado, mesmo fora da contestação, mas antes da audiência, e não prejudicará a contestação. Para tanto, caberá ao réu apresentar os elementos em que funda a pretensão de rever o aluguel provisório (art. 68, III).

A fixação inicial e as modificações ulteriores do aluguel provisório configuram decisões interlocutórias, que, por isso, desafiam agravo, sem efeito suspensivo (CPC, art. 497). Se o réu pedir o reexame do aluguel provisório antes da audiência, esse pedido interromperá o prazo para o agravo, desde que, naturalmente, não se tenha ainda vencido (art. 68, inc. V, acrescido pela Lei nº 12.112).

Se o pedido de reexame é acolhido e novo aluguel provisório é fixado, a decisão será recorrível em si própria, mesmo que a parte não tenha agravado do primitivo arbitramento. O agravo já então não será contra a decisão primeira, mas contra a que refixou o aluguel provisório. É relevante notar que a lei conferiu ao réu o direito a postular a revisão, *antes da audiência*, sem prejuízo da contestação (art. 68, III), no pressuposto de que o primitivo aluguel tenha sido fixado unilateralmente, isto é, sem a participação daquele que ora pleiteia o reexame. Não há, entretanto, empecilho a que o pleito e a solução referente ao aluguel provisório ocorram depois de já integrado o réu ao processo pela citação. A tal hipótese, porém, não se aplica, naturalmente, o efeito interruptivo cogitado no novo inciso V do art. 68.

O arbitramento provisório sujeita-se, outrossim, a correções, segundo as épocas pactuadas no contrato, ou previstas em lei (art. 68, § 2º).

É bom lembrar que, não distinguindo a lei, é possível o arbitramento de aluguel provisório tanto nos casos de redução como nos de majoração do preço vigente.

1.732. Contestação

A contestação do réu, apresentada em audiência, pode conter a rejeição total do pedido do autor e pode também conter uma contra proposta de revisão em bases diferentes das pretendidas na petição inicial (art. 68, IV).

Havendo a contraproposta, o juiz tentará a solução conciliatória, entre os limites apontados na inicial e na contestação. Mas, mesmo sem a contraproposta, caberá ao magistrado procurar o acordo entre as partes, antes de passar à instrução da causa. Chegando as partes a um consenso, o juiz homologará o acordo e porá fim ao processo, com resolução de mérito (CPC, art. 269, III).

Se não alcançar o acordo, a prova decisiva para a ação revisional é quase sempre a pericial, para cuja realização o juiz encerrará a audiência de conciliação, designando, desde logo, outra audiência para instrução e julgamento (art. 68, IV). Para evitar a procrastinação desnecessária e inconveniente, a nomeação do perito deverá ser feita no próprio ato de suspensão da audiência, momento em que as partes serão intimadas a formular quesitos e indicar assistentes.

A perícia poderá ser dispensada, a critério do juiz, nos casos de revelia e de discussão em torno apenas de prova documental já produzida com a inicial e a contestação e para cujo deslinde não seja necessário o recurso à prova técnica (hipótese que se deve reconhecer como

rara).

1.733. Sentença

O arbitramento da sentença retroagirá à citação, de sorte que, havendo diferenças a pagar, ou a restituir, o respectivo pagamento será com correção monetária. A exigibilidade dessas diferenças, porém, somente ocorrerá a partir do trânsito em julgado (art. 69).

Se o pedido for julgado improcedente, o autor responderá pelo ressarcimento dos danos acarretados ao réu, se houver aluguel provisório. As diferenças haverão de ser respostas com juros e correção monetária.

Uma vez que o recurso contra a sentença da revisional não tem efeito suspensivo, após o julgamento de primeiro grau entra em vigor imediatamente o que nele houver sido fixado. Isto é, os aluguéis daí em diante devidos serão os da sentença e não mais os provisórios.

Como já se afirmou, não pode a sentença da revisional reduzir o aluguel a importância menor do que a pleiteada pelo locatário nem majorá-lo além do postulado pelo locador, na petição inicial, sob pena de violar o mandamento dos arts. 128 e 460 do CPC.

Quanto à periodicidade dos reajustes do aluguel, é bom lembrar que a sentença da revisional não fica adstrita às cláusulas do contrato, podendo, conforme as circunstâncias, adotar periodicidade diferente e outro indexador para os reajustamentos futuros do aluguel revisado (art. 69, § 1º). Essas inovações, contudo, dependem de pedido do locador ou sublocador, como esclarece o aludido dispositivo legal.

1.734. Verbas de sucumbência

Segundo se tem assentado na jurisprudência, “não se pode falar em sucumbência de uma das partes em ação revisional, pois esta é mero acerto de aluguel, no qual não há vencido nem vencedor. Assim, a verba sucumbencial deve ser dividida por igual entre as partes”.³⁵

A tese é correta apenas para o caso em que a ação desenvolve como puro veículo de acerto do *quantum* do aluguel, isto é, quando as partes estão acordes quanto ao cabimento da revisão e apenas não chegam à fixação consensual do novo preço da locação. Se, contudo, a lide revelada na litiscontestação se endereça ao fato de ter, ou não, o autor o direito à revisão, a sentença não poderá deixar de tratar como sucumbente, para todos os efeitos, aquela parte cuja posição vier a ser rejeitada na composição final do litígio. Em tal hipótese, parece-nos indiscutível o cabimento da imposição das custas e honorários de advogado à parte derrotada (CPC, art. 20). É, aliás, *mutatis mutandis*, o que se passa com a regulamentação legal da sucumbência nas ações de divisão (art. 25 do CPC).

1.735. Execução de sentença

Qualquer que seja a diferença, a maior ou a menor, resultante da revisão judicial, a respectiva execução se processará nos autos da própria revisional (art. 69, § 2º).

A forma procedimental será a da execução de título judicial por quantia certa. E, como a lei não distingue, caberá a mesma execução tanto no caso de aluguel pago a maior como a menor,

de sorte que o credor exequente pode ser o locador ou locatário, conforme o caso.

1.736. Acordo de desocupação

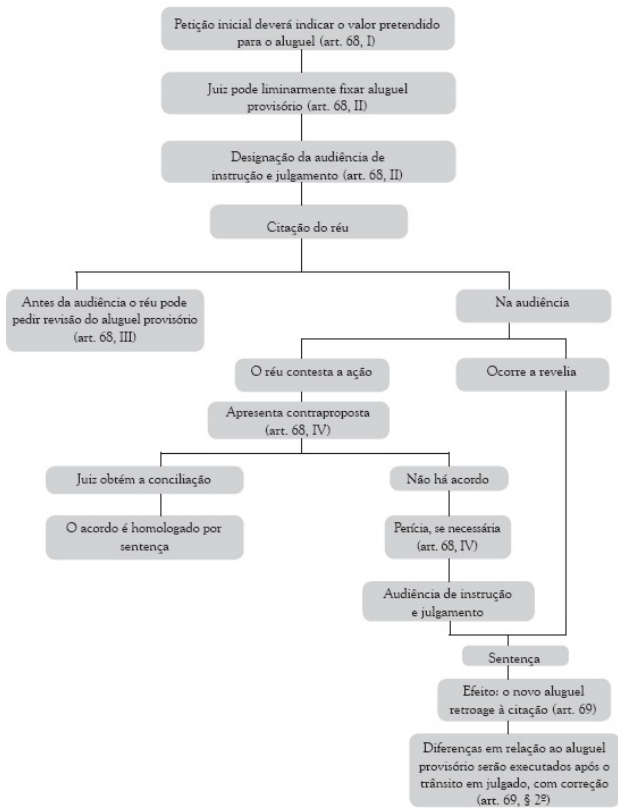
É comum na experiência do foro o acordo entre inquilino e senhorio, no curso de ação locatícia, para pôr fim à relação *ex locato* e marcar um prazo ou uma data para a desocupação do imóvel.

Disciplinando a hipótese, o art. 70 da Lei do Inquilinato prevê que é lícito o acordo sobre desocupação dentro dos trâmites da ação revisional, caso em que o juiz o homologará, propiciando sua oportuna execução “mediante expedição de mandado de despejo”. Isto quer dizer que, se o acordo não for cumprido, a execução se fará por mandado judicial equivalente ao da ação de despejo.

Semelhante acordo poderá ser efetuado, com os mesmos efeitos, em qualquer outra ação locatícia, como a de despejo, a consignatória e a renovatória.

Fluxograma no 110

ACÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL³⁶
(Lei nº 8.245, de 18.10.1991, arts. 68-70)



§ 277. AÇÃO RENOVATÓRIA

Sumário: 1.737. Cabimento. 1.738. Natureza jurídica. 1.739. Legitimação. 1.740. Procedimento. 1.741. Petição inicial. 1.742. A defesa do locador. 1.743. Defesa baseada na ausência dos pressupostos legais. 1.744. Defesa baseada no valor real da locação. 1.745. Defesa baseada em melhor proposta de terceiro. 1.746. Retomada para construção ou reconstrução. 1.747. Retomada para uso próprio. 1.748. Aluguel provisório. 1.749. Sentença. 1.750. Sentença de retomada. 1.751. Execução de sentença. 1.752. Indenização de perdas e danos.

1.737. Cabimento

O art. 51 da atual Lei do Inquilinato, a exemplo do que antes ocorria com a velha Lei de Luvas (Decreto nº 24.150/34), outorga ao locador do imóvel destinado ao comércio, assim como à indústria e às sociedades civis com fins lucrativos, o direito à renovação do contrato de locação, por igual prazo, desde que satisfeitos os requisitos enumerados em seus incisos I a III.

Ao locador toca, nessa conjuntura, uma obrigação de fazer, ou seja, obrigação de contratar que provém diretamente da lei, mas que se exterioriza da mesma maneira e com os mesmos efeitos da obrigação convencional de contratar (*pactum de contrahendo*). A satisfação desse direito do locatário ordinariamente deve ser realizada por ato negocial ajustado entre ele e o locador. Se, porém, as partes não entram em acordo, para a celebração do contrato para o novo período de locação, a lei assegura ao locatário um remédio processual, por meio do qual se obtém a sentença que decretará a renovação do contrato locatício, substituindo o ato negocial frustrado.

A ação com que se tutela o direito assegurado pelo art. 51 da Lei nº 8.245 é a *ação renovatória*, cujo procedimento se acha disciplinado pelos arts. 71 a 75 da mesma Lei.

O uso proveitoso da renovatória, nos termos da regulamentação ora em exame, pressupõe que o locatário comerciante atenda a três requisitos fundamentais (além, é claro, da destinação comercial do imóvel locado): a) o contrato a renovar deve ter sido celebrado por escrito e com prazo determinado (art. 51, I); b) o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos deve ser de cinco anos (art. 51, II); 37 c) o locatário deve estar explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos (art. 51, III).

Comprovado pela instrução processual que o locatário atende a todos os requisitos *supra*, a sentença não só imporá o novo vínculo locatício ao senhorio, como definirá seus termos básicos

(preço, garantias, periodicidade de reajustes etc.). Falhando qualquer um dos requisitos do art. 51, improcedente será o pedido renovatório e, se o locador houver pedido, a sentença deverá decretar a retomada do imóvel em seu favor. Na ausência do pedido em questão, a locação prosseguirá entre as partes como contrato comum de prazo indeterminado, sujeito a denúncia vazia, nos termos do art. 60.

1.738. Natureza jurídica

O pedido formulado pelo autor da ação renovatória (locatário) é o de que seja imposto ao réu (locador) a renovação do contrato de locação para fins comerciais, criando-se, então, por ato judicial, uma nova relação jurídica obrigacional entre as partes, independentemente do consenso não alcançado pelos interessados.

Trata-se, pois, de ação que veicula *pretensão constitutiva*, mas que contém, em boa dose, também prestação jurisdicional *condenatória*, pois, no caso de procedência do pedido, a sentença que fixa novo aluguel autoriza execução forçada das diferenças nos próprios autos da renovatória (art. 73). E, quando se der a rejeição do pedido do autor, a sentença, desde logo, poderá acolher o pedido do réu contestante para impor ao vencido a condenação a desocupar o imóvel (art. 74).

1.739. Legitimação

A ação renovatória tem como objeto o contrato de locação, de sorte que as partes da relação contratual deverão ser as partes da relação processual, pois sobre os direitos e obrigações de ambos é que irá incidir a sentença.

A legitimação ativa é do locatário e a passiva, do locador. Também o sublocatário pode figurar como autor da renovatória. Aliás, quando a sublocação é total (isto é, compreende a integralidade do imóvel locado), o direito à renovação passa a ser exclusivo do sublocatário (art. 51, § 10). Quando isto se der, a legitimação ativa da ação será apenas do sublocatário, a quem passará a pertencer a titularidade da relação *ex locato* no novo período da locação concedida pela sentença. O vínculo obrigacional, que antes se estabeleceu entre inquilino e subinquilino, com a renovatória passará a se posicionar entre este o locador. O locatário primitivo será desalojado da relação negocial, mesmo porque em se tratando de criar compulsoriamente uma nova locação em homenagem ao fundo de comércio formado com o prédio, não teria sentido conceder a renovação a quem cedeu o imóvel totalmente a outrem.³⁸ Daí que, ao ser renovada a locação por ação judicial, o vínculo jurídico passará a ser travado única e exclusivamente entre o locador e o titular do fundo de comércio (o sublocatário). Por isso, a Lei diz que, na espécie, “o proprietário ficará diretamente obrigado à renovação” (art. 71, parágrafo único).

A Lei, no entanto, determina que no polo passivo da relação processual figure o sublocador ao lado do locador, em litisconsórcio, justamente porque irá se discutir um vínculo obrigacional que nasceu de negócio jurídico estabelecido entre o autor e o primeiro locatário (art. 71, parágrafo único).

Na hipótese de sublocação apenas parcial, o sublocatário exercerá a renovatória apenas perante o sublocador, se o prazo remanescente da locação for suficiente para comportar o tempo de vigência da renovação. Caso contrário, terá de demandar, em litisconsórcio passivo, com o

sublocador e o locador (art. 71, parág. único).

Outros legitimados supervenientes ao exercício da renovatória são os cessionários do contrato locatício e os sucessores *causa mortis* nos direitos do locatário (art. 51, § 1º).³⁹

Claro é que nas hipóteses em cogitação, o exercício da ação pelo sublocatário e pelo cessionário pressupõe ato jurídico praticado em favor de ditos interessados com eficácia oponível ao locador. Isto é, o ato translatício dos direitos do inquilino tem de ser regularmente praticado, de maneira a ser, pela lei, operante também em face do locador.

Cabe a legitimação ativa também à sociedade à qual o inquilino houver destinado o imóvel, com autorização contratual, desde que o locatário faça parte da empresa e a esta passe a pertencer o fundo de comércio. Em tal situação, a ação renovatória poderá ser intentada seja pelo inquilino primitivo, seja pela sociedade (art. 51, § 2º).

Se a locação houver sido ajustada em favor da pessoa jurídica que venha a ser mais tarde dissolvida por morte de sócio, permite a lei que a renovatória seja exercida pelo sócio sobrevivente, como sub-rogado, desde que tenha continuado na exploração do mesmo ramo (art. 51, § 3º).

Equipara-se ao titular de fundo de comércio, para legitimar ao uso da renovatória, o locatário que explore o ramo industrial, bem como a sociedade civil com fim lucrativo, regularmente constituída (art. 51, § 4º).

1.740. Procedimento

A nova Lei do Inquilinato, ao disciplinar a ação renovatória, não o fez de maneira exaustiva. Limitou-se a apontar alguns requisitos e alguns detalhes procedimentais esparsos. Seu regime processual, destarte, terá de ser complementado pelas regras gerais do Código de Processo Civil. Assim, não tendo a Lei nº 8.245 criado um procedimento especial, a ação de renovação da locação comercial terá de sujeitar-se ao *procedimento comum*, isto é, ao *ordinário ou sumário*, conforme o valor da causa (CPC, art. 272), com as inovações instituídas pela atual legislação do inquilinato. É, porém, intuitivo que só muito raramente um contrato de locação comercial apresentará valor diminuto a ponto de enquadrar-se no limite do procedimento sumário.

1.741. Petição inicial

Para preencher as exigências especiais do direito à renovação da locação comercial, o autor da ação renovatória deverá ingressar em juízo juntando à petição inicial prova documental (art. 51) capaz de demonstrar: a) que existe contrato escrito e com prazo determinado entre as partes; b) que o prazo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos sucessivos respeita o mínimo de cinco anos; e c) que o locatário está na exploração do mesmo ramo de comércio pelo prazo mínimo de três anos, sem interrupção.

Além de comprovar o atendimento às exigências do art. 51, a inicial terá de ser instruída com os seguintes documentos: a) prova do exato cumprimento do contrato em curso (art. 71, II); b) prova da quitação dos impostos e taxas que incidiram sobre o imóvel e cujo pagamento incumbia ao locatário (art. 71, III); c) prova de que o fiador indicado aceita os encargos da fiança, bem como da autorização do cônjuge, se se tratar de pessoa casada (art. 71, VI); d) prova

da sucessão ou cessão na relação *ex locato*, se for o caso (art. 71, VII).

A respeito do *exato cumprimento do contrato*, é bom ressaltar que o direito do locatário à renovação compulsória, como exceção à liberdade natural do titular da propriedade, não se justifica apenas pelo fato de ter o inquilino cumprido as obrigações emergentes do contrato renovando. A lei só lhe confere semelhante faculdade se houver prova do “exato cumprimento do contrato”, como mui claramente destaca o inciso II do art. 71 da Lei nº 8.245, e como já exigia a antiga Lei de Luvas (art. 50, b).

A discussão que mais frequentemente se passa, a propósito, é a que tem como objeto a falta de seguro do imóvel e o uso do direito de purgação da mora em ação de despejo por falta de pagamento.

Claro é que, se o locatário assumiu o dever de manter o imóvel acobertado contra os riscos a que se acha exposto, notadamente, o de incêndio, configura grave infração contratual a omissão dessa cautela inerente ao ramo empresarial. Quem assim se comporta à evidência não faz jus à renovação forçada do contrato locatício.⁴⁰

Quanto à purga da mora em ação de despejo por falta de pagamento, se é certo que tem o condão de eliminar os efeitos do retardamento sobre a faculdade de rescindir o contrato, elidindo a pretensão de retomada prematura do imóvel, não menos certo é que, quando o devedor incorre em mora, pratica falta contratual culposa (Código Civil, art. 396) que o torna responsável pela indenização de todos os prejuízos acarretados ao credor (art. 395 do Código Civil). Logo, está ínsita na ideia de mora o comportamento irregular ou faltoso do devedor. E se a emenda elimina a lesão causada ao credor não muda a natureza da infração cometida.

Por conseguinte, a purgação da mora implica cumprimento da obrigação contratual do locatário, mas não demonstra ter havido “o exato cumprimento do contrato”. Cumprimento houve, mas tardio e em desconformidade com as cláusulas do negócio jurídico. Daí que o inquilino que se valeu, no curso da locação, da faculdade legal de purgar mora em ação de despejo terá conseguido, àquele tempo, impedir a rescisão do contrato, mas não terá como satisfazer, mais tarde, a exigência do inciso II do art. 71, para fundamentar a pretensão à renovação judicial do contrato.⁴¹

Em suma, a petição inicial da renovatória deve ser instruída com os documentos comprobatórios de que todas as prestações a cargo do locatário foram *bem e fielmente cumpridas*, tanto no que diz respeito ao seu objeto como ao tempo e modo previstos no contrato.⁴²

Quanto à quitação dos impostos, taxas e contribuições do imóvel, assumidos contratualmente pelo inquilino, havia na antiga Lei de Luvas (Decreto nº 24.150/34) um dispositivo que só o considerava em mora depois que o senhorio o notificasse a cumprir o encargo respectivo, assinando-lhe, para tanto, o prazo de dez dias (art. 30, § 50). A Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91) não repete semelhante regra. Logo, não poderá o locatário justificar, na renovatória, o fiel cumprimento do contrato, a pretexto de não ter pago em dia os tributos, por falta de notificação do locador. Haverá, porém, hipóteses em que a sonegação dos avisos ou talões por parte do locador poderá criar embaraços ao cumprimento do encargo contratual, cabendo ao juiz levar em conta as particularidades de cada caso concreto para aferir se houve, ou não, a culposa violação do dever do locatário.⁴³ Aliás, como regra geral, “na verificação da mora do locatário no pagamento de tributos e encargos, o juiz terá em vista o princípio geral de direito, segundo o

qual ela não existe sem culpa do devedor”.⁴⁴

Além das provas documentais, a petição inicial deverá conter em seu texto: a) indicação clara e precisa das condições oferecidas para a renovação da locação (art. 71, IV); b) indicação de fiador, quando houver no contrato a renovar (art. 71, V).

As condições a serem explicitadas pelo autor devem compreender, principalmente, o prazo de renovação e o valor mensal do novo aluguel, bem como sua forma de reajustamento periódico.⁴⁵

A respeito do fiador, a exigência legal só incide quando o contrato anterior já se achava sujeito a semelhante tipo de garantia. Em tal hipótese, a petição inicial terá de identificar o fiador oferecido mediante nome ou denominação social, número de inscrição no Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento (CNPJ ou CPF), endereço, e, tratando-se de pessoa natural, a nacionalidade, o estado civil, a profissão e o número da carteira de identidade (art. 71, V).

O mais importante, porém, a propósito do fiador, seja pessoa física ou jurídica, é a documentação comprobatória da sua idoneidade financeira, que deve compreender certidões negativas (ações, protestos etc.), assim como comprovantes de patrimônio compatível com o valor da garantia a prestar (capital social, certidões do registro imobiliário etc.). Incide aqui a regra do art. 825 do Código Civil: “Quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo, se não for pessoa idônea, domiciliada no município, onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação.” É, pois, a matéria dessa regra do Código Civil que poderá fundamentar a rejeição do fiador pelo locador.

Se não for possível fornecer toda a documentação com a petição inicial, o autor poderá completá-la no curso do processo.⁴⁶ Se o fiador era o mesmo do contrato anterior, a documentação a seu respeito era, antigamente, desnecessária, porque se presumia sua idoneidade, até prova em contrário, mas seu assentimento à nova fiança sempre foi indispensável.

Peça importante, em qualquer caso, é a anuência da pessoa indicada como fiador, que obviamente não pode faltar, o mesmo ocorrendo com a do respectivo cônjuge, se se tratar de fiador pessoa natural casada. Na nova versão do inc. V do art. 71, dada pela Lei no 12.112, a orientação da exigência de comprovação da idoneidade financeira do fiador para a renovação da locação ampliou-se. A medida deve ser cumprida pelo locatário, “mesmo que não haja alteração do fiador”, como deixa claro o novo texto do dispositivo reformulado. A razão é que a situação econômico-financeira de qualquer pessoa é dinâmica, tanto para evoluir como involuir, de modo que quem ontem oferecia condições de garantir satisfatoriamente o preço da locação hoje já não mais se revele idôneo para esse fim.

A falta ou deficiência da inicial não deve conduzir ao seu sumário indeferimento. Incumbirá ao juiz ordenar a diligência prevista no art. 284 do Código de Processo Civil.

1.742. A defesa do locador

Permite o art. 74 da Lei no 8.245 que o locador, na contestação, peça a desocupação do imóvel, nos casos em que lhe socorre o direito à retomada (art. 52), hipótese em que a sentença fixará o prazo para a saída do locatário e será executada como de despejo.

Vê-se, então, que a estrutura legal do procedimento é a de uma *ação dúplice*, onde ambas as

partes podem assumir pretensões ativas, formulando pedidos uma contra a outra, sem necessidade de lançar mão, o réu, da reconvenção. Ao contrário da contestação simples, em que o réu apenas oferece resistência ao pedido do autor, a contestação da ação dúplice permite ao demandado contra-atacar, de maneira a não apenas repelir o pedido da parte contrária como também formular pedido novo contra o autor. Não há, na renovatória, portanto, necessidade de o locador propor reconvenção para reclamar a retomada do imóvel, cabendo-lhe exercitar dita pretensão no bojo da própria contestação.

Não creio, porém, que o magistrado possa indeferir a reconvenção desnecessariamente proposta com tal objetivo. Ocorreria, na espécie, simples erro de forma, e por defeito procedimental não se anula o processo, mas apenas se procede à sua adaptação à forma adequada (CPC, art. 250).

A propósito do conteúdo da contestação, o art. 72 prevê que ao locador é possível arguir contra a ação do locatário qualquer tema de direito que se contraponha à pretensão deduzida na inicial da renovatória, e que exclua sua viabilidade, seja na ordem de preliminares processuais, seja na que toca ao mérito do vínculo jurídico material.

Quanto à matéria fática, a defesa do demandado deverá ficar adstrita a um dos temas seguintes: a) não preencher o autor os requisitos estabelecidos na Lei do Inquilinato para o exercício da renovatória (art. 72, I); b) não atender, a proposta do locatário, ao valor locativo real do imóvel na época da renovação, excluída a valorização trazida por aquele ao ponto ou lugar (art. 72, II); c) ter proposta de terceiro para a locação, em condições melhores (art. 72, III); d) não estar obrigada a renovar a locação (arts. 52, I e II, e 72, IV).

1.743. Defesa baseada na ausência dos pressupostos legais

A controvérsia acerca do preenchimento dos requisitos legais da renovação implica carrear o ônus da prova ao autor, visto tratar-se de fatos constitutivos de seu direito (CPC, art. 333, I). Ao réu basta alegar que o locatário não cumpriu determinado pressuposto do direito à renovação. A contestação, contudo, não pode ser vaga ou por negação geral, mas terá de manifestar-se, com precisão, sobre os fatos arrolados na petição inicial, pois se presumem verdadeiros os fatos não impugnados, conforme a regra do art. 302 do Código de Processo Civil.

