COORDENADOR
PEDRO LENZA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL ESQUEMATIZADO

MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES

2ª *edição revista e atualizada*

Editora Saraiva

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe ***Le Livros*** e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar 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 repudíavel a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O ***Le Livros*** e seus parceiros disponibilizam conteúdo de dominio publico 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.Net*** ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

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

HISTÓRICO DA OBRA

■ **1.ª edição:** fev./2011; 2.a tir., abr./2011; 3.ª tir., jun./2011; 4.ª tir., jul./2011; 5.ª tir., ago./2011

■ **2.ª edição:** jan./2012

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SPCEP 05413-909 PABX: (11) 3613 3000 SACJUR: 0800 055 7688 De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse:www.saraivajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro

Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro

Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga

Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384

Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento

Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto

Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806

Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro

Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha

Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos

Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038

Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho

Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista

Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro

Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel

Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos

Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda

Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-16007-1

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Gonçalves, Marcus Vinicius Rios
Direito processual civil esquematizado / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – 2ª edição. revista e atualizada São Paulo : Saraiva, 2012.
Bibliografia.
1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil I. Título.

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito processual civil 347.9 2. Processo civil: direito civil 347.9

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editor Jônatas Junqueira de Mello

Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais, arte, diagramação e revisão Know-how Editorial

Serviços editoriais Ana Paula Mazzoco e Elaine Cristina da Silva

Capa Aero Comunicação

Produção gráfica Marli Rampim

Data de fechamento da edição: 23-11-2011

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Às minhas sobrinhas: Júlia, Isabella, Gabriela e Valentina.

AGRADECIMENTOS

Este livro não poderia ter sido redigido sem a colaboração de familiares e amigos, de cuja companhia tive de me privar por algum tempo, mas que nem por isso deixaram de me incentivar e estimular. Gostaria de dedicar especial agradecimento aos meus pais, Carlos Roberto e Elbe, e aos meus irmãos, Victor e Daniela.

Também gostaria de agradecer à Luciana, pela paciência, e ao amigo Maurício Ribeiro, pela ajuda.

Agradeço ainda ao Dr. Pedro Lenza, pelo convite e pelo apoio.

APRESENTAÇÃO

Durante o ano de 1999, pensando, naquele primeiro momento, nos alunos que prestariam o exame da OAB, resolvemos criar um estudo que tivesse linguagem "fácil" e, ao mesmo tempo, conteúdo suficiente para as provas e concursos.

Depois de muita dedicação, "batizamos" o trabalho de ***Direito constitucional esquematizado***, na medida em que, em nosso sentir, surgia uma verdadeira e pioneira **metodologia**, idealizada com base em nossa experiência dos vários anos de magistério, buscando sempre otimizar a preparação dos alunos, bem como atender às suas necessidades.

A metodologia estava materializada nos seguintes "pilares":

- **esquematizado:** verdadeiro método de ensino, em que a parte teórica é apresentada de forma direta, em parágrafos curtos e em vários itens e subitens. Por sua estrutura revolucionária, rapidamente ganhou a preferência nacional, tornando-se indispensável "arma" para os "concursos da vida";
- **superatualizado:** com base na jurisprudência do STF, Tribunais Superiores e na linha dos concursos públicos de todo o País, o texto encontra-se em consonância com as principais decisões e as grandes tendências da atualidade;
- **linguagem clara:** a exposição fácil e direta traz a sensação de que o autor está "conversando" com o leitor;
- **palavras-chave** (*keywords*): a utilização do azul possibilita uma leitura panorâmica da página, facilitando a recordação e a fixação do assunto. Normalmente, o destaque recai sobre o termo que o leitor grifaria com o seu marca-texto;
- **formato:** leitura mais dinâmica e estimulante;
- **recursos gráficos:** auxiliam o estudo e a memorização dos principais temas;
- **provas e concursos:** ao final de cada capítulo, o assunto é ilustrado com a apresentação de questões de provas e concursos ou por nós

elaboradas, facilitando a percepção das matérias mais cobradas, bem como a fixação do assunto e a checagem do aprendizado.

Inicialmente publicado pela LTr, à época, em termos de metodologia, inovou o mercado editorial. A partir da 12ª edição, passou a ser editado pela **Saraiva,** quando, então, se tornou líder de vendas.

Realmente, depois de tantos anos de **aprimoramento**, com a nova "cara" dada pela Editora Saraiva, não só em relação à **moderna diagramação** mas também em razão do **uso da cor azul**, o trabalho passou a atingir tanto os candidatos ao Exame de Ordem quanto todos aqueles que enfrentam os concursos em geral, sejam da área jurídica ou mesmo aqueles de nível superior e médio (área fiscal), assim como os alunos de graduação e demais profissionais do direito.

Aliás, parece que a professora **Ada Pelegrini Grinover** anteviu, naquele tempo, essa evolução do *Esquematizado*. Em suas palavras, ditas em 1999, "escrita numa linguagem clara e direta, a obra destina-se, declaradamente, aos candidatos às provas de concursos públicos e aos alunos de graduação, e, por isso mesmo, após cada capítulo, o autor insere questões para aplicação da parte teórica. Mas será útil também aos operadores do direito mais experientes, como fonte de consulta rápida e imediata, por oferecer grande número de informações buscadas em diversos autores, apontando as posições predominantes na doutrina, sem eximir-se de criticar algumas delas e de trazer sua própria contribuição. Da leitura amena surge um livro 'fácil', sem ser reducionista, mas que revela, ao contrário, um grande poder de síntese, difícil de encontrar mesmo em obras de autores mais maduros, sobretudo no campo do direito".

Atendendo ao apelo de vários "concurseiros" do Brasil, resolvemos, com o apoio incondicional da Editora Saraiva, convidar professores e autores das principais matérias dos concursos públicos, tanto da área jurídica como da área fiscal, para lançar a **Coleção Esquematizado**.

Metodologia pioneira, vitoriosa, consagrada, testada e aprovada. **Professores** com larga experiência na área dos concursos públicos. Estrutura, apoio, profissionalismo e *know-how* da **Editora Saraiva**: sem dúvida, ingredientes suficientes para o sucesso da empreitada, especialmente na busca de novos elementos e ferramentas para ajudar os nossos ilustres concurseiros!

Para o **direito processual civil**, tivemos a honra de contar com o competente trabalho de **Marcus Vinicius Rios Gonçalves**, que soube, com maestria, aplicar a **metodologia "esquematizado"** à sua vasta e reconhecida

experiência profissional como professor extremamente didático, juiz de direito há quase 20 anos e autor de consagradas obras.

O autor, desde 1994, tem lecionado direito processual civil no *Complexo Jurídico Damásio de Jesus*, o que, por esse motivo, lhe credencia para ser um dos maiores e mais respeitados professores da área.

O professor Marcus Vinicius, mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), é autor, entre outros trabalhos, do *Novo curso de direito processual civil*, bem como de *Processo de execução e cautelar* (v. 12), *Procedimentos especiais* (v. 13) e *Tutela de interesses difusos e coletivos* (v. 26) da vitoriosa Coleção Sinopses Jurídicas da Editora Saraiva.

O grande desafio, em nossa opinião concretizado com perfeição, foi condensar todo direito processual civil em um único volume, cumprindo, assim, o objetivo da coleção.

Assim, não temos dúvida de que o presente trabalho contribuirá para "encurtar" o caminho do meu ilustre e "guerreiro" concurseiro na busca do "sonho dourado"!

Sucesso a todos! Esperamos que a **Coleção Esquematizado** cumpra o seu papel. Novamente, em constante parceria, estamos juntos e aguardamos qualquer crítica ou sugestão.

Pedro Lenza
pedrolenza@terra.com.br

NOTA DO AUTOR À 2ª EDIÇÃO

A 1ª edição desta obra foi generosamente acolhida pelos leitores, muitos dos quais enviaram sugestões e ideias para um aprimoramento da forma e do conteúdo do livro. Isso animou o autor a, no esforço de tentar aperfeiçoá-la, promover uma ampla revisão, fazendo correções e atualizações, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais. Procuramos: a) afastar do texto pequenos erros de digitação, ou de incorreta alusão a dispositivos legais; b) alterar a forma de redação de determinados trechos, no sentido de torná-los mais claros; e c) atualizar as citações doutrinárias e jurisprudenciais, sobretudo a respeito de questões que, quando do lançamento da obra, ainda não estavam definitivamente fixadas e que, ao longo do ano, foram objeto de exame específico pelos Tribunais Superiores.

Esta nova edição mantém um capítulo específico para o procedimento especial da separação consensual, assunto que tem sido objeto de comentários e sugestões de diversos leitores, muitos dos quais entendem que tal instituto não mais sobreviveria em nosso ordenamento jurídico. Não cabe a uma obra de Processo Civil aprofundar-se nas questões relativas à sobrevivência, em nosso ordenamento jurídico, de um instituto de direito material. No entanto, como ainda não há pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão, persistindo forte corrente doutrinária que defende a sua permanência, optou-se por continuar tratando do procedimento especial, com a ressalva a respeito da existência da controvérsia.

Nesta 2ª edição, não se perdeu de vista o destinatário final da obra. As alterações formuladas visaram, por isso, tornar o texto mais claro, afastando eventuais imprecisões que pudessem dificultar a leitura.

Espera-se que o leitor dedique a esta nova edição a mesma acolhida generosa que tem dispensado à obra desde o seu lançamento.

SUMÁRIO

LIVRO I - NOÇÕES GERAIS

1. INTRODUÇÃO

1. O processo civil

1.1. Conceito

1.2. Processo civil — direito público ou privado?

1.3. Direito material × direito processual

1.4. Instrumentalidade do processo

1.5. O processo civil e os demais ramos do direito

2. Breve histórico do processo civil

2.1. Introdução

2.2. Direito romano

2.3. Período medieval

2.4. O processo civil moderno

2.5. O momento atual e as perspectivas para o futuro

2.6. Esquematização do histórico do processo civil

3. O processo civil no brasil

2. A LEI PROCESSUAL CIVIL

1. Norma jurídica

2. Duas categorias de normas: as cogentes e as não cogentes

3. Norma processual

4. Fontes formais da norma processual civil

4.1. A lei federal como fonte formal do processo civil

4.2. Constituição e leis estaduais

4.3. Fontes formais acessórias

4.4. Súmulas vinculantes

5. Fontes não formais do processo

5.1. Jurisprudência

6. Interpretação da lei

6.1. Hermenêutica jurídica

6.2. Métodos de interpretação

6.3. Quadro indicativo dos vários métodos de interpretação

7. Lei processual civil no espaço

8. Lei processual civil no tempo

8.1. Vigência

8.2. A lei processual nova e os processos em curso

8.3. Isolamento dos atos processuais

8.4. Lei nova que altera competência

3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

1. Introdução

2. Princípios gerais do processo civil na Constituição Federal

2.1. Princípio do devido processo legal

2.2. Princípio do acesso à justiça

2.3. Princípio do contraditório

2.4. Princípio da duração razoável do processo

LIVRO I

NOÇÕES GERAIS

1

INTRODUÇÃO

1. O processo civil

1.1. Conceito

1.2. Processo civil — direito público ou privado?

1.3. Direito material × direito processual

1.4. Instrumentalidade do processo

1.5. O processo civil e os demais ramos do direito

2. Breve histórico do processo civil

2.1. Introdução

2.2. Direito romano

2.3. Período medieval

2.4. O processo civil moderno

2.5. O momento atual e as perspectivas para o futuro

2.6. Esquematização do histórico do processo civil

3. O processo civil no brasil

1. O PROCESSO CIVIL

Uma introdução que vise dar uma noção geral do Processo Civil não pode esquecer as origens dessa ciência. Aqueles que estão familiarizados com seus institutos — muitos deles altamente abstratos — esquecem-se, muitas vezes, de que o processo surgiu, antes de tudo, porque ao **Estado**, em

determinada época da evolução histórica, foi atribuído o **poder-dever** de solucionar os **conflitos de interesses**. Essa observação é necessária, porque aquele que quer lidar adequadamente com a ciência do processo não pode jamais perder de vista essa finalidade sob pena de transformá-la em uma amontoado de abstrações, nas quais os estudiosos perdem-se em questões de somenos.

1.4. Instrumentalidade do processo

O processo é o instrumento da jurisdição, o meio de que se vale o juiz para aplicar a lei ao caso concreto. Não é um fim em si, já que ninguém deseja a instauração do processo por si só, mas meio de conseguir um determinado resultado: **a prestação jurisdicional**, que tutelará determinado direito, solucionando o conflito.

Daí decorre a íntima relação entre a ciência do direito e a sua finalidade última não é recente. Erasmo de Rotterdam, no início do século XVI, já observava, com fina ironia: "Os jurisconsultos rolam assiduamente a rocha de Sísifo, amontoando textos de leis sobre um assunto sem a mínima importância. Acumulando glosa sobre glosa, opinião sobre opinião, dão a impressão de que sua ciência é a mais difícil de todas".[1]

A ciência do processo não pode perder de vista que o ser humano, naturalmente gregário, envolve-se, com frequência, em conflito de interesses. Dir-se-á que isso faz parte de sua essência, tanto que não há notícia de tempos passados, nem esperança de tempos vindouros, em que conflitos não se manifestem e perturbem a sociedade.

O Estado — incumbido de zelar pela paz social — edita normas, estabelecendo quais as condutas que devem ser consideradas aceitas ou não pela sociedade, mas os meios de que se vale nem sempre são adequados para solucionar os conflitos de interesses. Decorre daí a instrumentalidade do processo. Se todos respeitassem espontaneamente os ditames legais, não haveria conflitos e o processo seria desnecessário. Mas as coisas não são assim, por vários motivos. Nem sempre as regras são claras; nem sempre são adequadas e, sobretudo, nem sempre são suficientes para reprimir **impulsos humanos** profundamente enraizados, que, cedo ou tarde, se manifestam. É comum que o mais forte queira tomar do mais fraco; que o que não trabalhou queira arrebanhar o fruto do esforço alheio; que o mais esperto queira ludibriar o mais ingênuo.

Com isso, essas regras de conduta, previstas em abstrato pelo legislador para regular situações genéricas, são violadas e surge o conflito de interesses.

A rigor, esse conflito não é ainda um fenômeno processual, mas **sociológico**. Pode surgir e perdurar sem que dele haja qualquer notícia no mundo do processo. Mas pode ocorrer que não se chegue a uma solução. Se assim for, qualquer dos interessados poderá recorrer ao **Estado-juiz** para que dê uma solução imparcial (porque proferida por alguém não envolvido no conflito) e dotada de força coercitiva. Quando o envolvido no conflito procura o Judiciário, o processo tem início, e é nesse ponto que intervém a ciência do processo, cujo fim é perscrutar os mecanismos por meio dos quais o Estado-juiz intervirá na solução dos conflitos a ele levados.

O processo goza de autonomia em relação ao direito material que nele se discute. Mas não absoluta: ele não existe dissociado de uma situação material concreta, posta em juízo. Só será efetivo se funcionar como instrumento adequado para a solução do conflito.

Os esforços dedicados à conquista da autonomia do processo civil levaram ao surgimento da ciência processual como independente do direito material. É o caso, por exemplo, da ação e de suas condições. É impossível examinar a legitimidade *ad causam* dos litigantes sem referência ao direito material alegado.

Decorre daí a instrumentalidade do processo. Se todos respeitassem espontaneamente os ditames legais, não haveria conflitos e o processo seria desnecessário. Mas as coisas não são assim, por vários motivos. Nem sempre as regras são claras; nem sempre são adequadas e, sobretudo, nem sempre são suficientes para reprimir **impulsos humanos** profundamente enraizados, que, cedo ou tarde, se manifestam. É comum que o mais forte queira tomar do mais fraco; que o que não trabalhou queira arrebanhar o fruto do esforço alheio; que o mais esperto queira ludibriar o mais ingênuo.

Com isso, essas regras de conduta, previstas em abstrato pelo legislador para regular situações genéricas, são violadas e surge o conflito de interesses.

A rigor, esse conflito não é ainda um fenômeno processual, mas **sociológico**. Pode surgir e perdurar sem que dele haja qualquer notícia no mundo do processo. Mas pode ocorrer que não se chegue a uma solução. Se assim for, qualquer dos interessados poderá recorrer ao **Estado-juiz** para que dê uma solução imparcial (porque proferida por alguém não envolvido no conflito) e dotada de força coercitiva. Quando o envolvido no conflito procura o Judiciário, o processo tem início, e é nesse ponto que intervém a ciência do processo, cujo fim é perscrutar os mecanismos por meio dos quais o Estado-juiz intervirá na solução dos conflitos a ele levados.

É dela deriva, entre outras coisas, a **instrumentalidade das formas**: a desobediência a determinada forma prescrita na lei processual não invalidará o ato que tenha atingido o resultado para o qual foi previsto. Por exemplo: a lei impõe determinadas formalidades para a citação do réu. Ainda que desobedecidas, o ato será válido se o réu comparecer a juízo (CPC, art. 214, § 1º). A finalidade da citação é dar ciência ao réu da existência do processo, e, se ele comparece, ainda que sem observância pelo legislador para regular situações genéricas, são violadas e surge o conflito de interesses.

O princípio da instrumentalidade das formas foi expressamente consagrado no **art. 154**, do CPC, que assim estabelece: "Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial".

1.5. O processo civil e os demais ramos do direito

O poder e o direito são unos e indivisíveis. Por isso, conquanto por razões técnicas e didáticas a ciência processual os desdobre em numerosos ramos, não há como considerá-los isoladamente. O processo civil tem ligações com todos os demais ramos do direito, com alguns mais intensa

com a possibilidade do processo e do recurso ao Judiciário prevaleceria a força. Parafraseando Rousseau, "convenhamos, pois, que a força não faz o direito e que não se é obrigado a obedecer senão a poderes legítimos"[2].

Eis o momento de formular o conceito do Processo Civil.

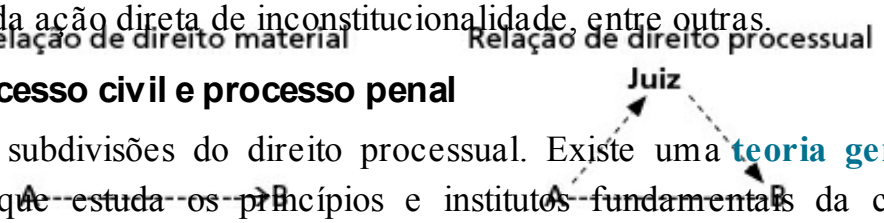
1.1. Conceito

O Processo Civil é o ramo do direito que contém as **regras** e os **princípios** que tratam da **jurisdição civil**, isto é, da aplicação da lei aos casos concretos, para a solução dos conflitos de interesses pelo Estado-juiz.

O conflito entre sujeitos é condição necessária, mas não suficiente para que incidam as normas do processo. Tal só ocorre quando se recorre ao Poder Judiciário apresentando-se-lhe uma pretensão. Portanto, só quando há conflito posto em juízo.

PROCESSO CIVIL = conflito de interesses + pretensão contra o Estado-juiz

Isso é fundamental para que não se confunda a relação entre as pessoas, nas suas vivências intersubjetivas, das quais podem resultar eventuais conflitos, com a que se estabelece com a instauração do processo. Nesta, há um sujeito que não figurava na relação anterior: o juiz, cuja função será a de aplicar a lei ao caso concreto, na busca da **pacificação social**. Só se compreende o processo civil como ramo autônomo do direito quando se faz a distinção entre as relações dos envolvidos em conflitos não levados a juízo, com as daqueles que são levados. As primeiras são lineares, as segundas triangulares.



1.2. Processo civil – direito público ou privado?

A diferença, nos dois subgrupos, está na pretensão. Na jurisdição penal, a pretensão é a aplicação da sanção penal àquele que se acusa de ter perpetrado um crime ou contravenção penal. A natureza dessa pretensão e as peculiaridades da sanção penal exigem que o processo penal tenha características particulares, que o diferenciam do civil. Mas o arcabouço estrutural das duas é o mesmo.

É clássica a subdivisão entre os ramos do direito público e do direito

1.5.1. O processo civil e o direito constitucional

A maior parte dos princípios que rege o processo civil está na Constituição Federal. Como princípios são diretrizes que devem nortear a aplicação e a interpretação das normas, é impossível estudar e compreender o processo civil sem recorrer à Constituição. A consagração desses princípios pela Constituição indica uma tomada de posição: o processo não deve restringir-se a um aglomerado de regras técnicas, mas em um **mecanismo político e ético**, cujas diretrizes são dadas pela lei mais alta do País. A Constituição traça os princípios que servirão de norte para a aplicação das normas do processo. Tal só é relevante no arcabouço do processo formulado pela Constituição, que hoje se fala em um **"Direito Constitucional Processual"**, quando se quer referir ao conjunto de princípios e normas de natureza processual civil que se encontra na Constituição; e em **"Direito Processual Constitucional"**, ao conjunto de normas que regulam a aplicação da jurisdição constitucional[4].

São exemplos de normas constitucionais que têm relevância para o processo civil a garantia geral do **acesso à justiça** (art. 5º, XXXV), da **isonomia** (art. 5º, *caput* e inc. I) e do **contraditório** (art. 5º, LV). A Constituição Federal cuida da organização da justiça, da composição e atribuições dos órgãos incumbidos de aplicar a jurisdição e das garantias dos juízes (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos).

São normas que regulam a jurisdição constitucional as que tratam do mandado de segurança, do *habeas corpus*, dos recursos extraordinário e especial e da ação direta de inconstitucionalidade, entre outras.

1.5.2. Processo civil e processo penal

São subdivisões do direito processual. Existe uma **teoria geral do processo**, que estuda os princípios e institutos fundamentais da ciência processual, aplicáveis ao processo civil, ao penal, ao trabalhista, ao tributário etc. Os **institutos fundamentais** (jurisdição, ação, defesa e processo) e os **princípios estruturais** (devido processo legal, isonomia, contraditório) são os **mesmos**. A diferença está nos diversos subgrupos em que se divide a ciência do Direito, influenciada pelos **ideais aristotélicos**, não se privando de dividi-la em grupos, subgrupos, ramos, divisões. O direito processual civil é um dos subgrupos do direito processual, dividido em processo civil e penal, aos quais pode-se acrescentar o processo trabalhista.

1.5.3. Processo civil e direito penal

A atuação do Estado, em caráter exclusivo, promove a solução dos conflitos de interesses pela aplicação da lei ao caso concreto, tornou ilícita, salvo exceções previstas em lei, a **autotutela**. E para que tal vedação se tornasse efetiva, a lei penal tipificou a conduta, qualificando-a de "exercício arbitrário das próprias razões"; assim, a restauração de um direito violado terá de ser feita pela jurisdição civil, sob pena de constituir crime de exercício arbitrário, salvo nos raros casos em que se autoriza a autotutela.

1.5.4. Processo civil e direito privado

Apesar da autonomia do processo em relação ao direito material, a instrumentalidade o obriga a plasmar-se às exigências do direito material. É por isso que, às vezes, a lei processual cria procedimentos específicos, que se amoldam às peculiaridades do direito material.

Um exame do procedimento da ação de consignação em pagamento, por exemplo, indica a preocupação do legislador em adaptar o processo às necessidades oriundas do direito material. Assim, quando há dúvida sobre quem deva legitimamente receber, cabe ao devedor promover a ação de consignação, uma estrutura adequada para solucionar o conflito. Com a citação dos dois potenciais credores, que passarão a disputar entre si a legitimidade do crédito.

1.5.5. Processo civil e direito público

O processo civil não se presta apenas à aplicação, ao caso concreto, do direito privado, mas também do público. As contendas entre o particular e a Fazenda Pública são veiculadas em processos cíveis.

1.3. Direito material × direito processual

A lei atribui bens e direitos aos membros da coletividade. As normas de **direito material são aquelas que indicam quais os direitos de cada um**. Por exemplo, a que diz que determinadas pessoas têm direito de postular alimentos de outras é material: atribui um interesse primário ao seu titular. As normas de processo são meramente **instrumentais**. Pressupõe que o titular de um direito material entenda que ele não foi respeitado, e recorra ao Judiciário para que o faça valer. O direito material pode ser espontaneamente respeitado, ou pode não ser. Se a vítima quiser fazê-lo valer com força coercitiva, deve recorrer ao Estado, do que resultará a instauração do processo. Ele não é um fim em si mesmo, nem o que almeja quem ingressa em juízo, mas **um meio, um instrumento para fazer valer o direito desrespeitado**. As normas de direito processual regulamentam o

2. BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO CIVIL

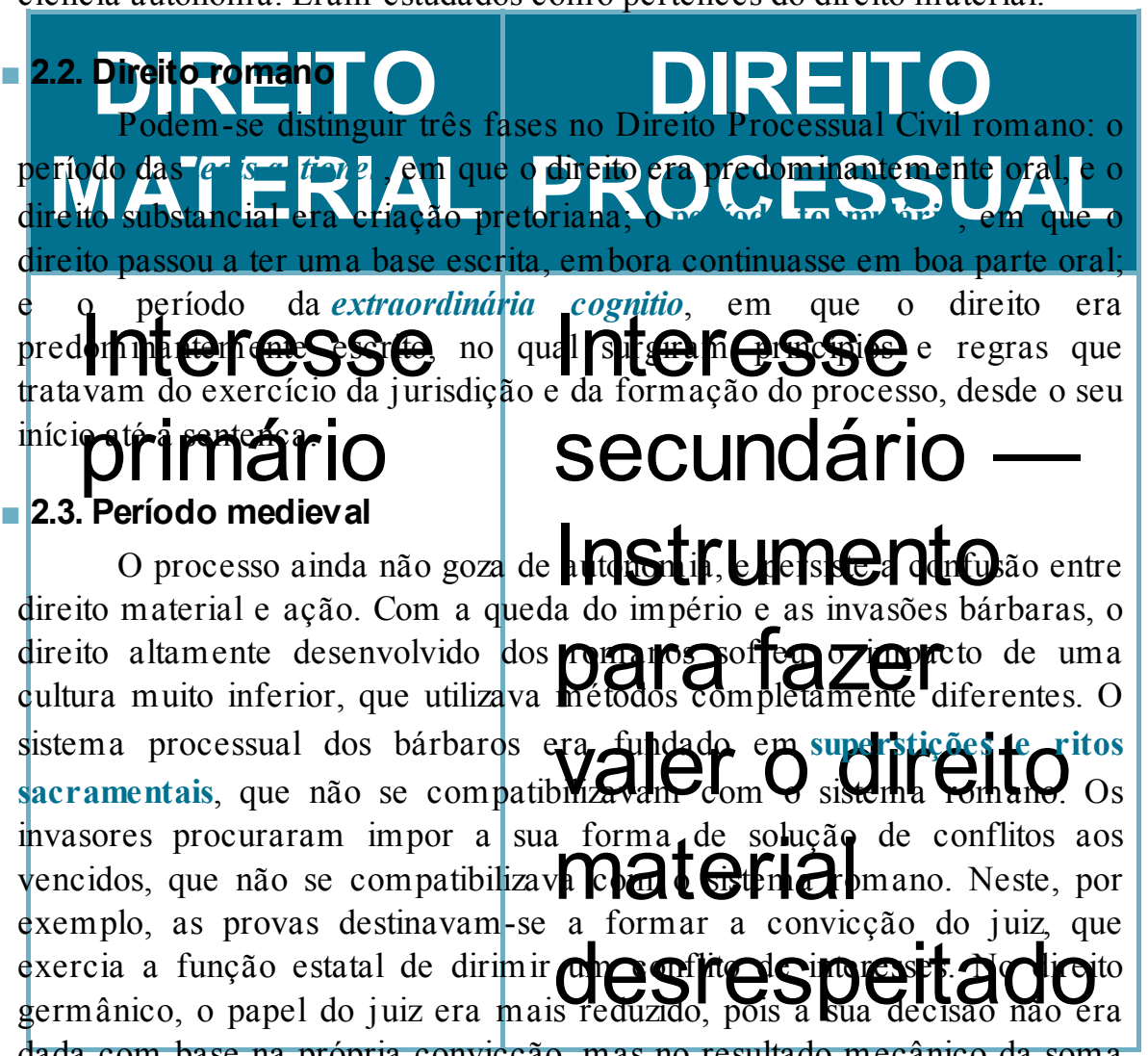
2.1. Introdução

O estudo do desenvolvimento do processo civil na antiguidade e na época medieval, após as invasões bárbaras, tem relevância puramente histórica já que, a rigor, não se podia então falar no processo como ciência autônoma.

O que havia nesse período era uma **assimilação entre os conceitos de processo e ação**, em que não se fazia a distinção entre o direito material e o processual. Não havia a ciência autônoma do processo, cujos institutos fundamentais não se distinguiam daqueles do direito material.

O direito processual integrava o material, era como uma espécie de

instrumento de que se vale o Estado-juiz para fazer valer os direitos não respeitados dos que a ele recorreram.



2.2. Direito romano

Podem-se distinguir três fases no Direito Processual Civil romano: o período das ***legis actiones***, em que o direito era predominantemente oral, e o direito substancial era criação pretoriana; o período formulário, em que o direito passou a ter uma base escrita, embora continuasse em boa parte oral; e o período da ***extraordinária cognitio***, em que o direito era predominantemente escrito, no qual surgiam princípios e regras que tratavam do exercício da jurisdição e da formação do processo, desde o seu início até a sentença.

2.3. Período medieval

O processo ainda não goza de autonomia, e persiste a confusão entre direito material e ação. Com a queda do império e as invasões bárbaras, o direito altamente desenvolvido dos romanos sofreu o impacto de uma cultura muito inferior, que utilizava métodos completamente diferentes. O sistema processual dos bárbaros era fundado em **superstições e ritos sacramentais**, que não se compatibilizavam com o sistema romano. Os invasores procuraram impor a sua forma de solução de conflitos aos vencidos, que não se compatibilizava com o sistema romano. Neste, por exemplo, as provas destinavam-se a formar a convicção do juiz, que exercia a função estatal de dirimir um conflito de interesses. No direito germânico, o papel do juiz era mais reduzido, pois a sua decisão não era dada com base na própria convicção, mas no resultado mecânico da soma dos valores das provas. Cada uma tinha o seu valor, e aqueles que as apresentassem mais valiosas venceriam a demanda, independentemente da convicção do juiz **(prova legal e ordálias)**. O processo medieval foi caracterizado por essa simbiose entre o antigo direito romano e o dos bárbaros.

2.4. O processo civil moderno

Conquanto o surgimento do processo como ciência autônoma seja fruto de uma época, de uma evolução prolongada e permanente, resultado da contribuição de inúmeros estudiosos, costuma-se fixar uma data para o seu nascimento. É o ano de 1868 (o que o torna um dos ramos autônomos mais recentes do direito), quando Oskar von Bülow publicou, na Alemanha, a sua ***Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias***. Por que

essa obra é tida como o marco inicial? Porque nela se evidencia, com maior clareza, que **o processo não podia mais ser confundido com o simples exercício do direito privado**; e que a ação não era o direito material em movimento, ou armado. Do que resulta que a relação que deriva do processo, não se confunde com a relação material que nele se discute. Foi o momento em que o processo ganhou autonomia, em que se deu início à superação do pensamento **imanentista**, que não distinguia entre a ação e o direito material.

Daí, foi um passo para o estabelecimento dos princípios e para a enumeração dos institutos fundamentais, que qualificam uma ciência como tal.

Desde então, a ciência processual teve um notável desenvolvimento, em especial a partir dos estudos de grandes juristas alemães (Wach, Degenkolb, Goldschmidt, Rosemberg, Lent e Schwab) e italianos (Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Liebman e Capeletti).

2.5. O momento atual e as perspectivas para o futuro

O processo civil tem, nos dias de hoje, passado por grandes alterações. A par das teorias e fundamentos clássicos, assiste-se ao surgimento de novos movimentos e tendências, cujos instrumentos prestam-se a atender as necessidades das sociedades contemporâneas.

Há, hoje em dia, uma priorização de certos aspectos do processo, para os quais o sistema tradicional não dava solução. Os casos mais evidentes são os relacionados ao **acesso à justiça e à lentidão dos processos**, bem como à distribuição dos ônus decorrentes da demora na solução dos conflitos. Há ainda a questão da **socialização da justiça**, relacionada ao fato de que muitos conflitos de interesses deixam de ser levados a juízo, seja em virtude do custo que isso demanda, seja porque o interesse não tem lesado direito, pois o dano pulveriza-se entre toda a sociedade (interesses difusos e coletivos).

Entre outros instrumentos que apontam as novas tendências do processo, podem ser mencionados os juizados especiais cíveis, cujo objetivo é facilitar o acesso à justiça, tornando consumidores dela pessoas que possivelmente não levariam a juízo seus litígios de menor extensão; as tutelas de urgência, que servem para reduzir os danos decorrentes da demora do processo; a tutela de interesses difusos e coletivos, atribuída a determinados entes.

A busca atual e os novos rumos do processo dirigem-se para a **universalização da justiça**, com facilitação do acesso de todos, melhor distribuição dos ônus da demora do processo, e a tutela de interesses que, por

fragmentados entre os membros da coletividade, não eram adequadamente protegidos.

A isso, deve-se acrescentar a tendência de **constitucionalização do direito**. O ordenamento jurídico é composto de normas estabelecidas de forma hierárquica. O topo da pirâmide é ocupado pela Constituição Federal, e todas as normas infraconstitucionais devem haurir dela a sua validade. Os princípios fundamentais do processo civil estão na Constituição, e as normas processuais devem ser interpretadas sob a ótica constitucionalista, respeitando as diretrizes por ela estabelecidas.

O processo de hoje e do futuro busca os seguintes valores:

- FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: A lei deve adotar mecanismos que permitam que todos possam levar ao Judiciário os seus conflitos, reduzindo-se a possibilidade da chamada **litigiosidade contida**, em que a insatisfação não é levada a juízo, e permanece latente.
- DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: A demora na solução dos conflitos traz ônus gravosos àquele que ingressa em juízo, o que estimula o adversário a tentar prolongar indefinidamente o processo. Devem-se buscar mecanismos que repartam esses ônus.
- INSTRUMENTALIDADE: O processo é instrumento que deve ser sempre o mais adequado possível para fazer valer o direito material subjacente. Assim, deve-se buscar amoldá-lo sempre, de modo a que sirva da melhor forma à solução da questão discutida.
- TUTELA DE INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS: É decorrência direta da exigência de garantia de acesso à justiça. Há direitos que estão **pulverizados** entre os membros da sociedade, o que traz risco à sua proteção, se esta não for atribuída a determinados entes.
- UNIVERSALIZAÇÃO: Todos os valores aqui mencionados poderiam ser resumidos neste: a busca pela **democratização e universalização da justiça**, única situação em que o Judiciário cumprirá idealmente o seu papel, que é o de assegurar a todos a integral proteção de seus direitos.
- CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL: os princípios do processo civil estão, em grande parte, na Constituição, e as normas devem ser interpretadas sob a ótica constitucional, o que permite falar em um direito constitucional processual.
- EFETIVIDADE DO PROCESSO: relacionada a todos os princípios anteriores. O processo tem de ser instrumento eficaz de solução dos conflitos. O consumidor do serviço judiciário deve recebê-lo de forma adequada, pronta e eficiente. A técnica não deve ser um fim último, mas estar a serviço de uma finalidade, qual seja, a obtenção de resultado que atenda ao que se espera do processo, do ponto de vista

ético, político e social.

2.6. Esquematização do histórico do processo civil

MOMENTO HISTÓRICO	CARACTERÍS MARCANT
Antiguidade	Confusão en ação e direit
	Três fases: predominante oral (*legis ac* Base escrita (período forr Escrita (*extraordinar cognitio*)
Idade média	Persiste a co

	entre ação e
	Invasões bár (prova legal ordálias)
	Fusão entre romano e bá
Processo moderno	Oskar von B 1868
	Autonomia d processo civ
	Distinção ent direito mater processual
	Criação de princípios e

	institutos pró
Processual atual (e novas perspectivas)	Universalizaç acesso
	Duração razo do processo
	Instrumentali das formas
	Tutelas diferenciadas
	Constitucional do processo

3. O PROCESSO CIVIL NO BRASIL

Durante o período colonial vigoraram no Brasil as **Ordenações Filipinas**, editadas em Portugal, o que se prolongou até mesmo após a proclamação da independência.

Em 1850 foi editado, junto com o Código Comercial, **o Regulamento 737**, aplicável, de início, somente às relações comerciais, e discussões judiciais a ela relacionadas.

Posteriormente, no início da República, a aplicação do Regulamento foi estendida às questões cíveis.

A Constituição de 1891, ao atribuir capacidade aos estados federativos de legislar sobre processo, deu ensejo ao surgimento dos códigos judiciários estaduais, que regulavam a justiça dos estados.

Somente com a **Constituição Federal de 1934** é que a competência para legislar sobre processo passou a ser exclusiva da União, do que resultou a edição dos dois Códigos de Processo Civil que vigoraram no Brasil, o de **1939**, e o atual, de **1973**.

Nos dois, já estavam bem assentadas as distinções entre direito material e processual, embora no atual sejam evidentes as conquistas, sobretudo as relacionadas à fase de saneamento, julgamento antecipado da lide, cabimento de recursos e medidas cautelares.