1.744. Defesa baseada no valor real da locação

A defesa de não ser justo o valor locativo proposto pelo autor não conduz necessariamente à improcedência do pedido de renovação. Para que isso se dê é indispensável que o locatário insista no valor proposto e recuse qualquer elevação de seu *quantum*, vindo posteriormente a prova pericial a demonstrar a insuficiência da proposta do locatário. Se aceito o arbitramento judicial, é irrelevante a circunstância de a proposta inicial ter sido menor.

Aliás, o § 1º do art. 72 esclarece que, sempre que o locador arguir a insuficiência da proposta contida na inicial, incumbir-lhe-á apresentar na contestação, sob forma de contraproposta, “as condições de locação que repute compatíveis com o valor locativo real e atual do imóvel”.

Diante da contraproposta, ao autor será possível uma das três seguintes atitudes: a) *aceitar a*

contraproposta, caso em que o juiz poderá desde logo julgar a ação, deferindo a renovação, se nenhum outro obstáculo estiver pendente de solução; b) *discordar da contraproposta e pedir o arbitramento judicial*, caso em que o feito prosseguirá e será decidido à luz da prova, especialmente da perícia, deferindo-se a renovação, se não houver outro óbice, pelo valor fixado pela sentença; c) *discordar da contraproposta e insistir na proposta inicial*, caso em que o sucesso da renovação ficará na dependência de a prova demonstrar a correção, ou não, da proposta do autor.

Na avaliação do valor locativo real do imóvel, deverá ser excluída a parte correspondente à valorização trazida pelo próprio inquilino ao ponto comercial, para evitar um locupletamento injusto do locador (art. 72, II).

1.745. Defesa baseada em melhor proposta de terceiro

Para se defender, com apoio no inciso III do art. 72, o locador não pode vagamente afirmar que há melhor proposta de terceiro para a locação. Essa defesa exige dele a juntada, com a contestação, de documento firmado pelo terceiro interessado, com duas testemunhas, onde se façam, com precisão, os seguintes esclarecimentos (art. 72, § 2º): a) individualização do proponente; b) indicação clara e precisa do ramo de atividade a ser explorado, que não poderá ser o mesmo do locatário.

Claro, ainda, que, para prevalecer a proposta do terceiro sobre a do inquilino, terão de ser conhecidos todos os termos e condições básicas da nova locação, os quais evidenciarão sua supremacia sobre a renovação requerida na inicial. Por isso, o documento de que cogita o § 2º do art. 72 terá de explicitar, obrigatoriamente: a) o prazo de locação proposta, pelo terceiro, que jamais poderá ser inferior ao pretendido pelo inquilino; b) discriminação completa das demais condições da locação, principalmente sobre a periodicidade de reajustes e indexador a ser utilizado; c) comprovação da capacidade financeira para sustentar a proposta.⁴⁷

Contestada a ação com base em melhor proposta de estranho, não cabe ao juiz, desde logo, repelir a pretensão renovatória do antigo inquilino, pois terá de submeter a resposta do locador ao autor da demanda e a este caberá a faculdade de, em réplica, alterar a proposta feita na inicial, para igualá-la à do terceiro interessado. Havendo dita equiparação, deferir-se-á, ao autor, a renovação (art. 72, § 2º, *in fine*). Em condições de paridade, a preferência, portanto, é do inquilino.

1.746. Retomada para construção ou reconstrução

Uma das hipóteses de retomada que a lei permite, como defesa na ação renovatória, é a que se relaciona com a necessidade de realizar obras determinadas pelo Poder Público, no imóvel locado, que irão importar em sua radical transformação. O mesmo se passa com obras de iniciativa do próprio locador, desde que representem “modificação de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade” (art. 52, I).

A contestação, nessas hipóteses, terá que, necessariamente, ser instruída com a documentação que, conforme o caso: a) comprove a determinação do Poder Público; ou b) contenha o relatório pormenorizado das obras a serem realizadas, com a estimativa de

valorização que sofrerá o imóvel (documento que terá de ser assinado por engenheiro devidamente habilitado).

Na segunda hipótese não é obrigatório que a obra já esteja previamente licenciada pela Administração Pública, nem muito menos que sua realização seja fruto de imposição do Poder Público. O que determina o cabimento da retomada é a comprovação de aumento da capacidade econômica da exploração do imóvel pelo locador.

1.747. Retomada para uso próprio

O art. 52, II, prevê que o locador não estará obrigado a renovar o contrato quando pretender utilizar o imóvel por ele próprio, ou para transferência de fundo de comércio, de cujo capital seja detentor, em maioria, o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente.

No caso de uso próprio (art. 52, II, 1ª parte), a jurisprudência se consolidou no sentido de que do locador não se exige a prova de sinceridade na retomada, pois esta se presume. Mas, em se tratando de presunção relativa, ao locatário é possível ilidi-la por prova em contrário.⁴⁸

Para permitir o direito de defesa e para não transformar a retomada para uso próprio em denúncia vazia, tem o locador o ônus de especificar convenientemente o fim em que será aplicado o imóvel, que não haverá de ser obrigatoriamente o comércio.

Se, porém, a retomada visar ao uso de sociedade de que faça parte o inquilino, ou se destinar a cônjuge, ascendente ou descendente seu, a defesa somente será viável se existir há mais de um ano o fundo de comércio a ser transferido para o imóvel (art. 52, II, 2ª parte).

Em qualquer hipótese, a retomada prevista no inciso II do art. 52 nunca poderá se referir ao uso do mesmo ramo do locatário. A única exceção a essa regra ocorrerá quando a locação tiver envolvido não apenas o imóvel, mas o próprio fundo de comércio com as instalações e pertences (art. 52, § 1º).

1.748. Aluguel provisório

A Lei nº 8.245 criou para ação renovatória uma medida provisória equivalente à prevista para a ação revisional, cuja finalidade é defender as partes contra a morosidade do processo. Com efeito, o § 4º do art. 72 autoriza o locador ou sublocador a pedir a fixação de *aluguel provisório*.

A medida provisória deverá ser requerida na contestação da ação renovatória e terá vigência a partir do primeiro mês após o vencimento do contrato em vias de renovação. Seu deferimento dependerá de prova documental, ainda que sumária e superficial, produzida com a resposta do locador, capaz de evidenciar a defasagem entre o aluguel vigente e o preço do mercado. O *quantum* do aluguel provisório não poderá, outrossim, ultrapassar a vinte por cento do valor pedido pelo locador, na contestação, como sendo o justo preço para a renovação. Aplica-se aqui tudo o que se expôs acima no tópico relativo ao aluguel provisório arbitrado na ação revisional.

1.749. Sentença

A exemplo do que se prevê para a ação revisional, o art. 72, § 5º, da Lei do Inquilinato,

autoriza o juiz a estabelecer, na sentença que acolhe o pedido de renovação da locação, não apenas o valor do aluguel a vigorar no novo pedido, como também a modificar a periodicidade dos reajustamentos e o índice aplicável aos mesmos reajustamentos do aluguel.⁴⁹

A força da sentença, portanto, é *constitutiva*, quando acolhe a pretensão do inquilino. Impõe ao locador uma nova relação *ex locato*, cujos termos básicos podem não ser os mesmos do contrato anterior. Mas, além desse caráter constitutivo, há também uma grande dosagem de força *condenatória* no deferimento da renovação judicial do contrato de locação para fins comerciais, já que as diferenças entre os aluguéis pagos durante o processo e aqueles que foram finalmente fixados pela sentença podem ser executadas nos próprios autos da ação, devendo ser pagas de uma só vez (art. 73). Há, então, possibilidade de execução provisória tanto da decisão que fixa os aluguéis provisórios como da sentença que fixa os aluguéis definitivos, se houver apelação que, na espécie, não tem efeito suspensivo.

A falta de pagamento do aluguel provisório, no seu devido tempo, configurará mora do locatário e poderá ensejar despejo por falta de pagamento. O novo texto do art. 62, *caput*, decorrente da Lei nº 12.112, esclarece bem que o despejo por falta de pagamento tanto pode se apoiar no aluguel definitivo ou provisório como nas diferenças de aluguéis definidas nas ações de revisão ou de renovação do contrato locatício.

Quanto à verba da sucumbência, não há condenação, porque a ação limita-se ao acerto das condições da renovação contratual. Se a lide se restringe a isto, não há vencedor nem vencido, devendo as custas serem rateadas e aos honorários do advogado de cada parte custeados pelos litigantes, separadamente. Se, todavia, há controvérsia na litiscontestação sobre o direito à renovação ou se a sentença acolhe a proposta de aluguel de uma só das partes, revelando ser temerária a pretensão da outra a aluguel substancialmente diverso, o caso é de verdadeira sucumbência, devendo ser condenado o litigante derrotado às custas e honorários, dentro da sistemática do art. 20 do CPC.⁵⁰

1.750. Sentença de retomada

“Não sendo renovada a locação, o juiz fixará o prazo de até seis meses após o trânsito em julgado da sentença para desocupação, se houver pedido na contestação” (art. 74). A ação renovatória, como já se afirmou, é *dúplice*, permitindo ao réu contra-atacar o autor na contestação, sem depender de ação reconvenicional para recuperar o imóvel.

Ao tempo da Lei de Luvas, havia uma corrente jurisprudencial que entendia somente ser possível a decretação da retomada se a sentença apreciasse o mérito da ação, sendo descabível quando se decretava a carência de ação, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito. A nosso modo de ver, dita orientação nunca teve razão de ser, pois, se se atribui à ação o feito de *actio duplex*, a contestação do demandado será verdadeira reconvenção. E, diante da reconvenção, pouco importa que haja extinção da ação principal sem julgamento de mérito. A lei é expressa em permitir que a reconvenção tenha prosseguimento autônomo mesmo depois de extinta a ação, por matéria de preliminar (CPC, art. 317).

Ora, se a reconvenção pode ser julgada pelo mérito depois de extinta a ação principal, sem apreciação do mérito, claro é que o pedido de retomada também podia ser apreciado pelo mérito quando o inquilino fosse declarado carecedor da renovatória. As coisas, porém, ficaram mais

claras, ainda, porque o art. 74 da Lei no 8.245 não faz mais referência alguma à improcedência do pedido de renovação da locação. Diz simplesmente que, “não sendo renovada a locação”, será fixado o prazo de desocupação, se na contestação o locador houver manifestado o pedido de retomada. Não importa, então, o motivo pelo qual não se renovou a locação, se de mérito (improcedência) ou de natureza preliminar (carência de ação). Desde que não renovada a locação o juiz terá de examinar, na mesma sentença, a pretensão recuperatória do imóvel veiculada na contestação.

Por outro lado, durante o prazo de desocupação, continuará a vigorar o aluguel provisório arbitrado no curso da renovatória, com seus reajustes posteriores, ou o aluguel apurado na perícia, se inexistir o provisório.⁵¹ É importante, pois, que a sentença de retomada se pronuncie, claramente, sobre a questão dos aluguéis do prazo de desocupação.

1.751. Execução de sentença

Havia em relação a essa sentença uma quebra do sistema de execução provisória adotada como regra geral para todas as ações locatícias (art. 58, V). É que, mesmo sem o efeito suspensivo da apelação intentada contra a sentença que defere a retomada por consequência do insucesso na renovatória, o certo é que a lei só permitia a contagem do prazo de desocupação após o respectivo trânsito em julgado da sentença (art. 74). *In casu*, portanto, somente haveria execução definitiva. A anomalia foi corrigida na reforma promovida através da Lei no 12.112. O novo texto do art. 74 não mais vincula a retomada ao trânsito em julgado da sentença de rejeição da renovatória. Tornou-se certo, portanto, que a retomada na ação renovatória segue a regra geral aplicável a todas as ações locatícias, ou seja, sujeita-se tanto a execução definitiva como provisória.

A regulamentação do prazo de retomada constante do art. 74 da Lei do Inquilinato, na versão da Lei 12.112/2009, foi qualificada pelo STJ como inovação de *lei processual*, e não de lei material. Assim, para efeito de direito intertemporal, é de aplicação imediata, inclusive aos processos julgados sob o regime anterior. Prevalecem, portanto, o prazo de desocupação (trinta dias) e o termo inicial (prolação da sentença), mesmo no caso de a decisão velha ter adotado expressamente os critérios do texto primitivo do art. 74. No entanto, para que se dê a desocupação em execução provisória, segundo o novo regime estabelecido pela Lei 12.112/2009, é “necessária a intimação pessoal da locatária, por meio de mandado de despejo, com prazo de 30 (trinta) dias (Lei no 8.245/1991, art. 74, ...), para a desocupação do imóvel”, como entende o STJ.⁵²

Optando o locador por executar a sentença de retomada antes do julgamento do recurso pendente, isto será possível porque desprovido de eficácia suspensiva. Mas deverá fazê-lo por sua conta e risco e mediante prestação de caução (CPC, art. 475-O).

Aplica-se a regra própria do despejo praticado em caráter provisório (art. 64, *caput*), segundo a qual o locador, para executar provisoriamente a retomada, deverá prestar caução no valor não inferior a seis meses nem superior a doze meses do aluguel, atualizado até a data da prestação da caução. Esta, por sua vez, poderá ser real ou fidejussória, conforme previsto no § 1o do mesmo artigo da Lei no 8.245.

Em relação à cobrança das diferenças de aluguel, sempre se considerou que a sentença da

renovatória mostrava-se perfeitamente exequível, em caráter provisório, enquanto estivesse pendente eventual recurso de apelação. A posição do legislador tornou-se mais clara, ainda, após a Lei no 12.112, que modificou o texto do art. 62 da Lei no 8.245 para, explicitamente, permitir a ação de despejo tanto por falta de pagamento de aluguel definitivo como provisório, assim como das diferenças de aluguel derivadas das ações revisionais e renovatórias. Quer isto dizer que o senhorio pode não só cobrar os aluguéis provisórios e as diferenças de aluguéis, independentemente do trânsito em julgado, bem como pode retomar o prédio locado se o inquilino não cumprir o novo preço estipulado pela sentença, que tenha sofrido ataque por recurso desprovido de efeito suspensivo. Esse é o regime atual aplicável às ações renovatórias e revisionais.

Também, no caso de decretação de retomada, continuará o locatário a pagar o aluguel provisório corrigido até a efetiva desocupação do prédio, sujeitando-se à execução forçada por quantia certa.

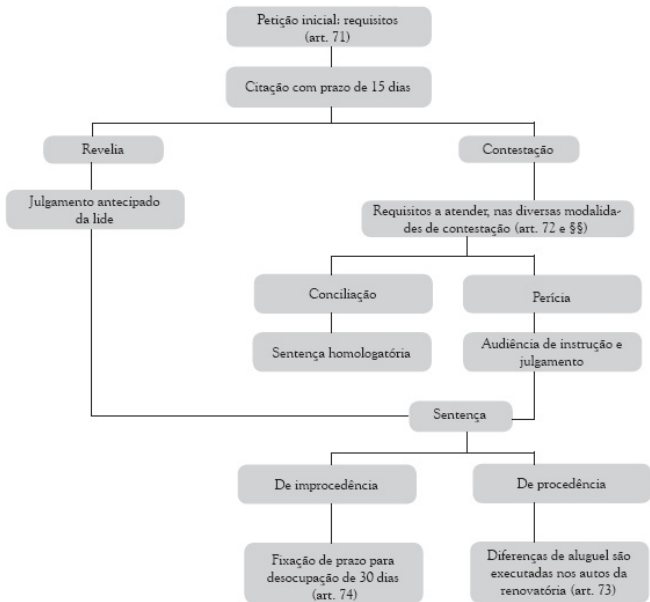
1.752. Indenização de perdas e danos

Se a retomada for deferida para atender à melhor proposta de locação por terceiro (art. 72, III), a sentença, desde logo, fixará a indenização devida ao locatário em consequência da não prorrogação do contrato. Em tal caso, a condenação atingirá, solidariamente, o locador e o terceiro proponente (art. 75).

Outras hipóteses de condenação a perdas e danos a ser imposta ao locador, por retomada, constam do § 3^o do art. 52.53 Não se instituiu, porém, o direito de retenção do imóvel pelas indenizações asseguradas ao locatário.

Fluxograma no 111

ACÇÃO RENOVATÓRIA⁵⁴
(Lei nº 8.245, de 18.10.1991, arts. 71 a 75)



- 1 TJMG, 15a C.Civ., Ap. Civ. 1.0024.04.458556-0/001, Rel. Des. Tibúrcio Marques, *DJeMG* 01.07.2009; *Rev. Magister de Dir. Ambiental*, no 24, p. 159.
- 2 STJ, 2a Seção, CC. 1.897/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 11.09.1991, *DJU* de 21.10.1991, p. 14.728. STJ, Súmula no 33.
- 3 SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à nova lei do inquilinato*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 266.
- 4 “A notificação premonitória não perde a eficácia pelo fato de ação de despejo não ser proposta no prazo do art. 806 do Código Processo Civil” (2o TACivSP, Súmula no 18).
- 5 SOUZA, Sylvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 41.
- 6 Até mesmo após a arrematação judicial do imóvel locado, o desalojamento do inquilino, pelo arrematante, só será praticável pela ação de despejo, por “incabível a imissão de posse” na espécie (STJ, 3a T., REsp. 265.254/SP, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 30.05.2001, *DJ* 20.08.2001 p. 461).
- 7 VARELA, Antunes. *O novo regime da locação de imóveis para fins residenciais*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, no 6, p. 20.
- 8 PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*, São Paulo, RT, 1978, t. VII, p. 336.
- 9 SOUZA, Sylvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato*, cit., p. 41.
- 10 PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*, cit., t. VII, p. 337; cf. nossa obra “*A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*”, Rio de Janeiro, Aide, 1987, pp. 157 e 158.
- 11 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, v. 7, p. 323; “ainda que não proprietário, o locador tem legitimidade para propor ação de despejo de imóvel não residencial” – 2o TACivSP – Súmula no 17.
- 12 SLAIBI FILHO, Nagib. *Op. cit.*, p. 290.
- 13 2o TACivSP, Súmula no 21.
- 14 2o TACivSP, Súmula no 13.
- 15 STF, Súmula no 410.
- 16 A ação de despejo segue o procedimento ordinário (Lei no 8.245/91, art. 59); e não se suspende nas férias forenses (art. 58, I).
- 17 A citação, desde que haja previsão contratual, poderá ser feita por correspondência com AR ou por telex ou fax (art. 58, IV).
- 18 Ocorrendo a desocupação dentro do prazo de seis meses, o réu ficará isento dos encargos da sucumbência (art. 61, 2a parte).
- 19 Cf. SLAIBI FILHO, Nagib. *Op. cit.*, p. 295.
- 20 TASP, Ap. 11.970, *apud* CALDAS, Gilberto. *Nova lei do inquilinato comentada*, São Paulo, Edipraxis Jurídica, s/d, p. 147. No mesmo sentido: 2o TACivSP, Ap. 378.074-00/3, Rel. Juiz Emmanoel França, ac. de 26.04.1994, *RT* 712/191; 2o TACivSP, Ap. 371.558-00/1, Rel. Juiz Amaral Vieira, ac. de 12.04.1994, *RT* 714/169.
- 21 STJ, 6a T., REsp. 292.973/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. de 18.12.2002, *DJU* de 10.08.2003, p. 446; STJ, 6a T., REsp. 290.473/SP, Rel. Min. Vicente Leal, ac. de 25.09.2001, *RSTJ* 149/529; STJ, *Ajuris* 83/287.

- 22 SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato Comentada*. 5. ed., Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 278. O entendimento do Prof. Sylvio Capanema de Souza foi acatado pelo STJ no REsp. 290.473/SP, 6a T., Rel. Min. Vicente Leal, ac. 25.09.2001, RSTJ 149/529. Também no 2o TACivSP havia decisões de que, no caso de arguição de excesso no valor reclamado pelo locador, o locatário deveria depositar os valores incontroversos, “prossequindo-se a discussão apenas sobre os valores controvertidos” (3a Câ., Ap. c/Rev. 408.578, Rel. Francisco de Barros; 7a Câ., Ap. c/Rev. 381.767, Rel. Demóstenes Braga, in VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do Inquilinato comentada*. 5a ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 278).
- 23 Sobre o procedimento da execução do despejo, ver o fluxograma no 107.
- 24 CALDAS, Gilberto. *Op. cit.*, p. 152; Nagib Slaibi Filho, *op. cit.*, no 32.5, p. 331.
- 25 SOUZA, Sylvio Capanema de. *Op. cit.*, p. 239, POPP, Carlyle. *Comentários à nova Lei do Inquilinato*, 2. ed., Curitiba, Juruá, 1992, p. 200.
- 26 POPP, Carlyle. *Op. cit.*, p. 203.
- 27 Cf., *retro*, item no 1.209; POPP, Carlyle. *Op. cit.*, p. 202; STJ, 6a T., REsp. 77.404/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, ac. de 21.08.2001, DJU de 07.10.2002, p. 306; STJ, 5a T., REsp. 253.155/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, ac. de 29.06.2000, DJU de 21.08.2000, p. 169.
- 28 SLAIBI FILHO, Nagib. *Op. cit.*, no 33.3.2, p. 337; TJRS, 1a CC., Ap. 194037206, Rel. Juiz Arno Werlang, ac. de 03.05.1994, JTARGS 90/204.
- 29 TAPR, Ap. 1.760/90, Rel. Juiz Maranhão de Loyola, ac. de 26.06.90, *Revista Forense*, v. 315, p. 188.
- 30 O prazo para contestação é de 15 dias, por aplicação subsidiária do art. 896 do CPC, na redação da Lei no 8.951/1994 (STJ, 6a T., REsp no 63.409/SP, Rel. Min. Vicente Leal, ac. 17.05.2001, DJU de 18.06.2001, p. 198). Será contado da juntada do mandado citatório dos autos (CPC, art. 241, II).
- 31 SLAIBI FILHO, Nagib. *Op. cit.*, p. 346; POPP, Carlyle. *Op. cit.*, p. 210.
- 32 STJ, 5a T., REsp. 29.063/SP, Rel. Min. Jesus Costa Lima, ac. de 08.02.1995, DJU de 06.03.1995, p. 4.377.
- 33 SLAIBI FILHO, Nagib. *Op. cit.*, no 34.3.3.1, p. 355; 2o TACivSP, 1a C., Ap. 366.876-00/4, Rel. Juiz Renato Sartorelli, ac. de 25.10.1993, RT 703/113.
- 34 POPP, Carlyle. *Op. cit.*, p. 213. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 2a C., AI no 436.576-00/4, Rel. Juiz Andreatta Rizzo, ac. 19.06.1995, RT 722/232.
- 35 2o TACivSP, Ap. 282.310-9/00, Rel. Juiz Quaglia Barbosa, ac. de 11.03.91, *Revista Forense*, v. 315, p. 153. Admitindo a sucumbência: STJ, 4a T., REsp. 6.094/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 20.11.1990, DJU de 17.12.1990, p. 15.385; STJ, 3a T., REsp. 20.114/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, ac. de 25.05.1992, DJU de 15.06.1992, p. 9.266; STJ, 5a T., REsp. 63.413/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, ac. de 22.10.1996, DJU de 02.12.1996, p. 47.697.
- 36 A ação revisional de aluguel e acessórios segue o procedimento sumário (Lei no 8.245/91, art. 68).
- 37 A Lei no 8.245 tomou posição clara contra a possibilidade da *accessio temporis* de contratos escritos com intervalo de locações verbais.
- 38 “As distribuidoras de derivados de petróleo, quando sublocam totalmente os imóveis a

terceiros, não têm legitimidade para propor ação renovatória, embora dotem os estabelecimentos revendedores dos implementos necessários à comercialização dos seus produtos, ou os orientem e fiscalizem, ainda que lhes propiciando financiamentos e cuidando dos investimentos publicitários” (2^o TACivSP, Ap. 288.158/3-00, Rel. Juiz Remolo Palermo, ac. de 09.04.91, *COAD-ADV*, Bol. 33/91, no 55.246. p. 522).