Recentemente, o Código de Processo Civil passou por numerosas alterações. Optou-se por um **sistema gradual de implantação de pequenas reformas**, em detrimento de uma nova codificação. Entre as principais alterações, destacam-se a que generalizou a possibilidade de concessão de **tutelas antecipadas**, a que alterou a **execução civil**, a que implantou **o procedimento monitório** e muitas outras, sempre destinadas a dar maior efetividade ao processo. Teme-se, no entanto, que a extensão de tais reformas acabe por colocar em perigo a integridade e o caráter sistemático, de que gozava o Código em sua redação originária.

Resumidamente, tem-se:

- Fase das Ordenações Filipinas (vigoraram durante o período colonial, e pelo primeiro e segundo Impérios).
- Regulamento 737 — Entrou em vigor em 1850, mas se aplicava tão somente às causas comerciais. Somente em 1890 teve sua aplicação estendida às causas cíveis.
- Constituição de 1891. Atribui competência concorrente aos estados para legislar sobre processo civil, o que deu ensejo ao surgimento de Códigos Judiciários estaduais, em alguns estados da federação, sem prejuízo da existência de normas federais de processo.
- Constituição de 1934. Tornou a atribuir à União a competência para legislar sobre processo. Não revogou os Códigos Judiciários, que permaneceram vigentes até que fosse editado o Código de Processo Civil, de vigência nacional.
- Código de 1939. Vigorou de 01 de janeiro de 1940 a 31 de dezembro de 1973. Embora tenha consagrado numerosas das conquistas feitas, até a época, pela ciência do Processo Civil, pecava pela timidez e falta de técnica. No entanto, consistiu em um significativo avanço em

relação ao período anterior.

- Código de 1973. Entrou em vigor em janeiro de 1974, e foi elaborado a partir do projeto do Min. Alfredo Buzaid, ilustre representante da Escola Paulista do Processo Civil, que se desenvolveu a partir dos estudos realizados por Enrico Tullio Liebman e seus discípulos. Representou enorme avanço, pois imprimiu ao Código um caráter mais científico, adotando os desenvolvimentos mais recentes da técnica processual.
- Constituição de 1988. Atribuiu à União competência exclusiva para legislar sobre direito processual, concedendo aos estados competência supletiva sobre procedimentos em matéria processual. Consagrou inúmeros princípios do processo, dando ensejo ao desenvolvimento do direito processual constitucional.
- Reformas sucessivas e pontuais da legislação. A busca da maior efetividade do processo e o desenvolvimento de novas técnicas processuais têm dado ensejo a uma onda de reformas que alteraram, em boa parte, a fisionomia do Código, sem modificar-lhe, no entanto, a estrutura fundamental.

1 Erasmo de Rotterdam, *Elogio da loucura*, p. 65.

2 Rousseau, *Do contrato social*, Capítulo III.

3 Ulpiano, *Digesto,* Livro I, Título I, § 2º.

4 Essa distinção entre "Direito Processual Constitucional" e "Direito Constitucional Processual" é formulada por Nelson Nery Junior, em *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 15. Mas essa dupla denominação não tem sido usada de modo uniforme pela doutrina, havendo aqueles que a utilizam de forma inversa àquela usada pelo processualista mencionado. Essa divergência no uso das expressões não é relevante, se considerarmos os nomes como rótulos que apomos a coisas ou conceitos. Basta, para a compreensão do tema, que se apreenda a existência, na Constituição Federal, de princípios ou normas que regem o processo civil infraconstitucional; e normas que regulamentam o processo, relacionado a institutos de jurisdição propriamente constitucional. Os primeiros se relacionam à influência da Constituição sobre o processo civil; os segundos, aos mecanismos processuais de efetivação dos institutos constitucionais.

2

A LEI PROCESSUAL CIVIL

1. Norma jurídica

2. Duas categorias de normas: as cogentes e as não cogentes

3. Norma processual

4. Fontes formais da norma processual civil

   4.1. A lei federal como fonte formal do processo civil

   4.2. Constituição e leis estaduais

   4.3. Fontes formais acessórias

   4.4. Súmulas vinculantes

5. Fontes não formais do processo

   5.1. Jurisprudência

6. Interpretação da lei

   6.1. Hermenêutica jurídica

   6.2. Métodos de interpretação

   6.3. Quadro indicativo dos vários métodos de interpretação

7. Lei processual civil no espaço

8. Lei processual civil no tempo

   8.1. Vigência

   8.2. A lei processual nova e os processos em curso

   8.3. Isolamento dos atos processuais

8.4. Lei nova que altera competência

■ 1. NORMA JURÍDICA

Vigora entre nós o **princípio da supremacia da lei**, norma escrita emanada da autoridade competente.

As principais características da norma jurídica são:

■ GENERALIDADE, já que ela se **aplica a todas as pessoas indistintamente**, ou ao menos a uma categoria delas. Daí o seu caráter abstrato.
■ IMPERATIVIDADE, pois ela impõe a todos os destinatários uma obrigação. Por isso, a norma tem, em regra, **caráter bilateral:** a cada dever imposto corresponde um direito. Exemplo: se impõe o dever de não causar dano a alguém, obriga aquele que o causar a indenizar a vítima.
■ AUTORIZAMENTO, que consiste na possibilidade de o lesado pela violação à norma exigir-lhe o cumprimento, o que distingue as normas legais, das éticas ou religiosas.
■ PERMANÊNCIA, que significa que a norma vigora e prevalece até sua revogação.
■ EMANAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE, nos termos impostos pela Constituição Federal.

■ 2. DUAS CATEGORIAS DE NORMAS: AS COGENTES E AS NÃO COGENTES

Essa classificação leva em conta a **imperatividade** da norma, que pode ser:

■ COGENTE: **de ordem pública**, não pode ser derrogada pela vontade do particular. Editada com finalidade de resguardar os interesses da sociedade.
■ NÃO COGENTE: também chamada **dispositiva**, não contém um comando absoluto, inderrogável. Sua imperatividade é relativa. Subdivide-se em:

— PERMISSIVA: **quando autoriza o interessado a derrogá-la**, dispondo da matéria da forma como lhe convier.
— SUPLETIVA: **aplicável na falta de disposição em contrário das partes**.

3

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

1. Introdução

2. PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- 2.1. Princípio do devido processo legal
- 2.2. Princípio do acesso à justiça
- 2.3. Princípio do contraditório
- 2.4. Princípio da duração razoável do processo
- 2.5. Princípio da isonomia
- 2.6. Princípio da imparcialidade do juiz (juiz natural)
- 2.7. Princípio do duplo grau de jurisdição
- 2.8. Princípio da publicidade dos atos processuais
- 2.9. Princípio da motivação das decisões judiciais

3. PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

- 3.1. Introdução
- 3.2. Princípio dispositivo
- 3.3. Princípio da oralidade
- 3.4. Princípio da persuasão racional (ou livre convencimento motivado)

4. Questões

1. INTRODUÇÃO

Princípios gerais são aquelas **premissas sobre as quais se apoiam as ciências**. Desde que o Processo Civil conquistou *status* de ciência autônoma, tornou-se necessária a formulação de seus princípios fundamentais. Eles servem de princípios gerais, que orientam todo o processo.

Os **princípios gerais** do processo foram fixados na Constituição Federal. Mas há outros, também importantes, que têm estatura infraconstitucional.

Eles não se confundem com os princípios **informativos (ou formativos)**, que se subdividem em:

- **Lógico:** a sequência de atos no processo deve obedecer a um regramento lógico, de forma que os superiores derivem dos precedentes em uma ordenação que faça sentido. Não seria lógico, por exemplo, que se fizesse correr um prazo recursal antes que a decisão fosse proferida.
- **Econômico:** o processo deve buscar obter o melhor resultado possível com o menor dispêndio de recurso e de esforços.
- **Jurídico:** o processo deve respeitar as regras previamente estabelecidas no ordenamento jurídico.
- **Político:** o processo deve buscar o seu fim último, que é a pacificação social, com o menor sacrifício social possível.

Mais do que princípios, essas formulações são **regras técnicas**, de conteúdo extrajurídico, que servem de orientação e aplicação do direito.

Vão nos interessar mais os princípios fundamentais, estes de conteúdo propriamente jurídico-político, e que serão agrupados em duas categorias: os de estatura constitucional e os infraconstitucionais.

2. PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1. Princípio do devido processo legal

2.1.1. Introdução

Também chamado de **princípio da legalidade**, ou ainda pela expressão latina *due process of law*, o princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Trata-se de uma espécie de síntese, que resume todos os demais princípios que podem ser assim resumidos.

Desse princípio derivam todos os demais. A Constituição preserva a liberdade e os bens, garantindo que o seu titular não os perca por atos não jurisdicionais do Estado. Além disso, o Judiciário deve observar as garantias inerentes ao Estado de direito, e deve respeitar a lei, assegurando a cada um o que é seu.

3. PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

3.1. Introdução

Os **princípios gerais** que orientam o processo foram fixados na Constituição Federal. Mas há outros, também importantes, que têm estatura infraconstitucional.

Eles não se confundem com os princípios **informativos (ou formativos)**, que se subdividem em:

- **Lógico:** a sequência de atos no processo deve obedecer a um regramento lógico, de forma que os superiores derivem dos precedentes em uma ordenação que faça sentido. Não seria lógico, por exemplo, que se fizesse correr um prazo recursal antes que a decisão fosse proferida.
- **Econômico:** o processo deve buscar obter o melhor resultado possível com o menor dispêndio de recurso e de esforços.
- **Jurídico:** o processo deve respeitar as regras previamente estabelecidas no ordenamento jurídico.
- **Político:** o processo deve buscar o seu fim último, que é a pacificação social, com o menor sacrifício social possível.

Mais do que princípios, essas formulações são **regras técnicas**, de conteúdo extrajurídico, que servem de orientação e aplicação do direito.

Vão nos interessar mais os princípios fundamentais, estes de conteúdo propriamente jurídico-político, e que serão agrupados em duas categorias: os de estatura constitucional e os infraconstitucionais.

3.2. Princípio dispositivo

A compreensão adequada desse princípio exige que se perceba bem a diferença entre a **relação processual, de natureza pública, e a relação de direito material que subjaz ao processo, e que pode envolver interesses públicos ou meramente privados**.

Sem essa distinção, corre-se o risco de extrair da disponibilidade do direito material consequências para o processo civil que, em regra, não são verdadeiras.

3.2.1. A disponibilidade do direito material

Há processos nos quais a relação material subjacente versa sobre interesses **disponíveis ou indisponíveis**. Se o direito discutido é do primeiro tipo, as partes estão autorizadas a transigir. O autor pode renunciar ao direito em que se funda a ação, e o réu pode reconhecer o pedido inicial, casos em que o processo será sempre extinto com julgamento de mérito. Se o conflito que ensejou a instauração do processo versar sobre interesse indisponível, nada disso poderá ocorrer.

No primeiro caso, se o réu preferir não se defender, o juiz presumirá verdadeiros os fatos narrados na petição inicial e proferirá o julgamento antecipado da lide; no segundo caso, a falta de defesa não gera essa consequência, e o autor terá de provar os fatos que alegou.

3.2.2. O princípio dispositivo e a propositura da demanda

Também chamado de **princípio da inércia**, ou ainda pela expressão latina *nemo iudex sine actore*, o princípio dispositivo está previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Daí se extrai a ideia de que a existência do chamado **princípio da Magna Carta por João Sem Terra** não pode ser assim resumido: o juiz não age de ofício, mas aguarda a provocação das partes, sem a qual não tem iniciativa. Mas a exigência de propositura da demanda não deixa de constituir manifestação do poder dispositivo: cabe à parte interessada decidir se ingressa ou não em juízo, cabendo-lhe ainda verificar qual o momento oportuno para tanto. O titular do direito pode, se o preferir, não ingressar

2.1.2. Devido processo legal substancial e formal

O devido processo legal formal (*procedural due process*) diz respeito à tutela processual. Isto é, ao processo, as garantias que ele deve respeitar e ao regramento legal que deve obedecer. Já o **devido processo legal substancial (*substantive due process*)** constitui autolimitação ao poder estatal, **que não pode editar normas que ofendam a razoabilidade e afrontem as bases do regime democrático**. Para nós, interessa, sobretudo, o aspecto formal, que diz respeito ao arcabouço processual.

2.2. Princípio do acesso à justiça

Também chamado de princípio da **inafastabilidade da jurisdição**, decorre do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O texto assegura o direito à proteção judicial efetiva. Esse princípio deve ser conjugado com o anterior e o que autoriza, examinado em seguida.

Ele se traduz no **direito de ação em sentido amplo**, isto é, o de obter do Poder Judiciário uma resposta aos requerimentos a ele dirigidos. Esse direito é amplo e incondicional: o Judiciário não pode se recusar a examinar e a responder os pedidos que lhe foram formulados. Pode ser que a resposta se limite a informar ao autor que a pretensão não pode ser examinada, porque faltam as condições exigidas para isso. Mas a informação prevista no art. 267, VI, do CPC só virá depois de o juiz ter oferecido a oportunidade para o processo se desenvolver. Pode-se dizer, portanto, que a relação a uma coisa quanto a outra prevalece o princípio dispositivo: a parte decide se e quando vai propor a ação, e qual o pedido e os fundamentos que vai apresentar, o que circunscreverá os limites da cognição judicial. Isso vale tanto para os processos que versam interesses disponíveis quanto indisponíveis.

A Lei de Arbitragem permitiu aos conflitantes atribuir a solução a um árbitro, que proferirá sua decisão com força de sentença, sem necessidade de posterior homologação do Poder Judiciário. **Não há inconstitucionalidade, nem ofensa o princípio da inafastabilidade da jurisdição**, conforme decidiu o STF na Ação Regimental n. 5.206, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence: "discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando, o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF".

O acesso à justiça não pode sofrer restrições estranhas à ordem

3.2.3. O princípio dispositivo e os limites do conhecimento do juiz

Cumpre ao autor, ao aforar a demanda, indicar na petição inicial quais são os **fundamentos de fato em que baseia o pedido**. Dessa indicação o juiz não pode desbordar. Ao proferir a sua sentença, **ele não pode se afastar do pedido, e dos fatos descritos na inicial, sob pena de a sua sentença ser tida por *extra petita*** e, portanto, nula.

A cognição do juiz é limitada pelos fundamentos da inicial (causa de pedir).

O que foi mencionado no item anterior e no presente item é de suma importância para que se estabeleça quais os poderes do juiz no processo. Dentre as limitações que ele sofre no processo civil está a relacionada à iniciativa da ação, que depende das partes, bem como a referente aos limites de sua cognição, que não pode extrapolar os fundamentos apresentados pelo autor.

Em síntese, **a iniciativa tanto de propor a ação como de indicar o pedido e os fundamentos fáticos em que se baseia a postulação cabe ao autor**, não tendo o juiz poderes para isso. Mas a instrução probatória, **que também é atribuição das partes, fica sob o controle do juiz**, que poderá indeferir provas inúteis ou meramente protelatórias.

3.2.4. O princípio dispositivo e a produção de provas

Depois de proposta a demanda e fixados os limites subjetivos e objetivos da lide, o desenvolvimento do processo, a sua condução, será feito de ofício pelo juiz. E, dentro dos limites da ação proposta, **ele tem poderes para investigar os fatos narrados, determinando as provas que sejam necessárias para a formação do seu convencimento**. Nesse aspecto, cumpre lembrar o disposto no art. 130, do CPC: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias". Esse dispositivo não sofre qualquer restrição pelo fato de o direito material subjacente discutido no **processo ser disponível ou indisponível**. Em ambos os casos, o juiz tem poderes instrutórios, cabendo-lhe determinar as provas

processuais. Isso porque, dentro dos limites da lide, o juiz deve esgotar os meios de convencimento possíveis para bem julgar (art. 5º, LV, da CF), a fim de que a decisão dos Tribunais Superiores não seja anulada por cerceamento de defesa.

Esse princípio, também chamado de princípio da verdade real, impõe ao juiz o dever de buscar a verdade dos fatos, a fim de que possa julgar a causa com justiça. Desse modo, a lei processual lhe confere poderes para determinar a produção de provas, ainda que não requeridas pelas partes, sempre que entender necessárias à formação de seu convencimento (CPC, art. 130).

Esse princípio, também chamado de princípio da verdade real, impõe ao juiz o dever de buscar a verdade dos fatos, a fim de que possa julgar a causa com justiça. Desse modo, a lei processual lhe confere poderes para determinar a produção de provas, ainda que não requeridas pelas partes, sempre que entender necessárias à formação de seu convencimento (CPC, art. 130).

Para isso, deve ele dar ciência aos litigantes de tudo o que nele se passa, de modo a permitir-lhes que se manifestem, apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário. O juiz tem de ouvir aquilo que os participantes do processo têm a dizer, e, para tanto, é preciso dar-lhes oportunidade de se manifestar, e ciência do que se passa, pois que, sem tal conhecimento, não terão condições adequadas para se manifestar.

Há casos em que, depois de encerrada a instrução, o juiz não consegue apurar os fatos, a verdade não aflora. Como não é possível que ele se exima de sentenciar (*non liquet*), a lei formula, no art. 333 do CPC, algumas normas técnicas de julgamento: são as regras do ônus da prova, dirigidas ao juiz, que as deve aplicar quando os fatos não puderam ser esclarecidos.

Nesse caso, o contraditório terá se efetivado com a concessão às partes de oportunidade de resistir à pretensão formulada pelo adversário. Mas fica-lhes ressalvada a possibilidade de não resistir. Isso assinala uma diferença de intensidade entre o contraditório na esfera do processo civil e do processo penal.

Imagine-se que, em determinado processo, se tenham esgotado as provas requeridas pelas partes, sem que o juiz tenha podido esclarecer os fatos. Se nenhuma outra coisa puder ser feita para aclará-los, o juiz terá de se valer das regras do ônus da prova, julgando contra aquele que, no caso, tinha o ônus de provar. Mas e se houver alguma prova que não requerida, possa esclarecer os fatos? O juiz deve determiná-la de ofício?

A resposta é afirmativa. As regras do ônus da prova devem ser utilizadas somente em último caso, quando, esgotadas as possibilidades, os fatos não tiverem sido aclarados. Se houver alguma outra prova que possa contribuir para a formação do convencimento do juiz, ele deve determiná-la de ofício. Mas em ambos a defesa é um ônus, e o réu pode apresentá-la ou não.

Assim, a aplicação do art. 333 deve ser suplementar à do art. 130. Primeiro, deve o juiz verificar se há alguma coisa que possa promover os esclarecimentos necessários; em caso afirmativo, deve determiná-la; somente se as possibilidades tiverem se esgotado e que ele se valerá das regras do ônus da prova.

A determinação de provas de ofício pelo juiz não compromete a sua imparcialidade, porque não visa favorecer esse ou aquele litigante, mas dar-

2.3. Princípio do contraditório

Este princípio, também chamado de princípio da ampla defesa, está consagrado no art. 5º, LV, da CF, que assim dispõe: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Do contraditório resultam duas exigências: a de se dar ciência aos réus da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário. O juiz tem de ouvir aquilo que os participantes do processo têm a dizer, e, para tanto, é preciso dar-lhes oportunidade de se manifestar, e ciência do que se passa, pois que, sem tal conhecimento, não terão condições adequadas para se manifestar.

2.3.1. Contraditório na esfera civil e penal: diferenças

No processo civil, o contraditório deve ser a concessão às partes de oportunidade de resistir à pretensão formulada pelo adversário. É fundamental que haja a conciliação entre o disposto no art. 333, do CPC, e no art. 130, que atribui poderes instrutórios ao juiz.

Neste, o contraditório há de ser efetivo, sempre. Mesmo que o acusado não queira se defender, haverá nomeação de um advogado dativo que oferecerá defesa técnica em seu favor. Na esfera cível, o réu se defende ou não, a seu critério, sendo-lhe lícito, inclusive, não se defender, se tiver interesse nisso. Há, assim, um interesse público processual que justifica a determinação, de ofício, de uma prova útil à formação do convencimento. O interesse de que o juiz julgue da melhor forma, preferindo a verdade à aparência, não é só dos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

3.2.5. O princípio dispositivo e as regras do ônus da prova

Há casos em que, depois de encerrada a instrução, o juiz não consegue apurar os fatos, a verdade não aflora. Como não é possível que ele se exima de sentenciar (*non liquet*), a lei formula, no art. 333 do CPC, algumas normas técnicas de julgamento: são as regras do ônus da prova, dirigidas ao juiz, que as deve aplicar quando os fatos não puderam ser esclarecidos.

É fundamental que haja a conciliação entre o disposto no art. 333, do CPC, e no art. 130, que atribui poderes instrutórios ao juiz.

Imagine-se que, em determinado processo, se tenham esgotado as provas requeridas pelas partes, sem que o juiz tenha podido esclarecer os fatos. Se nenhuma outra coisa puder ser feita para aclará-los, o juiz terá de se valer das regras do ônus da prova, julgando contra aquele que, no caso, tinha o ônus de provar. Mas e se houver alguma prova, não requerida, que possa esclarecer os fatos? O juiz deve determiná-la de ofício?

A resposta é afirmativa. As regras do ônus da prova devem ser utilizadas somente em último caso, quando, esgotadas as possibilidades, os fatos não tiverem sido aclarados. Se houver alguma outra prova que possa contribuir para a formação do convencimento do juiz, ele deve determiná-la de ofício. Mas em ambos a defesa é um ônus, e o réu pode apresentá-la ou não.

Assim, a aplicação do art. 333 deve ser suplementar à do art. 130. Primeiro, deve o juiz verificar se há alguma coisa que possa promover os esclarecimentos necessários; em caso afirmativo, deve determiná-la; somente se as possibilidades tiverem se esgotado e que ele se valerá das regras do ônus da prova.

A determinação de provas de ofício pelo juiz não compromete a sua imparcialidade, porque não visa favorecer esse ou aquele litigante, mas dar-

2.3.1. Contraditório na esfera civil e penal: diferenças

A diferença de contraditório nas esferas civil e penal repercute sobre os poderes do juiz. Na esfera penal, como o réu tem de ser efetivamente defendido, se o juiz verificar que o advogado nomeado ou constituído pelo réu não o está defendendo adequadamente, terá de destituí-lo, dando-lhe oportunidade de nomear outro, sob pena de ser-lhe dado um dativo. Na esfera cível, o juiz não tem esse poder: ainda que uma das partes não esteja

se dedicada a aprofundamento, não será possível destacar o bom candidato.

Em conclusão, pode-se afirmar que:

O processo civil é regido pelo princípio dispositivo apenas no que se refere à propositura da demanda e aos contornos subjetivos e objetivos da lide. Quanto à produção de provas, melhor seria dizer que vale o princípio inquisitivo, podendo o magistrado investigar e determinar livremente as provas necessárias.

2.2.2. O contraditório e a liminar "*inaudita altera parte*"

O art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal assegura **o contraditório em todos os processos judiciais e administrativos. Mas não estabelece que ele tenha de ser necessariamente prévio.**

Há casos em que se justifica o contraditório **diferido**, postergado, realizado *a posteriori*. São aqueles que em há risco iminente de prejuízo irreparável, ou em que o contraditório prévio pode colocar em risco o provimento jurisdicional. Imagine-se que alguém tente fugir com uma criança, levando-a para outro país. A mãe, preocupada, ajuíza ação de busca e apreensão. Se fosse necessário ouvir primeiro o réu, haveria risco de desaparecimento da criança.

Tais circunstâncias justificam que o juiz primeiro conceda a medida, e, depois, ouça o réu. Não há ofensa nenhuma ao contraditório, porque ele é observado, e o litigante terá o direito de se manifestar e interpor os recursos que entender cabíveis. Mas ele só é tomado *a posteriori*, para viabilizar o cumprimento da determinação judicial.

2.2.3. Contraditório e execução civil

Muito se discutia sobre a existência do contraditório na execução, o princípio da prioridade da iniciativa das partes que deve ser conciliado com o impulso oficial do processo, e com o disposto no art. 130, do CPC.

Por isso, em questões escritas de concurso, em que o candidato seja indagado sobre poderes instrutórios do juiz, seria proveitoso que houvesse alusão às duas posições doutrinárias.

Conquanto **não tenha a mesma amplitude** que no processo de conhecimento, o contraditório existe na execução. Primeiro, porque ela implica em processo judicial, ao qual a Constituição determina sempre a observância do contraditório. Depois, porque o executado precisa tomar ciência de tudo o que ocorre na execução (tanto que ele é citado, na fundada em título extrajudicial; e intimado de todos os atos executivos, sobretudo da penhora e dos atos de alienação judicial de bens, em ambos os tipos de execução, tendo sempre a oportunidade de manifestar-se). Se não houvesse nenhum contraditório nas execuções, não haveria citações, intimações, nomeação de curador especial aos citados fictamente (súmula 196, do STJ) e a possibilidade de o executado apresentar defesas no bojo da própria execução (exceções e objeções de pré-executividade).

2.2.6. Controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o tema

As conclusões mencionadas nos itens anteriores são apoiadas por boa parte da doutrina e da jurisprudência. Entre outros, poderiam ser citados os nomes de José Roberto dos Santos Bedaque[2] e José Carlos Barbosa Moreira[3].

Mas essa não é uma opinião unânime. Moacyr Amaral Santos, por exemplo, tem posição diferente: para ele, a regra é de que cumpre às partes requerer as provas necessárias para a comprovação do que alegaram, sendo a atividade instrutória do juiz apenas supletiva. Para ele, prevalece o princípio da prioridade da iniciativa das partes, que deve ser conciliado com o princípio oficial do processo, e com o disposto no art. 130, do CPC[4].

Por isso, em questões escritas de concurso, em que o candidato seja indagado sobre poderes instrutórios do juiz, seria proveitoso que houvesse alusão às duas posições doutrinárias.

3.3. Princípio da oralidade

Seu valor é mais histórico do que atual. Originalmente, transmitia a ideia de que os atos processuais deveriam ser realizados, em regra, oralmente, sobretudo os relacionados à colheita de prova em audiência de instrução. A verdade é que, nos dias que correm, resta muito pouco da ideia originária de chovenda a respeito da oralidade, porque, mesmos os atos praticados oralmente, como os relacionados à oitiva de perito, partes e testemunhas em audiência, são imediatamente reduzidos a escrita.

Onde se poderia falar com mais pertinência em oralidade é no Juizado Especial Cível, em que efetivamente há uma maior quantidade de atos orais. Mas mesmo lá há necessidade de documentação do principal que ocorre no processo.

2.3.4. Contraditório e o art. 285-A do CPC

3.3.1. Importância atual do princípio da oralidade

A Lei nº 11.277, de 06 de fevereiro de 2006, acrescentou ao CPC o art. 285-A, que trouxe muita polêmica, sobretudo em relação ao princípio do

contraditório. Nos atuais Códigos de Processo Civil e Penal brasileiros, a oralidade é princípio inerente ao procedimento, que deve ser predominantemente oral, mas não exclusivamente oral. Não se pode falar em "oralidade" no Brasil. Mas o que interessa, em relação ao princípio do contraditório, é que dele derivaram outros princípios que ainda hoje são importantes e que permitem aquilo que tem sido chamado de **julgamento antecipadíssimo da lide**, isto é, a total improcedência antes mesmo da citação do réu, em **caso de ações repetitivas**, quando no mesmo juízo, em situações idênticas, tiver sido essa a solução. Não é esse o momento oportuno para examinar em profundidade esse artigo, senão no que se refere ao contraditório. Parece-nos que ele não ofende esse princípio, porque a sentença só poderá ser proferida sem a oitiva do réu quando for de total improcedência, isto é, quando não lhe trouxer nenhum prejuízo. Se for imposta ao réu sucumbência, ainda que mínima, o dispositivo não poderá ser aplicado. Portanto, ele só aufere vantagens. E o legislador mostrou cuidado ao determinar que, em caso de apelação do autor, será o réu citado para oferecer suas contrarrazões, com o que fica-lhe assegurada a possibilidade de, em tese, anular a sentença de improcedência liminar.

Não existe, entre nós, a figura do juiz de instrução, adotado no sistema criminal francês, tão polêmico. Tal juiz apenas promove a colheita de provas e faz um prévio juízo de admissibilidade, sobre a existência ou não de indícios do crime. Mas não é ele quem promove eventual condenação. Há uma dissociação entre aquele que colhe a prova e o que julga. Não é esse o sistema adotado no Brasil, entre nós é o próprio juiz da causa quem colhe a prova diretamente. É evidente que, em alguns casos, ele necessitará da colaboração de colegas, quando, por exemplo, a prova tiver de ser colhida por carta precatória ou rogatória.

É comum que, em um processo, uma das partes queira se valer de prova que foi produzida em outro, mas nem sempre o juiz poderá admiti-la. Quais são os regramentos que delimitam a utilização da prova emprestada?

Vem acolhido expressamente no art. 132, do CPC, que assim estabelece: "O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convencido, em virtude de fundamento alegado por qualquer dos seus membros, ou do próprio juiz, de que deve ser convocado, ouvido ou diligenciado, caso em que passará os autos ao seu sucessor". Quando há colheita de prova oral, podem formular perguntas às testemunhas ou apresentar contradita, quando quiserem suscitar suspeição ou impedimento.

Quando uma das partes traz prova produzida em outro processo, para usá-la contra o seu adversário, o juiz só poderá admiti-la se esse adversário tiver participado da produção dessa prova, no processo anterior.

Um princípio que ajuda a colher a prova é o da identidade física do juiz. Trata-se de princípio pouco referido, mas de enorme importância prática. Uma pessoa (A) sofre um acidente de trabalho, do qual decorrem

3.3.2. Subprincípio da imediação

Estabelece que compete ao juiz do processo colher **diretamente a prova oral, sem intermediários**.

A Adin ainda não foi julgada, mas **a liminar foi indeferida**, e o dispositivo está em vigor.

2.3.5. O contraditório e a prova emprestada

Questão em que avulta a importância do contraditório é a da utilização de **prova emprestada**.

É comum que, em um processo, uma das partes queira se valer de prova que foi produzida em outro, mas nem sempre o juiz poderá admiti-la. Quais são os regramentos que delimitam a utilização da prova emprestada?

3.3.3. Subprincípio da identidade física do juiz

O princípio do contraditório exige que as **partes tenham oportunidade de participar da produção da prova**. Para tanto, o juiz deverá ouvir as testemunhas, realizar perícias, tomar depoimentos pessoais das partes, inclusive por carta, se for o caso. Mas não basta que conclua a audiência. **É indispensável que colha prova oral**. Se, na audiência, ele não ouve ninguém, nem o perito, nem as partes em depoimento pessoal, nem as testemunhas, não há razão para que seja ele a julgar.

O princípio pressupõe que o juiz colha a prova que irá julgar. Trata-se de princípio pouco referido, mas de enorme importância prática. Uma pessoa (A) sofre um acidente de trabalho, do qual decorrem

respeito à colheita de provas, à instrução do processo. O que nasta da oralidade hoje, em dia é a necessidade de o julgador aproximar-se o quanto possível da instrução e das provas realizadas ao longo do processo

vinculado

juiz só poderá admiti-la se esse adversário

lesões. Mas tanto faz, em razão dos princípios que vedam a prova emprestada, pois, ainda que tenha sido produzida com a presença das partes, não terá sido produzida perante o juiz que irá julgar a causa. Assim, o juiz que for julgar a causa não poderá valer-se da prova produzida perante outro juízo, ainda que as partes sejam as mesmas.

Mas tanto faz, em razão dos princípios que vedam a prova emprestada, pois, ainda que tenha sido produzida com a presença das partes, não terá sido produzida perante o juiz que irá julgar a causa. Assim, o juiz que for julgar a causa não poderá valer-se da prova produzida perante outro juízo, ainda que as partes sejam as mesmas.

Convocado — isto é, passar a auxiliar os órgãos diretivos dos tribunais. Assim, por exemplo, juízes convocados para auxiliar a Presidência ou a Corregedoria dos Tribunais desvinculam-se.

Licenciado — o juiz que, por força de licença, afasta-se de suas funções, desvincula-se. Não seria razoável que as partes tivessem de aguardar o seu retorno para a prolação de sentença. Parece-nos, por exemplo, que a licença-paternidade, dada a sua pequena duração, não terá o condão de desvincular o juiz, mas a licença-maternidade sim, porque as partes não poderiam aguardar os 180 dias de sua duração. Nesse caso, aquele que suceder a juíza licenciada proferirá sentença.

Em ambas, será indispensável que o autor comprove incapacidade para o trabalho e, para isso, a prova necessária é a pericial. Imagine-se que, no processo em face do INSS seja realizada tal prova. É comum que, no processo ajuizado em face do patrão, se queira utilizar, por empréstimo, a prova produzida no outro processo. Mas será isso possível?

Depende. Pode ser, por exemplo, que o resultado da perícia agrade o autor A, e que ele traga cópias e peça para usá-la no segundo processo como prova emprestada contra o patrão. Se ele o fizer, o juiz deve, primeiro, ouvir o patrão. **Se este discordar, o juiz não poderá admitir tal prova**, porque o princípio do contraditório, que é providência, não teve oportunidade de participar do contraditório, formulando quesitos e indicando assistentes. Utilizar essa prova sem o seu consentimento, e sem que ele tenha participado da sua produção, implicaria ofender o princípio do contraditório. Tal perícia só poderá, pois, ser utilizada como prova emprestada se o patrão, que não participou, concordar.

Há controvérsia a respeito das férias do juiz, havendo acórdãos do STJ entendo que elas desvinculariam (*RT* 351/392). Parece-nos, porém, que o mais razoável é que as férias não tenham esse feito. A propósito, exemplar o acórdão da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Min. Franciulli Neto:

"**EMENTA:** Não se justifica, mesmo com a inclusão no art. 132 da expressão afastado por qualquer motivo", deixar sem aplicação diversos princípios informadores de todo o Processo Civil Brasileiro (oralidade, imediatidade, identidade física do juiz, juiz natural etc.), em nome da celeridade processual, porque o juiz da causa, que foi provocada, não teve oportunidade de participar do contraditório, formulando questões e indicando assistentes. Utilizar essa prova sem o seu consentimento, e sem que ele tenha participado da sua produção, implicaria ofender o princípio do contraditório. Tal perícia só poderá, pois, ser utilizada como prova emprestada se o patrão, que não participou, concordar.

Afastado por qualquer motivo: o acréscimo dessa causa de desvinculação enfraquece o princípio, dada a dificuldade de se provar que o juiz se afastou para não julgar a causa. Por isso, é melhor entender que a expressão foi utilizada pelo legislador. Tem prevalecido o entendimento de que a transferência ou remoção do juiz o desvincula, inserindo-se no conceito de afastamento.

Promovido: haverá promoção quando o juiz for elevado de entrância ou de instância. Assim, quando passar de substituto à entrância inicial, estará promovido, desvinculando-se dos processos em que havia feito audiência. Da mesma forma, se for aprovado em concurso para juiz de outra vara.

Aposentado: a aposentadoria, por razões óbvias, desvincula o juiz.

Exonerado: o juiz que pede exoneração do cargo desvincula-se.

Removido: a remoção, a pedido ou compulsória, desvincula o juiz.

Disponibilidade: o juiz que for colocado em disponibilidade desvincula-se.

Aposentadoria compulsória: o juiz que for aposentado compulsoriamente desvincula-se.

Perda do cargo: o juiz que perder o cargo desvincula-se.

Férias: o juiz que entrar em férias desvincula-se e passe os autos ao

2.4. Princípio da duração razoável do processo

seu sucessor, sob pena de nulidade relativa, poderá arguir a nulidade dentro de cinco dias. Trata-se de faculdade, e não de ônus processual.

Essa introdução foi feita pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou ao art. 5º da CF/88 o inciso LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação". A rigor, já se poderia encontrar fundamento, em nosso ordenamento jurídico, para esse princípio, seja porque ele explicita um dos aspectos do devido processo legal (para que o processo alcance o seu desiderato é preciso que chegue a termo dentro de prazo razoável), seja porque o **Pacto de San José da Costa Rica**, de 1969, já o consagrava, tendo a nossa legislação o ratificado.

3.3.4. Subprincípio da concentração

Estabelece que a audiência de instrução deve ser **una e concentrada**, para que o juiz, ao colher as provas, possa ter uma visão sistemática e unificada dos fatos, dos quais se deve recordar para promover o julgamento. Mas razões práticas podem levar a que a realização material da audiência se desdobre em mais de uma data, quando, por exemplo, faltar uma das testemunhas, ou não for possível ouvi-las todas. Mas, se assim for, nem por isso considerar-se-ão realizadas duas audiências, **mas apenas uma**, sendo a segunda data apenas uma continuação da audiência anteriormente iniciada.

3.3.5. Subprincípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias

Devem se buscar os melhores resultados possíveis com a maior economia de esforços, despesas e tempo possível. Esse princípio imbrica com o da efetividade do processo (afinal, a duração razoável é necessária para que ele seja eficiente).

Podem ser citados numerosos exemplos de medidas que foram tomadas para torná-lo mais célere: a extensão dos casos em que cabe a concessão de tutelas de urgência, a possibilidade de solução concentrada de casos idênticos e repetitivos, as súmulas vinculantes, a adoção de meios eletrônicos, no processo, a redução de número de recursos, para citar, sobretudo, aqueles dotados de efeito suspensivo. Deve haver, ainda, cuidado para que o número de juízes se mantenha condizente com o de processos e que eles estejam suficientemente equipados para dar conta da demanda.