- 39 A ação renovatória pode ser proposta contra o espólio do locador. Mas se ocorrer o julgamento da partilha no curso do processo, com registro do imóvel em nome de um herdeiro certo, “a citação deve ser renovada para chamar à lide aquele a quem foi deferido o bem objeto da controvérsia” (STJ, 3^a T., REsp. 7.639, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 25.03.91, *DJU* de 29.04.1991, p. 5.266). Tendo o locador prometido a venda a terceiro, a legitimação passiva para a ação renovatória permanece com o primitivo locador, enquanto o compromisso não for registrado no competente Registro Imobiliário (STJ, 5^a T., AI no 951.566-AgRg/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves, ac. 27.03.2008, *DJe* de 12.05.2008).
- 40 J. Nascimento Franco e Niske Gondo, *Ação renovatória e ação revisional de aluguel*, 7^a ed., São Paulo, RT, 1990, no 100, p. 129/131; STJ, 4^a T., REsp. 5.532/PR, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. de 18.12.90, *DJU* de 04.03.1991, p. 1.987.
- 41 Darcy Bessone, *Renovação de locação*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1990, no 62, p. 102; FRANCO, J. Nascimento e GONDO, Niske. *Ação renovatória*, cit., no 93, pp. 124-125; ALVIM, Agostinho. *Aspectos da locação predial*, 2. ed., Ed. Jur. Univers, São Paulo, 1966, p. 159; RODRIGUES, Silvio. *Da locação predial*, São Paulo, Saraiva, 1979, p. 127; POPP, Carlyle. *Op. cit.*, pp. 218/219. Em sentido contrário: ANDRADE, Luís Antônio de. *RT*, v. 592, p. 266; BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1981, v. I, p. 331; SLAIBI FILHO, Nagib. *Op. cit.*, p. 372, nota no 6.
- 42 “De um modo geral, as infrações contratuais leves não autorizam a rescisão do contrato, nem constituem causas impeditivas da sua renovação” (FRANCO, J. Nascimento e GONDO, Niske. *Op. cit.*, no 104, p. 136; Darcy Bessone, *Renovação de locação*, cit., no 62, p. 101). No mesmo sentido Alfredo Buzaid anota que “a jurisprudência vem admitindo que as pequenas infrações não impedem a renovação, especialmente quando elas não prejudicam o proprietário” (*Da ação renovatória*, cit., v. I, p. 322, nota 2).
- 43 SLAIBI FILHO, Nagib *Op. cit.*, p. 373, nota 7.
- 44 FRANCO, J. Nascimento e GONDO, Niske. *Ação renovatória*, cit., no 101, p. 133.
- 45 “O contrato de locação não deve ser renovado por prazo superior a cinco anos (Súmula no 178 do STF), mas nada impõe ou recomenda que o seja necessariamente, nos casos de *accessio temporis*, pelo mesmo prazo do último contrato escrito” (STJ, 4^a T., REsp. 7.653/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. de 23.10.1991, *RT* 693/252). No mesmo sentido da Súmula 178: STJ, 5^a T., REsp. 267.129/RJ, Rel. Min. José Arnaldo, ac. de 05.10.2000, *DJU* de 06.11.2000, p. 222.
- 46 “A prova da idoneidade dos fiadores pode ocorrer na fase instrutória. A indicação dos fiadores, no entanto, com sua aceitação, deve ser feita com a inicial” (STJ, 4^a T., REsp. no 6.589/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 05.02.1991, *RSTJ* 25/411). Se faltar a comprovação da idoneidade do fiador na inicial, o caso não é de imediato indeferimento da renovatória, mas de concessão de prazo para que a falta seja sanada. Aí, sim, incorrendo a comprovação no prazo assinado, é que se legitimará o tratamento do processo. Enfim, a

- solução do problema pede ser “deferida para a instrução” (STJ, 5a T., REsp no 61.848, Rel. Min. José Dantas, ac. 08.10.1996, *DJU* de 04.11.1996, p. 42.492, *RSTJ* 93/371).
- 47 POPP, Carlyle. *Op. cit.*, p. 225.
- 48 STF, Súmula no 485. STJ, 3a T., REsp. 5.787/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 20.03.1991, *DJU* de 15.04.1991, p. 4.299. Na contestação da ação renovatória, quando o locador pretenda a retomada para uso próprio, deve indicar o ramo de atividade a ser por ele explorado no imóvel. Trata-se de medida correlacionada com a garantia do contraditório, já que sem esse dado não teria o locatário possibilidade de se defender contra a pretensão relativa de sinceridade que milita em favor do senhorio (STJ, 5a T., REsp no 260.485/SP, Rel. Min. Félix Fischer, ac. 08.08.2000, *DJU* de 04.09.2000, p. 190).
- 49 A alteração da periodicidade e dos índices destina-se a restabelecer “o equilíbrio econômico pretendido pelas partes quando da celebração do contrato” (2o TACivSP, Ap. 251.298-0, Rel. Juiz Narciso Orlandi, ac. de 06.02.90, *Revista Forense*, v. 308, p. 130). Sem embargo de a alteração de periodicidade de reajustamento estar condicionada pelo § 5o do art. 72 da Lei 8.245/1991 a pedido do locador, o STJ já decidiu não ser *ultra petita* a alteração determinada por iniciativa do juiz. O argumento foi de que “à lei é dado o dever de, na renovatória, ajustar o aluguel ao preço do mercado” (STJ, 5a T., REsp no 62.680/SP, Rel. Min. José Dantas, ac. 10.03.1997, *DJU* de 14.04.1997, p. 12.762, *RSTJ* 96/381).
- 50 “Vencida na ação renovatória, em parte substancial do pedido, à autora incumbe os ônus da sucumbência” (STJ, REsp. 12.841/RJ, 3a T., Rel. Min. Dias Trindade, ac. de 17.09.91, *DJU* de 28.10.1991, p. 15.258). “Tratando-se de renovatória adstrita ao arbitramento de aluguel, a lide será considerada de acerto, devendo as custas e honorários advocatícios serem divididos entre os demandantes” (STJ, 6a T., REsp. 407.432/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. de 18.04.2002, *DJU* de 06.05.2002, p. 347. No mesmo sentido: STJ, 5a T., REsp. 79.040/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, ac. de 27.10.1997, *DJU* de 24.11.1997, p. 61.261. Se a renovação vem a ser deferida pelo mesmo valor que o locatário desde o início havia proposto, sem aceitação por parte do locador, este deverá ser havido como sucumbente, para o fim de suportar as custas e honorários advocatícios (STJ, 5a T., REsp no 603.740/RJ, Rel. Min. José Arnaldo Esteves, ac. 05.10.2004, *DJU* de 08.11.2004, p. 278).
- 51 Desde o tempo do Dec.-Lei no 24.150 que a jurisprudência se fixou no sentido de que, “vencido na ação renovatória, o locatário deve pagar, a partir do término do contrato, o aluguel fixado pela perícia para a hipótese de renovação” (STJ, 4a T., REsp. 5.850/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 30.04.91, *DJU* de 24.06.91, p. 8.643). No mesmo sentido: STJ, 5a T., REsp. 40.194/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, *RSTJ* 69/410; 2o TACivSP, 11a C., Ap. 472.139-0/9, Rel. Juiz Artur Marques, ac. de 27.01.1997, *RT* 741/308. Embora não haja uma uniformidade completa acerca do aluguel a ser pago durante o tempo de desocupação, após a denegação da renovatória, o reconhecimento é unânime de que haverá necessidade de atualizá-lo, por não ser justo que, extinto o contrato, continue o locatário a pagar um valor defasado. A melhor solução continua sendo aquela preconizada pela corrente jurisprudencial dominante, e que mereceu acolhida da Corte Especial do STJ, qual seja, “o valor fixado pela perícia para o caso de renovação” (STJ, Corte Especial, ED no REsp no 34.240/RJ, Rel. Min. Pádua Ribeiro, ac. 23.05.1995, *DJU* de 21.08.1995, p. 25.342).
- 52 STJ, 3a T., REsp 1.307.530/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 11.12.2012, *DJe*

11.03.2013.

- 53 “Na retomada para construção mais útil, de imóvel sujeito ao Decreto no 24.150, de 24.04.34, a indenização se limita às despesas de mudança” (STF, Súmula no 444). É bom registrar, contudo, que a Lei no 8.245 não prevê mais essa indenização. No caso, porém, de retomada para locação a terceiro, com melhor proposta, a indenização autorizada pela nova lei é mais ampla e deverá compreender não só os prejuízos emergentes, como os lucros cessantes, decorrentes da mudança e da perda do ponto, bem como da desvalorização do fundo de comércio (Lei no 8.245, art. 52, § 3o).
- 54 Os pontos omissos da regulamentação da ação renovatória são preenchíveis pelas regras do procedimento ordinário (CPC, art. 272, parágrafo único).

§ 278. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Sumário: 1.753. Introdução. 1.754. Remédios processuais utilizáveis pelo credor fiduciário (coisas móveis). 1.755. Busca e apreensão. 1.755-a. Legitimação ativa para a ação de busca e apreensão. 1.756. Ação de depósito. 1.757. Ação de execução. 1.758. Execução da alienação fiduciária de bem imóvel.

1.753. Introdução

Por meio de negócio jurídico, a propriedade de uma coisa móvel ou imóvel pode ser transferida para o credor, de forma resolúvel, constituindo-se, dessa maneira, uma garantia real.¹ A posse conserva-se com o devedor, e o domínio é mantido pelo credor até que o débito do alienante seja solvido. Enquanto dura o gravame, o devedor se comporta como possuidor direto e o credor como possuidor indireto.² Vigora, portanto, uma propriedade resolúvel, sem posse, para o credor e uma posse com expectativa de reaquisição de domínio (condição suspensiva) para o devedor.³ Se a dívida é resgatada, resolve-se a propriedade fiduciária do credor e restabelece-se a propriedade plena do devedor. Se ocorre o inadimplemento, surge para o credor o direito de imitir-se na posse que até então se conservava com o devedor, para o fim específico de vender o objeto da garantia, independentemente das exigências próprias das alienações judiciais, aplicando o produto apurado na satisfação de seu crédito. Embora se consolide a posse com o domínio na pessoa do credor fiduciário, não pode ele conservar o bem, sendo obrigado a promover sua alienação.⁴

A introdução desse tipo de negócio jurídico no direito positivo brasileiro deu-se pelo art. 66 da Lei nº 4.728, de 14.07.1965 (Lei do Mercado de Capitais), seguido pelas alterações do Dec.-Lei nº 911, de 01.10.1969. Por isso, vinha prevalecendo o entendimento de que seria utilizável apenas nos contratos praticados pelas instituições financeiras, devendo, outrossim, recair somente sobre as coisas corpóreas móveis.

A Lei nº 9.514, de 20.11.1997, ao dispor sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, instituiu, no entanto, a alienação fiduciária também das coisas imóveis (art. 22), destinando-se à contratação por qualquer pessoa física ou jurídica, não sendo, portanto, privativa das entidades que operam no setor regulamentado (art. 22, § 1º).

Outras importantes inovações no procedimento da alienação fiduciária, regulado pelo Dec.-Lei nº 911, foram criadas pela Lei nº 10.931, de 02.08.2004.

Com o advento, outrossim, do Código Civil de 2002, a alienação fiduciária das coisas móveis foi generalizada, deixando de ser privilégio das instituições do sistema financeiro (CC, arts. 1.361

a 1.368).

A garantia real, na espécie, depende de registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos (coisas móveis),⁵ ou no Registro de Imóveis,⁶ para valer contra terceiro. A forma da constituição da garantia real, na espécie, reclama escritura, que, todavia, não precisa de ser pública, nem mesmo quando o bem gravado seja imóvel.⁷

1.754. Remédios processuais utilizáveis pelo credor fiduciário (coisas móveis)

Pela sistemática do Dec.-Lei nº 911, há três procedimentos ao alcance do credor titular da garantia de alienação fiduciária:

- a) a ação de busca e apreensão;
- b) a ação de depósito;
- c) a execução por quantia certa.

No caso de alienação fiduciária de bem imóvel, a Lei nº 9.514/97 instituiu um procedimento administrativo desenvolvido perante o Oficial do Registro Imobiliário, para consolidar a posse e o domínio do credor, quando o devedor se torna inadimplente (art. 26 e §§).

A obrigação assegurada por alienação fiduciária pode, ainda, ser garantida por fiança, hipoteca, penhor, caução de títulos, aval e anticrese, tendo, naturalmente, como objeto outros bens que não os do gravame fiduciário. Nesse caso, as diferentes garantias serão executíveis nos moldes normais da execução por quantia certa.

Embora seja, em regra, o devedor aquele que aliena fiduciariamente, é admissível, também, que a constituição do gravame recaia sobre bem de terceiro garante. A busca e apreensão, quando cabível, será movida contra o garantidor e não contra o devedor.

Não obstante a possibilidade de várias garantias e de diversas ações postas ao alcance do credor fiduciário, o princípio da menor onerosidade vigente em favor do devedor não permite o exercício concomitante da ação de busca e apreensão e da execução por quantia certa, seja esta intentada contra o devedor ou terceiro garante.⁸ É preciso exaurir a primeira ação, ou dela desistir, para passar à segunda modalidade executiva.

1.755. Busca e apreensão

É a ação típica instituída para a execução da garantia real sobre coisas móveis, sob a modalidade de alienação fiduciária. Por seu intermédio o credor consegue consolidar a posse e o domínio sobre o bem gravado. Trata-se de ação especial, com elementos tanto de cognição como de execução, com as seguintes particularidades:

a) Petição inicial: além dos requisitos do art. 282 do CPC, a inicial da busca e apreensão deve satisfazer mais as exigências que se seguem: 1) a coisa gravada deve ser individuada adequadamente; 2) a dívida deve ser descrita com a demonstração de seu montante e vencimento; 3) o contrato de alienação fiduciária, assim como a prova da mora (protesto do título cambiário ou protesto por meio de carta enviada por intermédio do Oficial do Registro de Títulos e Documentos).⁹

b) Liminar: estando em ordem a petição inicial, a busca e apreensão é liminarmente deferida, por meio de decisão interlocutória, a ser executada antes mesmo da citação do réu.

Contra essa decisão, o recurso interponível é o agravo, seja o caso de concessão ou não da liminar.

Cumprida a liminar, e passados cinco dias, opera-se a consolidação da propriedade e da posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário (Decreto-Lei nº 911, art. 3º, § 1º, com a redação da Lei nº 10.931/2004). Essa consolidação, que irá permitir ao credor a venda do bem gravado, sem prévia autorização judicial (idem, art. 2º), não mais depende de sentença, opera *ipso iure*, como puro efeito da execução da liminar de busca e apreensão.

c) Citação: cumpre-se depois da efetivação da busca e apreensão, assinando-se prazo de 15 dias para resposta do demandado (Lei nº 10.931, de 02.08.2004; Dec.-Lei nº 911, art. 3º).10

d) Defesa: no mérito, o réu poderá alegar: 1) pagamento do débito; ou 2) cumprimento de todas as obrigações contratuais (inexistência, portanto, de inadimplemento para justificar a busca e apreensão).

Na verdade, dentro desse âmbito de resposta, cabe qualquer defesa que possa justificar o não pagamento, ou sua inexigibilidade (inclusive falsidade, nulidade, e qualquer razão jurídica para afastar a inexigibilidade).

Naturalmente, também pode haver defesa com base em preliminar (falta de pressupostos processuais ou condições da ação).

Segundo jurisprudência do STJ, é, ainda, cabível opor reconvenção à ação de busca e apreensão, para, por exemplo, pleitear a revisão do contrato, bem como a devolução de quantias paga a maior.11

e) Purga da mora: era admissível ao devedor escapar da busca e apreensão, no sistema do Dec.-Lei nº 911/69, recolhendo apenas as prestações vencidas, mas isto só se permitia caso já tivessem sido pagos pelo menos 40% da dívida. Pela nova sistemática implantada pela Lei nº 10.931/2004, não existe mais a antiga purga da mora. O devedor executado só escapa da busca e apreensão pagando o valor integral do saldo do contrato, e isto haverá de acontecer nos primeiros 5 dias após a execução da liminar.12 A exigência da lei nova, no entanto, não deve ser aplicada à purgação requerida ainda na vigência da norma antiga, visto que o tema da mora e sua emenda pertencem ao direito material e não ao processual. O efeito imediato, que alcança os processos em curso, diz respeito apenas às normas processuais. O direito material já exercido não pode ser afetado por eficácia retroativa de lei superveniente. É indiferente que o deferimento do depósito tenha ocorrido já na vigência da lei nova, se a pretensão tiver sido exercida antes dela.13

f) Instrução probatória: normalmente a instrução da busca e apreensão se contenta com documentos. Não se exclui, todavia, o cabimento de outras provas, conforme o teor da controvérsia estabelecida (testemunhas, perícia etc.).

g) Sentença: o julgado declara (acerta) o inadimplemento e consolida, definitivamente, a posse e propriedade do credor (efeito constitutivo), para todos os fins de direito, especialmente para permitir que, eliminada a resolubilidade da propriedade fiduciária do credor, possa o produto da venda do bem gravado servir para satisfação do crédito inadimplido pelo devedor. Confirma, portanto, a legitimidade e eficácia da liminar, praticada antes da citação (*inaudita altera parte*).

h) Recurso: da sentença cabe apelação sem efeito suspensivo (Dec.-Lei nº 911, art. 3º, § 5º). A venda do bem da garantia não depende do trânsito em julgado da sentença, e pode acontecer até mesmo antes do julgamento de mérito, por força apenas da liminar.14

No entanto, se afinal a demanda for julgada improcedente, por não se reconhecer razão ao credor para acionar o devedor fiduciante, poderá ser o autor, no caso de já ter vendido o objeto da garantia, submetido a multa (Dec.-Lei nº 911, art. 3º, § 6º). A alienação consumada antes da sentença manter-se-á irreversível, cabendo ao promovente reparar perdas e danos em favor do demandado, sem prejuízo da multa.

A Lei nº 10.931 conferiu maiores poderes ao credor, no que respeita a efetividade da busca e apreensão, mas em contrapartida agravou sua responsabilidade para a hipótese de impossibilidade, na improcedência da ação, de restituir o bem gravado ao devedor fiduciário vitorioso.

i) Venda do bem apreendido: faz-se por iniciativa do próprio credor, que aplica o preço apurado na satisfação de seu crédito, pondo o saldo, se houver, à disposição do devedor.

Pode o contrato estipular que a venda se processará judicialmente. Não havendo, porém, cláusula a respeito, a alienação é extrajudicial, e independe de avaliação (Dec.-Lei nº 911, art. 2º, *caput*).

Se o produto da venda não for suficiente para cobrir todo o débito exequendo, ao credor caberá prestar contas, antes de executar o saldo existente, conforme entendem alguns acórdãos.¹⁵

Sendo judicial a venda, não há necessidade de prestação de contas, e o saldo, se houver, será imediatamente exequível.

1.755-a. Legitimação ativa para a ação de busca e apreensão

O Código Civil ampliou a possibilidade da contratação da alienação fiduciária em garantia para além do mercado financeiro, de modo que credores não bancários também se acham legitimados a contratar essa modalidade de garantia em seus negócios privados.

No entanto, a busca e apreensão, nos moldes do Decreto-lei nº 911/1969 é ação especial com destinação legal limitada exclusivamente aos credores que sejam “instituições financeiras”, ou entidades públicas credoras de “obrigações fiscais ou previdenciárias” (art. 8º-A, incluído pela Lei nº 10.931/2004).

Daí entender a jurisprudência que “é vedada a utilização do rito processual da busca e apreensão, tal qual disciplinado pelo Decreto-lei n. 911/1969, ao credor fiduciário que não revista a condição de instituição financeira *lato sensu* ou de pessoa jurídica de direito público titular de créditos fiscais e previdenciários”.¹⁶

Dessa forma, é irrecusável que a pessoa jurídica ou física não enquadrada no conceito de instituição financeira pode garantir seus créditos mediante pacto de alienação fiduciária, sob o amparo do Código Civil (arts. 1.361 a 1.368). A exigibilidade de tais créditos em juízo, no entanto, haverá de ser feita pelas vias ordinárias (de conhecimento ou de execução, conforme o caso), mas nunca pelo procedimento especial do Decreto-lei n. 911/1969.

1.756. Ação de depósito

A Lei nº 10.931/2004 suprimiu o dispositivo do Dec.-Lei nº 911/69, que atribuía ao devedor alienante a responsabilidade legal de depositário em relação ao objeto da garantia fiduciária. Não

obstante, subsistiu o dispositivo do Dec.-Lei nº 911 que autoriza ação de depósito contra o devedor, caso se frustrasse a ação de busca e apreensão (art. 4º).

Incumbe ao Oficial de Justiça, encarregado do cumprimento do mandado de busca e apreensão, certificar, na espécie, que não encontrou os bens gravados. Diante dessa constatação oficial de desvio da garantia, o credor pode requerer a conversão da busca e apreensão em ação de depósito (Dec.-Lei nº 911, art. 4º). A medida se cumpre nos próprios autos do procedimento frustrado, e não pode acontecer *ex officio*. Reclama, outrossim, nova citação para amoldar a causa à ação especial de depósito, cujo rito é traçado pelos arts. 902 e seguintes do CPC.

Discutia-se na jurisprudência cabimento da prisão civil por descumprimento da sentença. O STF a entendia possível, enquanto o STJ não a vinha deferindo. Após a Lei nº 10.931/2004, tornou-se indubitosa a recusa à prisão civil, já que o novo estatuto legal aboliu a declaração que anteriormente qualificava o devedor fiduciário como depositário legal. Finalmente, o STF reviu sua posição para, nos termos do Pacto dos Direitos Humanos de São José da Costa Rica, reconhecer o descabimento, em qualquer caso, da prisão civil do depositário infiel.¹⁷

1.757. Ação de execução

O contrato de alienação fiduciária, nos moldes do Dec.-Lei nº 911/69, é título executivo extrajudicial, para sustentar execução por quantia certa, em relação ao saldo devedor do empréstimo (art. 5º, *caput*). O procedimento é o comum dessa modalidade de execução forçada (CPC, arts. 646 e segs.).

A penhora poderá atingir qualquer bem do devedor, inclusive os gravados em garantia. Estes devem ser executados preferencialmente.

Para lançar mão do procedimento executivo, não se exige a frustração prévia da busca e apreensão. O credor pode optar, de início, pela execução (em lugar da busca e apreensão). Esta opção, porém, não libera a garantia real representada pela alienação fiduciária. Nem se pode fazer tramitar simultaneamente a busca e apreensão e execução por quantia certa. Se o credor optou, inicialmente, pela busca e apreensão, inviabiliza-se o posterior manejo da execução em paralelo.¹⁸

Se a execução for contra terceiros garantes (prestadores de garantia por dívida de outrem), provocará, afinal, a sub-rogação em favor dos coobrigados em todos os direitos e ações que antes cabiam ao credor fiduciário (Dec.-Lei nº 911/69). Aquele que suportar a satisfação do crédito exequendo poderá prosseguir contra o devedor principal nos próprios autos em que o pagamento ocorreu. Não haverá necessidade de instaurar uma nova execução para exercer o direito derivado da sub-rogação legal. O sub-rogado, segundo o art. 567, III, do CPC, tem legitimidade para iniciar ou prosseguir a execução.

1.758. Execução da alienação fiduciária de bem imóvel

A alienação fiduciária de imóvel rege-se por lei especial. A disciplina do Código Civil incide apenas subsidiariamente, ou seja, “naquilo que não for incompatível com a legislação especial” (Cód. Civil, art. 1.368-A), que, na espécie, é a Lei nº 9.514, de 20.11.1999, editada para regular o Sistema de Financiamento Imobiliário. As regras processuais traçadas pelo Dec.-Lei nº 911, de

01.10.1996, relativas à alienação fiduciária de bens móveis, não têm aplicação no caso dos imóveis, cuja execução se dá por via administrativa, totalmente regulada pela legislação específica.

Nos termos da Lei no 9.514/97, a inadimplência do devedor fiduciante, no caso de garantia constituída sobre imóvel, conduz à consolidação da propriedade no credor fiduciário (art. 27, *caput*). Essa consolidação, todavia, não depende de ação judicial de busca e apreensão, diversamente do que se passa com os bens móveis. Processa-se, administrativamente, da seguinte maneira:

a) o credor endereça um requerimento diretamente ao Oficial do Registro de Imóveis, onde a garantia está registrada;

b) o Oficial notifica o devedor fiduciante para, em 15 dias, efetuar o pagamento das prestações vencidas, com todos os encargos;

c) a notificação é pessoal, mas pode ser por edital, quando o devedor não é encontrado (publica-se a convocação editalícia por 3 dias);

d) não ocorrendo a purga da mora, o Oficial do Registro de Imóveis, procederá ao registro na matrícula respectiva, declarando consolidada a propriedade do fiduciário;

e) após a consolidação, o credor providenciará o leilão público para a venda do imóvel, que poderá se dar judicialmente ou extrajudicialmente.¹⁹ Observar-se-ão duas licitações, se necessário: a primeira, em que se respeitará o preço mínimo do contrato; e uma segunda (se frustrada a primeira), por maior oferta;

f) a Lei não permite ao credor fiduciário ficar com o imóvel, em razão apenas do inadimplemento do devedor fiduciante. Permite-se-lhe, no entanto, licitar no leilão;

g) se o leilão se frustrar nas duas licitações, consolidar-se-á, definitivamente, a propriedade do credor fiduciário, que ficará liberado do dever de insistir na venda da garantia. Mas, em tal caso, toda a dívida do fiduciante será considerada legalmente extinta (art. 27, § 5o);

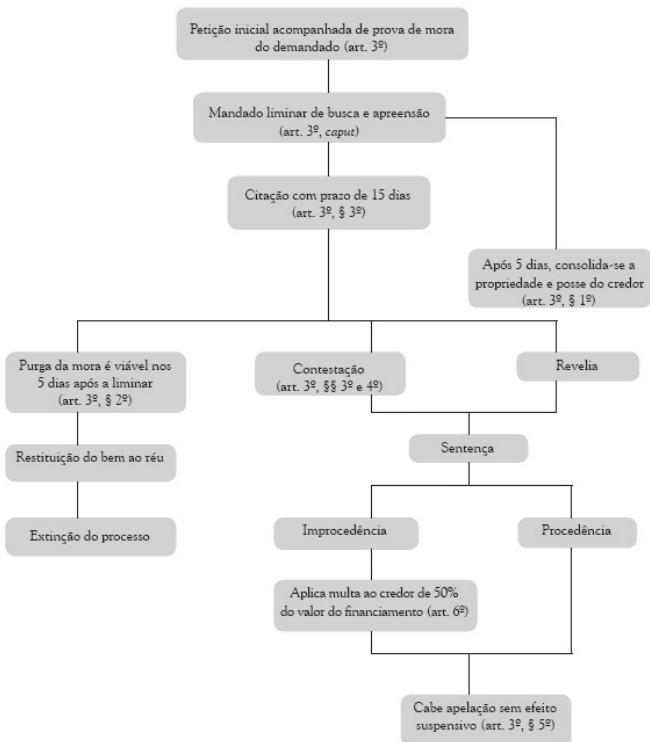
h) ao credor cabe o direito à reintegração de posse, uma vez ocorrida a consolidação em seu favor, pelo procedimento cumprido perante o Oficial do Registro de Imóveis. Essa reintegração processar-se-á por meio de ação possessória, com liminar (art. 30), sempre que o devedor não desocupar voluntariamente o imóvel gravado;

i) o adquirente do imóvel em leilão, quando este se realiza extrajudicialmente, tem também direito à reintegração de posse por via de ação possessória (melhor seria falar em imissão na posse);

j) se a venda for em leilão judicial, não precisa o arrematante de usar a ação possessória: haverá simples expedição, em seu favor, de mandado de imissão na posse (ver, no vol. II, o item 845).