3.4. Princípio da persuasão racional (ou livre convencimento motivado)

2.5. Princípio da isonomia

Tem relação com o anterior, porque diz respeito à instrução do processo e às provas colhidas. Mas, enquanto os subprincípios dos itens anteriores versavam sobre a colheita de provas, este diz respeito **à sua avaliação**.

Consagrado entre os ideais da revolução francesa, vem estabelecido no art. 5º *caput* e inc. I, da Constituição Federal, que assegura que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. **Sob o aspecto processual, a isonomia revela-se pela necessidade de dar às partes tratamento igualitário (art. 125, I, do CPC).** O princípio deve orientar, primeiramente, o **legislador** na edição de leis, que devem dar tratamento

O livre convencimento motivado é uma conquista dos sistemas judiciários modernos. São três os sistemas gerais de avaliação de prova: **o da**

igualdade legal, devendo o juiz determinar, de ofício ou a requerimento, a produção de provas necessárias à instrução do processo.

A igualdade pode ser apenas formal ou real. Em princípio, buscava-se apenas a primeira, mas o conceito de isonomia evoluiu, e hoje existe a segunda.

2.5.1. Isonomia formal e real

A igualdade formal consiste no tratamento igualitário a todos, sem levar em consideração eventuais diferenças entre os sujeitos de direito, ou no que concerne ao processo civil, aos sujeitos do processo.

Ao longo dos anos, porém, a jurisprudência e a doutrina foram percebendo que a igualdade meramente formal gerava muitas injustiças. Afinal, pessoas não são iguais perante a lei, pois há as mais fortes e as mais fracas, as mais ricas e as mais pobres, os mais poderosos e os menos. Se isso não for levado em consideração, a lei, ainda que formalmente justa, criará situações reais profundamente injustas.

Daí a necessidade de evolução para uma ideia de isonomia real, em que o legislador, na criação das normas, e o juiz, na sua aplicação, devem levar em conta as peculiaridades de cada caso. Quando as pessoas estiverem em situação de igualdade, devem receber tratamento igualitário; mas quando forem diferentes, e estiverem em situação de desequilíbrio, isso deve ser considerado. Uma lei criará situações reais mais justas quando, constatando o desequilíbrio entre pessoas, favorecer as mais fracas, buscando aplainar as diferenças.

O princípio da isonomia real pode ser resumido na frase:

> Isonomia real: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade.

2.5.2. Exemplos de tratamento formalmente desigual em busca da isonomia real

São numerosos os exemplos em que a lei concede aparentes privilégios a um litigante, sem que haja ofensa ao princípio da isonomia. Somente sob a ótica da isonomia formal é que se poderia qualificar tais situações como privilégios. Do ponto de vista da isonomia real, são mecanismos que visam alcançar uma autêntica igualdade entre os litigantes.

Podem ser citados:

- **QUADRO GERAL DOS P**

. De acordo com o art.

Sistema da prova legal

Sistema do livre convencimento puro, ou da consciência do juiz

Sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado

Dispõe o art. 131, do CPC: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Esse sistema está diretamente relacionado ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, estabelecido no art. 93, IX, da Constituição Federal. Afinal, é preciso que o juiz indique quais os motivos que formaram o seu convencimento e que eles resultem das provas colhidas, que o juiz poderá valorar livremente.

188 do CPC, esses entes têm prazo em dobro para contestar (na verdade, não oferecem esse tipo de resposta) e para recorrer. Conquanto pareça um privilégio, não há inconstitucionalidade, porque o legislador considerou que os beneficiários distinguem-se dos litigantes comuns, por atuar em uma quantidade de processos muito maior.

Principio

Na lei

Dispositivo

Não há dispositivo especifico

■ **Os prazos em dobro são devidos àqueles que gozam do benefício da justiça gratuita, e são patrocinados por entidades públicas, organizadas e mantidas pelo Estado** (art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50). Não são todos os beneficiários da justiça gratuita que recebem o benefício do prazo, mas apenas aqueles representados pela Defensoria Pública e pela Procuradoria do Estado (a jurisprudência tem estendido o benefício aos Centros Acadêmicos que prestam serviço gratuito de assistência). O litigante, beneficiário da justiça gratuita, assistido por advogado que não pertence a tais entidades não terá o benefício. Não há ofensa ao princípio da isonomia pela mesma razão anterior: as entidades públicas atuam em quantidade maior de processos que o litigante comum. Elas têm não apenas prazo maior para contestar e recorrer, mas em dobro para todos os atos do processo.

■ **O foro privilegiado da mulher**. Estabelecido no art. 100, I, do CPC, assegura à mulher o direito de propor as ações de anulação de casamento, separação e divórcio no foro de sua residência (atualmente, é polêmica a permanência, em nosso ordenamento jurídico, da ação de separação judicial, já que há forte corrente que defende o seu desaparecimento, em decorrência da Emenda Constitucional n. 66. Por ora, não há manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito, e parece-nos que não há incompatibilidade entre o instituto e a Emenda Constitucional, razão pela qual mantivemos, nesta obra, as alusões à separação judicial. A respeito da controvérsia, ver Livro X, 2, item 7.1). Em regra, as ações pessoais devem ser propostas no foro do domicílio do réu, mas a lei assegura o privilégio às mulheres naquelas ações que, por envolverem o casamento, têm por réu o marido. Muito se discutiu se esse dispositivo ainda se justificaria, e se nos tempos atuais não configuraria ofensa ao princípio da igualdade. Prevalece o entendimento de que não há inconstitucionalidade, porque, sendo o Brasil um país grande e com regiões muito heterogêneas, haveria ainda lugares em que a mulher tem maior dificuldade de acesso à justiça, o que justifica que ele seja facilitado.

■ **Reexame necessário.** Trata-se de benefício concedido à Fazenda Pública. As sentenças contra ela proferidas, em que haja sucumbência, não transitam em julgado, senão depois de reexaminadas pela instância superior. Mesmo que não haja recurso voluntário das partes, a eficácia da sentença depende de tal reexame. Esse privilégio mantém-se no sistema, e não foi reconhecida a sua inconstitucionalidade. Argumenta-se que, como os bens da Fazenda são

públicos, conviria que as sentenças que lhe impõem sucumbência fossem examinadas por juízes mais experientes, que compõem os tribunais.

- **Execução de título judicial em face da Fazenda.** As execuções contra a Fazenda não podem seguir o procedimento comum, porque os seus bens, sendo públicos, são impenhoráveis. Mas a diferença não para aí. Pelo sistema atual de execução do nosso Código, não há mais processo de execução fundada em título judicial, mas apenas fase de cumprimento de sentença, na qual não há citação do executado, e a defesa deste deve ser apresentada por impugnação. Mas contra a Fazenda não valem as regras de cumprimento de sentença, persistindo a necessidade de instauração de um processo de execução, em que ela é citada para o oferecimento de embargos.

Esses são exemplos em que a lei tratou de forma diferente pessoas que estavam em situação desigual. **Mas também o juiz, em determinadas situações, verificando que há grande desproporção econômica ou social entre os litigantes, pode tomar determinadas providências, não para favorecer uma das partes, mas para equilibrar o processo**. Nesse sentido, importante acórdão da lavra do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

> "EMENTA: Tem o julgador iniciativa probatória, como, por exemplo, quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, **quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes**" (resp 43.467-MG, publicado em *RT* 729/155).

2.6. Princípio da imparcialidade do juiz (juiz natural)

Vem estabelecido no art. 5º, incs. LIII e XXXVII, da Constituição Federal. O primeiro dispõe que **ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente**, e o segundo, que **não haverá juízo ou tribunal de exceção**.

A preocupação do legislador se manifesta em dois aspectos: o de conter eventual arbítrio do poder estatal; e o de assegurar a imparcialidade do juiz, impedindo que as partes possam ter qualquer liberdade na escolha daquele que julgará o seu processo.

O juiz natural é aquele cuja competência é apurada de acordo com regras previamente existentes no ordenamento jurídico, e que não pode ser modificada *a posteriori*. Seria muito perigoso se o Estado pudesse criar juízos ou tribunais excepcionais para julgar um fato ocorrido anteriormente.

Estaria aberta a via para o arbítrio, porque, se isso fosse possível, poderia o Estado retirar a causa de seu juiz natural. Além disso, se não houvesse regras previamente estabelecidas de competência haveria o risco de o litigante escolher o juízo onde a demanda deveria ser proposta. Para tanto, ele procuraria aquele em que houvesse um juiz cuja convicção pudesse estar afinada com os seus interesses. A preexistência de normas impede que isso ocorra: **o juiz natural não é apurável aleatoriamente, mas por regras prévias**.

2.6.1. Requisitos para a caracterização do juiz natural

São três:

- o julgamento deve ser proferido por alguém investido de jurisdição;
- **o órgão julgador deve ser preexistente, vedada a criação de juízos ou tribunais de exceção**, instituídos após o fato, com o intuito específico de julgá-lo;
- a causa deve ser submetida a julgamento pelo juiz competente, de acordo com regras postas pela Constituição Federal e por lei.

Imediação Art. 446, II, do CPC

2.6.2. O juiz natural e a modificação de competência

O princípio do juiz natural exige que a competência seja apurada de acordo com regras preexistentes. Já foi visto (item 8.4 do capítulo 2) que o art. 87 do CPC instituiu a regra da ***perpetuatio jurisdictionis:*** a competência é determinada no momento da propositura da ação, sendo irrelevantes as alterações supervenientes. Esse mesmo dispositivo estabelece, no entanto, em sua parte final, que a perpetuação tem exceções: **leis novas que suprimam o órgão jurisdicional, ou que alterem a competência em razão da hierarquia ou da matéria** devem ser aplicadas aos processos em curso.

Essas exceções contemplam hipóteses de aplicação de lei superveniente (portanto, posterior ao fato), que modificam a competência, atribuindo-a a um juiz diverso daquele originariamente indicado. Mas isso não fere o princípio do juiz natural? A última parte do art. 87, ao autorizar a alteração de competência para julgamento de fatos já ocorridos, não ofende a Constituição Federal?

Identidade física do juiz Art. 132 do CPC

Essa questão não é simples. Mas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendido que não há violação ao princípio. O juiz natural é aquele apurado de acordo com regras prévias. Ora, entre essas regras, está o próprio art. 87. Ao aplicar esse dispositivo, estamos nos valendo de norma preexistente no ordenamento. E ele determina que, havendo supressão do órgão judiciário ou a alteração de competência em razão de matéria, a lei nova será aplicada aos processos em andamento. É

verdade: aplica-se a lei nova. Mas por determinação de uma norma previamente existente, o art. 87, do CPC.

Esse dispositivo — o art. 87 — conquanto incluído no CPC, é norma de teoria geral do processo. Por isso, a sua aplicação não fica restrita à esfera cível, sendo reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a sua aplicabilidade, até mesmo na esfera do processo penal (RHC 83181-RJ — *DJU* 22.10.2004).

2.6.2.1. Exemplos de aplicação imediata de lei superveniente, que não ofendem o princípio do juiz natural

Alguns exemplos ajudarão a esclarecer o que foi tratado no item anterior.

- As ações relacionadas à **união estável** eram julgadas pelas Varas Cíveis comuns, e não pelas Varas de Família. No entanto, desde a edição da Lei n. 9.278/96, foi atribuído a ela o *status* de entidade familiar. O art. 9º da lei estabelece que "toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça". Ora, o que aconteceu àqueles processos que tramitavam pelas varas cíveis quando sobreveio a lei nova? Se ainda não estavam julgados, houve a remessa para as varas de família. Mas o juízo cível não era o juiz natural da causa? Mas o art. 87 do CPC — norma preexistente — previa expressamente que, havendo alteração de competência em razão da matéria, a lei nova seria aplicada aos processos em curso. Ninguém poderia, portanto, reclamar de mudança nas regras do jogo, porque essa norma vinha preestabelecida em lei.
- **As ações de indenização fundadas em acidente de trabalho ajuizadas em face do patrão**. Quem as julgava era a justiça comum até que, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, a questão tornou-se afeta à justiça do trabalho. Durante algum tempo, os tribunais titubearam a respeito do destino daqueles processos que ainda pendiam de julgamento. Mas prevaleceu o disposto no art. 87: como houve alteração de competência em razão da matéria, a lei nova tornou-se aplicável aos processos em curso, desde que ainda não sentenciados. O Supremo Tribunal Federal já havia editado a súmula 736, que dispõe "Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores". Sendo assim, compete à mesma justiça julgar as consequências lesivas decorrentes desse descumprimento.

Concentração Art. 455 do CPC

O Supremo Tribunal Federal, de início, posicionou-se pela inaplicabilidade da lei nova, e pela manutenção dos processos na justiça comum. Mas, no conflito de competência 7.204-05/MG, relatado pelo Min.

Carlos Britto, o pleno, por unanimidade, modificou a posição anterior, e determinou que a lei nova fosse aplicável de imediato, transferindo-se os processos em andamento na justiça comum para a justiça do trabalho. Ficou assentado também, como se vê no acórdão no Conflito de Competência 51.712/2005, Rel. Min. Barros Monteiro, do Superior Tribunal de Justiça, que a lei nova só se aplica aos processos não sentenciados. Essa orientação já havia sido dada pelo Supremo Tribunal Federal no Conflito de Competência 6967/05, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em que ficou decidido: "A alteração superveniente de competência, ainda que dirada por norma constitucional não afeta a validade da sentença anteriormente proferida. Válida a sentença anterior à eliminação da competência do juiz que a proferiu, subsiste a competência recursal do tribunal respectivo".

Irrecorribilidade, em separado, das interlocutórias

Não há dispositivo específico, podendo-se mencionar, porém, o art. 558, do CPC

Persuasão racional

Art. 131 do CPC

A questão pacificou-se com a edição da **Súmula Vinculante 22** do Supremo Tribunal Federal, que determina a competência da Justiça do Trabalho para as ações de indenização por dano material e moral, propostas por empregado contra empregador, o que abrange as demandas já propostas, mas ainda não sentenciadas, quando da edição da emenda constitucional.

Um detalhe muito importante: em princípio, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que a competência só seria da Justiça do Trabalho se a ação indenizatória fosse movida **pelo próprio empregado contra o patrão**. Se aquele falecesse, e a ação indenizatória fosse ajuizada pelos herdeiros, a competência seria de justiça comum, pois não haveria relação de trabalho entre o empregador e tais herdeiros. Era o que dizia a Súmula 366, editada em novembro de 2008: "Compete à justiça estadual processar e julgar ações indenizatórias propostas por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho". No entanto, **essa súmula foi cancelada pelo STJ**, pois afrontava jurisprudência do Pleno do Supremo Tribunal Federal, que estabelecia que, mesmo proposta por herdeiros ou cônjuges supérstites, a competência seria da Justiça do Trabalho, já que a questão posta em juízo versava matéria trabalhista.

> **Crimes contra a vida praticados por militares no exercício de sua função** deixaram, como regra, de ser da competência da justiça especial militar, e passaram à competência do júri. A remessa dos autos do processo em andamento para a justiça comum não ofendeu o juiz natural? Não, por força do mesmo art. 87 — aplicável por extensão também ao processo penal, por constituir norma geral de processo.
>
> Desses exemplos, pode-se concluir:

A lei nova que altera competência em razão de matéria ou hierarquia aplica-se aos processos em curso que ainda não tenham sido sentenciados.

2.6.2.2. A criação de varas especializadas ofende o princípio do juiz natural?

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de discutir a questão, ao julgar o *Habeas Corpus* 88.660, em 15 de maio de 2008, cuja relatora foi a Min. Carmem Lúcia. Houve a impetração porque, com a criação de varas especializadas para julgar crimes financeiros e de lavagem de dinheiro, um processo que corria perante as varas criminais comuns foi remetido para a nova vara.

No julgamento, o Supremo Tribunal Federal, com um único voto vencido, do Min. Marco Aurélio, decidiu que **não havia ofensa ao princípio do juiz natural**.

2.6.3. O promotor natural

O art. 5º, LIII, da Constituição Federal não se limitou a determinar que ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, acrescentando que ninguém será **processado**, senão por ela. Ao formular essa regra, deu ensejo a que surgisse grande discussão sobre se teria sido ou não acolhido, entre nós, um princípio do promotor natural.

Promotor natural seria aquele com **atribuições previamente conhecidas e fixadas para acompanhar determinado caso e indicadas em regras anteriormente estabelecidas**.

O acolhimento desse princípio não estaria fundado na necessidade de proteção da imparcialidade, como ocorre em relação ao juiz natural. Seu papel seria **limitar** os poderes dos chefes da instituição (procuradores gerais) de designar promotores para, em caráter especial, funcionar em determinados casos.

Parece-nos justificável, diante do texto constitucional, que esse princípio tenha sido acolhido no Brasil, já que a Constituição Federal estipula garantias e proíbe vedações ao juiz.

Mas tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal entendimento contrário. Cita-se, no HC 90277/DF, relacionado à chamada "operação anaconda", e que teve por relatora a Min. Ellen Gracie, ficou decidido que **tal princípio não foi acolhido entre nós**. Nesse acórdão, faz-se alusão a precedentes do próprio STF, no HC 67759/RJ e no HC 84468/DF.

4. QUESTÕES

1. (Juiz de Direito — TJ/SP 181º) Segundo o que é sabido, quanto aos princípios gerais do direito processual civil, assinale a alternativa correta.

a) O juiz coloca-se entre as partes e acima delas, no desempenho de sua função e dentro do processo.

b) Não é para assegurar sua imparcialidade, mas sim, para reforçar sua autoridade, que a Constituição Federal estipula garantias e proíbe vedações ao juiz.

c) Não atenta contra o princípio da razoável duração do processo a falta de atendimento à lei que manda dar prioridade, nos juízos e tribunais, às causas de interesse de pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos.

d) Não é da ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário que, no processo, pode-se efetivar o contraditório, de modo a se ter informação e reação.

Resposta: "a".

2. (Juiz de Direito — TJ/SP 181º) Afastada possibilidade de confusão entre princípio da indisponibilidade e princípio dispositivo, assinale a alternativa correta.

a) Não é a cada um dos sujeitos envolvidos no conflito sob julgamento que cabe, em regra, a demonstração dos fatos alegados, com vista ao prevalecimento de suas respectivas posições.

b) Em processo civil, sendo disponível o direito, o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal, ainda que ela não corresponda, em alguma medida, à aproximação da verdade real, que lhe cumpre buscar, em função das provas produzidas, na maioria dos casos.

c) Nos Juizados Especiais Cíveis estaduais, em que os processos devem se orientar pelo princípio da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, não é cabível, em regra, a antecipação da tutela judicial.

d) No processo civil, não se aplica, nos procedimentos de jurisdição voluntária, o princípio inquisitório, pelo qual o juiz conta com poderes de plena investigação, podendo determinar, de ofício, a realização de provas, mesmo contra a vontade dos interessados.

Resposta: "b".

3. (Juiz de Direito — TJ/SP 181º) Sabendo-se que em todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário todas as decisões deverão ser públicas e fundamentadas, sob pena de nulidade, assinale a alternativa correta.

a) A necessidade de motivação não deve ser interpretada como garantia das partes, de modo a possibilitar eventual alteração da decisão.

b) A fundamentação obrigatória das decisões ou sentenças tem em conta não apenas as partes e o órgão competente para julgar um eventual recurso, mas também qualquer do povo, com a finalidade de se aferir, em concreto, a imparcialidade do juiz no julgamento, a legalidade e a justiça das decisões.

c) A exigência de publicidade e fundamentação dos julgamentos constitui garantias do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição em termos absolutos, não podendo, pois, ser limitada a presença, em determinados atos, apenas as próprias partes e a seus advogados, ou somente a eles.

d) O princípio da lealdade processual, se desatendido por qualquer das partes, em nada afetará a fundamentação do ato judicial, porque é assegurada aos procuradores plena e incondicionada liberdade de conduta no processo.

Resposta: "b".

4. (OAB/SP). Em demanda proposta pelo procedimento sumário, o

2.7. Princípio do duplo grau de jurisdição

Uma leitura atenta do texto constitucional mostra **que não há nenhum dispositivo que consagre, de maneira expressa, o duplo grau de jurisdição em todos os processos**. O que se pode dizer, no entanto, é que a Constituição Federal, ao criar juízos e Tribunais, a quem compete, entre outras coisas, julgar recursos contra decisões de primeiro grau, estabeleceu um sistema em que, normalmente, há o duplo grau, que serve para promover o controle dos atos judiciais, quando houver inconformismo das partes, submetendo-os à apreciação de órgão, de uma maneira geral, composto, em turma, por juízes mais experientes.

Mas há inúmeros exemplos em que **não há o duplo grau, e que, nem por isso, padecem do vício de inconstitucionalidade**.

■ 2.7.1. Exemplos em que não há o duplo grau

Entre outros, podem ser citados:

- os processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal;
- os embargos infringentes, previstos na lei de execução fiscal, que cabem contra a sentença proferida nos embargos de valor pequeno, e que são julgados pelo mesmo juízo que prolatou a sentença;
- a hipótese do art. 515, § 3º, do CPC, em que, havendo apelação contra a sentença que julgou o processo extinto sem julgamento de mérito, o tribunal, encontrando nos autos todos os elementos necessários à sua convicção, poderá promover o julgamento de mérito.

Nenhum desses exemplos padece de inconstitucionalidade, dada a inexistência de exigência expressa do duplo grau.

■ 2.8. Princípio da publicidade dos atos processuais

Vem expressamente garantido em dois artigos da Constituição Federal. O art. 5º, LX: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem", e no art. 93, X: "as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública...".

A publicidade é mecanismo de controle das decisões judiciais. A sociedade tem o direito de conhecê-las, para poder fiscalizar os seus juízes e tribunais.

Mas a própria Constituição reconhece que, em alguns casos, ela pode tornar-se nociva, quando então poderá ser restringida por lei. O CPC regulamenta, no art. 155, quais as causas que correrão em segredo de

justiça. O segredo evidentemente só diz respeito a terceiros, pois não existe para os que figuram e atuam no processo. Haverá segredo de justiça quando:

- o exigir o interesse público (art. 155, I);
- nas causas que dizem respeito a casamento, filiação, separação de cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

É preciso tomar cuidado com a redação do parágrafo único, do art. 155. Ele diz, literalmente, que o direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e seus procuradores. Mas essa limitação vale tão somente para os processos que correm em segredo de justiça. Nos processos em geral, o direito de consulta e obtenção de certidões é livre, e não sofre nenhuma restrição.

2.9. Princípio da motivação das decisões judiciais

Vem expressamente estabelecido no art. 93, IX, da Constituição Federal, que determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

O juiz, ou tribunal, ao proferir suas decisões, **deve justificá-las**, apresentando as razões pelas quais determinou essa ou aquela medida, proferiu esse ou aquele julgamento.

Sem a fundamentação, as partes, os órgãos superiores e a sociedade não teriam a explicação do porquê de o juiz ter tomado aquela decisão. A fundamentação é indispensável para a **fiscalização da atividade judiciária**, assegurando-lhe a transparência. Esse controle — fundamental nos Estados democráticos — poderá ser exercido pelos próprios litigantes, pelos órgãos superiores, em caso de recurso, e pela sociedade.

Em caso de falta de motivação, qualquer dos litigantes poderá valer-se do recurso adequado para postular a nulidade da decisão. Ou poderá valer-se do recurso adequado para promover-se a integração da norma processual pelo juiz que explique os fundamentos de sua decisão.

Deve-se ressaltar, ainda, que nem todos os atos judiciais precisam ser fundamentados. Mas despachos são aqueles que não têm nenhum conteúdo decisório, que, por essa razão não podem trazer nenhum prejuízo aos participantes do processo. Se existe risco de prejuízo, não haverá despacho, mas decisão, que deverá ser fundamentada.

MM. Juiz de direito designou audiência preliminar, na qual foi rejeitada a proposta de reconciliação, fixados os pontos controvertidos e deferida a produção de prova oral em audiência de instrução e julgamento, na qual o juiz Cícero colheu o depoimento pessoal do autor e do réu, ouviu testemunhas arroladas pelas partes, e encerrou a instrução e julgamento. Foi fixado prazo para memoriais e, posteriormente, o juiz Cícero proferiu a sentença. Desses fatos, extrai-se o cumprimento dos seguintes regramentos de direito processual:

a) devido processo legal, inquisitivo e oralidade;
b) oralidade, eventualidade e imediação;
c) eventualidade, identidade física do juiz e oralidade;
d) devido processo legal, imediação e identidade física do juiz.

Resposta: "d".

5. (Defensor Público/SP – 2007) O princípio *iura novit curia* é vinculado à teoria:

a) da substanciação;
b) da individualização;
c) da eventualidade;
d) da abstração;
e) imanentista.

Resposta: "a".

6. (Ministério Público/SP – 2010) Na interpretação da lei processual:

a) aplica-se sempre a máxima *in claris cessat interpretatio* (na clareza cessa a interpretação);
b) a sua finalidade é estabelecida de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil;
c) há incompatibilidade entre a interpretação teleológica e a natureza pública que lhe é inerente;
d) é defeso reduzir-se a dimensão de comando normativo;
e) promove-se a integração da norma processual.

Resposta: "e".

7. (Ministério Público/SP – 2010) As normas processuais são de Direito Público pelo fato de regerem relação com o Estado. Por isso:

a) elas são todas cogentes;
b) elas são todas dispositivas;
c) elas podem ser tanto cogentes como dispositivas;
d) são supletivas e integrativas;
e) nenhuma das anteriores.

Resposta: "c".

8. **pr**

a) depende do requerimento e iniciativa da parte, exclusivamente.
b) é restrito à prova de fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária.
c) é limitado à prova de fatos a cujo favor milita presunção legal de existência e de validade.
d) está adstrito à prova de fatos admitidos, no processo, como incontroversos.
e) é amplo, cabendo-lhe determinar de ofício as provas necessárias à instrução do processo.

Resposta: "e".

1 Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 86-92.

2 José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo, Revista dos Tribunais.

3 José Carlos Barbosa Moreira, O juiz e a prova, *RePro* 35/178-184.

4 Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas do direito processual civil*, 3. ed., São Paulo, 1977, v. II, p. 303 e ss.

QUADRO GERAL DOS
FUNDAMENTAIS DO PRO
CONSTITUIÇÃO F
Princípios
Na
Constituiçã
Devido
Art. 5º, inc. L
processo legal

LIVRO II

INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

1

INTRODUÇÃO

São quatro os institutos fundamentais do processo civil: **a jurisdição, a ação, a defesa (ou exceção) e o processo**. São fundamentais, porque formam **a estrutura e o arcabouço sobre os quais a ciência do processo civil foi construída**. Todos os demais institutos do processo guardam relação, imediata ou mediata, com um deles.

Funcionam como uma espécie de **núcleo**, em torno do qual gira toda a ciência do processo.

- A jurisdição é a atividade do Estado, exercida por intermédio do juiz, que busca a pacificação dos conflitos em sociedade pela aplicação das leis aos casos concretos.
- A ação é o poder de dar início a um processo, e dele participar, com o intuito de obter do Poder Judiciário uma resposta ao pleito formulado.
- A defesa é o poder de contrapor-se à pretensão formulada.
- O processo é um conjunto de atos destinados a um fim, que é a obtenção de um pronunciamento judicial a respeito dos pedidos formulados.

Uma abordagem científica da ciência do processo não pode perder de vista esses quatro institutos fundamentais. Nos capítulos seguintes, cada um deles será examinado com mais vagar.

2

JURISDIÇÃO CIVIL

1. Introdução

2. Conceito

3. Jurisdição, legislação e administração

4. Características essenciais da jurisdição

5. Espécies de jurisdição

5.1. Jurisdição contenciosa e voluntária

5.2. Classificação da jurisdição quanto ao objeto

5.2. Classificação da jurisdição quanto ao objeto

5.4. Classificação da jurisdição quanto à hierarquia

6. Jurisdição e competência

1. INTRODUÇÃO

É uma das **funções do Estado**. Quando os Estados ainda não haviam surgido, ou não eram fortes o suficiente, os conflitos de interesses eram solucionados pelos próprios envolvidos. Nos primórdios da história humana, cumpria aos próprios interessados resolver, **pela força ou pela astúcia** os conflitos em que se viam envolvidos. Não era essa a forma ideal de pacificação social: a vitória pela força ou pela astúcia nem sempre implicava a solução mais legítima para o caso concreto. A solução era sempre parcial, isto é, dada pelas próprias partes.

À medida que se fortaleceram, os Estados, em geral, assumiram para si o **poder-dever de, em caráter exclusivo, solucionar os conflitos de interesses**, aplicando as leis gerais e abstratas aos casos concretos levados à

sua apreciação. Tudo tendo por escopo a pacificação da sociedade. A grande vantagem sobre o sistema anterior é que os conflitos passaram a ter uma **solução imparcial**, e em conformidade com a vontade geral, formulada quando da elaboração das normas abstratas que vão ser aplicadas aos casos específicos.

O poder do Estado é um só. Mas ele o exercita por meio de diversas funções, das quais nos interessa a jurisdicional. Por meio dela, o Estado solucionará os conflitos. A jurisdição é **inerte**, por natureza. A sua movimentação depende de prévio acionamento pela parte interessada. Com ele, instaurar-se-á um processo, que instituirá uma relação entre **juiz-autor-réu**, por certo tempo, e de acordo com um procedimento previamente estabelecido por lei.

O poder jurisdicional foi atribuído ao Estado-juiz, que tem capacidade de impor as suas decisões, com força obrigatória. A lei atribuiu ao julgador poderes para fazer valer as suas decisões, em caráter coativo.

2. CONCEITO

Pode-se conceituar a jurisdição como:

> Função do Estado, pela qual ele, no intuito de solucionar os conflitos de interesse em caráter coativo, aplica a lei geral e abstrata aos casos concretos que lhe são submetidos.

3. JURISDIÇÃO, LEGISLAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO

Conquanto o poder seja uno, para que o Estado funcione adequadamente, é necessário repartir as suas funções.

- A legislativa: consiste na atividade de **elaboração de normas gerais e abstratas**, prévias ao conflito de interesses.
- A jurisdicional: consiste na **aplicação dessas normais gerais aos casos concretos** submetidos à apreciação judicial (criação da norma jurídica concreta, que vai reger o caso levado à apreciação do judiciário).
- A administrativa: atividade que não está ligada à solução de conflitos, mas à **consecução de determinados fins do Estado**, ligados à administração pública. Não tem caráter substitutivo, porque os procedimentos administrativos são solucionados pela própria administração, e não por um agente imparcial. Além disso, as decisões administrativas não adquirem, como as judiciais, caráter definitivo, podendo ser revisadas.

3

DA COMPETÊNCIA

1. Introdução

2. Competência internacional (jurisdição de outros Estados)

2.1. Sentença estrangeira

2.2. O que pode e o que não pode ser julgado pela justiça brasileira

3. Competência interna

3.1. Introdução

3.2. Noções sobre a estrutura do Poder Judiciário

3.3. Quadro esquemático da estrutura do Poder Judiciário

3.4. Algumas premissas para a compreensão das regras de competência interna

3.5. Conceito de foro e juízo

3.6. A competência de foro e juízo

3.7. Competência absoluta e relativa

3.8. A perpetuação de competência

3.9. Critérios para a fixação de competência

3.10. Como identificar se uma regra de competência é absoluta ou relativa?

3.11. Esquema dos critérios para apuração de competência

3.12. Um exemplo de como apurar a competência

3.13. Regras gerais para a apuração de competência

3.14. Competência da Justiça Federal

3.15. A apuração do foro competente

3.16. Alguns exemplos de competência funcional

3.17. Esquema resumido das regras de competência de foro

3.18. Competência de juízo — breves considerações

3.19. A competência nos Juizados Especiais Cíveis

4. A modificação de competência

4.1. Prorrogação de competência

4.2. Derrogação

4.3. Conexão

4.4. Continência

5. Prevenção

6. Conflito de competência

6.1. Procedimento do conflito

7. Questões

1. INTRODUÇÃO

Do ponto de vista sistemático, não seria este o local adequado para tratar do tema da competência, já que o livro II dedica-se ao exame dos institutos fundamentais do processo civil. Mas a opção por tratá-lo desde logo se justifica do ponto de vista metodológico, associando-se o tema ao da jurisdição, do qual ele deriva diretamente. Tal opção visa acentuar a **ligação entre a competência e a jurisdição**, pois aquela funciona como medida e quantificação desta. O exame do tema exige uma breve alusão à competência internacional, para que se estabeleça aquilo para o qual a justiça brasileira tem ou não jurisdição. Depois, à competência interna, o que demandará uma análise da estrutura do poder judiciário, e de algumas premissas fundamentais para a compreensão do tema.

Por fim, serão examinadas as principais regras de competência

4

DA AÇÃO

1. Introdução

2. Direito material e direito de ação

3. O direito de ação

   3.1. Introdução

   3.2. Natureza

   3.3. A ação e os demais institutos fundamentais do processo civil (jurisdição, exceção e processo)

   3.4. As duas acepções de "ação"

   3.5. O direito de ação é condicionado

   3.6. Os elementos da ação

   3.7. Classificação das ações

4. Questões

1. INTRODUÇÃO

O Processo Civil, como ciência autônoma, surgiu em tempos relativamente recentes. Até meados do século XIX, aproximadamente, não havia uma separação muito clara entre o direito processual e o direito material. Quando o direito de alguém era desrespeitado, e a vítima era obrigada a ir a juízo, entendia-se que a pretensão por ela colocada perante a justiça nada mais era do que o seu direito material, em movimento. Confundia-se o direito de ação, com o direito civil, subjacente à propositura da demanda. Para exemplificar: se alguém tinha o seu direito de

propriedade desrespeitado, e ia a juízo, entendia-se que, ao fazê-lo, apenas punha em movimento o seu direito de propriedade. **O direito de ação não era autônomo**, isto é, não havia o direito de ir a juízo para postular uma **resposta de mérito é mais abrangente do que sentença de mérito**. Essa é a forma de resposta própria do processo de conhecimento; no processo de execução a resposta de mérito vem sob a forma de atos satisfativos.

Em síntese,

Foi a partir da segunda metade do século XIX que as coisas começaram a mudar. Foi longa a história da evolução do conceito de ação, e do próprio processo civil, ganhou autonomia. Esse desenvolvimento ocorreu, sobretudo, na Alemanha, espalhando-se, depois, por outros países.

3.4.2.3.3. A teoria abstratista eclética no Brasil

Foi poderosa a influência de Liebman no Brasil, tendo entre seus discípulos o Prof. Alfredo Buzaid, autor do projeto que resultou no nosso atual Código de Processo Civil. Entre nós, foi acolhida a teoria abstratista eclética. No Brasil, a palavra ação pode ser empregada em dois sentidos diversos: **no amplo, como o direito de acesso à justiça**, de movimentar a jurisdição, ordinariamente inerte, o direito de obter, enfim, uma resposta do Judiciário a todos os requerimentos a ele dirigidos, e **no estrito, como direito à resposta de mérito**.

Alguns nomes fundamentais foram os de **Windscheid, Muther e Oskar von Bülow**, este último o autor da obra que é considerada o "marco inicial do Processo Civil como ciência autônoma. Nesse momento inicial aos poucos se foi percebendo que **uma coisa é o direito material que a lei nos assegura; outra, o direito de ir a juízo** para que o Poder Judiciário dê uma resposta a uma pretensão a ele levada. Um exemplo: uma coisa é a lei civil atribuir àqueles que têm um imóvel registrado em seu nome, no Cartório de Registro, o direito de propriedade. Outra é alguém, que se considera proprietário desse imóvel, ao perceber que o seu direito não está sendo respeitado, ir a juízo, para formular uma pretensão, pedir ao juízo que tome alguma providência.

3.5. O direito de ação é condicionado

3.5.1. Introdução

Outro exemplo: quem celebra um contrato de compra e venda tem o direito material de exigir que o vendedor entregue a coisa vendida; se não o fizer, pode ir a juízo, postulando a tutela jurisdicional adequada, para satisfazer sua pretensão.

O direito de ação é **incondicionado**, isto é, sempre que alguém, em qualquer momento, se sentir ameaçado ou lesado em seu direito, poderá ir a juízo, para pedir a prestação jurisdicional. Será **"carecedor"** de ação. Por quê? Ora, a finalidade da jurisdição é permitir que o Judiciário se pronuncie sobre a tutela postulada, concedendo-a ou não. Para isso, é necessário um processo, muitas vezes longo e dispendioso. Perceberam os processualistas, que, conquanto toda pretensão posta em juízo mereça uma resposta do Poder Judiciário, nem sempre ela será tal que permita que o juiz se pronuncie a seu respeito. Há certas situações em que o juiz se verá na contingência de encerrar o processo, sem responder à pretensão posta em juízo, isto é, sem dar uma resposta ao pedido do autor. Isso ocorrerá quando ele verificar que o autor é carecedor, que faltam as condições de ação. **A ação em sentido estrito aparece, portanto, como um direito condicionado**. A qualquer tempo que verifique a falta das condições, o juiz extinguirá o processo, interrompendo o seu curso natural, sem apreciar o que foi pedido, sem examinar o mérito. O processo não terá alcançado o seu objetivo. Sempre que for proferida sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito, não terá havido, segundo a

2. DIREITO MATERIAL E DIREITO DE AÇÃO

É preciso distinguir duas relações muito distintas: a de direito material e a de direito processual. Em um contrato de compra e venda, existem dois sujeitos: o vendedor e o comprador. Se o contrato for regularmente cumprido e a obrigação satisfeita, a relação se extinguirá. Mas, se algum dos participantes entender que não foi satisfeita, ou que o foi de maneira inadequada, pode agir de duas formas: conformar-se, deixando as coisas tal como estão, sem buscar a satisfação de sua pretensão; ou ir a juízo, formular a sua pretensão e pedir que o Poder Judiciário tome as providências necessárias para satisfazê-la. Nesse caso, formar-se-á **uma nova relação, diferente daquela de direito material, porque terá três sujeitos: o autor, o juiz e o réu**. Ela se desenvolverá de acordo com um determinado procedimento, e culminará com a sentença do juiz. Se atentarmos para as origens históricas da necessidade dessa relação processual, verificaremos que ela decorre da proibição de que as pessoas façam justiça com as próprias mãos. Há muitos e muitos séculos, quando os

Estado e lida, ação, no sentido amplo da palavra, faço suficientes os pressupostos de que será provido o pedido que formulei. Se for vencedor no processo, terei a tutela jurisdicional que pedi. Se for vencido, não terei.