Fluxograma no 112

ACÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO
(ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISAS MÓVEIS)
(Decreto-Lei nº 911/69)



ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA (COISAS MÓVEIS)
AÇÃO DE DEPÓSITO
(Decreto-Lei nº 911/69, art. 4º)

Frustação do mandado liminar de busca e apreensão
(art. 3º)

Requerimento de conversão do pedido de busca e apreensão
em ação de depósito (art. 4º)

Decisão e processamento nos próprios autos da busca e apreensão
(art. 4º)

Nova citação é ordenada, segundo os moldes da ação de depósito
(CPC, art. 902)

Prossegue-se na forma do fluxograma nº 57: ação de depósito²⁰

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA (COISAS MÓVEIS)
AÇÃO EXECUTIVA²¹
(Decreto-Lei nº 911/69, art. 5º)

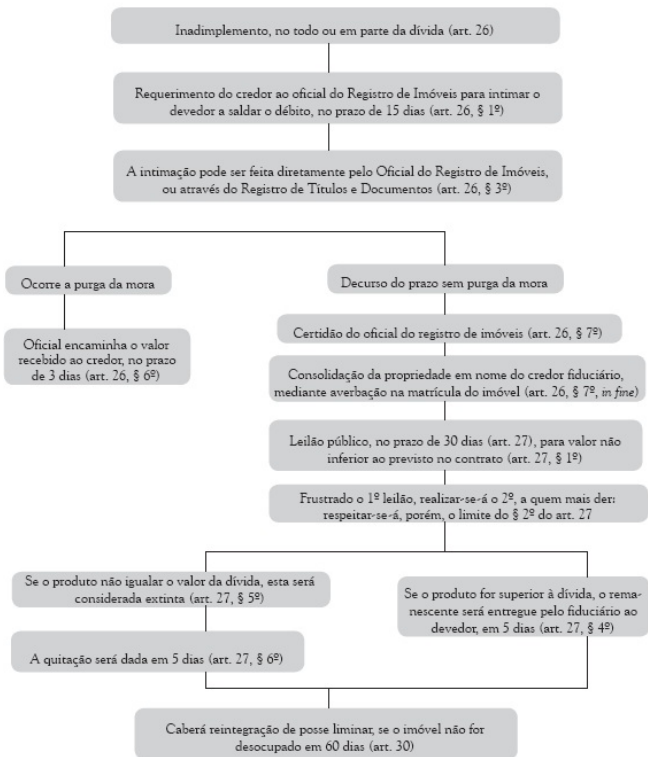
Petição inicial, instruída com o contrato de alienação fiduciária e memória de cálculo do débito exequendo (art. 5º)

O credor fiduciário indica os bens a penhorar (art. 5º)

Citação para pagar em 3 dias (CPC, art. 652)

Prossegue-se segundo o fluxograma nº 34 (v. II)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA (BENS IMÓVEIS)
EXECUÇÃO ADMINISTRATIVA²²
(Lei nº 9.514/99, arts. 22-33)



§ 279. ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING)

Sumário: 1.759. Noção de arrendamento mercantil. 1.760. Ações decorrentes do *leasing*. 1.761. Aspecto tributário.

1.759. Noção de arrendamento mercantil

No campo das atividades empresariais, o contrato de arrendamento mercantil, ou *leasing*, representa um negócio jurídico de grande presença e considerável expressão econômica.

Na história desse contrato, registram-se várias práticas negociais que acabaram por gerar distintas modalidades de *leasing*. Dentre todas, no entanto, nota-se um perfil comum, capaz de individuar um tipo básico de arrendamento mercantil. Pode-se, nessa perspectiva, conceituar-se como *leasing* “o contrato pelo qual uma empresa, desejando utilizar determinado equipamento, ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o referido bem, alugando-o ao interessado por prazo certo, admitindo-se que, terminado o prazo locativo, o locatário possa optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou a compra pelo preço residual fixado no momento inicial do contrato”.²³

A modalidade em questão corresponde ao tipo mais usual no mercado, o denominado *leasing* financeiro. Pode, todavia, o contrato ser ajustado também entre o fabricante, ou dono do objeto, e o arrendatário (*self leasing*), negócio hoje menos utilizado que o *leasing* financeiro.

Na realidade, retendo o domínio sobre o bem arrendado, o arrendador tem nele uma garantia do contrato, até seu final cumprimento. Na sua modalidade mais usual, tem-se no *leasing* uma operação financeira em que se dá uma “simbiose da locação, do financiamento e da venda”, como observa Arnoldo Wald.²⁴

1.760. Ações decorrentes do *leasing*

Não há procedimentos especiais criados diretamente para os litígios derivados do arrendamento mercantil. As causas mais frequentes, na experiência do foro, são:

a) *Por iniciativa do arrendatário*: a ação de consignação em pagamento, segundo o rito previsto nos arts. 890 e seguintes do CPC, é admissível quando o arrendatário quer exercer a opção de compra e encontra resistência da parte do arrendador.

A mesma ação é manejável quando o credor se recusa a receber de volta o bem arrendado, ao final do ajuste, se ao arrendatário não interessa nem a opção de compra nem a de renovação do arrendamento. Cabe, ainda, a ação de consignação em pagamento, por iniciativa do

arrendatário, nas hipóteses comuns de recusa de aceitação de parcelas periódicas do preço e acessórios do arrendamento.

Uma outra ação pode ser intentada pelo arrendatário, quando o contrato de *leasing* é desfeito, sem que a opção de compra tenha sido exercitada, e haja valor residual adiantado (VRG) em poder do arrendante. É comum nos arrendamentos mercantis o adiantamento parcelado da importância que o arrendatário deveria cobrir, para completar o preço de compra, para a hipótese de, ao final do contrato, optar por adquirir o bem arrendado. Vindo o contrato a ser desfeito, por qualquer razão de direito, não é lícito ao arrendante reter o valor residual recebido em garantia de uma opção que não mais será exercida. Havendo resistência a tal devolução, caberá ao arrendatário uma ação de restituição, que se processará pelas vias comuns do processo de conhecimento.²⁵

b) *Por iniciativa do arrendador*: no caso de inadimplemento por parte do arrendatário, o credor pode, em primeiro lugar, mover ação de reintegração de posse, porque a retenção do bem em desacordo com as obrigações contratuais configura esbulho, remediável por ação possessória, sem necessidade de pleitear, previamente, a rescisão do contrato.²⁶ A jurisprudência do STJ, todavia, levando em conta a natureza do contrato e os objetivos do arrendamento mercantil, onde se destaca a opção de compra em favor do arrendatário, tem assegurado “a possibilidade de purgação da mora”, que “preserva os interesses de ambas as partes e mantém a comutabilidade contratual”.²⁷

Está não apenas assegurado pela jurisprudência o cabimento da purga da mora, como também a necessidade de que, para a resolução do contrato de *leasing*, haja notificação prévia para constituir o arrendatário em mora, a exemplo do que se passa com o contrato de alienação fiduciária. O tema consta de jurisprudência que já foi sumulada com o seguinte enunciado: “No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora” (STJ, Súmula nº 369).

O ajuizamento da ação reintegratória sem a observância da interpelação constitutiva de mora acarreta a extinção do processo, sem julgamento do mérito da causa, por falta de condição de procedibilidade (CPC, art. 267, inc. VI).²⁸

Sob outro prisma, pode não interessar ao arrendador a recuperação do objeto. Mantendo o contrato, poderá cobrar as prestações contratuais o que, de ordinário, será possível fazer por meio de execução por quantia certa, se o ajuste satisfizer as exigências do art. 585, II, do CPC (título executivo extrajudicial).²⁹

Convém reafirmar que, na operação denominada “*leasing* financeiro”, o bem arrendado funciona como garantia do financiamento concedido para aquisição do bem dado em arrendamento mercantil. Dessa forma, há sempre a cláusula que prevê uma parcela denominada “valor residual garantido – VRG”. Além do aluguel, o arrendatário recolherá o VRG, para que o financiamento, afinal, seja resgatado por inteiro. Ao agente financeiro, portanto, não cabe simplesmente apropriar-se do bem gravado e do VRG depositado pelo arrendatário, quando se procede à execução do financiamento, por inadimplemento do débito dele decorrente.

O bem gravado, portanto, será vendido, judicial ou extrajudicialmente, e o produto aplicado no resgate do financiamento, cujo montante corresponde à soma dos aluguéis ajustados com o “valor residual garantido”. Por isso, “quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da

venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais”.³⁰

Na linha do que se passa na ação de reintegração de posse, não há razão para impedir a purga da mora na execução, assim impossibilitando a exigência de todas as prestações vencidas e vincendas ou a atuação da cláusula resolutória expressa.³¹

Na eventualidade de o contrato de *leasing* não cumprir todas as exigências para enquadrar-se na figura de título executivo extrajudicial, o credor terá de usar o processo de conhecimento para cobrar do arrendatário as prestações inadimplidas. O mesmo acontecerá no caso de pretensão do arrendador a ressarcimento de danos decorrentes de violação do contrato cometida pelo arrendatário, inclusive danos materiais ocorridos, por sua culpa, na coisa arrendada. O procedimento, *in casu*, será o comum (ordinário ou sumário, conforme o valor da causa).³²

É viável, outrossim, a cumulação de várias ações num só processo, como reintegração de posse, resolução do contrato, cobrança de prestações e acessórios, além de indenização de perdas e danos, observando-se o procedimento ordinário.

Embora a literalidade da lei assegure ao credor a faculdade de pedir a resolução do contrato, diante do inadimplemento não purgado em tempo hábil, o STJ tem entendido que, já tendo ocorrido *adimplemento substancial*, há de se evitar a ruptura total do *leasing*. Em respeito à boa-fé e à função social do contrato, pode-se considerar, em determinadas circunstâncias, desequilibrada solução radical, podendo preservar a avença e aplicar-se meio menos gravoso e “proporcionalmente mais adequado à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título”.³³

1.761. Aspecto tributário

Consta da Súmula Vinculante no 31 do STF que é inconstitucional a exigência de imposto sobre serviço de qualquer natureza – ISS em relação as operações de locação de bens móveis. Aquela Corte, no entanto faz distinção entre as modalidades de arrendamento mercantil para submetê-las ou não ao aludido regime tributário.

No julgamento dos RE 547.245/SC e 592.905/SC, decidiu-se quanto ao caráter jurídico do contrato de arrendamento mercantil, que ele seria contrato autônomo que compreenderia três modalidades: 1) o *leasing* operacional; 2) o *leasing* financeiro e 3) o chamado *lease-back* (Resolução 2.309/96 do Bacen, artigos 5o, 6o e 23, e Lei 6.099/74, art. 9o, na redação dada pela Lei 7.132/83). Asseverou-se que, no primeiro caso, haveria locação, e, nos outros dois, serviço. Ressaltou-se que o *leasing* financeiro seria modalidade clássica ou pura de *leasing* e, na prática, a mais utilizada, sendo a espécie tratada nos recursos examinados. Esclareceu-se que, nessa modalidade, a arrendadora adquire bens de um fabricante ou fornecedor e entrega seu uso e gozo ao arrendatário, mediante pagamento de uma contraprestação periódica, ao final da locação abrindo-se a este a possibilidade de devolver o bem à arrendadora, renovar a locação ou adquiri-lo pelo preço residual combinado no contrato. Observou-se que preponderaria, no *leasing* financeiro, portanto, o caráter de financiamento e nele a arrendadora, que desempenha função de locadora, surgiria como intermediária entre o fornecedor e arrendatário. Após salientar que a lei complementar não define o que é serviço, mas apenas o declara, para os fins do inciso III do

art. 156 da CF, concluiu-se que, no arrendamento mercantil (*leasing* financeiro) – contrato autônomo que não é contrato misto, cujo núcleo é o financiamento e não uma prestação de dar –, por ser financiamento serviço, poderia sobre ele incidir o ISS, resultando irrelevante a existência de uma compra.³⁴

Fluxograma no 116

ARRENDAMENTO MERCANTIL (*LEASING*)

I – Ação de consignação em pagamento:

Observar o fluxograma no 55.

II – Ação de reintegração de posse:

Observar o fluxograma no 63, com o acréscimo da possibilidade de purga da mora, na fase de contestação.

III – Ação executiva para haver o saldo devedor

(se ao credor não interessar a recuperação da coisa negociada): Observar o fluxograma no 34 (v. II).

- 1 “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor” (Código Civil, art. 1.361, *caput*).
- 2 Código Civil, art. 1.361, § 2º.
- 3 O negócio fiduciário serve-se de um constituto possessório, que representa uma transferência negocial da posse (tradição ficta ou simbólica), por meio da qual aquele que já possuía o bem como próprio passa a possuí-lo em nome de outrem.
- 4 “É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento” (Código Civil, art. 1.365, *caput*). Admite-se, porém, a dação em pagamento, por meio de novo negócio jurídico ajustado entre as partes, após o vencimento da dívida (Código Civil, art. 1.365, parágrafo único).
- 5 Código Civil, art. 1.361, § 1º; Lei nº 4.728/65, art. 66, § 1º.
- 6 Lei nº 9.514/97, art. 23.
- 7 De acordo com a nova redação dada ao art. 38 da Lei nº 9.514/97, pelo art. 57 da Lei nº 10.931/2004, os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de arrendamento mercantil e de cessão de crédito com garantia real podem ser celebrados por instrumento particular, aos quais a lei atribui caráter de escritura pública, para todos os fins de direito. Com isso, a Lei nº 9.931/2004 procurou compatibilizar os instrumentos da alienação fiduciária sobre imóveis com as formalidades *ad solenitatem* reclamadas pelo art. 102 do Código Civil (Paulo Sérgio Restiffe, “Aspectos gerais e inovações da alienação fiduciária em garantia”, in *Revista Trinolex*, nº 1, p. 58, dez./2004).
- 8 STJ, 4ª T., REsp 576.081/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 25.05.2010, *DJe* 08.06.2010.
- 9 “Permite-se, para a comprovação da mora do devedor, a notificação extrajudicial ou o protesto do título, ainda que levado a efeito mediante edital” (STJ, 4ª T., REsp 576.081/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 25.05.2010, *DJe* 08.06.2010).
- 10 “A citação do réu, na ação de busca e apreensão, somente é feita posteriormente ao cumprimento da medida liminar. Não encontrado o bem, não se fala em citação (art. 3º e § 1º do Decreto-Lei nº 911/1969)” (STJ, 3ª T., REsp. 195.094/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 28.06.2004, *RSTJ* 183/240-241). Frustrada, porém, a busca e apreensão, poderá o credor requerer sua conversão em ação de depósito, caso em que a citação se realizará nos moldes próprios dessa ação especial (Decreto-Lei nº 911/1969, art. 4º).
- 11 STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1.028.453/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 23.11.2010, *DJe* 09.12.2010; STJ, 3ª T., REsp 801.374/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 06.04.2006, *DJU* 02.05.2006, p. 327; STJ, 2ª Seção, REsp 1.061.530/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 22.10.2008, *DJe* 10.03.2009.
- 12 Há controvérsia na jurisprudência posterior à Lei nº 10.931/2004 sobre a possibilidade, ou não, de purga da mora limitada apenas às prestações vencidas (Cf. acórdãos na *Rev. Magister de Direito Civil e Proc. Civ.*, v. 29, p. 141, mar.-abr./2009). No STJ, porém, está consolidado o entendimento de que a Súmula 284/STJ, a respeito da purga da mora apenas das prestações vencidas, “não mais subsiste em virtude da Lei nº 10.931/04”, que alterou o art. 3º, § 3º, do Dec. Lei nº 911/69. “Sob a nova sistemática legal, após decorrido o prazo de

- 5 (cinco) dias, contados da execução liminar, a propriedade do bem fica consolidada com o credor fiduciário cabendo ao devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescente para fins de obter a restituição do bem livre de ônus” (STJ 3a T., AgRg, no REsp 1.151.061/MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, ac. 9.4.2013, *DJe* 12.4.2013. No mesmo sentido: STJ 3a T., AgRg no REsp 1.183.477/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 03.5.2011, *DJe* 10.5.2011. STJ-4a T., AgRg no Ag 772.797/DF, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, ac. 19.6.2007, *DJe* 6.8.2007).
- 13 “A alteração da lei quanto aos requisitos da purgação da mora não pode impedir o deferimento do pedido já formulado pela parte, com observância das exigências fixadas na lei anterior” (STJ, 3a T., REsp 904.752/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 20.10.2009, *DJe* 11.11.2009).
- 14 Em circunstâncias especiais, o juiz pode impor a exigência de caução, para execução provisória da venda do bem gravado (SANTOS, Ernane Fidélis dos *Manual de Direito Processual Civil*, 9. ed., São Paulo, RT, 2003, v. III, p. 319).
- 15 “A venda extrajudicial do bem, independentemente de prévia avaliação e de anuência do devedor quanto ao preço, retira ao eventual crédito remanescente a característica de liquidez, e ao título dele representativo, em consequência, a qualidade de título executivo. Em casos tais, pelo saldo devedor somente responde pessoalmente, em processo de conhecimento, o devedor principal” (STJ, 4a T., REsp. 4.605/SP, Rel. p/ acórdão Min. Athos Carneiro, ac. de 16.04.1991, *DJU* de 10.06.1991, p. 7.852). “Não podendo o credor valer-se do processo executivo para haver o remanescente do débito decorrente da venda extrajudicial do bem dado em garantia, admissível é a ação monitória” (STJ, 4a T., REsp no 331.789/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 25.09.2001, *DJU* de 04.03.2002, p. 267, *RSTJ* 170/403). Segundo entendimento esporado pelo STJ, a venda extrajudicial do bem, sem participação do devedor e do seu fiador, “a obrigação de pagamento do saldo é pessoal do devedor, desaparecendo a garantia da fiança” (STJ, 2a S., ED no REsp no 49.086/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 25.06.1997, *DJU* de 10.11.1997, p. 57.695. No mesmo sentido: STJ, 3a T., REsp no 844.778/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 08.03.2007, *DJU* de 26.03.2007, p. 240; STJ, 4a T., REsp no 254.408/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 1o.03.2001, *DJU* de 04.06.2001, p. 158). Esclarecedor da posição do STJ foi o seguinte aresto: “A venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente não leva, por si só, à extinção da responsabilidade dos garantes pelo pagamento do saldo devedor remanescente. Indispensável, entretanto, que o credor dê a eles prévia ciência de que vai alienar o bem, por determinado preço” (STJ, 3a T., REsp no 178.255/PR, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 29.06.2000, *DJU* de 28.08.2000, p. 76).
- 16 STJ – 4a T., REsp 1.101.375/RS, Min. Luis Felipe Salomão, ac. 04.06.2013, *DJe* 01.07.2013.
- 17 Súmula Vinculante 25; STF, Pleno, RE 349.703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, ac. 03.12.2008, *DJe* 05.06.2009.
- 18 “Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Não pode o credor promover concomitantemente a ação de busca com apreensão de bens e o processo de execução de nota promissória também dada em garantia” (STJ, 4a T., Edcl. no REsp. 316.047/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 27.06.2002, *DJU* de 16.09.2002, p. 190). “A propositura da ação de busca e apreensão exclui o emprego da execução, em face do que estatui o art. 5o do Decreto Lei no 911, de 01.10.1969” (STJ, 4a T., REsp. 210.622/SC, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de

- 11.11.2003, *DJU* de 16.02.2004, p. 255). No mesmo sentido: STJ, 3a T., REsp. 450.990/PR, Rel. Min. Menezes Direito, ac. de 26.06.2003, *DJU* de 01.09.2003, p. 280.
- 19 O art. 27 da Lei nº 9.514/1997 prevê o leilão público do imóvel gravado, sem explicitar a via em que será praticado. De acordo com a norma do art. 1.368-A do Código Civil, é de observar-se, subsidiariamente, a regra geral constante do art. 1.364 daquele Código, onde se autoriza a venda do bem alienado fiduciariamente por meio de leilão promovido pelo credor, judicial ou extrajudicialmente.
- 20 Na hipótese, porém, de solução pelo equivalente econômico, o valor do depósito é o do saldo devedor, e não, necessariamente, o da coisa.
- 21 O procedimento é o comum da ação executiva (CPC, arts. 646 e seguintes).
- 22 O procedimento executivo perante o oficial do Registro de Imóveis será dispensado, se entre fiduciante e fiduciário se ajeitar uma dação em pagamento (art. 26, § 8o).
- 23 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing*, 2. ed., São Paulo, RT, 1999, p. 27; WALD, Arnaldo “A introdução do *leasing* no Brasil”, in *Revista dos Tribunais*, 415/10.
- 24 WALD, Arnaldo RT 415/11.
- 25 Já decidiu o STJ que essa ação de restituição do VRG não é uma ação de enriquecimento sem causa, mas de restituição de valores contratuais depositados durante a vigência do *leasing*. Trata-se, portanto, de ação processual derivada de obrigação contratual, cujo prazo de prescrição, à falta de estipulação especial da lei, é o geral de dez anos, previsto no art. 205 do Código Civil (STJ, 3a T., REsp 1.174.760/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, ac. 01.12.2011, *DJe* 09.12.2011).
- 26 TJSP, 9a CC, Ag. Inst. 15.597-4/2, ac. de 01.10.1996, Rel. Des. Ruyter Oliva, RT 737/224. “A ação de reintegração de posse é a via processual que a lei concede ao credor para o desfazimento do contrato de *leasing* pelo descumprimento do devedor” (STJ, 4a T., REsp. 150.099/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 05.03.1999, *DJU* de 08.06.1998, p. 123, in Arnaldo Rizzardo, *Leasing*, 4a ed., São Paulo, RT, 2000, p. 199). É cabível a liminar, desde que a mora esteja comprovada e não haja controvérsia acerca do saldo devedor (STJ, 3a T., REsp. 126.743/SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 19.11.1998, *DJU* de 22.02.1999, p. 103, in Arnaldo Rizzardo, *Leasing*, cit., p. 191).
- 27 STJ, 4a T., REsp. 9.219/MG, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, ac. de 19.06.1991, *DJU* de 23.09.1991, p. 13.086. Essa orientação do STJ é considerada por Rodolfo Camargo Mancuso como “a melhor exegese” (*Leasing*, 2a ed., São Paulo, RT, 1999, p. 233).
- 28 STJ, 2a Seção, EREsp. 162.185/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., ac. 13.09.2006, *DJU* 06.11.2006, p. 300.
- 29 RIZZARDO, Arnaldo *Leasing*, cit., p. 191.
- 30 STJ – 2a Seção, REsp 1.099.212/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, a.c. com os efeitos do art. 543-C do CPC, datado de 27.02.2013, *DJe* 04.04.2013.
- 31 Mesmo no silêncio da Lei nº 6.099 sobre a purga da mora e diante da permissão à cláusula resolutória expressa, fortes razões, no entender de Arnaldo Rizzardo, justificam o direito do devedor de emendar sua mora, enquanto dispuser de tempo para contestar a lide: “A purgação é um favor que a lei concede ao devedor, permitindo-lhe neutralizar o direito do credor atinente à rescisão do contrato” (*op. cit.*, p. 196). Lembra o autor que, no *leasing*, a natureza jurídica do contrato não se limita a um simples arrendamento, pois o negócio

envolve também uma compra e venda, pelo que não se há de negar ao comprador, tal como se passa na venda com reserva de domínio, o direito de realizar “todos os pagamentos necessários à convalidação do contrato” (*op. cit.*, p. 197).

- 32 Segundo a jurisprudência, o obstáculo que comumente impede a configuração do contrato de arrendamento mercantil como título executivo é o mesmo reconhecível em relação ao contrato de abertura de crédito. O valor do saldo devedor seria definido por documentos do credor – os extratos da conta – o que comprometeria o requisito da certeza e liquidez da obrigação. “Nessas hipóteses, todavia, a jurisprudência do STJ já se pacificou no sentido do cabimento da ação monitória para promover a respectiva cobrança (Súmula 284/STJ)” (STJ, 3ª T., REsp nº 631.192/MG, Rel. Min. Nancy Andrigli, ac. 16.05.2006, *DJU* de 30.06.2006, p. 215). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp nº 267.840/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 05.10.2000, *DJU* de 27.11.2000, p. 172; STJ, 3ª T., REsp nº 343.589/DF, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 27.06.2002, *DJU* de 09.09.2002, p. 224.
- 33 O STJ aplicou essa solução alternativa a um caso em que o contrato previa 36 prestações para solução do financiamento, das quais o devedor já havia resgatado 31 (STJ, 4ª T., REsp 1.051.270/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 04.08.2011, *DJe* 30.08.2011).
- 34 STF, Pleno, RE 547.245/SC e RE 592.905, Rel. Min. Eros Grau, ac. 02.12.2009, *DJe* 05.03.2010.

- ABRÃO, Carlos Henrique. *Da Ação de Nunciação de Obra Nova*. São Paulo: LEUD, 1993.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 2. ed., México: UNAM, 1970.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____.; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 3. ed., Rio de Janeiro: Ed. Jur. Universitária, 1965.
- _____. *Aspectos da locação predial*. 2. ed., São Paulo: Ed. Jur. Universitária, 1966.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1968.
- _____. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1980.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1959, v. II e III.
- AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Inventário e partilha*. 20. ed., São Paulo: LEUD, 2006.
- ANDRADE, Luís Antônio de. *Revista dos Tribunais*, v. 592, p. 266.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Mandado de Segurança*, 2. ed., Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 1975, v. II.
- _____. *Direito Processual Civil – Teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 1972.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1978, v. II. ARZUA, Guido. *Posse, o direito e o processo*. 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 1978.
- ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- ASSIS, Jacy de. “Os procedimentos especiais da sistemática processual brasileira”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 4, pp. 91-112, 1975.
- ASSIS CORRÊA, Orlando de. *Consignação em Pagamento*. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1997.
- _____. *Ação Monitória*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- ASSIS MOURA, Mário de. *Prática das demarcações e divisões*. 1930.

- AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- AZEVEDO MARQUES, J. M. *A ação possessória no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Jacintho Ribeiro, 1923.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Juizado de pequenas causas*. Porto Alegre: Lejur, 1985.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 13.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. I, t. I; 5. ed., *idem*, 1988, v. I.
- _____. *Do Mandado de Segurança*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- _____. *Do Mandado de Segurança*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil brasileiro*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. V.
- _____. “Legitimidade para a ação de nunciação de obra nova em tema de limitações administrativas do direito de construir”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 31, pp. 85-94, 1982.
- _____. *Temas de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. IX.
- _____. “Aspectos dos procedimentos especiais”, in *Revista Forense*, v. 247, pp. 13-19.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. II.
- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2006.
- BESSONE, Darcy. *Renovação de locação*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- _____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed., Rio de Janeiro: F. Alves, 1959.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- BÖCHING, Eduardo. *Istituzione di Diritto Civile Romano*. Milano: Società Editrice Libreria.
- BORGES, Marcos Afonso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: LEUD, 1977, v. IV.
- BORSELLI, Edgardo. “Opposizione di Terzo (Diritto Processuale Civile)”, verbete in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: UTET, v. 11, pp. 1.078-1.086, 1965.
- BORTOLAI, Edson Cossac. *Da ação de prestação de contas*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

- BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Mandado de Segurança*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUENO VIDIGAL, Luiz Eulálio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1974, v. VI.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1981, v. I.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 1983.
- _____. *Posse e propriedade* (vários autores). São Paulo: Saraiva, 1987.
- CALDAS, Gilberto. *Nova lei do inquilinato comentada*. São Paulo: Edipraxis Jurídica, s/d.
- CALIXTO, Negi. “Embargos de terceiro oferecido por promitente comprador”, in *Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, pp. 72-88, 1982.
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1984, v. X, t. I.
- CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940, v. V.
- CAPPELLETTI, Mauro. “O problema de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”, in GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Ed. Juruá, 1994, p. 15.
- _____. “Tutela dos interesses difusos”, in *Ajuris*, v. 33, p. 174.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiro*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. “O Juízo Arbitral e a Simplificação do Processo”, in *Ajuris*, Porto Alegre, v. 24, pp. 51-54, 1982.
- _____. “Mandado de Segurança, Assistência e *Amicus Curiae*”, in *Revista Forense*, v. 371, p. 73-78, jan./fev. 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1936, v. I.
- _____. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.
- _____. *Instituciones del Proceso Civil*. 2. ed., Buenos Aires: EJE, 1973, v. I.
- CARREIRA ALVIM, J. E. *Ação Monitória*, Curitiba: Ed. Juruá, 1995.
- _____. *Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- _____. *Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- CARVALHO, Pedro Leonel Pinto de. “Arrolamento”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*,

- Uberaba, v. 21, pp. 61-64, 1980.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 5. ed., Rio de Janeiro: F. Bastos, 1954, v. III.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro interpretado*. 7. ed., Rio de Janeiro: F. Bastos, 1958, v. XII; *idem, idem*, v. IX; *idem*, 8. ed., 1958, v. X.
- CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. X.
- CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Dialética, 2002.
- CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.
- COLOMBO, Manuela Correia Botelho. “Medidas de Urgência no Processo Arbitral Brasileiro”, *Revista de Processo*, v. 183, p. 257-287.
- CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988 – contribuição crítica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 170.
- CORRÊA TELLES, J. H. *Digesto Portuguez*. Lisboa: Livraria Clássica, 1909, v. I.
- COSTA, José Rubens. *Ação Monitória*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- COUTO E SILVA, Clóvis. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1977, v. XI, t. I; *idem*, 1982, v. 11, t. II.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed., Buenos Aires: Depalma, 1974.
- CRUZ, Alcides. *Demarcação e Divisão de Terras*. Ed. esp., Porto Alegre: Ajuris, 1979.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação Monitória*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- CUNHA CAMPOS, Ronaldo Benedicto. *Limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: LEUD, s/d. _____ . “O art. 923 do Código de Processo Civil”, in *RJTAMG*, v. 8, pp. 11-19.
- CUNHA GONÇALVES, Luis da. *Tratado de Direito Civil*. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, s/d., v. III, t. II.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Ed. RT, 1984.
- _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 1986.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. RT, 1987.
- _____. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- _____. *Manual das Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. RT, 1986.
- ENNECCERUS, Ludwig; Kipp, Theodoro; Wolff, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 2. ed., Barcelona: Bosch, 1951, v. I, t. III, e v. II.

DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1941, t. V, 2ª parte.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. VIII, t. III.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. VIII, t. III.

FARIA MOTTA. *Condomínio e vizinhança*. São Paulo, 1942.

FAZZALARI, Elio. *La Giuridizione volontaria*. Padova: CEDAM, 1953.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. “Partilha judicial. Via adequada à desconstituição”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 551, pp. 54-60, 1981.

FRAGA, Affonso. *Theoria e prática na divisão e demarcação das terras particulares*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1936.

_____. *Instituições do Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1940, t. II.

FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. *Ação renovatória e ação revisional de aluguel*. 7. ed., São Paulo: RT, 1990.

FREIRE, Maria Berenice Dias. “Considerações sobre o arrolamento em face da Lei nº 7.019, de 31.08.82”, in *Ajuris*, v. 28, pp. 203-209, 1983.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I.

_____. *Direito Real de Hipoteca*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960.

GARCEZ NETO, Martinho. “Consignação”, verbete in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, de Carvalho Santos, Rio de Janeiro: Borsóis, s/d., v. XI.

GIANESINI, Rita. *Ação de Nunciação de Obra Nova*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1993.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

_____. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, v. III.

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. III.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1974.

_____. “Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas”, in WATANABE, Kazuo (coordenação). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. RT, 1985.

_____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HANADA, Nelson. *Ação de Depósito*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

HENRIQUE, João Milton. “Ação de nunciação de obra nova”, verbete in *Digesto de Processo*, Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1980.

JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français*. Paris: Recueil Sirey, 1938, t. I.

LAGRASTA NETO, Caetano. “Juizado especial de pequenas causas e direito civil comparado”, in WATANABE, Kazuo (coordenador). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. RT, 1985.

LAMBAUER, Mathias. *Do litisconsórcio necessário*. São Paulo: Saraiva, 1982.

LEITÃO, José Ribeiro. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LEITE, Armando Roberto Holanda. *Usucapião ordinário e usucapião especial*. São Paulo: Ed. RT, 1983.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I.

_____. *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, s/d.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1982, v. XII.

_____. “Jurisdição voluntária”, in *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, pp. 25-40, 1980.

LIMA, Alexandre Delfino Amorim. *Código de Processo Civil do Brasil comentado*. 2. ed., São Paulo, 1959, v. II.

LINS, Edmundo. “Ensaio sobre a posse”, in *Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais*, v. IX, pp. 124-255, 1914.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Demarcação, divisão e tapumes*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961.

_____. *Administração Pública e a ordem jurídica privada*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961.

_____. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IV.

MACHADO, Hugo de Brito. “Aspectos da competência do Ministério Público e atividade

- política”, in *Revista dos Tribunais*, v. 698, pp. 27-28.
- _____. *Mandado de Segurança em Matéria Tributária*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, n. 4.2.4.4.
- MACHADO GUIMARÃES, Luís. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. IV.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MAGALHÃES, Athon Aquino de. *Theoria e prática do direito de demarcar e da ação de demarcação*. Rio de Janeiro: Ed. Livraria do Brasil, s/d.
- MALACHINI, Edson Ribas. “A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimento”, in GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Ed. Juruá, 1994.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 5. ed., São Paulo: RT, 2000.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Torino: G. Giappicheli Editore, 1993.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. São Paulo: Ed. RT, 1986.
- _____. *O Processo Monitorio Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Ação de consignação em pagamento*. São Paulo: Ed. RT, 1985.
- MARMITT, Arnaldo. *Consignação em pagamento*. Rio de Janeiro: Aide, 1990.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. I.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. II.
- _____. *Ensaio sobre jurisdição voluntária*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1959.
- MARTINS, Pedro A. Batista. “Da Ausência de Poderes Coercitivos e Cautelares”, in Selena Ferreira Lemes *et al* (coords.). *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MARTINS, Tancredo; MARTINS, Octávio. *Divisões e demarcações*, 1917.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed., Rio de Janeiro: F. Bastos, 1958, v. III.
- _____. *Condomínio*. 5. ed., Rio de Janeiro: F. Bastos, 1961.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, León. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: EJE, 1969, v. IV, parte II.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. “O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público”, in MILARÉ, Edis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 1979.
- _____. *Mandado de Segurança*. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

- MELO, João Édson de. “Aspectos da ação de depósito”, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 10, pp. 67-81, 1977.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “Inventário. Legitimação do credor da herança e do credor do herdeiro”, in *Revista de Processo*, São Paulo, v. 44, pp. 223-233, 1986.
- MIRANDA, Darcy Arruda. *A Lei do divórcio interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- MIRANDA VALVERDE, Trajano. *Comentários à Lei de Falências*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. II.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1984, v. 4-2.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1975, v. II.
- MORAES, Voltaire de Lima. “Questões tópicas na ação civil pública”, in MILARÉ, Edis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.
- MORATO, Francisco. *Da prescrição nas ações divisórias*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1944.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I.
- _____. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I.
- MORELLI, Daniel Nobre. Ação popular: rito processual. *Rev. Dialética de Direito Processual*, v. 121.
- MOURA ROCHA, José de. “Anotações sobre a consignação em pagamento”, in *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, p. 9, 1983.
- _____. “Apreciação sobre as ações demarcatória e divisória no processo civil brasileiro”, in *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, p. 139, 1984.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 17. ed., São Paulo: Ed. RT, 1987; *idem*, 18. ed.; *idem*, 1988.
- _____. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 8. ed., São Paulo: Ed. RT, 1988.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- NEQUETE, Lenine. *Da prescrição aquisitiva (usucapião)*. 2. ed., Porto Alegre: Sulina, 1970; 3. ed., Porto Alegre: Ajuris, 1981.
- _____. *Usucapião especial*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed., São Paulo: RT, 2009.
- NEVES, Celso. “Divagações sobre a ação de prestação de contas”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 537, pp. 11-15, 1980.
- NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, 3a parte.

- OLIVEIRA, V. Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I e III.
- OLIVEIRA, Wilson de. *Inventário e partilhas*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- ORTIZ, Carlos Alberto. “Embargos de terceiro”, in *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, pp. 154-161, 1983.
- PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed., São Paulo: RT, 2002.
- PALACIO, Lino. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 4. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977, v. II.
- PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência*. Nova série, Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. III; *idem*, 1985, v. VIII.
- _____. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Ed. RT, 1976, v. IV.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. III; *idem*, 4. ed., 1981, v. IV; *idem*, 4. ed., 1981, v. V; *idem*, 3. ed., 1980, v. VI.
- _____. *Condomínio e incorporações*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- PEREIRA, Lafay ette Rodrigues. *Direito das Coisas*. 6. ed., Rio de Janeiro: F. Bastos, 1956.
- PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*, anotadas por Teixeira de Freitas. 9. ed., Rio de Janeiro: Garnier, 1907.
- PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. “Apontamentos sobre a posse e os procedimentos possessórios”, in *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, p. 13, 1985.
- PINTO, Nelson Luiz. *Ação de usucapião*. São Paulo: Ed. RT, 1987.
- PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. “Ações possessórias”, in *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, p. 186, 1986.
- PINTO FILHO, Francisco Bilac M. “O segredo de Estado e as limitações ao *habeas data*”, in *Revista dos Tribunais*, v. 805, pp. 34-59.
- PLANIOL, Marcel; Ripert, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Habana: Cultural, 1959, v. III e IV.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. II (2. ed.); *idem*, 1975, t. VII; *idem*, 1977, t. XIII; *idem*, 1977, t. XIV; *idem*, 1977, t. XVI.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsóí, s/d., t. 10; *idem*, s/d., t. 20; *idem*, 1969, t. 60.
- _____. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1976, t. VI.
- _____. *Tratado da ação rescisória*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1978, t. VII.

POPP, Carlyle. *Comentários à nova Lei do Inquilinato*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 1992.

PRATA, Edson Gonçalves. *Embargos de terceiro*. São Paulo: LEUD, 1978, v. 15 e 18.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. VII.

_____. *Repertório de jurisprudência do Código de Processo Civil*. São Paulo: LEUD, 1978, v. 15 e 18.

_____. “Alienações judiciais”, verbete in *Digesto de Processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. I, pp. 424-428.

PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. *Derecho Concursal, Procedimientos sucesores, Jurisdicción voluntaria, Medidas Cautelares*. Madrid Editorial Tecnos, 1974.

QUARTIERI, Rita; CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. “Parecer”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 514, pp. 37-49, 1978.

REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. 2. ed., Milano, Giuffrè, 1954, v. III.

_____. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1957, v. III.

REIS, José Alberto dos. *Processos Especiais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

REQUIÃO, Rubens. “Comentários”, in *Revista de Direito Mercantil*, nova série, São Paulo: Ed. RT, v. I, pp. 87-88, 1971.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária*. São Paulo: Ed. RT, 1975.

_____. “A nova ação de depósito”, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 246, pp. 325-329, 1974.

REZENDE, Astolfo. *Manual do Código Civil* (Paulo Lacerda). Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro, 1918, v. VII.

ROCCO, Ugo. “Rendimento dei conti”, verbete in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: UTET, v. 15, pp. 432-444, 1968.

ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de Direito Civil português*. 7. ed., Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1907.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, v. V; *idem*, 13. ed., 1987, v. VI.

_____. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Da locação predial*. São Paulo: Saraiva, 1979.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1958, v. VIII.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1997.

SAMPAIO, Pedro. *Divórcio e separação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

- SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. VI.
- _____. *Procedimentos especiais*. 2. ed., São Paulo: LEUD, 1976.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. IV.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. III.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. *Teoria e prática da ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, trad. bras. da 7. ed. de Padova. Rio de Janeiro: Borsói, 1973.
- SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la Possession em Droit Romain*. 4. ed., Paris: Pedone-Lauriel, 1893.
- SEABRA FAGUNDES, M. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: F. Bastos, 1962, v. VI.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SIMAS, Hugo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. VIII, t. II.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à nova lei do inquilinato*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SOLLERO, Márcio. “Considerações em torno da posse”, in *RJTAMG*, Belo Horizonte, v. 13, pp. 24-36, 1981.
- SOUZA, Sebastião de. *Dos processos especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- SOUZA, Sylvio Capanema. *A nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- _____. *A Lei do Inquilinato comentada*. 5. ed., Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitoria*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEITE, Gustavo Pereira (Coord.). *Manual de direito das famílias e sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. “A Assistência e a Nova Lei do Mandado de Segurança”, in *Revista de Processo*. v. 183, p. 239-256, maio/2010.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. *Código de Processo Civil anotado*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1949.

- TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição Voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. II.
- _____. *Processo de execução*. 12. ed., São Paulo: LEUD, 1987.
- _____. *Processo cautelar*. 10. ed., São Paulo: LEUD, 1988.
- _____. *Terras particulares, demarcação, divisão e tapumes*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.
- _____. *Títulos de crédito e outros títulos executivos*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. *A posse (notas de aulas)*. Vitória: TJES/AMAGES, 1986.
- _____. *Posse e propriedade*. São Paulo: LEUD, 1986.
- _____. “Nulidade, inexistência e rescindibilidade das sentenças”, in *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, pp. 23-37, 1980.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1.
- _____. “Relatório Geral Luso-Americano”, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no 2, Buenos Aires, p. 125, 2002.
- _____. “Arbitragem e terceiros. Litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções de terceiros”, in *Revista Forense*, v. 362, pp. 41-61, ago./2002.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1974, v. I.
- TOVAR, Leonardo Zehuri. O pedido de suspensão de segurança: Uma sucinta sistematização. *Revista de Processo*, n. 224, p. 235. out. 2013.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 21. ed., Padova: CEDAM, 1978.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Griuffrè: Milano, 1974.
- TUCCI, Rogerio Lauria. “Nunciação de obra nova”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 530, pp. 43-51, 1979.
- ULPIANO, José. *Das cláusulas restritivas*. São Paulo: Esc. Prof. Salesianas, 1910.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios sobre Derecho de Cosas*. Madrid: Montecorvo, 1973.
- VARELA, Antunes. *O novo regime da locação de Imóveis para Fins Residenciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- VELOSO, Zeno. *Lei nº 11.441, de 04.01.2007 – aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais*. Belém: Anoreg/PA, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Direito das sucessões*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Lei do Inquilinato comentada*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1946, v. I, t. I.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil. Brasileiro – Direito das Coisas*. 3. ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e Contratos*. 5. ed., São Paulo: Ed. RT, 1979.

WATANABE, Kazuo. “Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas”, in WATANABE, Kazuo (coordenador). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. RT, 1985.

WEILL, Alex. *Droit Civil – Les Biens*. 2. ed., Paris: Précis Dalloz, 1974.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processual Civile*. 4. ed., Milano: Giuffrè, 1946, v. II.

ZAVASCKI, Teori Albino. “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos”, in *Revista Forense*, v. 329, p. 148.

_____. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

A

ALCALÁ-ZAMORA, N., 1.485
ALMEIDA, C. M., 1.306
ALMEIDA, G. A., 1649, 1.684-a
ALVIM, A., 1.212, 1.213, 1.741
AMARAL SANTOS, M., 1.274, 1.474, 1.475, 1.631
AMERICANO, J., 1.250
AMORIM, S., 1.383-a
AMORIM LIMA, A. D., 1.368
ANDRADE, L. A., 1.741
ARRUDA ALVIM, E., 1649
ARRUDA ALVIM, J. M., 1.308, 1.317, 1.336
ARZUA, G., 1.289, 1.309, 1.312, 1.333
ASCENSÃO, J. O., 1.303
ASSIS MOURA, M., 1.363
AZEVEDO JR., J. O., 1.332
AZEVEDO MARQUES, J. M., 1.209, 1.303, 1.305, 1.333

B

BAPTISTA DA SILVA, O. A., 1.283, 1.304, 1.684
BARBI, C. A., 1.308, 1.385, 1.644, 1.646-a, 1.654
BARBOSA MOREIRA, J. C., 1.313, 1.320, 1.585
BASTOS, C. R., 1.689-a
BENJAMIN, A.H., 1.689
BESSONE, D., 1.741
BEVILÁQUA, C., 1.213, 1.289, 1.291, 1.296, 1.311, 1.365, 1.416, 1.558
BITTAR, C. A., 1.682
BÖCKING, E., 1.332
BORGES, M. A., 1.358, 1.359, 1.374, 1.493, 1.503
BORGES CARNEIRO, 1.365
BORSELLI, E., 1.428
BORTOLAI, E. C., 1.281, 1.284
BRU, C., 1.304
BUENO, C. S., 1.646-a, 1.652, 1.654
BUZAID, A., 1.741

C

CAHALI, Y. S., 1.508, 1.510
CALDAS, G., 1.708, 1.713
CÂMARA LEAL, A., L., 1.368, 1.369
CAMPOS, J. V., 1.500, 1.502
CAPPELLETTI, M., 1.570, 1.578, 1.680
CARMONA, C. A., 1.466, 1.466-a, 1.472
CARNEIRO, A. G., 1.646-a
CARNELUTTI, F., 1.290, 1.292, 1.375, 1.475, 1.545
CARREIRA ALVIM J. E., 1.465, 1.466-a, 1.472, 1.481, 1.610, 1.621, 1.623, 1.626, 1.631, 1.633, 1.636, 1.638
CARVALHO DE MENDONÇA, J. X., 1.273
CARVALHO SANTOS, J. M., 1.212, 1.273, 1.369, 1.435, 1.540, 1.548
CASTRO FILHO, J. O., 1.492, 1.493, 1.494, 1.495, 1.500, 1.503, 1.510, 1.515, 1.516, 1.523, 1.545, 1.547, 1.548, 1.551, 1.562, 1.563, 1.565
CAVALCANTE, M. C., 1.646-a
CIANCI, M., 1649
COLOMBO, M. C. B., 1.472
CORRÊA, O. D., 1.684
CORREA, R., 1.365
CORRÊA TELLES, J. H., 1.202, 1.365
COUTO E SILVA, C., 1.237, 1.243, 1.245, 1.248, 1.256, 1.264, 1.266, 1.270, 1.271, 1.413, 1.420, 1.443, 1.449
CROME, C., 1.199, 1.293
CRUZ, A., 1.355
CUNHA CAMPOS, R. B., 1.195, 1.290, 1.304, 1.305, 1.375
CUNHA GONÇALVES, L., 1.293

D

DE PAGE, H., 1.291
DINAMARCO, C. R., 1.336, 1.577, 1.579, 1.585

E

ENNECCERUS, L., 1.293
ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, 1.291, 1.292, 1.293, 1.411

F

FABRÍCIO, A. F., 1.214, 1.215, 1.226, 1.230, 1.235, 1.236, 1.237, 1.238, 1.242, 1.244, 1.245, 1.247,

1.248, 1.250, 1.252, 1.256, 1.261, 1.262, 1.264, 1.266, 1.271, 1.272, 1.276, 1.279, 1.280, 1.281, 1.283, 1.284, 1.286, 1.288, 1.296, 1.301, 1.302, 1.303, 1.304, 1.307, 1.307-a, 1.308, 1.311, 1.312, 1.315, 1.316, 1.317, 1.321, 1.323, 1.325, 1.326, 1.329, 1.331, 1.335, 1.336, 1.340, 1.342, 1.344, 1.347, 1.350
FARIA MOTTA, J. A., 1.363, 1.364, 1.373, 1.376
FERNAL, R., 1.340
FERRAZ, S., 1.646-a
FIGUEIRA JÚNIOR, J. D., 1.572, 1.585, 1.600
FORNACIARI JR., C., 1.413
FRAGA, A., 1.359, 1.364, 1.370, 1.373
FRANCO, J. N., 1.741
FREIRE, M. B. D., 1.418
FULGÊNCIO, T., 1.289, 1.294, 1.298, 1.333, 1.435

G

GARCEZ NETO, M., 1.202, 1.203, 1.207
GARSONNET, E., 1.293
GONDO, N., 1.741
GOMES, O., 1.293, 1.294, 1.308, 1.331, 1.332, 1.333, 1.365, 1.411, 1.413, 1.518, 1.551
GOYTISOLO, J. B. V., 1.292
GRECO FILHO, V., 1.293, 1.644, 1.675, 1.682, 1.689-a
GRINOVER, A. P., 1.570, 1.571, 1.575, 1.577, 1.654, 1.688, 1.689

H

HELLWIG, K., 1.293
HENRIQUE, J. M., 1.316, 1.320

I

ITABAIANA DE OLIVEIRA, A. V., 1.384, 1.389, 1.403, 1.421, 1.526, 1.532

J

JHERING, R. V., 1.289, 1.291, 1.293, 1.303, 1.305
JOSSELAND, L., 1.331

K

KOHLER, 1.290

L

LAFAILLE, 1.200
LAFAYETTE, 1.294
LAGRASTA NETO, C., 1.572, 1.578
LAMBAVER, M., 1.336
LEITÃO, J. R., 1.202, 1.234, 1.508, 1.537, 1.538, 1.540, 1.565
LEITE, A. R. H., 1.332
LEITE, G. P., 1.402
LIEBMAN, E. T., 1.314, 1.428, 1.430, 1.441
LINS, E., 1.293
LINS, J., 1.207
LOBÃO, 1.306
LOPES DA COSTA, A. A., 1.356, 1.357, 1.359, 1.365, 1.376, 1.378, 1.545

M

MACHADO, H. B., 1.684, 1.689-a
MACHADO GUIMARÃES, L., 1.202, 1.207, 1.212, 1.234, 1.244, 1.253, 1.256, 1.261, 1.270, 1.271, 1.474, 1.475
MADALENO, R., 1.514-a
MAGALHÃES, A. A., 1.364
MALACHINI, E. R., 1.571
MANCUSO, R. C., 1.684
MANDRIOLI, C., 1.477, 1.481, 1.484
MARCATO, A. C., 1.279, 1.288, 1.299, 1.318, 1.321, 1.325, 1.384, 1.402, 1.418, 1.420, 1.437, 1.443, 1.486, 1.488, 1.508, 1.512, 1.536, 1.564, 1.566
MARQUES, J. F., 1.485
MARTINS, T. e O., 1.371
MARTINS, P. A. B., 1.472, 1.472-e, 1.472-f
MATIROLLO, 1.234
MAXIMILIANO, C., 1.411, 1.500
MAZEAUD ET MAZEAUD, 1.294, 1.411
MAZZILLI, H. N., 1.684-a
MEIRELLES, H. L., 1.316, 1.318, 1.646-a, 1.647, 1.649, 1.650, 1.653, 1.659, 1.660, 1.661, 1.671, 1.672, 1.673, 1.676, 1.678, 1.678-a, 1.680
MELO, J. E., 1.234
MENDONÇA LIMA, A., 1.510, 1.516, 1.517, 1.523, 1.527, 1.545, 1.546, 1.547, 1.548, 1.549, 1.550, 1.551, 1.552, 1.553
MIRANDA, D. A., 1.508
MIRANDA VALVERDE, T., 1.251
MONTEIRO, W. B., 1.232