3.5.2. Algumas questões de nomenclatura

A propósito de nomenclatura, é bom lembrar, na medida em que se percebeu que não convinha a solução dos conflitos pelos próprios interessados. É, por uma especie de **pacto social**, convencionou-se que eles deveriam ser resolvidos por alguém que não participasse deles, e fosse mais forte do que os litigantes. Foi então que se atribuiu ao Estado a solução dos conflitos de interesse, em caráter exclusivo. Não podem mais os envolvidos fazer valer os seus direitos por força, ou por qualquer outro meio indevido. A solução é atributo do Estado, a quem cumpre o poder-dever de solucionar tais conflitos. No Brasil, é crime fazer valer os direitos pelas próprias mãos.

trata-se do exercício arbitrário das próprias razões. Então, aquele que tem o direito violado deve recorrer ao Poder Judiciário.

3. O DIREITO DE AÇÃO

3.1. Introdução

Nesse contexto surge a figura da **ação**. A jurisdição, isto é, o poder que tem o Judiciário de solucionar os conflitos, dizendo qual o direito e estabelecendo quem tem razão, é **inerte**. O juiz não vai, ao menos como regra geral, de ofício. O Estado, por intermédio do juiz, a quem compete solucionar os conflitos, precisa ser provocado. E a ação surge, então, como o **meio pelo qual se recorre ao Judiciário**. Essa provocação do Estado-juiz é chamada de **provimento ou tutela jurisdicional**. Quem vai à justiça à procura de uma providência, o que pretende é uma decisão favorável à sua pretensão. É a partir daí que a máquina judiciária será movimentada, que se formará um processo, isto é, uma relação processual entre aqueles três personagens, que se desenvolverá por certo tempo, de acordo com o procedimento estabelecido em lei, sempre direcionado a que, ao final, o juiz possa decidir a lide, isto é, o conflito de interesses.

3.5.3. As condições como matéria de ordem pública

As condições constituem **matéria de ordem pública**, a ser examinada de ofício pelo juiz, pois não se justifica que o processo prossiga, quando se verifica que não poderá atingir o resultado almejado. Verificando a falta de qualquer delas, o juiz extinguirá, a qualquer momento, o processo, sem julgamento de mérito, o que pode ocorrer em primeiro ou segundo grau de jurisdição. Só não cabe recurso especial ou extraordinário, nos quais essa decisão é chamada de **provimento ou tutela jurisdicional**. Quem vai à justiça à procura de uma providência, o que pretende é uma decisão favorável à sua pretensão. É a partir daí que a máquina judiciária será movimentada, que se formará um processo, isto é, uma relação processual entre aqueles três personagens, que se desenvolverá por certo tempo, de acordo com o procedimento estabelecido em lei, sempre direcionado a que, ao final, o juiz possa decidir a lide, isto é, o conflito de interesses.

3.5.4. As três condições da ação

Em nosso ordenamento jurídico elas são três: **a legitimidade *ad causam***, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Ligação, no final de sua vida passou a sustentar que elas poderiam, afinal, ser reduzidas a duas: a legitimidade e o interesse, pois que este último absorveria a possibilidade jurídica do pedido. Para aquele grande jurista, bastaria que alguém formulasse um pedido impossível, faltaria interesse de agir. A lei continua adotando a classificação tríplice. Para maior facilidade de exposição, é preferível tratar primeiro da legitimidade *ad causam*, deixando as outras duas para depois.

matéria de ordem pública

pretensão veiculada pela petição inicial

inerte

provimento ou tutela jurisdicional

matéria de questão de mérito

uma faculdade daquele que se sente prejudicado

3.5.4.1. A legitimidade "ad causam"

É mencionada especificamente no art. 6º do CPC, que assim estabelece: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Esse dispositivo diz que, em regra, as pessoas só podem ir a juízo, na condição de partes, para **postular e defender direitos que alegam ser próprios, e não alheios**. Trata-se de norma sábia: seria muito complicado se, em regra, as pessoas pudessem postular, em nome próprio, interesses alheios. O problema é que essa regra tem exceções; há casos – raros, incomuns, é verdade – em que a lei autoriza alguém a, **em nome próprio, ir a juízo, para postular ou defender direito alheio**. Isso só poderá ocorrer se houver autorização legal. Podemos concluir que, no que concerne à legitimidade, existem dois grandes campos no Processo: o da normalidade, em que as pessoas figuram em juízo, na condição de partes, em defesa dos interesses e direitos que alegam ser próprios. É o que ocorre na imensa maioria dos processos. A esse tipo de legitimidade, a comum, dá-se o nome de **ordinária**; e o da anormalidade, naquelas hipóteses em que uma pessoa X poderá ser autorizada a figurar em juízo, em nome próprio, na condição de parte, em defesa dos interesses de Y. Nesse caso, diz-se que haverá **legitimidade extraordinária, também chamada "substituição processual"**. Conquanto haja alguma divergência a respeito, essas duas expressões têm sido usadas como sinônimas.

3.5.4.1.1. Legitimidade extraordinária e representação

Não se pode confundir legitimidade extraordinária com **representação**. Imagine-se que um incapaz precise ir a juízo, postular um direito. Imagine-se, também, que o caso seja de pai, pois precisa de alimentos. Ao ajuizar a demanda, ele é que figurará como autor. Para tanto, é preciso que o lesado ou interessado se valha do direito de ação, exercido contra o Estado, em face do adversário, isto é, daquele a quem o autor atribui o desrespeito de seus direitos ou descumprimento de obrigações. A exceção é o direito que tem o réu de se contrapor à prestação formulada pelo autor, em sua petição inicial. É, em suma, o direito de defesa. O réu, provocado para o processo, terá a oportunidade de apresentar a sua versão dos fatos. Para que o juiz possa, ao final, se pronunciar, é preciso um processo. Esse constitui-se pela relação, que durará algum tempo, entre autor, réu e juiz, tempo este no qual se realizarão os atos que o procedimento previsto em lei exige. Com as coisas postas dessa maneira, **é possível enxergar o que são os fundamentos do processo civil:** com a evolução da sociedade, a solução dos conflitos tornou-se atributo de um dos poderes do Estado, a **jurisdição** tem de ser acionada pelo prejudicado por meio da

3.2. Natureza

Após essas breves considerações, é possível compreender porque a doutrina, de forma mais ou menos unânime, conceitua o direito de **ação como um direito subjetivo público, exercido contra o Estado:** é direito subjetivo, porque o lesado tem a faculdade de exercê-lo ou não; é contra o Estado, porque a ação põe em movimento a máquina judiciária que, sem ela, é inerte. O termo "ação" contrapõe-se ao termo "inércia". É a ação que tira o Estado da sua originária inércia, e o movimenta rumo à tutela ou provimento jurisdicional. Ela é exercida contra o Estado, porque dirigida a este, e não à parte contrária. É verdade que o adversário do autor é sempre o réu; mas o direito de ação não é dirigido contra este, mas contra o próprio Estado, porque serve para movimentá-lo.

A ação é um direito subjetivo público que se exerce contra o Estado, e por meio do qual se postula a tutela ou provimento jurisdicional.

3.3. A ação e os demais institutos fundamentais do processo civil (jurisdição, exceção e processo)

A ação é um dos quatro institutos fundamentais do processo civil. A jurisdição é uma das funções do Estado, e consiste no poder-dever que este tem de substituir as partes na solução dos conflitos de interesse, para que esta seja imparcial, proferida por quem não integra o litígio. É a jurisdição que garante a imparcialidade na solução dos conflitos de interesse. Para tanto, é preciso que o lesado ou interessado se valha do direito de ação, exercido contra o Estado, em face do adversário, isto é, daquele a quem o autor atribui o desrespeito de seus direitos ou descumprimento de obrigações. A exceção é o direito que tem o réu de se contrapor à prestação formulada pelo autor, em sua petição inicial. É, em suma, o direito de defesa. O réu, provocado para o processo, terá a oportunidade de apresentar a sua versão dos fatos. Para que o juiz possa, ao final, se pronunciar, é preciso um processo. Esse constitui-se pela relação, que durará algum tempo, entre autor, réu e juiz, tempo este no qual se realizarão os atos que o procedimento previsto em lei exige. Com as coisas postas dessa maneira, **é possível enxergar o que são os fundamentos do processo civil:** com a evolução da sociedade, a solução dos conflitos tornou-se atributo de um dos poderes do Estado, a **jurisdição** tem de ser acionada pelo prejudicado por meio da

Mas a lei é clara, ao dizer que, em regra, a iniciativa do movimento

Estado-dever de se pronunciar sobre aquela pretensão.

3.5.4.1.2. Substituto e substituído

Para poder melhor distinguir os personagens que resultam da legitimidade extraordinária, será melhor nomeá-los. O que figura como parte, sem ser o titular do direito, será chamado **"substituto processual"**. E o

tação. Assim que proposta a demanda, o adversário do autor será convocado para manifestar-se, podendo contestar a pretensão inicial. É como não existe, acabará sendo citado de forma mais direta do que o próprio substituto já que é daquele, e não deste, o direito discutido. Disso resultam consequências jurídico-processuais muito relevantes. Por exemplo, enquanto se está no campo da legitimidade ordinária, a coisa julgada, ao final, atingirá somente as partes, o que é o natural e o esperado. Mas no campo da legitimidade extraordinária, ela irá atingir não somente aqueles que figuraram como partes no processo, mas também o substituído processual, que não foi parte. Isso significa dizer, então, que o substituído processual é atingido pela coisa julgada, como se parte fosse. Por isso, o legislador se preocupou com a sua situação, autorizando que ele ingresse no processo, para auxiliar o substituto, na qualidade de assistente litisconsorcial. Eis aqui a hipótese de cabimento de espécie de intervenção de terceiros: pressupõe uma situação de legitimidade extraordinária, porque quem pode ingressar nessa qualidade é aquele que não é parte, mas vai ser atingido pelos efeitos da coisa julgada. Portanto, quem pode entrar no processo como tal é o substituído processual.

3.4. As duas acepções de "ação"

A palavra "ação" pode ser usada com duas acepções diferentes. Trata-se de uma palavra que não foi bem escolhida pelo legislador, usando o mesmo vocábulo para designar duas coisas distintas. Quais são, afinal, esses dois significados?

3.4.1. Ação como direito de acesso à justiça — ação em sentido amplo

Em sentido mais abrangente, **ação é o direito subjetivo de acesso à justiça, o direito de obter do Poder Judiciário uma resposta, qualquer que ela seja, a todas as pretensões que lhe forem dirigidas**. É o direito de pôr em movimento a máquina judiciária, de provocar uma resposta, enfim, o direito de acesso ao juízo. Trata-se de uma garantia constitucional atribuída a todos, que não depende de nenhuma condição. É **direito incondicionado** que alguns denominam, para distingui-lo, como ação em sentido amplo, ou em nível constitucional. Outros o chamam simplesmente de direito de acesso à Justiça ou de demandar. Mesmo não havendo o preenchimento das chamadas condições da ação, o postulante tem direito a uma resposta do Judiciário. Por mais absurda que seja a pretensão, por mais impossível, descabida, ela será examinada pelo juiz, que deverá dar uma decisão mais em vigor é o do **regime dotal**. Tratava-se de um regime de bens, fundamentada.

utilizado antigamente, mas há muito superado, não tendo sido mencionado pela Lei nº 10.406, de 10-1-2002, o Código Civil. O art. 289, III, do Código Civil de 1916, estabelecia que, na vigência da sociedade conjugal, era direito do marido usar das ações judiciais a que os bens dotais dessem lugar. Tratava-se de situação singular, os bens dotais não pertenciam ao marido. Eles eram instituídos pela própria mulher, por qualquer de seus ascendentes ou por outrem. Mas cabia ao marido defendê-los judicialmente. Se o fizesse, teríamos o marido em juízo defendendo bens que não lhe pertenciam, mas à mulher. A sentença atingiria não apenas a ele, que figurou como parte, mas ainda mais diretamente à mulher, pois era dela o direito ou interesse discutido.

3.4.2. Ação em sentido estrito

Mas a palavra ação pode ser usada em outro sentido, mais específico, e que interessa mais de perto ao processo civil. Foi longa a evolução da teoria da ação, desde que o processo civil surgiu como ciência. Não é o caso de examinar de forma mais detalhada todas as teorias que surgiram a respeito desse segundo significado de ação, chamada "ação em sentido estrito, ou em nível processual". Já não se está mais diante do mero direito de acesso à justiça, mas de outra coisa que os processualistas demoraram algum tempo para identificar. Pode-se, de maneira bastante simplificada, agrupar as principais teorias sobre a ação em sentido estrito, ao longo da história, em três categorias fundamentais.

3.4.2.1. Teoria concretista

3.5.4.1.3 Alguns exemplos de legitimidade extraordinária

3.5.4.1.3.1 O antigo regime dotal

3.5.4.1.3.2. O condomínio tradicional

Imaginemos duas ou mais pessoas proprietárias do mesmo bem. No condomínio tradicional, condôminos, não sendo dono da coisa toda, é

titular de uma fração ideal, quando esse não for o pedido do autor, cada condômino conseguiria pleitear coisa maior do que a sua fração ideal. Por exemplo, se houvesse três proprietários, cada qual será, em princípio, titular de uma terça parte ideal, salvo se constar do título outra forma de divisão. Se esse imóvel for invadido, surgirá a interessante questão de saber quem são os legitimados para propor ação reivindicatória ou possessória. O art. 1.314, *caput*, do Código Civil soluciona o problema ao dizer que cada condômino pode reivindicá-la de terceiro e defender a sua posse. Isso significa que, cada um, isoladamente, tem legitimidade para defender integralmente a coisa comum. Esse dispositivo legal nos põe no campo da legitimidade extraordinária, porque permite que o titular de uma fração ideal, que detém apenas uma parte da coisa, vá a juízo defendê-la integralmente. No exemplo dado, se os três condôminos, A, B e C, forem autorizados a ajuizar ação reivindicatória ou possessória não somente em relação à sua parte na coisa, mas em relação ao objeto inteiro, como um todo. Cada qual dos condôminos será, simultaneamente, legitimado ordinário no que concerne à sua terça parte, à sua fração ideal; mas será legitimado extraordinário no que se refere às outras duas terças partes que pertencem aos demais titulares. Caso a demanda seja proposta só por um deles, estará em juízo defendendo a fração própria e as frações alheias, o que só é permitido na legitimidade extraordinária. Se a demanda for proposta só por A, os demais condôminos, B e C, serão substituídos processuais, porque não figurarão como partes, mas os seus direitos estarão sendo defendidos em juízo por A. Este reivindicará o bem como um todo, não apenas a sua fração ideal. Proferida a sentença de mérito, porém, a eficácia subjetiva da coisa julgada atingirá os três, e não somente o autor. Os que ficaram de fora, substituídos, também são atingidos, porque a parte deles na coisa foi defendida. Em compensação, se os substituídos B e C quiserem ingressar em juízo e participar do processo, basta que requeiram o seu ingresso como assistentes litisconsorciais. Mas, ingressando ou não, os efeitos da coisa julgada os atingirão.

3.5.4.1.3.3. Alienação de coisa litigiosa

É outro exemplo de legitimidade extraordinária em nosso ordenamento jurídico, regulado pelo art. 42 do CPC. Pressupõe uma disputa judicial entre duas ou mais pessoas a respeito de um bem. Imagine-se, por exemplo, que A ajuíze em face de B uma ação reivindicatória, postulando a restituição de um bem que estaria em poder deste. A partir do momento em que o réu for citado, a coisa tornar-se-á litigiosa, conforme art. 219 do Código de Processo Civil. Será que desde então ela se torna indisponível, não

3.4.2.2. Teorias abstratistas puras

No ponto, assim como nas duas teorias anteriores, também as abstratistas puras não conseguiam distinguir com nitidez a ação do direito material subjacente. Eram aquelas que condicionavam a existência do direito de ação à do próprio direito material que estava sendo discutido. Entre as condições da ação, para os concretistas, estava a de que o autor tivesse razão. Daí porque só consideravam ter havido ação, em sentido estrito, quando, ao final, fosse proferida sentença de procedência, isto é, quando o pedido do autor fosse acolhido. Para eles, só tinha ação quem, ao final, tivesse razão: se ao final, a sentença fosse de improcedência ou de extinção sem julgamento de mérito, não teria havido ação em sentido estrito.