MORAES, V. L., 1.684-a
MORAES E BARROS H., 1.312, 1.360, 1.384, 1.385, 1.389, 1.401, 1.406, 1.415, 1.421, 1.430, 1.437, 1.441, 1.443, 1.449, 1.450, 1.452, 1.458
MORATO, F., 1.363, 1.365, 1.366, 1.368, 1.369
MOREIRA ALVES, J. C., 1.234, 1.291, 1.293
MORELLI, D. N., 1.678-a

N

NEGRÃO, T., 1.198, 1.248, 1.276, 1.281, 1.282, 1.284, 1.286, 1.311, 1.316, 1.340, 1.341, 1.343, 1.350, 1.356, 1.387, 1.440, 1.512, 1.514-a, 1.527
NEQUETE, L., 1.331, 1.332, 1.340
NERY, R. M. A., 1.465, 1.654
NERY JÚNIOR, N., 1.465, 1.654
NONATO, O., 1.199, 1.200, 1.202, 1.203, 1.207, 1.212, 1.213

O

OLIVEIRA, E., 1.383-a
OLIVEIRA, W., 1.404

P

PACHECO, J. S., 1.654
PALACIO, L., 1.193
PAULA, A., 1.316, 1.378, 1.510
PÊGAS, 1.430
PEREIRA, C. M. S., 1.232, 1.236, 1.293, 1.294, 1.308, 1.384, 1.411, 1.416, 1.458
PEREIRA E SOUZA, J. J. C., 1.195, 1.365
PINTO, N. L., 1.329, 1.331, 1.332, 1.334, 1.335, 1.336
PINTO FILHO, F. B. M., 1.663
PLANIOL Y RIPERT, 1.293, 1.411
PONTES DE MIRANDA, F. C., 1.206, 1.207, 1.208, 1.210, 1.212, 1.215, 1.223, 1.225, 1.233, 1.235, 1.236, 1.237, 1.238, 1.241, 1.243, 1.244, 1.251, 1.253, 1.254, 1.256, 1.264, 1.266, 1.291, 1.293, 1.303, 1.307-a, 1.308, 1.309, 1.316, 1.318, 1.320, 1.324, 1.326, 1.346, 1.347, 1.349, 1.355, 1.357, 1.358, 1.359, 1.360, 1.361, 1.366, 1.369, 1.373, 1.375, 1.376, 1.389, 1.406, 1.411, 1.413, 1.414, 1.416, 1.430, 1.435, 1.436, 1.438, 1.439, 1.475, 1.488, 1.502, 1.503, 1.509, 1.510, 1.512, 1.515, 1.532, 1.535, 1.538, 1.539, 1.543, 1.544, 1.547, 1.551, 1.553, 1.559, 1.562, 1.565, 1.569, 1.697, 1.699
POPP, C., 1.713, 1.715, 1.724, 1.731, 1.741, 1.745
PRATA, E. G., 1.254, 1.428, 1.437, 1.495, 1.496, 1.497, 1.500, 1.501, 1.504, 1.506, 1.507, 1.515, 1.518, 1.522, 1.523, 1.547, 1.549, 1.550, 1.551, 1.552, 1.563, 1.565, 1.566

PRIETO-CASTRO, L., 1.485

Q

QUARTIERI, R., 1649

QUEIROZ LIMA, E., 1.289

R

RAMALHO, 1.365

REALE, M., 1.335

REDENTI, E., 1.475, 1.506

REIS, J. A., 1.194, 1.198, 1.199, 1.217, 1.256, 1.261, 1.283

REQUIÃO, R., 1.251

RESTIFFE NETO, P., 1.242, 1.252

REZENDE, A., 1.289, 1.305

ROCCO, U., 1.267, 1.268, 1.277, 1.288

RODRIGUES, S., 1.294, 1.333, 1.403, 1.508, 1.515, 1.551, 1.741

RUGGIERO, R., 1.411

S

SAAD, E. G., 1.688

SAMPAIO, P., 1.508

SANTOS, E. F., 1.209, 1.211, 1.213, 1.214, 1.218, 1.226, 1.230, 1.237, 1.238, 1.246, 1.247, 1.254, 1.256, 1.262, 1.264, 1.266, 1.279, 1.280, 1.283, 1.287, 1.301, 1.304, 1.316, 1.317, 1.318, 1.320, 1.323, 1.329, 1.334, 1.335, 1.340, 1.341, 1.342, 1.348, 1.349, 1.350, 1.360, 1.366, 1.388, 1.413, 1.415, 1.436, 1.441, 1.482, 1.540, 1.653, 1.654, 1.663, 1.664, 1.688, 1.755

SANTOS, U. P., 1.413

SATTA, S., 1.195, 1.475

SAVIGNY, F. C., 1.199, 1.289, 1.291, 1.295

SEABRA FAGUNDES, M., 1.321

SERPA LOPES, M. M., 1.333

SILVA J. A., 1689-a

SIMAS, H., 1.500

SLAIBI FILHO, N., 1.694, 1.701, 1.705, 1.713, 1.715, 1.724, 1.731, 1.741

SOKOLOWSKI, 1.291

SOLLERO, M., 1.290, 1.301

SOUZA, S., 1.203

SOUZA, S. C., 1.696, 1.697, 1.708, 1.713

T

TEIXEIRA, A. C. B., 1.402
TEIXEIRA, G. F. de B., 1.646-a
TEIXEIRA, S. F., 1.225, 1.246, 1.344, 1.381
TEIXEIRA DE FREITAS, 1.195, 1.305, 1.306
TENÓRIO, O., 1.385
THEODORO JR., H., 1.195, 1.263, 1.315, 1.352, 1.354, 1.357, 1.359, 1.363, 1.368, 1.374, 1.378, 1.379, 1.409, 1.434, 1.435, 1.441, 1.462, 1.608, 1.688, 1.697
TORNAGHI, H., 1.308, 1.509
TOVAR, L. Z., 1649-a
TRABUCCHI, A., 1.331
TROCKER, N., 1.679

U

ULPIANO, J., 1.331

V

VARELA, A., 1.696
VELLOSO, C. M. S., 1.654
VELOSO, Z., 1.383-a, 1.514-a, 1.514-b
VENOSA, S. S., 1.238, 1.402, 1.708
VIDIGAL, L. E. B., 1.376
VON TUHR, A., 1.293

W

WALD, A., 1.331
WATANABE, K., 1.570, 1.572, 1.684
WEILL, A., 1.291, 1.294
WOLFF, M., 1.291, 1.292, 1.293

Z

ZAVASCKI, T. A., 1649, 1.682, 1.684

Abertura de crédito

- prestação de contas, 1.270, 1.270-a

Ação

- irrelevância do nome, 1.198

Ação de anulação de partilha

- casos, 1.412, 1.414

Ação de anulação e substituição de títulos ao portador

- ação de anulação e substituição, 1.257
- citações, 1.260
- competência, 1.259
- conhecimento de frete, 1.254
- conhecimento de transporte, 1.254
- contestação, 1.262
- execução, 1.265
- intimação da Bolsa de Valores, 1.260
- justificação liminar, 1.261
- legitimação, 1.258
- objetivo das ações, 1.255
- petição inicial, 1.260
- posição do devedor, 1.260, 1.263, 1.265
- procedimentos especiais, referentes aos títulos ao portador, 1.255
- sentença, 1.264
- sucumbência, 1.264, 1.266
- título destruído, 1.266
- títulos cambiários, 1.254
- títulos da dívida pública, 1.254
- títulos tuteláveis, 1.254
- tutela processual do título ao portador, 1.253
- warrant, 1.254

Ação de busca e apreensão

- venda com reserva de domínio, 1.460

Ação civil pública

- v. “ações coletivas”

Ação de consignação de aluguel e acessórios da locação

- cabimento, 1.714

- complementação do depósito após a contestação, 1.724
- contestação, 1.722
- depósito judicial, 1.719
- legitimação, 1.715
- levantamento do depósito, 1.725
- petição inicial, 1.718
- pressupostos, 1.716
- prestações vincendas, 1.720
- procedimento, 1.717
- reconvenção, 1.723
- revelia, 1.721

Ação de consignação em pagamento

- ação de consignação, 1.201
- cabimento da consignação, 1.206
- comparecimento do credor para receber, 1.221
- competência, 1.210, 1.211
- complementação do depósito insuficiente, 1.226
- conflito com execução forçada, 1.231-c
- consignação em caso de dúvida quanto à titularidade do crédito, 1.228, 1.229, 1.230
- consignação principal e incidental, 1.208
- contestação, 1.224
- curador especial, 1.228
- depósito preparatório de ação, 1.208
- direito de pagar, 1.199
- encargos da sucumbência, 1.221, 1.226, 1.227, 1.229
- etimologia, 1.202
- extinção do direito de recorrer, 1.221
- extinção do processo, 1.217
- falta do depósito no curso da consignação, 1.217
- fundamentos do depósito em consignação, 1.199, 1.200, 1.201, 1.202
- histórico, 1.202
- impossibilidade real de pagamento, 1.206
- insegurança ou risco de pagamento ineficaz, 1.206
- juros de mora, 1.213
- legitimação *ad causam*, 1.209
- legitimação de “administradora de imóveis”, 1.209
- legitimação de terceiro, 1.209
- legitimação passiva, 1.209
- levantamento do depósito pelo credor, 1.221
- levantamento do depósito pelo devedor, 1.223
- liberação forçada, 1.200
- liberação natural, 1.200

- liquidez da prestação, 1.207
- mora *solvendi* e mora *accipiendi*, 1.199, 1.206, 1.207, 1.212
- natureza da ação de consignação, 1.204
- natureza jurídica da consignação, 1.203
- objeto da consignação, 1.213
- *oblatio*, 1.202
- obrigações alternativas, 1.218
- *obsignatio*, 1.202
- oportunidade, 1.212
- pagamento, 1.200
- prestações passíveis de consignação, 1.205
- prestações periódicas, 1.214, 1.215, 1.216
- procedimento especial da consignação, 1.217
- prova da recusa do pagamento, 1.225
- rendimento e correção monetária do depósito, 1.221
- resgate da enfiteuse, 1.231
- resposta do demandado, 1.220
- revelia do demandado, 1.222, 1.228
- sentença, 1.227
- síndico e administrador de imóvel em condomínio, 1.209
- valor da causa, 1.219
- obrigações genéricas, 1.218

Ação declaratória incidental

- embargos de terceiro, 1.440

Ação de demarcação

- v. “ação de divisão e demarcação de terras particulares”
- ação dúplice, 1.366
- credor hipotecário, 1.363
- cumulação de demarcatória e reivindicatória, 1.365
- cumulação de divisão e demarcação, 1.361
- demarcatória cumulada com queixa de esbulho, 1.366
- legitimação ativa, 1.363
- legitimação passiva, 1.364
- objetivo, 1.355
- possuidores, 1.364, 1.373
- proprietário pleno e limitado, 1.363
- roteiro geral do procedimento demarcatório, 1.367
- usufrutuário, 1.363

Ação de depósito

- ação de depósito, 1.232, 1.233

- alienação fiduciária, 1.252
- busca e apreensão, 1.249
- caso fortuito, 1.245
- compensação, 1.247
- competência, 1.239
- conceito de depósito, 1.232
- consignação do equivalente econômico, 1.245
- contestação, 1.247
- defesas manejáveis, 1.247
- depositário judicial, 1.250
- depósito da coisa demandada, 1.244, 1.246
- desaparecimento da coisa, 1.245
- direito de retenção, 1.246, 1.247
- divisibilidade e solidariedade, 1.247
- entrega da coisa, 1.241, 1.244
- espécies de depósito, 1.232
- execução, 1.235, 1.240, 1.248
- execução da pena de prisão, 1.248
- execução por quantia certa, 1.249
- extinção da obrigação, 1.247
- falsidade, 1.247
- herdeiro do depositário falecido, 1.238
- histórico, 1.234
- legitimação, 1.238
- natureza da ação, 1.235, 1.240
- nulidade e anulabilidade, 1.247
- objeto da pretensão, 1.236
- penhor mercantil, 1.251
- pressupostos da ação, 1.237
- prisão civil, 1.234, 1.240, 1.241, 1.242, 1.248
- procedimento especial, 1.240
- prova literal do depósito, 1.237
- reconvenção, 1.247
- recursos, 1.248
- resposta do demandado, 1.243
- sentença, 1.248
- sucumbência, 1.241

Ação de despejo

- abandono do imóvel pelo locatário, 1.713
- caução, 1.711
- concordância do locatário com a pretensão do locador, 1.701
- denúncia cheia, 1.703

- denúncia vazia, 1.702
- desocupação voluntária, 1.709
- documentação da petição inicial, 1.700
- embargos de terceiro, 1.432
- execução em caso de despejo cumulado com cobrança de aluguel, 1.711
- execução forçada, 1.710
- execução provisória, 1.711
- força executiva do procedimento, 1.697
- legitimação, 1.699
- liminar, 1.698
- natureza, 1.696

Ação de despejo por falta de pagamento

- cabimento, 1.704
- consequência da cumulação de pedidos, 1.705
- purga da mora e contestação, 1.708
- purga da mora, 1.706
- reiteração abusiva da purga da mora, 1.707

Ação de divisão

- v. “ação de divisão e demarcação de terras particulares”
- adquirente de parte certa do imóvel comum, 1.369
- citação por edital, 1.358, 1.370
- coerdeiros, 1.368
- compossuidores, 1.368, 1.373
- condôminos, 1.369
- curador especial, 1.370
- enfiteuta, 1.368
- espólio, 1.368
- fiduciário, 1.368
- legitimação ativa, 1.368
- legitimação passiva, 1.369
- litisconsórcio passivo necessário, 1.370
- nu-proprietário, 1.368
- nulidade do processo por inobservância do litisconsórcio, 1.370
- objetivo, 1.355
- posição dos confrontantes na divisão, 1.371
- proprietário pleno e limitado, 1.368
- roteiro geral do procedimento divisório, 1.372
- terceiros, 1.369
- usufrutuário, 1.368

Ação de divisão e demarcação de terras particulares

- v. “ação de demarcação” e “ação de divisão”
- ação executiva *lato sensu*, 1.357
- ação real, 1.359
- as ações divisórias, 1.354
- as duas fases do procedimento, 1.356
- características do procedimento, 1.357
- citação única, 1.358
- coisa julgada, 1.375
- competência, 1.360
- conexão das ações propostas separadamente, 1.362
- cumulação de divisão e demarcação, 1.361
- disciplina geral do juízo divisório, 1.352 a 1.362
- divisão e demarcação de posse, 1.373
- divisão e demarcação sumaríssimas, 1.378
- exceção de prescrição, 1.377
- execução de sentença, 1.381
- formalidades importantes no juízo divisório, 1.379
- imóvel situado em duas comarcas, 1.360
- inépcia da petição inicial, 1.380
- jurisdição voluntária, 1.376, 1.378
- Ministério Público, 1.378
- natureza da ação, 1.359
- noções gerais, 1.352, 1.353
- objetivo, 1.355
- participação do cônjuge, 1.359
- questões possessórias na pendência do juízo divisório, 1.374
- rescisão do julgado divisório ou demarcatório, 1.376

Ação de força nova

- v. “ações possessórias”

Ação de força velha

- v. “ações possessórias”

Ação de manutenção de posse

- v. “ações possessórias”

Ação monitória

- a monitória brasileira, 1.477
- coisa julgada, 1.484
- competência, 1.478-a
- condições de admissibilidade, 1.476
- contra a Fazenda Pública, 1.482-a
- em que consiste a monitória, 1.475

- embargos, 1.483
- facilitação do acesso ao título executivo, 1.474
- legitimidade ativa, 1.479
- legitimidade passiva, 1.480
- objeto, 1.478
- procedimento, 1.482
- prova, 1.481

Ação de nulidade de partilha

- v. “partilha”
- casos, 1.416

Ação de nunciação de obra nova

- apreensão e depósito, 1.324
- atentado, 1.323
- auto do embargo, 1.325
- caução, 1.326
- cominação de multa, 1.324
- competência, 1.319
- conceito de construção, 1.316, 1.318
- conceito de nunciação de obra nova, 1.317
- conceito de obra nova, 1.318
- condômino, 1.320
- construtor, 1.321
- conversão em demolitória, 1.317
- conversão em indenizatória, 1.317
- cumulação de pedidos, 1.324
- direito de construir, 1.316
- direito de vizinhança, 1.316
- dono da obra, 1.321
- embargo extrajudicial, 1.323
- embargo liminar, 1.324
- especialização do procedimento, 1.327
- execução, 1.328
- férias forenses, 1.327
- invasão de terra do vizinho, 1.317
- legitimação ativa, 1.320
- legitimação passiva, 1.321
- mau uso da propriedade, 1.316
- município, 1.320
- obra em prédio de condomínio, 1.316
- participação de cônjuge, 1.322
- perdas e danos, 1.324

- Poder Público, 1.321
- possuidor, 1.320
- prejuízos da paralisação da obra, 1.325
- proprietário, 1.320
- prosseguimento da obra, 1.326
- reconstituição, modificação ou demolição, 1.324
- reconvenção, 1.325
- regulamento do loteamento, 1.320
- regulamentos administrativos, 1.316, 1.320
- requisitos do embargo liminar, 1.325
- sentença, 1.328

Ação pauliana

- embargos de terceiro, 1.432

Ação de preferência

- condômino de bem indivisível, 1.502 a 1.504

Ação popular

- atos atacáveis pela ação popular, 1.673
- coisa julgada, 1.677
- conceito, 1.671
- execução, 1.678
- legitimação, 1.674
- prescrição, 1.678-a
- procedimento, 1.675
- requisitos, 1.672
- sentença, 1.676

Ação de prestação de contas

- abertura de crédito, 1.270
- ação de dar contas, 1.285
- ação de exigir contas, 1.278
- ação dúplice, 1.268, 1.271, 1.288
- ação ordinária de cobrança não substitui prestação de contas, 1.271
- aceitação das contas, 1.286
- ações matrimoniais, 1.274
- administrador de sociedade, 1.273
- administrador judicial, 1.272
- apresentação das contas e contestação, 1.279
- apresentação das contas pelo réu, 1.279
- cabimento, 1.270
- caráter unitário do procedimento, 1.285
- competência, 1.272

- conceito de prestação de contas, 1.267
- condomínio horizontal, 1.275
- condomínio ordinário, 1.275
- conta bancária, 1.270
- contas elaboradas pelo autor, 1.283
- contestação com negativa da obrigação de prestar contas, 1.279
- contestação, 1.286
- execução, 1.288
- forma mercantil, 1.276
- impugnação das contas, 1.286
- interesse, 1.271
- legitimação, 1.271
- natureza jurídica, 1.269
- objetivo, 1.267
- organização das contas, 1.276
- parceria agrícola ou pecuária, 1.270
- perícia contábil *ex officio*, 1.283
- prazo de apresentação das contas, 1.281
- prestação de serviços, 1.270
- pretensão, 1.268
- procedimento da 1ª fase, 1.279
- procedimento da 2ª fase, 1.282
- procedimento, 1.286
- provas das contas, 1.277
- provas, 1.283
- reconvenção, 1.280
- recurso, 1.281, 1.282
- revelia, 1.279, 1.286
- saldo devedor, 1.288
- sentença, 1.288
- sentença da 1ª fase, 1.281
- sentença da 2ª fase, 1.282
- sociedade de fato, 1.273
- sucumbência, 1.284, 1.287

Ação de reintegração de posse

- v. “ações possessórias”

Ação de reivindicação de título ao portador

- cabimento, 1.256
- competência, 1.259
- garantia da evicção, 1.256
- legitimação, 1.258

- objetivo, 1.256
- título negociado em Bolsa, 1.256

Ação renovatória

- aluguel provisório, 1.748
- cabimento, 1.737
- defesa baseada em melhor proposta de terceiro, 1.745
- defesa baseada na ausência dos pressupostos legais, 1.743
- defesa baseada no valor real da locação, 1.744
- defesa do locador, 1.742
- execução da sentença, 1.751
- indenização de perdas e danos, 1.752
- legitimação, 1.739
- natureza jurídica, 1.738
- petição inicial, 1.741
- procedimento, 1.740
- retomada para construção ou reconstrução, 1.746
- retomada para uso próprio, 1.747
- sentença, 1.749
- sentença de retomada, 1.750

Ação rescisória

- defeito de citação em usucapião, 1.336
- homologação do laudo arbitral, 1.472
- interdição, 1.553
- juízo divisório, 1.375, 1.376
- jurisdição voluntária, 1.487
- partilha hereditária, 1.412, 1.413, 1.414, 1.415
- sentença de usucapião, 1.349
- separação consensual, 1.514

Ação revisional de aluguel

- acordo de desocupação, 1.736
 - aluguel provisório, 1.731
 - cabimento, 1.726
 - contestação, 1.732
 - execução de sentença, 1.735
 - legitimação, 1.728
 - natureza, 1.727
 - petição inicial, 1.730
 - procedimento, 1.729
 - sentença, 1.733
 - verbas da sucumbência, 1.734
- #### *Ação de sonegados*

– na sucessão *causa mortis*, 1.403

Ação de usucapião

– v. “usucapião”

– ação rescisória, 1.349

– certidão do registro de imóveis, 1.340

– identificação da Fazenda Pública, 1.336, 1.341

– citação pessoal e citação por edital, 1.336, 1.341

– coisa julgada, 1.349

– competência, 1.337

– compossuidores, 1.335

– condomínio, 1.335

– conexão, 1.338

– confissão, 1.347

– confrontantes, 1.336

– contestação, 1.343

– curador especial, 1.344

– embargos de terceiro, 1.343

– Fazenda Pública, 1.343

– fundamento do pedido, 1.340

– herdeiros do possuidor, 1.335

– improcedência da justificação, 1.342

– individualização do imóvel, 1.340

– instrução e julgamento, 1.347

– interesse da União, 1.337

– intervenção do Ministério Público, 1.346

– Justiça Federal, 1.337

– justificação preliminar de posse, 1.342

– legitimação ativa, 1.335

– legitimação passiva, 1.336

– litisconsortes com advogados diferentes, 1.343

– litispendência, 1.338

– multiplicidade de ações de usucapião sobre o mesmo imóvel, 1.338

– nulidade por falta de citação de réu certo, 1.336

– objeto do pedido, 1.340

– obrigações fiscais, 1.350

– ônus da prova, 1.347

– oposição, 1.343

– pendência de possessória, 1.345

– pessoa em cujo nome se acha transcrito no RI o imóvel usucapiendo, 1.336

– petição inicial, 1.340

– planta do imóvel, 1.340

– possuidor casado, 1.335

– possuidor que perdeu a posse, 1.335

- prazo de resposta, 1.343
- procedimento do usucapião especial, 1.339
- procedimento especial do usucapião sobre terras particulares, 1.329, 1.339
- procedimento sumaríssimo no caso de coisas móveis, 1.329
- *querela nullitatis*, 1.336, 1.349
- recurso contra o julgamento da justificação, 1.342
- réus certos ausentes, 1.336
- réus certos, 1.336
- réus incertos, 1.336
- revelia, 1.344
- sentença, 1.348
- transcrição no Reg. Imobiliário, 1.348, 1.350
- usucapião como matéria de defesa, 1.351
- usucapião qualificada, 1.333

Accessio possessionis

- v. “usucapião”

Ações coletivas

- v. “mandado de segurança coletivo”
- ações coletivas possíveis após o CDC, 1.682
- coisa julgada, 1.688
- competência, 1.685
- configuração dos direitos materiais tuteláveis pela ação civil pública, 1.681
- direito material coletivo, 1.670
- direito processual coletivo, 1.670
- execução, 1.689
- histórico, 1.679
- inquérito civil, 1.684-a
- legitimação das associações, 1.683-a
- legitimação dos sindicatos, 1.683-b
- legitimação, 1.683
- liminar, 1.687
- Ministério Público e a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, 1.684
- objeto da ação civil pública, 1.681-a
- procedimento, 1.686

Ações constitucionais

- v. “mandado de segurança”; v. “mandado de segurança coletivo”; “mandado de injunção”; v. “*habeas data*”; v. “ação popular”
- direito processual constitucional, 1.639
- fundamentos do direito processual constitucional, 1.640

Ações dúplices

- ação de prestação de contas, 1.268, 1.271
- ação demarcatória, 1.366
- ações possessórias, 1.307

Ações especiais

- v. “procedimentos especiais”

Ações executivas lato sensu

- ações de divisão e demarcação, 1.357
- consignação em pagamento, 1.204
- depósito, 1.235, 1.248
- embargos de terceiro, 1.429
- interditos possessórios, 1.309
- nunciação de obra nova, 1.328
- procedimentos especiais, 1.195

Ações locatícias

- v. “ação de despejo”; v. “ação de despejo por falta de pagamento”; v. “ação de consignação de aluguel e acessórios da locação”; v. “ação revisional de aluguel”; v. “ação renovatória”
- atos de comunicação processual, 1.694
- ausência de efeito suspensivo da apelação nas ações locatícias, 1.695
- competência do *forum rei sitae*, 1.692
- disposições gerais, 1.690
- procedimentos, 1.690
- tramitação durante as férias forenses, 1.691
- valor da causa, 1.693

Ações matrimoniais

- prestação de contas, 1.274

Ações possessórias

- v. “posse”
- ação de manutenção de posse, 1.296
- ação de reintegração de posse, 1.296
- ações de força nova e de força velha, 1.300
- ações reais, 1.293
- agravo e mandado de segurança, 1.313
- bens públicos, 1.298
- citação, 1.302
- competência, 1.297
- cônjuges, 1.298, 1.299, 1.308
- conversibilidade de uma ação em outra, 1.296
- cumulação de pedidos: perdas e danos, multa e desfazimento de construção ou plantação, 1.310
- decisão sobre a liminar, 1.302

- denúncia da lide, 1.315
- detentor, 1.298
- direito autoral, 1.303
- direitos pessoais, 1.303
- direitos reais, 1.303
- embargos de terceiro em ação possessória, 1.312
- *exceptio proprietatis* no juízo possessório, 1.305, 1.306
- inexistência de embargos à execução, 1.309
- inexistência de embargos de retenção, 1.314
- interdito proibitório, 1.296, 1.311
- interdito proibitório, 1.311
- justificação, 1.301
- legitimação ativa, 1.298
- legitimação passiva, 1.299
- liminar em favor do réu, 1.307-a
- medida liminar, 1.301
- natureza dúplice das ações possessórias, 1.307
- natureza executiva dos interditos, 1.309
- nomeação à autoria, 1.299, 1.315
- origem dos interditos possessórios, 1.295
- outras provas, 1.301
- petição inicial, 1.299-a
- petitório e possessório, 1.304
- posse de coisas e posse de direitos, 1.303
- posse justa e injusta, 1.294
- possuidor direto e indireto, 1.298
- preposto, 1.299
- princípio *spoliatus ante omnia restituendus*, 1.304
- questões possessórias no curso do juízo divisório, 1.374
- reconvenção, 1.307
- requisitos da tutela possessória, 1.294
- transformação em interdito de reintegração ou de manutenção, 1.311

Ações reais imobiliárias

- ação de divisão e demarcação, 1.359
- ação de nunciação de obra nova, 1.322
- ação de usucapião, 1.337, 1.345
- ações possessórias, 1.293, 1.308

Actio communi dividundo

- v. “ação de divisão”

Actio depositi

– v. “ação de depósito”

Actio finium regundorum

– v. “ação de demarcação”

Administrador judicial

– prestação de contas, 1.272

Administradora de imóveis locados

– ação de consignação em pagamento, 1.209

Administrativo

– execução da partilha por via administrativa, 1.383-c

– inventário e partilha por via administrativa, 1.383-a

– inventário, 1.419-b

– regulamentação baixada pelo CNJ sobre o inventário extrajudicial, 1.383-c

– separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, 1.514-a

Advogado

– assistência em inventário por escritura pública, 1.383-a

– assistência em separação e divórcio por escritura pública, 1.514-a

Alienação fiduciária

– ação de depósito, 1.252, 1.756

– ação de execução, 1.757

– busca e apreensão, 1.755, 1.755-a

– credor que não é instituição financeira, 1.755-a

– execução da alienação fiduciária de bem imóvel, 1.758

– introdução, 1.753

– legitimação, 1.755-a

– remédios processuais utilizáveis pelo credor fiduciário (coisas móveis), 1.754

Alienações judiciais

– v. “jurisdição voluntária”

– alienação forçada de bem comum indivisível, 1.502, 1.503, 1.504

– alienações cautelares, 1.490

– arrematação, 1.496

– avaliação, 1.494

– bens de órfãos, 1.501

– bens indivisíveis, em inventário e partilha, 1.500

– casos legais, 1.492

– conceito, 1.489

– custódia do produto, 1.498

– destino do produto, 1.497

– exercício do direito de preferência, 1.502 a 1.504

- iniciativa da medida, 1.491
- leilão, 1.493
- outros bens alienáveis judicialmente, 1.499
- publicidade, 1.495

Animus domini

- v. “usucapião”

Anulabilidade

- arguição em ação de depósito, 1.247
- da partilha, 1.412

Arbitragem

- v. “juízo arbitral”

Arrecadação

- bens de ausente, 1.533 a 1.540
- coisas vagas, 1.540 a 1.542
- herança jacente, 1.527 a 1.532

Arrendamento mercantil (leasing)

- ações decorrentes do *leasing*, 1.760
- aspecto tributário, 1.761
- necessidade de notificação prévia, 1.760
- noção de arrendamento mercantil, 1.759

Arrolamento

- v. “inventário e partilha”, “partilha”
- arrolamento de herança de pequeno valor, 1.419
- arrolamento sumário ou convencional, 1.418
- cobrança administrativa do imposto *causa mortis*, 1.418
- partilha, 1.125
- partilha amigável, 1.418
- simplificação do inventário, 1.417

Assistência

- embargos de terceiro, 1.428

Assistência judiciária

- inventário e partilha, 1.426
- inventário por escritura pública, 1.383-a
- separação e divórcio por escritura pública, 1.514-a

Associação

- execução coletiva por meio de associação, 1689-a

- legitimação para ações coletivas, 1.683-a

Atentado

- nunciação de obra nova, 1.323

Ausente

- v. “bens de ausentes”

Autarquias

- v. “usucapião”

Autoridade coatora

- em mandado de segurança, 1.644, 1.644-a

Autos

- v. “restauração de autos”

Autos suplementares

- v. “restauração de autos”

Banco

- prestação de contas, 1.270, 1.270-a

Bens de ausente

- 1ª fase, 1.537
- arrecadação, 1.533
- competência, 1.535
- conceito de ausência, 1.533
- conversão da sucessão provisória em definitiva, 1.539
- fases do procedimento, 1.536
- pressupostos, 1.534
- sucessão provisória, 1.538

Bens públicos

- tutela possessória, 1.298
- usucapião, 1.331

Boa-fé

- v. “usucapião”

Busca e apreensão

- ação de depósito, 1.249
- alienação fiduciária, 1.252
- de testamento, 1.520
- legitimação para a busca e apreensão do Decreto-Lei 911, 1.755-a

Cambiais

- ação de anulação e substituição de título ao portador, 1.254

Caso fortuito

- depósito, 1.245

Cessionário de direito hereditário

- requerimento do inventário, 1.392

Coisa hábil –

- v. “usucapião”

Coisas vagas

- arrecadação, 1.540, 1.543
- cabimento, 1.543
- competência, 1.542
- conceito, 1.540
- legitimação, 1.541
- procedimento, 1.544

Colação

- v. “inventário e partilha”
- direito intertemporal, 1.402

Compensação

- ação de depósito, 1.247

Competência

- ação de anulação e substituição de título ao portador, 1.259
- ação de consignação em pagamento, 1.210, 1.211
- ação de depósito, 1.239
- ação de nunciação de obra nova, 1.319
- ação de prestação de contas de administrador judicial, 1.272
- ação de reivindicação de título ao portador, 1.259
- ação de usucapião, 1.337
- ação monitória, 1.478-a
- ações de divisão e demarcação, 1.360, 1.361, 1.362
- ações possessórias, 1.297
- apresentação de testamentos e codicilos, 1.516
- arrecadação de herança jacente, 1.527
- bens de ausente, 1.535
- coisas vagas, 1.542
- embargos de terceiro, 1.439
- especialização de hipoteca legal, 1.564
- habilitação, 1.444

- inventário e partilha, 1.385
- nomeação de tutor e curador, 1.547
- restauração de autos, 1.453
- separação consensual, 1.509

Compossuidores

- ação de divisão e demarcação, 1.368, 1.373

Compromisso

- v. “juízo arbitral”

Compromisso de compra e venda

- embargos de terceiro, 1.436
- usucapião, 1.332

Concubina

- pretensão de reclamar bens em inventário do companheiro, 1.398

Condomínio

- v. “alienações judiciais”
- ação de nunciação de obra nova, 1.316
- prestação de contas, 1.275
- usucapião, 1.331, 1.335

Conexão

- v. “ação de usucapião”
- ações de divisão e demarcação, 1.362

Confissão

- de cônjuge, em ação de usucapião, 1.347
- em ação real imobiliária, 1.347

Confrontantes

- v. “ação de usucapião”, “ação de divisão e demarcação”

Conhecimento de frete

- ação de anulação e substituição de títulos ao portador, 1.254

Conhecimento de transporte

- ação de anulação e substituição de títulos ao portador, 1.254

Cônjuge

- ação de nunciação de obra nova, 1.322
- ação de usucapião, 1.335
- ações de divisão e demarcação, 1.359
- administrador provisório da herança, 1.388

- cabeça de casal, 1.388
- embargos de terceiro, 1.436
- habilitação incidente, 1.449
- intervenção em inventário de interesse do consorte, 1.396
- inventariante, 1.389
- legitimação para requerer inventário, 1.392
- possessória, 1.298, 1.299, 1.308
- prestação de contas, 1.274

Consignação em pagamento

- v. “ação de consignação em pagamento”

Constituto possessório

- penhor mercantil, 1.251

Construção

- v. “ação de nunciação de obra nova”, “ações possessórias”

Credor

- habilitação de crédito em inventário, 1.404
- requerimento do inventário, 1.392

Credor anticrético

- embargos de terceiro, 1.433, 1.435

Credor hipotecário

- ação demarcatória, 1.363
- embargos de terceiro, 1.433, 1.435

Credor pignoratício

- embargos de terceiro, 1.433, 1.435

Curador

- v. “curatela e tutela”
- investidura, 1.555
- prestação de contas, 1.272
- remoção, 1.556, 1.557

Curatela e tutela

- competência, 1.547
- disposições comuns à nomeação de tutor e curador, 1.557
- eficácia da interdição, 1.552
- interdição, 1.545
- investidura dos curadores, 1.555
- legitimação ativa, 1.548

- legitimação passiva, 1.546
- levantamento da interdição, 1.554
- petição inicial, 1.549
- procedimento, 1.550
- remoção de curador, 1.556
- rescisória, 1.553
- sentença, 1.551

Defensor Público

- assistência em inventário por escritura pública, 1.383-a
- assistência em separação e divórcio por escritura pública, 1.514-a

Depositário

- v. “ação de depósito”, “prestação de contas”

Depositário judicial

- v. “ação de depósito”
- prestação de contas, 1.272

Depósito

- v. “ação de depósito”
- conceito, 1.232
- depósito contratual, 1.232, 1.236
- depósito irregular, 1.232, 1.236
- depósito legal, 1.232
- depósito miserável, 1.232
- depósito necessário, 1.232
- depósito regular, 1.232
- espécies, 1.232

Depósito preparatório

- conceito, 1.208

Desapropriação

- posse *ad usucapionem*, 1.331

Desistência

- em mandado de segurança, 1.651-a

Direito de construir

- v. “ação de nunciação de obra nova”

Direito de preferência

- v. “alienações judiciais”

Direito de retenção

- ação de depósito, 1.246, 1.247
- ação possessória, 1.314

Direito de vizinhança

- v. “ação de nunciação de obra nova”

Direitos autorais

- tutela possessória, 1.303

Direitos pessoais

- v. “posse”, “usucapião”

Direitos reais

- posse é direito real, 1.293

Divisibilidade

- depósito, 1.247

Divórcio

- consensual por via administrativa, 1.514-a
- execução do acordo de separação ou divórcio, 1.514-c
- regulamentação baixada pelo CNJ sobre separação e divórcio consensuais, 1.514-b

Divórcio consensual

- advertência, 1.505-a
- competência, 1.497
- conceito, 1.493
- execução do acordo de separação ou divórcio ajustado por escritura pública, 1.514-c
- legitimação, 1.496
- natureza jurídica, 1.494
- petição inicial, 1.498
- por via administrativa, 1.514-a
- procedimento, 1.499
- reconciliação, 1.501
- regulamentação baixada pelo CNJ sobre separação e divórcio consensuais, 1.514-b
- requisitos, 1.495
- revisão e rescisão do acordo, 1.502
- sentença, 1.500

Embargo extrajudicial

- ação de nunciação de obra nova, 1.323

Embargos de retenção

- ação possessória, 1.314

Embargos de terceiro

- ação declaratória incidental, 1.440
- ação executiva *lato sensu*, 1.429
- ações de divisão e demarcação, 1.433, 1.434
- assistente, 1.436
- ato judicial embargável, 1.431
- chamado à autoria, 1.436
- competência, 1.439
- comprador sem escritura registrada, 1.436
- conceito, 1.428
- em ação de despejo, 1.431
- em ação possessória, 1.312, 1.431
- em inventário e partilha, 1.427
- fraude contra credores, 1.432
- juízo deprecado, 1.439
- legitimação ativa, 1.436
- legitimação passiva, 1.437
- mandado de segurança, 1.435-a
- medida liminar, 1.440
- mulher casada, 1.436
- natureza jurídica, 1.429
- no processo de conhecimento, 1.438
- no processo de execução, 1.438
- oportunidade, 1.438
- parte do processo principal, 1.436
- penhora de bem gravado com garantia real, 1.433, 1.435
- procedimento, 1.440
- promissário-comprador, 1.436
- reconvenção, 1.440
- requisitos, 1.430
- senhor e possuidor, 1.430
- sentença, 1.441
- sócio solidário, 1.436
- substituto processual, 1.436
- sucessor da parte, 1.436
- sucumbência, 1.441

Emendatio morae

- consignação em pagamento, 1.212, 1.226

Empresas públicas

- v. “usucapião”

Enfiteuse

- conceito, 1.231
- resgate por meio de consignação em pagamento, 1.231
- usucapião, 1.331

Erro

- na escolha do procedimento, 1.198

Escritura pública

- execução da partilha por via administrativa, 1.383-c
- execução do acordo de separação ou divórcio ajustado por escritura pública, 1.514-c
- inventário e partilha por via administrativa, 1.383-a
- separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, 1.514-a

Especialização de hipoteca legal

- bens insuficientes, 1.567
- competência, 1.564
- conceito de hipoteca legal, 1.563
- eficácia da hipoteca, 1.569
- especialização negocial, 1.568
- legitimação, 1.565
- procedimento, 1.566

Espólio

- v. “ação de divisão”

Evicção

- título ao portador negociado em Bolsa, 1.256

Exceptio proprietatis

- v. “ações possessórias”

Execução

- do acordo de separação ou divórcio ajustado por escritura pública, 1.514-c
- do formal de partilha, 1.409
- do julgado do juízo divisório, 1.381
- da partilha por via administrativa, 1.383-c

Execução coletiva

- por meio de sindicato ou associação, 1689-a

Execução para entrega de coisa certa

- sentença do juízo divisório, 1.381

Execução por quantia certa

- ação de depósito, 1.249

- ação de nunciação de obra nova, 1.328
- ação de prestação de contas, 1.267, 1.288
- ações possessórias, 1.310
- honorários dos árbitros no juízo arbitral, 1.465
- venda com reserva de domínio, 1.459

Falsidade

- arguição em ação de depósito, 1.247

Fazenda Pública

- v. “Poder Público”
- cabimento de monitória, 1.482-a
- cientificação em ação de usucapião, 1.336
- liminar de possessória, 1.302
- prazo para contestar usucapião, 1.343
- requerimento de inventário, 1.392

Fiduciário

- v. “ação de divisão”

Força maior

- depósito, 1.245

Formal de partilha

- em inventário, 1.409

Fraude contra credores

- embargos de terceiro, 1.432

Fundação

- alteração de estatuto, 1.561
- conceito, 1.558
- estatutos confiados à elaboração de terceiro, 1.560
- extinção, 1.562
- procedimento da instituição, 1.559

Habeas data

- coisa julgada, 1.670
- competência, 1.667
- Conceito, 1.663
- cumprimento da sentença, 1.669
- legitimidade e interesse, 1.665
- natureza jurídica, 1.664
- objeto do *habeas data*, 1.666
- procedimento, 1.668

Habilitação

- ação de habilitação, 1.446
- ações personalíssimas, 1.442
- anuência da parte contrária, 1.449
- ausente, 1.449
- competência, 1.444
- conceito, 1.442
- cônjuge, 1.449
- efeito da habilitação, 1.448
- habilitação direta nos autos do processo principal, 1.449
- habilitação do adquirente do bem litigioso, 1.447
- habilitação do cessionário do direito litigioso, 1.447
- herança jacente, 1.449
- herdeiro, 1.449
- legitimidade, 1.443
- parte sobrevivente, 1.443
- procedimento, 1.445
- substituição de parte falecida, 1.422 a 1.449
- sucessores da parte falecida, 1.443

Habilitação de crédito

- em inventário, 1.404

Herança

- v. “inventário e partilha”, “partilha”, “ação de divisão”

Herança jacente

- administração, 1.530
- competência, 1.527
- conceito, 1.526
- declaração de vacância, 1.532
- habilitações, 1.531
- legitimação, 1.528
- procedimento da arrecadação, 1.529

Herança vacante

- conceito, 1.532
- declaração, 1.532

Herdeiros

- v. “inventário e partilha”, “partilha”
- ação de divisão, 1.368
- habilitação incidente, 1.449
- sucessão no direito à prescrição aquisitiva, 1.335

Hipoteca legal

- v. “especialização da hipoteca legal”

Honorários de advogado

- v. “sucumbência”
- ação de consignação em pagamento, 1.221
- embargos de terceiro, 1.441
- inventário e partilha, 1.424

Inalienabilidade

- v. “usucapião”

Incapaz

- v. “curador e tutela”

Inquérito civil

- nas nações coletivas, 1.684-a

Interdição

- v. “curatela e tutela”

Interdito proibitório

- v. “ações possessórias”

Interdito recuperandae possessionis

- v. “ações possessórias”

Interdito retinendae possessionis

- v. “ações possessórias”

Interditos possessórios

- v. “ações possessórias”

Interesse

- ação de prestação de contas, 1.271

Inventariante

- v. “inventário e partilha”
- prestação de contas, 1.272, 1.390

Inventário negativo

- em que consiste, 1.384

Inventário e partilha

- v. “partilha”
- abertura *ex officio* pelo juiz, 1.392

- ação de petição de herança, 1.416-a
- administração da herança, 1.388
- administrador provisório, 1.388
- administrativo, 1.419-b
- aplicação à partilha de bens do casal, na dissolução da sociedade conjugal, 1.382
- apuração de haveres do *de cujus* em sociedade, 1.395
- assistência judiciária, 1.426
- avaliação, 1.399
- cabeça de casal, 1.388
- cadernetas de poupança, 1.417
- cálculo do imposto *causa mortis*, 1.401
- caráter contencioso do procedimento, 1.383
- casos de dispensa de inventário, 1.417, 1.419-a
- citações, 1.396
- coisa julgada, 1.383
- colações, 1.402
- competência, 1.385
- conceito de inventário, 1.382
- conceito de partilha, 1.382
- concubina, 1.398
- contestação à qualidade de herdeiro, 1.397
- cumulação de inventários, 1.423
- curatela especial ao herdeiro, 1.422
- dispensa de avaliação, 1.399
- disposições comuns ao inventário e arrolamento, 1.420 a 1.427
- embargos de terceiro, 1.427
- encargos do inventariante, 1.390
- espécies de procedimentos sucessórios, 1.382
- esquema do procedimento, 1.393
- execução da partilha por via administrativa, 1.383-c
- extinção do processo por paralisação da causa, 1.425
- fundos de investimento, 1.417
- habilitação dos credores, 1.404
- herdeiro omitido, 1.398
- honorários de advogado, 1.424
- impugnação às declarações do inventariante, 1.397
- intervenção de cônjuge do herdeiro, 1.396
- inventariante, 1.388, 1.389
- inventário negativo, 1.384
- julgamento do cálculo, 1.401
- legitimação para requerer inventário, 1.392
- levantamento do FGTS e do PIS-PASEP, 1.417
- medida cautelar, 1.397, 1.398

- medidas cautelares, 1.420
- petição inicial, 1.394
- prazo de abertura, 1.394
- prestação de contas, 1.390
- primeiras declarações, 1.395
- questões de alta indagação, 1.387
- questões solucionáveis no procedimento sucessório, 1.387
- reclamação quanto à escolha do inventariante, 1.397
- recurso, 1.391, 1.401
- regulamentação baixada pelo CNJ sobre o inventário extrajudicial, 1.383-b
- remoção do inventariante, 1.391
- renovação de avaliação, 1.399
- restituição de Imposto de Renda, 1.417
- saldos bancários, 1.417
- separação de bens, 1.404
- sequestro, 1.402
- sobrepartilha, 1.421
- sonegados, 1.403
- terceiros prejudicados, 1.427
- transmissão *causa mortis* do patrimônio, 1.382
- últimas declarações, 1.400
- universalidade do foro sucessório, 1.386
- via administrativa, 1.383-a
- vias ordinárias, 1.398, 1.402

Juizado Especial Civil

- v. “pequenas causas e acesso à Justiça”

Juizado Especial da Fazenda Pública

- v. “pequenas causas da Fazenda Pública na Justiça Estadual”

Juizado Especial Federal

- v. “pequenas causas na Justiça Federal”

Juizado Especial Itinerante

- instituição, 1.573

Juízo arbitral

- autonomia da cláusula compromissória, 1.467
- cláusula “cheia” e cláusula “vazia”, 1.466-a
- cláusula compromissória, 1.464
- coexistência de arbitragem e execução judicial de título executivo negocial, 1.472-g
- compromisso arbitral, 1.468
- convenção de arbitragem, 1.463

- direito intertemporal, 1.466-b
- disposições gerais, 1.462
- execução da cláusula compromissória, 1.466
- extinção do compromisso arbitral, 1.469
- medidas cautelares, 1.472
- natureza jurídica do novo juízo arbitral brasileiro, 1.472-f
- nulidade da sentença arbitral, 1.472-d
- o juízo arbitral no direito brasileiro, 1.461
- o procedimento, 1.471
- os árbitros, 1.470
- reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, 1.472-e
- recursos, 1.472-c
- requisitos da cláusula compromissória, 1.465
- requisitos da sentença arbitral, 1.472-b
- sentença arbitral, 1.472-a

Juízo divisório

- v. “ação de divisão e demarcação de terras particulares”

Jurisdição contenciosa

- conceito, 1.193

Jurisdição voluntária

- a função do juiz, 1.487
- alienação, arrendamento ou oneração de bens dotais, de menores, de órfãos e de interditos, 1.488
- alienação de quinhão em coisa comum, 1.488
- alienação, locação e administração da coisa comum, 1.488
- arrolamento, 1.418
- conceito, 1.193, 1.485
- divisão e demarcação sumaríssimas, 1.376, 1.378
- emancipação, 1.488
- extinção de usufruto e de fideicomisso, 1.488
- iniciativa do procedimento, 1.486
- intervenção de interessados, 1.486
- inventário negativo, 1.384
- litigiosidade incidental, 1.486-a
- procedimento comum, 1.488
- procedimento especial da apresentação de testamentos e codicilos, 1.515 a 1.525
- procedimento especial da arrecadação da herança jacente, 1.516 a 1.532
- procedimento especial da arrecadação das coisas vagas, 1.540 a 1.544
- procedimento especial da arrecadação de bens ausentes, 1.533 a 1.539
- procedimento especial da especialização da hipoteca legal, 1.563 a 1.569

- procedimento especial da organização e fiscalização das fundações, 1.558 a 1.562
- procedimento especial da separação consensual, 1.488 a 1.514
- procedimento especial da tutela e curatela, 1.545 a 1.557
- procedimento especial das alienações judiciais, 1.489 a 1.504
- procedimentos de jurisdição voluntária, 1.488
- retificação de partilha, 1.410
- sub-rogação, 1.488

Juros de mora

- em ação de consignação em pagamento, 1.213

Justiça Federal

- interesse da União em ação de usucapião, 1.337

Justiça gratuita

- v. “assistência judiciária”

Justificação

- de posse, em ação de usucapião, 1.342
- em ação de anulação e substituição de títulos ao portador, 1.261
- para embargo liminar, em nunciação de obra nova, 1.324
- para liminar de possessória, 1.301

Justo título

- v. “usucapião”

Laudo arbitral

- v. “juízo arbitral”

Leasing

- v. “Alienação fiduciária” e “Arrendamento mercantil”

Legatário

- legitimação para requerer inventário, 1.392

Legitimação

- das associações para ações coletivas, 1.683-a
- dos sindicatos para ações coletivas, 1.683-b

Liminar

- v. “Medida liminar”

Liquidez e certeza

- da prestação a consignar, 1.207

Litispêndência

- v. “ação de usucapião”

Loteamento

- defesa de regulamento através de nunciação de obra nova, 1.320

Mandado de injunção

- competência, 1.661
- conceito, 1.657
- legitimação, 1.660
- objeto, 1.658
- pressupostos, 1.659
- procedimento, 1.662

Mandado de segurança

- ato de autoridade judicial, 1.645
- ato sujeito a recurso administrativo, 1.645-a
- coisa julgada, 1.652
- competência, 1.651
- conceito, 1.641
- contra decisão proferida nos Juizados Especiais, 1.602-a
- desistência, 1.651-a
- direito líquido e certo, 1.647
- em substituição a embargos de terceiro, 1.435-a
- inovações processuais da Lei nº 12.016/2009, 1.652-a
- instrução por meio de documentos ainda não obtidos pelo impetrante, 1.648-a
- legitimação ativa, 1.643
- legitimação passiva, 1.644
- liminar, 1.649
- litisconsórcio, 1.646
- mandado de segurança contra decisão de liminar em possessória, 1.313
- natureza da ação, 1.642
- pessoas equiparadas às autoridades, 1.644-a
- prazo decadencial de impetração, 1.650
- pressuposto especial, 1.647
- procedimento, 1.648
- sentença, 1.652
- suspensão da segurança, 1.649-a

Mandado de segurança coletivo

- competência, 1.656
- conceito, 1.653
- legitimação ativa, 1.654
- legitimação passiva, 1.655
- procedimento, 1.656

Medida liminar

- v. “alienações judiciais”
- ações possessórias, 1.301
- em favor do réu em ações possessórias, 1.307-a
- embargos de terceiro, 1.440
- nunciação de obra nova, 1.324

Medidas cautelares

- no inventário e partilha, 1.397, 1.398, 1.420
- no juízo arbitral, 1.468

Microempresas

- legitimação perante Juizado Especial, 1.588

Ministério Público

- *idem*, na divisão e demarcação sumaríssimas, 1.378
- *idem*, no inventário negativo, 1.384
- intervenção em usucapião, 1.346
- requerimento de inventário de interesse de incapaz, 1.392

Mora accipiendi

- v. “*mora creditoris*”

Mora creditoris

- na ação de consignação em pagamento, 1.199, 1.206, 1.207, 1.212, 1.216, 1.221
- juros, 1.213

Mora debitoris

- em ação de consignação em pagamento, 1.199, 1.207, 1.212, 1.221, 1.226, 1.229
- juros, 1.213
- purga da mora, 1.212, 1.226

Mora solvendi

- v. “*mora debitoris*”

Mulher casada

- v. “cônjuge”

Município

- legitimação para nunciação de obra nova, 1.320

Nomeação à autoria

- ação possessória contra preposto, 1.299

Nulidade

- defesa em ação de depósito, 1.247

- em ação de divisão e demarcação, 1.379
- erro de procedimento, 1.198
- falta de citação em ação de usucapião, 1.336
- laudo arbitral, 1.472
- nulidade de partilha, 1.412, 1.414, 1.416
- *querela nullitatis*, 1.336

Nunciação de obra nova

- v. “ação de nunciação de obra nova”

Nu-proprietário

- v. “ação de divisão”

Oblatio

- v. “ação de consignação em pagamento”

Obra nova

- v. “ação de nunciação de obra nova”

Obrigações alternativas

- em ação de consignação em pagamento, 1.218

Obrigações genéricas

- em ação de consignação em pagamento, 1.218

Obsignatio

- v. “ação de consignação em pagamento”

Operis novi nuntiatio

- v. “ação de nunciação de obra nova”

Oposição

- descabimento em ação de usucapião, 1.343
- embargos de terceiro, 1.428

Órfão

- v. “curatela e tutela”

Pagamento

- conceito, 1.200
- legitimidade para pagar, 1.209
- sub-rogação, 1.209

Parceria agrícola

- prestação de contas, 1.270

Parceria pecuária

- prestação de contas, 1.270

Partilha

- v. “inventário e partilha”
- ação de anulação de partilha, 1.412
- ação de nulidade de partilha, 1.416
- ação de petição de herança, 1.416-a
- ação rescisória de partilha, 1.412
- auto da partilha, 1.407
- casos de rescisória, 1.415
- conceito, 1.382, 1.405
- conceituação de partilha amigável, 1.414
- conceituação de partilha judicial, 1.413
- critérios da partilha, 1.406
- emenda ou retificação da partilha, 1.410
- esboço da partilha, 1.407
- espécies, 1.405
- execução da partilha por via administrativa, 1.383-c
- folhas de pagamento, 1.407
- formal de partilha, 1.409
- invalidação da partilha, 1.412
- lançamento da partilha, 1.407
- pacto de não partilhar, 1.411
- partilha amigável, 1.405, 1.414
- partilha em vida, 1.405
- partilha judicial, 1.405, 1.413
- procedimento da partilha judicial, 1.406
- regulamentação baixada pelo CNJ sobre o inventário extrajudicial, 1.383-b
- sentença da partilha, 1.408
- sobrepilha, 1.421
- via administrativa, 1.383-a

Penhor mercantil, industrial e rural

- ação de depósito, 1.251
- constituto possessório, 1.251

Pequenas causas e acesso à Justiça

- Atos processuais, 1.592 a 1.600
 - audiência de conciliação, instrução e julgamento, 1.598
 - citações e requisitos, 1.595 e 1.596
 - forma, 1.592
 - intimações, 1.595, 1.597
 - procedimento, 1.593

- propositura da ação, 1.594
- provas, 1.600
- resposta do réu, 1.599
- Execução e disposições especiais, 1.604 a 1.609
 - ação rescisória, 1.608
 - acordos extrajudiciais, 1.607
 - assistência judiciária, 1.606
 - curadorias, 1.606
 - despesas processuais no juizado especial civil, 1.605
 - disposições finais sobre a organização dos juizados especiais, 1.609
 - execução forçada, 1.604
- extinção do processo, 1.603
- Juizado Especial Civil, 1.570 a 1.579
- Juizado especial itinerante, 1.573
- Juizado de Pequenas Causas, 1.570 a 1.579
 - aplicação subsidiária do CPC, 1.574
 - conciliação, 1.578
 - criação, 1.573
 - facultatividade do juizado especial, 1.579
 - introito, 1.570
 - outros critérios informativos, 1.577
 - princípio da oralidade, 1.576
 - princípios informativos, 1.575
- Mandado de Segurança, 1.602-a
- Órgão judicante, 1.580 a 1.587
 - competência, 1.580
 - competência para execução forçada, 1.582
 - distribuição de funções, 1.585
 - foro competente, 1.581
 - juízo arbitral, 1.587
 - limitações à competência, 1.583
 - tarefa do juiz, 1.585
 - tarefa do juiz leigo, 1.586
 - tarefa dos conciliadores, 1.586
- Partes, 1.588 a 1.591
 - intervenção de terceiros, 1.590
 - intervenção do Ministério Público, 1.591
 - legitimação *ad causam*, 1.588
 - legitimação *ad processum*, 1.589
 - litisconsórcio, 1.590
- reclamação, 1.602-b
- recursos, 1.602
- sentença, 1.601

- uniformização de jurisprudência, 1.602-b

Pequenas causas da Fazenda Pública na Justiça Estadual

- atos de comunicação processual, 1.638-i
- audiência de conciliação, 1.638-k
- causas repetitivas, 1.638-q
- citação, 1.638-j
- competência, 1.638-e
- competência absoluta, 1.638-c
- composição do órgão julgante, 1.638-d
- cumprimento da sentença, 1.638-s
- disciplina legal, 1.638-b
- execução de obrigações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa, 1.638-t
- execução de obrigações de quantia certa, 1.638-u
- instituição dos Juizados, 638-a
- instrução probatória, 1.638-l
- legitimação das partes, 1.638-f
- legitimação do Ministério Público, 1.638-g
- medidas cautelares e antecipatórias, 1.638-n
- medidas de urgência, 1.638-r
- petição inicial, 1.638-j
- prazos, 1.638-i
- recursos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, 1.638-o
- representação das partes, 1.638-h
- resposta, 1.638-j
- sentença e recurso de ofício, 1.638-m
- tutela de urgência, 1.638-n
- uniformização de jurisprudência, 1.638-p

Pequenas causas na Justiça Federal

- Atos Processuais e Procedimento, 1.622 a 1.632
 - a sentença e as máximas de experiência, 1.631
 - atos de comunicação processual, 1.623
 - exceções, 1.628
 - instrução probatória, 1.630
 - petição inicial, 1.626
 - prazos, 1.625
 - princípios, 1.622
 - reexame necessário, 1.632
 - resposta, 1.627
 - sessão de conciliação, 1.629
 - uso de meios eletrônicos, 1.624
- Execução e Medidas Preventivas, 1.636 a 1.638

- antecipação de tutela, 1.638
- execução, 1.636
- medidas cautelares, 1.637
- Juizado Especial Federal, 1.610 a 1.613
- a instituição do juizado especial federal, 1.610
- competência absoluta, 1.613
- disciplina legal, 1.611
- princípios informativos, 1.612
- Órgão judicante, 1.614 a 1.617
- causas de competência dos juizados especiais federais, 1.617
- competência, 1.616
- composição do órgão judicante, 1.614
- sessão de conciliação, 1.615
- Partes, 1.618 a 1.621
- intervenção de terceiros e litisconsórcio, 1.619
- *jus postulandi* e representação das partes, 1.621
- legitimação, 1.618
- Sistema Recursal, 1.633 a 1.635
- incidente de uniformização de jurisprudência, 1.635
- recurso especial e recurso extraordinário, 1.634
- recursos no juizado especial, 1.633

Petição inicial

- ação de anulação e substituição de título ao portador, 1.260
- ação de depósito, 1.237
- ação de divisão e demarcação, 1.380
- ação de nunciação de obra nova, 1.324
- ações possessórias, 1.299-a, 1.310
- habilitação, 1.445
- interdição, 1.537
- inventário e partilha, 1.394
- inventário negativo, 1.384
- juízo arbitral, 1.468
- restauração de autos, 1.454
- usucapião, 1.340

Petitório e possessório

- conceituação, 1.304

Poder Público

- v. “Fazenda Pública”
- ação de nunciação de obra nova, 1.318, 1.320, 1.321
- ação de usucapião, 1.336
- medida liminar em possessória contra o Poder Público, 1.302

Posse

- v. “ações possessórias”, “usucapião”
- caráter duradouro da posse, 1.292
- conceito, 1.289
- direito real, 1.293
- efeitos, 1.289
- natureza jurídica, 1.293
- paz social, 1.291
- posse clandestina, 1.294
- posse contínua, 1.294
- posse de coisas e posse de direitos, 1.303
- posse injusta, 1.294
- posse justa, 1.294
- posse precária, 1.294
- posse pública, 1.294
- posse violenta, 1.294
- questões possessórias no curso do juízo divisório, 1.374
- razão da tutela possessória, 1.290
- requisitos da tutela possessória, 1.294
- teorias, 1.289

Posse ad interdicta

- v. “posse”, “usucapião”

Posse ad usucapionem

- v. “usucapião”

Possessória

- v. “ações possessórias”

Possuidor

- legitimação para divisão e demarcação, 1.373
- legitimação para embargos de terceiro, 1.430
- legitimação para nunciação de obra nova, 1.320

Prescrição

- ação popular, 1.678-a

Prescrição aquisitiva

- v. “usucapião”, “ação de usucapião”

Prestação de contas

- v. “ação de prestação de contas”
- conceito, 1.267

Prestação de serviços

- prestação de contas, 1.270

Prestações periódicas

- em ação de consignação em pagamento, 1.214, 1.215, 1.216

Prisão civil

- depositário infiel, 1.234, 1.240, 1.241, 1.242
- depositário judicial, 1.250

Procedimento

- conceito, 1.193
- erro, 1.198

Procedimento comum

- conceito, 1.193

Procedimento monitorio

- v. “ação monitoria”

Procedimento ordinário

- aplicação subsidiária aos procedimentos especiais, 1.196
- conceito, 1.193

Procedimento sumaríssimo

- conceito 1.193

Procedimentos especiais

- ação de anulação e substituição de títulos ao portador, 1.253 a 1.266
- ação de busca e apreensão de coisa vendida com reserva de domínio, 1.460
- ação de consignação em pagamento, 1.199 a 1.231
- ação de depósito, 1.232 a 1.252
- ação de divisão e demarcação, 1.352 a 1.381
- ação de nunciação de obra nova, 1.316 a 1.337
- ação de prestação de contas, 1.267 a 1.288
- ação de reivindicação de título ao portador, 1.256
- ação de usucapião, 1.329 a 1.361
- ações executivas *lato sensu*, 1.195
- ações possessórias, 1.293 a 1.312
- alienações judiciais, 1.489 a 1.504
- apresentação de testamentos e codicilos, 1.515 a 1.525
- arrecadação de bens de ausente, 1.533 a 1.539
- arrecadação de coisas vagas, 1.540 a 1.544
- arrecadação de herança jacente, 1.526 a 1.532
- complementação das regras dos procedimentos especiais, 1.196

- conceito, 1.193
- embargos de terceiro, 1.428 a 1.441
- erro na adoção do procedimento, 1.198
- especialização de hipoteca legal, 1.563 a 1.569
- habilitação, 1.442 a 1.449
- interdição, 1.545 a 1.556
- inventário e partilha, 1.382 a 1.427
- juízo arbitral, 1.461 a 1.472
- jurisdição voluntária, 1.488
- nomeação de tutor e curador, 1.557
- organização de fundação, 1.558 a 1.562
- pressupostos, 1.197
- razão de ser, 1.194
- requisitos materiais, 1.197
- requisitos processuais, 1.197
- restauração de autos, 1.450 a 1.457
- rol dos procedimentos codificados, 1.194
- separação consensual, 1.505 a 1.514
- técnicas de especialização, 1.195

Processo

- conceito, 1.193

Proprietário

- legitimação para nunciação de obra nova, 1.320
- legitimação para embargos de terceiro, 1.430

Provas

- ação de usucapião, 1.347
- liminar de possessória, 1.301
- prestação de contas, 1.277, 1.283

Querela nullitatis

- v. “usucapião”, “partilha”

Reclamação

- em matéria de Juizados Especiais, 1.602-b

Reconvenção

- em ação de depósito, 1.247
- em ação de nunciação de obra nova, 1.325
- em ação de prestação de contas, 1.280
- em ação possessória, 1.307
- em embargos de terceiro, 1.440

Recurso administrativo

- ato a ele sujeito, em mandado de segurança, 1.645-a

Recursos

- ação de depósito, 1.248
- arbitramento de honorários no juízo arbitral, 1.467
- julgamento da justificação liminar da ação de usucapião, 1.342
- julgamento de liminar em ação possessória, 1.313
- julgamento do cálculo do imposto *causa mortis*, 1.401
- remoção de inventariante, 1.391
- sentença da 1ª fase da ação de prestação de contas, 1.281
- sentença de homologação de laudo arbitral, 1.472
- terceiro interessado, 1.428

Registro de imóveis

- excesso de área sobre o título de domínio, 1.331
- formal de partilha, 1.409
- pessoa em cujo nome se acha transcrito o imóvel usucapiendo, 1.336
- retificação de área, 1.331
- transcrição de sentença de usucapião, 1.348, 1.350
- usucapião sobre o excesso, 1.331

Remoção de inventariante

- causas, 1.391
- procedimento, 1.391
- recursos, 1.391

Restauração de autos

- autos extraviados no tribunal, 1.456
- autos suplementares, 1.450
- competência, 1.453
- conceito, 1.450
- efeitos, 1.455
- legitimidade, 1.452
- objetivos, 1.451
- procedimento, 1.454
- responsabilidade do causador do extravio, 1.457
- sentença, 1.455
- sucumbência, 1.457

Revelia

- curador especial, 1.228
- em ação de consignação em pagamento, 1.222, 1.228
- em ação de prestação de contas, 1.279, 1.286

- em ação de usucapião, 1.344

Sentença

- ação de divisão e demarcação, 1.365, 1.381
- ação de nunciação de obra nova, 1.328
- ações possessórias, 1.309
- apresentação de testamento, 1.518
- busca e apreensão de coisa vendida com reserva de domínio, 1.460
- da 1ª fase da ação de prestação de contas, 1.281
- da 2ª fase da ação de prestação de contas, 1.282
- da ação de anulação e substituição de título ao portador, 1.264
- da ação de depósito, 1.248
- da ação de usucapião, 1.348
- de ação de consignação em pagamento, 1.227
- de embargos de terceiro, 1.441
- habilitação, 1.445, 1.446
- homologação do laudo arbitral, 1.472
- interdição, 1.551, 1.552
- jurisdição voluntária, 1.487
- reserva de domínio, 1.470
- restauração de autos, 1.455
- separação consensual, 1.512

Separação consensual

- competência, 1.497
- conceito, 1.493
- execução do acordo de separação ou divórcio ajustado por escritura pública, 1.514-c
- legitimação, 1.496
- natureza jurídica, 1.494
- petição inicial, 1.498
- por via administrativa, 1.514-a
- procedimento, 1.499
- reconciliação, 1.501
- regulamentação baixada pelo CNJ sobre separação e divórcio consensuais, 1.514-b
- requisitos, 1.495
- revisão e rescisão do acordo, 1.502
- sentença, 1.500

Separação judicial

- prestação de contas entre cônjuges, 1.274

Sindicato

- execução coletiva por meio de sindicato, 1.689-a
- legitimação para ações coletivas, 1.683-b

Síndico

- prestação de contas, 1.275
- requerimento de inventário, 1.392

Sobrepartilha

- conceito, 1.421
- casos, 1.421

Sociedade civil de interesse público

- legitimação das OSCIP perante o Juizado Especial, 1.588

Sociedade de crédito ao microempreendedor

- legitimação da SMC perante o Juizado Especial, 1.588

Sociedade de economia mista

- v. “usucapião”

Sociedade de fato

- prestação de contas, 1.273

Sociedades

- prestação de contas do administrador, 1.273

Solidariedade

- depósito, 1.247

Sonegados

- v. “inventário e partilha”

Spoliatus ante omnia restituendus

- v. “ações possessórias”

Sucessio in usucapionem

- v. “usucapião”

Sucessão definitiva

- v. “bens de ausente”

Sucessão provisória

- v. “bens de ausente”

Sucumbência

- em ação de anulação e substituição de título ao portador, 1.264, 1.266
- em ação de consignação em pagamento, 1.221, 1.226, 1.227, 1.229
- em ação de depósito, 1.241
- em ação de prestação de contas, 1.284, 1.287

- em embargos de terceiro, 1.441
- em restauração de autos, 1.457

Suspensão da Segurança

- incidente processual, 1.649-a

Terceiro

- v. “embargos de terceiro”
- assistência, 1.428
- recurso de terceiro interessado, 1.428

Terras devolutas

- v. “usucapião”

Testamenteiro

- v. “testamentos”
- inventariança, 1.389
- requerimento do inventário, 1.392

Testamentos

- busca e apreensão, 1.520
- codicilo, 1.524
- competência, 1.516
- efeitos, 1.519
- espécies, 1.515
- objetivo do procedimento, 1.515
- procedimento, 1.517, 1.523
- procedimento de apresentação em juízo, 1.515
- sentença, 1.518
- testamento, 1.525
- testamento particular, 1.522
- testamento público, 1.521
- testamentos marítimo e militar, 1.524

Títulos da dívida pública

- ação de anulação e substituição de títulos ao portador, 1.234

Título ao portador

- v. “ação de anulação e substituição de títulos ao portador”; “ação de reivindicação de título ao portador”
- conceito, 1.253
- conhecimento de frete, 1.254
- conhecimento de transporte, 1.254
- destruição de título ao portador, 1.266
- extravio de título ao portador, 1.257

- títulos cambiários, 1.254
- títulos públicos, 1.254
- *warrant*, 1.254

Tutela

- v. “curatela e tutela”

Tutor

- v. “curatela e tutela”
- investidura, 1.543
- prestação de contas, 1.272
- remoção, 1.544 e 1.545

União

- v. “usucapião”

Uniformização de jurisprudência

- no Juizado Especial Cível, 1.602-b

Usucapião

- v. “ação de usucapião”
- *accessio possessionis*, 1.331, 1.332
- *animus domini*, 1.331, 1.333
- bens de autarquia, 1.331
- bens de empresas públicas, 1.331
- bens de sociedade de economia mista, 1.331
- bens públicos, 1.331, 1.335
- boa-fé, 1.332
- coisa hábil, 1.331
- coisas corpóreas, 1.331
- compromisso de compra e venda, 1.332
- conceito, 1.329
- condomínio, 1.331
- desapropriação, 1.331
- direitos pessoais, 1.331
- enfiteuse sobre bem público, 1.331
- espécies, 1.330
- excesso de área, 1.331
- inalienabilidade, 1.331
- inversão do título da posse, 1.331
- justo título, 1.332
- posse *ad interdicta*, 1.331
- posse *ad usucapionem*, 1.331
- posse contínua e incontestada, 1.333

- posse permitida ou tolerada, 1.333
- posse precária, 1.333
- prazo, 1.332
- prazo de 20 anos, 1.333
- prova de boa-fé, 1.332
- requisitos do usucapião especial, 1.334
- requisitos do usucapião extraordinário, 1.333
- requisitos do usucapião ordinário, 1.332
- requisitos gerais, 1.331
- restrições parciais impostas pelo Poder Público, 1.331
- retificação de área no Registro Imobiliário, 1.332
- *successio in usucapionem*, 1.331
- tempo, 1.331
- terras devolutas, 1.331, 1.335
- transcrição do título no Registro Imobiliário, 1.332

Usucapião especial

- v. “ação de usucapião”, “usucapião”
- requisitos, 1.334

Usucapião extraordinário

- v. “ação de usucapião”, “usucapião”
- requisitos, 1.333

Usucapião ordinário

- v. “ação de usucapião”, “usucapião”
- requisitos, 1.332

Usufrutuário

- ação demarcatória, 1.363
- ação divisória, 1.368

Valor da causa

- ação de consignação em pagamento, 1.219

Vendas a crédito com reserva de domínio

- ação de busca e apreensão, 1.460
- ação de execução do preço, 1.459
- ações cabíveis, 1.458
- conceito, 1.458
- sentença, 1.460

Via administrativa

- execução da partilha, 1.383-c
- execução do acordo de separação ou divórcio ajustado por escritura pública, 1.514-c

- inventário administrativo, 1.419-b
- para realização de inventário e partilha, 1.383-a
- regulamentação baixada pelo CNJ sobre o inventário extrajudicial, 1.383-b
- regulamentação baixada pelo CNJ sobre separação e divórcio consensuais, 1.514-b
- separação consensual e divórcio consensual, 1.514-a

Warrant

- ação de anulação e substituição de títulos ao portador, 1.254

- 55 – Consignação em pagamento – *mora accipiendi* (arts. 890-899)
- 56 – Consignação em pagamento – dúvida sobre o credor (arts. 895-898)
- 57 – Ação de depósito (arts. 901-906)
- 58 – Ação de reivindicação de título ao portador (arts. 907-913)
- 59 – Ação de anulação e substituição de títulos ao portador extraviados (arts. 907-911)
- 60 – Ação de substituição do título parcialmente destruído (art. 912)
- 61 – Ação para exigir contas (art. 915)
- 62 – Ação para apresentar contas (art. 916)
- 63 – Ação de força nova – reintegração e manutenção de posse (arts. 926-931)
- 64 – Ação de força velha – reintegração e manutenção de posse (art. 924)
- 65 – Interdito proibitório (arts. 932-933)
- 66 – Ação de nunciação de obra nova (arts. 934-940)
- 67 – Ação de usucapião de terras particulares (arts. 941-945)
- 68 – Ação de demarcação (arts. 950-966)
- 69 – Ação de demarcação cumulada com divisão (arts. 947-949)
- 70 – Ação de divisão – primeira fase (arts. 967 e 968)
- 71 – Ação de divisão – segunda fase (arts. 969-981)
- 72 – Inventário judicial (arts. 982-1.013)
- 73 – Colações (arts. 1.014-1.016)
- 74 – Pagamento de dívida do espólio (arts. 1.017-1.021)
- 75 – Partilha judicial (arts. 1.022-1.030)
- 76 – Arrolamento sumário (convencional) (arts. 1.031-1.035)
- 77 – Arrolamento comum (legal) (art. 1.036 e parágrafos)
- 77-a – Inventário
e partilha por via administrativa (art. 982)
- 78 – Embargos de terceiro (arts. 1.046-1.054)
- 79 – Habilitação contenciosa (arts. 1.055-1.059)
- 80 – Habilitação direta (sem ação) (art. 1.060)
- 81 – Restauração de autos (arts. 1.063-1.069)
- 82 – Execução do preço da venda com reserva de domínio (art. 1.070)
- 83 – Busca e apreensão de coisa vendida com reserva de domínio (art. 1.071 e parágrafos)
- 84 – Juízo arbitral (Lei nº 9.307/96)
- 85 – Ação monitória (arts. 1.102-A e 1.102-B)
- 86 – Procedimento comum da jurisdição voluntária (arts. 1.103-1.112)
- 87 – Alienações judiciais (arts. 1.113-1.116)
- 88 – Alienação judicial da coisa comum (arts. 1.117-1.119)

- 89 – Separação consensual (arts. 1.120-1.122)
- 90 – Apresentação em juízo de testamento cerrado ou público (arts. 1.125-1.129)
- 91 – Confirmação do testamento particular e dos testamentos especiais e do codicilo (arts. 1.130-1.133)
- 92 – Arrecadação da herança jacente (arts. 1.142-1.158) 397
- 93 – Arrecadação dos bens de ausente (arts. 1.159-1.169)
- 94 – Arrecadação das coisas vagas (arts. 1.170-1.176)
- 95 – Curatela dos interditos (arts. 1.177-1.186)
- 96 – Organização das fundações (arts. 1.199-1.201)
- 97 – Alteração dos estatutos das fundações (art. 1.203)
- 98 – Especialização da hipoteca legal (arts. 1.205-1.208)
- 99 – Procedimento sumaríssimo do Juizado Especial Civil (Lei no 9.099/95)
- 100 – Procedimento do Juizado Especial Federal Civil (Lei no 10.259/2001)
- 100-a – Procedimento do Juizado Especial da Fazenda Pública (Lei no 12.153/2009)
- 101 – Mandado de segurança (Lei no 12.016/2009)
- 102 – Mandado de segurança coletivo (Lei no 12.016/2009)
- 103 – Mandado de injunção (CF, art. 5o, inc. LXXI)
- 104 – *Habeas data* (Lei no 9.507/97)
- 105 – Ação popular (Lei no 4.717/65)
- 106 – Ação civil pública (Lei no 7.347/85)
- 107 – Ação de despejo (Lei no 8.245/91)
- 108 – Ação de despejo por falta de pagamento (Lei no 8.245/91, art. 62)
- 109 – Ação de consignação de aluguel e acessórios da locação (Lei no 8.245/91, art. 67)
- 110 – Ação revisional de aluguel (Lei no 8.245/91, arts. 68-70)
- 111 – Ação renovatória (Lei no 8.245/91, arts. 71-75)
- 112 – Ação de busca e apreensão (alienação fiduciária de coisas móveis) (Decreto-Lei no 911/69)
- 113 – Alienação fiduciária em garantia (coisas móveis). Ação de depósito (Decreto-Lei no 911/69, art. 4o)
- 114 – Alienação fiduciária em garantia (coisas móveis). Ação executiva (Decreto-Lei no 911/69, art. 5o)
- 115 – Alienação fiduciária em garantia (bens imóveis). Execução administrativa (Lei no 9.514/99, arts. 22-33)
- 116 – Arrendamento mercantil (*Leasing*)
-