3.4.2.3. Teoria abstratista eclética

3.4.2.3.1. O mérito. O direito de ação como direito a uma resposta de mérito

Foi então que se formulou uma corrente intermediária, apelidada de "abstratista eclética". O seu grande defensor e divulgador foi o jurista italiano **Enrico Tullio Liebman**, homem que teve grande importância para os estudos do processo civil no Brasil. Deixando a Itália em época em que aquele país era dominado pelo regime fascista, ele veio residir no Brasil, justamente no período em que o nosso primeiro código nacional de processo civil estava sendo editado. Sua influência foi enorme, e os estudos dessa ciência deram um grande passo. Liebman e seus discípulos, que mais tarde se tornaram grandes processualistas, formaram aquilo que hoje se chama Escola Paulista do Processo Civil. Ele foi um grande defensor da chamada "teoria abstratista eclética". Para compreendê-la, porém, alguns conceitos iniciais são necessários. É preciso saber o que significa a palavra "mérito". Em processo civil, ela é empregada como sinônimo da pretensão inicial, daquilo que o autor pede, postula. Quando se diz que o juiz extinguiu o

poderão ser julgadas no mérito, dará ensejo à ineficácia do ato de disposição frente ao adquirente. Se o juiz fosse processo sem examinar **o pedido**. Para a teoria eclética, o direito de ação, muitos problemas ocorreriam, porque o processo pode alongar-se por em sentido estrito, **é o direito a obter uma resposta de mérito**, isto é, uma muitos anos, e a indisponibilidade por tanto tempo poderia levar à completa desvalorização. O art. 42 autoriza a alienação, mas estabelece algumas decisão, positiva ou negativa, a respeito da pretensão formulada. No regras de natureza processual, que devem ser observadas. A primeira é que processo de conhecimento, as respostas de mérito são as sentenças de em regra a alienação da coisa litigiosa não altera a legitimidade entre as procedência ou de improcedência. Tanto uma quanto outra examinam a partes. Se o réu vender a um terceiro o bem reivindicado pelo autor, o pretensão inicial, a primeira em sentido positivo e a segunda, negativo. A processo já em andamento continuará correndo **entre as partes originárias**. teoria eclética não é concretista, mas **abstratista**, porque não condiciona a O § 1º do art. 42 formula uma exceção: poderá haver a substituição do existência da ação à do direito material sustentado pelo autor. Ele terá direito alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário, desde que haja o de ação mesmo que, ao final, se verifique que não tinha razão, nem era **consentimento** da parte contrária. Se, durante o processo, o réu vender o bem titular do direito litigado. Terá havido o exercício do direito de ação, mesmo que estava consigo, a ação continuará correndo contra ele, a menos que o quando a sentença for de improcedência, quando o juiz entender que a razão autor consinta em que ele seja substituído pelo adquirente ou cessionário, o não estava com o postulante. Daí o caráter abstrato da ação, para essa que nem sempre ocorre. Caso o consentimento não seja dado, a demanda teoria. Mas, como ela não se conforma com qualquer resposta, exigindo que **prossegue contra o réu originário**. Obstrui-se a via de o pedido seja de mérito, alguns autores a criticam: "O problema é que o bem não estará mais em mãos deste, mas do adquirente. Ora, o § 3º do art. 42 soluciona o problema, estabelecendo que a sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou cessionário". Caberia perguntar: Como é possível que uma sentença proferida contra o réu originário possa estender os seus efeitos ao adquirente, que não participou do processo, e deve ser considerado um terceiro? A resposta fica fácil, quando se percebe o que ocorreu: a demanda foi proposta inicialmente contra o réu, porque era ele que tinha a coisa consigo. Era ele, portanto, o legitimado a defendê-la. Mas, a partir da alienação da coisa litigiosa, o interesse em preservá-la e defendê-la não será mais do réu originário, que já a alienou, mas do adquirente. No entanto, são mantidas as partes originárias. Isso significa que, a partir da alienação, o réu estará em juízo em nome próprio, mas defendendo um bem que ele já transferiu a terceiro. **Haverá legitimidade extraordinária, na qual o réu originário ficará como substituto processual do adquirente que não é parte, mas o atual interessado na defesa da coisa**. Em ambos há pedido, tanto que se iniciam com uma petição inicial. Portanto, em ambos há mérito, sinônimo de pedido. Mas os pedidos são processual, é natural que a sentença estenda a ele os seus efeitos. Se ele muito diferentes: no processo de conhecimento, o que se quer é o que o juiz quiser ingressar no processo, poderá fazê-lo, na condição de assistente **diga** quem tem razão, que ele declare o direito, decidindo se a razão está litisconsorcial.

com o autor ou com o réu. De uma maneira muito simplificada, processo de conhecimento é aquele em que se pede que o juiz diga quem tem razão. E, desde que preenchidas as condições, ele o fará. O meio processual pelo qual o juiz diz é a **sentença de procedência ou improcedência**. Quando ele a profere, diz se a razão estava com o autor ou com o réu. Portanto, a resposta ao pedido, isto é, a resposta de mérito no processo de conhecimento, é a sentença de procedência ou improcedência. Na execução, o pedido é muito

3.4.2.3.2. A execução também é ação?

Se o direito de ação aparece como direito a uma resposta de mérito, como ficam as execuções? Também nelas haverá resposta de mérito, como no processo de conhecimento? É preciso não confundir: a teoria abstratista eclética exige, para a caracterização da ação, que haja o direito a uma **resposta de mérito, e não que haja necessariamente o direito a uma sentença de mérito**. Mas resposta de mérito e sentença de mérito são coisas diferentes? Sim, resposta é algo muito mais abrangente do que sentença. Há três tipos de processo: o de conhecimento, o de execução e o cautelar. Neste momento, interessam-nos os dois primeiros, porque o processo cautelar é sempre acessório, e pressupõe a existência atual ou futura de um dos outros dois. Assim, fiquemos com o processo de conhecimento e o de execução. Em ambos há pedido, tanto que se iniciam com uma petição inicial. Portanto, em ambos há mérito, sinônimo de pedido. Mas os pedidos são muito diferentes: no processo de conhecimento, o que se quer é o que o juiz **diga** quem tem razão, que ele declare o direito, decidindo se a razão está com o autor ou com o réu. De uma maneira muito simplificada, processo de conhecimento é aquele em que se pede que o juiz diga quem tem razão. E, desde que preenchidas as condições, ele o fará. O meio processual pelo qual o juiz diz é a **sentença de procedência ou improcedência**. Quando ele a profere, diz se a razão estava com o autor ou com o réu. Portanto, a resposta ao pedido, isto é, a resposta de mérito no processo de conhecimento, é a sentença de procedência ou improcedência. Na execução, o pedido é muito

3.5.4.1.4. Legitimidade extraordinária exclusiva e concorrente

Os exemplos mencionados permitem detectar a existência de dois tipos de legitimidade extraordinária: **a exclusiva e a concorrente**. Na primeira, compete exclusivamente ao substituto a condução do processo em que o direito está sendo discutido. Conquanto esse direito seja atribuído ao substituído, ele próprio não pode figurar como parte, podendo, se quiser,

diferente, de assistente litisconsorcial. Não se trata disso. É mais que isso. Imagine-se, por exemplo, que, no regime total. De acordo com o art. 289 do Código Civil revogado, a defesa em juízo dos bens dotais era direito do marido, em caráter exclusivo. A mulher não podia ingressar como coautora. Podia, sim, depois do ajuizamento, requerer o seu ingresso como assistente litisconsorcial. Já no condomínio, há legitimidade extraordinária concorrente. A lei a atribui a cada um dos condôminos. É admissível a demanda aforada por apenas um deles sem a participação dos demais que, se desejarem, poderão intervir mais tarde, na condição de assistentes litisconsorciais; mas é também possível que um deles ingresse em juízo, para que o juiz diga quem tem razão, declarando qual o direito aplicável à espécie.

TIPO DE PROCESSO	PRETENSÃO (MÉRITO)
Conhecimento	Que o juiz diga quem tem razão, declarando qual o direito aplicável à espécie.

3.5.4.1.5. Legitimidade extraordinária como decorrência da lei

Para concluir nosso exame da legitimidade extraordinária, resta lembrar a **equivocidade** atribuindo ao terceiro a possibilidade de, em nome próprio, postular direito alheio. Mas essa exigência deve ser examinada com alguma extensão. Não há necessidade de que a lei seja expressa. Admite-se que a legitimidade extraordinária possa decorrer do **sistema**, isto é, que o exame do ordenamento jurídico permita detectar a existência de autorização, ainda que implícita, de que alguém possa ir a juízo em defesa de interesses de outrem. Um exemplo poderia ajudar a compreensão: o art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece que os honorários advocatícios incluídos na condenação por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado. Pois bem, imagine-se que o juiz profira uma sentença, fixando honorários que não agradam ao advogado. Tem-se admitido, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, a legitimidade do advogado para recorrer a respeito de seus honorários. Se ele o fizer, estará como legitimado ordinário, porque, afinal, apresentou recurso em nome próprio, para postular direito próprio. Mas há numerosas decisões, também do Superior Tribunal de Justiça, estendendo a legitimidade também para a parte, que estaria legitimada a recorrer, ainda que com a finalidade exclusiva de elevar os honorários advocatícios, que não pertencem a ela, mas ao seu advogado. Se ela o fizer, estaremos diante de um caso de legitimidade extraordinária. **Não há previsão legal expressa de que o recurso poderá ser interposto pela parte, mas isso decorre do próprio sistema, que dá a ela, em regra, a legitimidade recursal.**

3.5.4.1.6. Legitimidade extraordinária e interesses coletivos

Todo o nosso estudo, até este ponto, levou em conta a postulação e defesa de interesses individuais. Cumpre agora fazer um breve exame da questão da legitimidade nas ações coletivas. Há enorme controvérsia a respeito, sendo possível identificar três correntes principais: a dos que entendem que a legitimidade dos titulares das ações coletivas é extraordinária, a dos que defendem que é ordinária, e a dos que sustentam que é anômala, ou autônoma, o que constitui uma terceira categoria, que não se enquadra entre as tradicionais. Os argumentos dos adeptes dessa terceira categoria podem ser assim resumidos: para que a legitimidade seja classificada em ordinária ou extraordinária, é preciso que um determinado direito ou interesse **tenha um titular**, apto a defendê-lo judicialmente. Haverá legitimidade ordinária se ele é que estiver habilitado a defender esse direito em juízo, e extraordinária se essa defesa for atribuída a outrem. Mas os direitos coletivos e, sobretudo, os difusos não têm um titular específico, que possa defendê-los judicialmente. Para os defensores dessa teoria, as formas tradicionais de legitimidade — ordinária ou extraordinária — só seriam aplicáveis ao processo individual, não ao coletivo, para o qual seria necessário criar uma terceira categoria, denominada **legitimidade autônoma**. Parece-nos que não é preciso lançar mão de uma categoria distinta das tradicionais. Alguns doutrinadores entendem que a legitimidade para a ação coletiva em defesa de interesses difusos e coletivos deve ser considerada ordinária. A extraordinária pressupõe que há alguém que teria legitimidade ordinária para propor a demanda, mas que, por força de lei, é substituído por outro. No entanto, ninguém, além das instituições previstas em lei, poderia fazê-lo, porque eles estão pulverizados entre um grupo determinado ou indeterminado de pessoas. A sua defesa não pertence a ninguém mais, senão aos entes que têm a função institucional de promovê-la, tais como o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público e as associações constituídas com essa finalidade. Por isso, não haveria substituição processual, já que a lei não transferiu a legitimidade de uma pessoa para outra. Em oposição, há os que sustentam a legitimidade extraordinária, sob o argumento de que o interesse que está sendo postulado em juízo não pertence diretamente aos entes, mas a um grupo, categoria ou classe de pessoas. Só se pode falar em legitimidade ordinária quando o agente vai a juízo em nome próprio para postular direito que alega pertencer-lhe. Não é o que ocorre nas ações coletivas, em que os entes legitimados postulam direitos ou interesses que pertencem a um grupo de pessoas, ou a toda a coletividade. **Parece-nos que a legitimidade, nas ações coletivas, aproxima-se mais da extraordinária porque não há coincidência**

Execução Que o juiz satisfaça o direito do credor.

entre a titularidade do interesse e a sua defesa judicial. Entre as funções institucionais dos entes titulares da ação civil pública, está a postulação judicial desses direitos, que pertencem a todo o grupo, categoria ou classe e que se encontram pulverizados entre um grande número de pessoas. Para facilitar o acesso à justiça é que a lei atribui a legitimidade extraordinária a tais entes. E a extensão da coisa julgada assim o demonstra. No campo da legitimidade ordinária, ela não poderia ultrapassar as partes. Nas ações civis públicas, a eficácia da coisa julgada é ***erga omnes*** e ***ultra partes***, estendendo-se para além daqueles que participam do processo.

3.5.4.2. Possibilidade jurídica do pedido

Depois de examinar a legitimidade *ad causam*, cumpre cuidar das outras duas condições da ação, a começar pela possibilidade jurídica do pedido. O nosso ordenamento jurídico a mantém como tal, tanto que o art. 267, VI, do CPC estabelece que o processo será extinto sem julgamento de mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. Mas, como já mencionado, Liebman, a partir da 3ª edição do seu Manual de Direito Processual Civil, excluiu a possibilidade jurídica, considerando que, quando ela falta, o autor será carecedor por falta de interesse de agir. Para a possibilidade jurídica do pedido, é preciso que a pretensão formulada em juízo **não afronte o ordenamento jurídico**. Não há necessidade de que o ordenamento preveja expressamente aquilo que se pretende obter, mas sim que ele não o **vede**, que a pretensão não ofenda nenhuma proibição expressa, nem afronte o sistema jurídico nacional. Um cuidado especial há de ser tomado quando do exame do preenchimento dessa condição: conquanto ela se refira à licitude do pedido, não basta que o juiz o examine isolada e exclusivamente, sendo necessário que observe os três elementos da ação em conjunto. Não se pode examinar o pedido sem verificar em quais fundamentos ele se embasa, quem o formula e em face de quem é formulado. Por exemplo, em ação de cobrança, não basta verificar o que, e quanto o autor pede; é preciso examinar a causa de pedir. Pode ser que ele fundamente a sua pretensão no fato de ter vencido o réu em um jogo. Ora, o nosso ordenamento jurídico não admite a cobrança de uma dívida, quando fundada em jogo. É preciso verificar, também, quem pede e em face de quem se pede, pois uma pretensão pode ser **lícita em face de uma pessoa e ilícita em face de outra**. Como exemplo, a execução por quantia certa, com pedido de penhora de bens, que será admissível se aforada contra um particular, e inadmissível, contra a Fazenda Pública. Não se pode concluir o exame dessa condição da ação sem dirigir-lhe uma crítica: é que, de certa maneira, a impossibilidade jurídica do pedido, que gera a extinção do

processo sem julgamento de mérito, **se assemelha, em muito, a uma improcedência de plano**. Isso porque, se o juiz entende que o pedido é juridicamente impossível, ele examina o pedido. E, como foi visto no início, pedido é o mesmo que mérito. Assim, no fundo, a impossibilidade jurídica do pedido seria quase uma improcedência de plano, que decorre do fato de o juiz verificar, *ab initio*, que a pretensão do autor jamais poderá ser acolhida. De qualquer maneira, o nosso ordenamento jurídico continua considerando a sentença que reconhece a impossibilidade jurídica do pedido como de extinção sem julgamento de mérito, com todas as consequências que daí decorrem.

3.5.4.3. Interesse de agir

De acordo com o art. 3º, do CPC, para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade. O interesse de agir exige o preenchimento do binômio: **necessidade e adequação**. É preciso que a pretensão só possa ser alcançada por meio do aforamento da demanda, e que esta seja adequada para a postulação formulada. Há os que ainda incluem a **utilidade**, como elemento do interesse de agir, mas parece-nos que ele é absorvido pela necessidade, pois aquilo que nos é necessário certamente nos será útil. Não haverá interesse de agir para a cobrança de uma dívida, antes que tenha havido o seu vencimento, porque pode ser que até a data prevista haja o pagamento espontâneo, o que tornaria desnecessária a ação. Mas, desde o vencimento, se a dívida não for paga, haverá interesse de agir. Também é necessário que haja adequação entre a pretensão do autor, e a demanda por ele ajuizada. Por exemplo: faltará interesse de agir para ação de cobrança, se o credor tiver título executivo. Ao escolher a ação inadequada, o autor está se valendo de uma medida desnecessária ou inútil, o que afasta o interesse de agir. **O autor carecerá de ação quando não puder obter, por meio da ação proposta, o resultado por ele almejado**. Haverá casos, outros, em que haverá carência por falta de interesse superveniente. É o que ocorre quando, no momento da propositura da demanda, ela era necessária, mas depois, por razões posteriores, deixou de ser. Imagine-se, por exemplo, que alguém ajuíze ação contra o causador de um acidente de trânsito, que tem contrato de seguro. O réu faz a denunciação da lide à sua seguradora para a hipótese de vir a ser condenado, caso em que poderá, nos mesmos autos, exercer o direito de regresso contra ela. O juiz só examinará se existe ou não direito de regresso se a lide principal vier a ser julgada procedente, pois só então o réu terá sido condenado, e fará sentido falar em reembolso. Se a lide principal for improcedente, o réu não terá sido condenado, com o que a denunciação

da lide perderá o objeto, e a denunciação deverá ser extinta, sem julgamento de mérito, por falta de interesse.

3.5.5. Maneiras de verificar se as condições da ação estão ou não preenchidas

Apresentamos um panorama geral das condições da ação, necessárias para que o autor tenha o direito de ação, em sentido processual, e possa obter uma resposta de mérito. Há ainda uma questão relacionada a esse assunto, bastante complexa, a ser examinada. Refere-se à forma de proceder ao exame das condições da ação, no processo, e àquilo que deve ser considerado em tal exame. Vale lembrar que o assunto é de **ordem pública**, e deve ser considerado pelo juiz a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento dos litigantes. Mas existe controvérsia a respeito daquilo que deva ser considerado pelo juiz no momento de avaliar se estão ou não preenchidas as condições da ação. Um exemplo pode ilustrar a questão: imagine-se que uma pessoa chamada José proponha, em face de João, uma demanda de cobrança, alegando que contratou o réu para lhe prestar um serviço de pedreiro, pois estava reformando a sua casa. A petição inicial contém uma versão dos fatos, que o juiz, de início, não tem condições de avaliar se é verdadeira ou não. Há um conjunto de afirmações feitas pelo autor, um conjunto de assertivas. **A versão dos fatos está *in statu assertionis***. Se considerarmos verdadeiras as afirmações apresentadas, se presumirmos que tudo o que está dito na petição inicial é verdadeiro, verificaremos que as condições da ação estão preenchidas: as partes são legítimas, pois José alega que contratou João; o pedido de cobrança é juridicamente possível, e o autor informa que o réu não pagou, o que fundamenta o interesse de agir. O juiz determinará, então, a citação do réu, para que ele se defenda. Pode ocorrer que o réu apresente uma nova versão dos fatos, completamente diferente daquela do autor: que diga, por exemplo, que o valor que o autor está cobrando não se refere à prestação de serviços, como alegado, mas à dívida de jogo, uma vez que ambos participaram de uma aposta, que o réu perdeu. Instaurada a controvérsia, o juiz abrirá a instrução, e colherá as provas necessárias para formar a sua convicção. Imaginemos que as provas confirmem a versão do réu, de que, na verdade, a dívida é mesmo de jogo. Qual deverá ser a sentença? De improcedência, ou de extinção sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido? Existem, a respeito desse assunto, duas importantes correntes doutrinárias, que serão examinadas nos itens seguintes.

3.5.5.1. A teoria da asserção

Goza de muito prestígio, no Brasil, a **chamada teoria da asserção**,

desenvolvida, sobretudo, no direito italiano, onde é chamada de teoria *della prospettazione*. Para os seus defensores, o exame das condições da ação deve ser feito **em abstrato, pela versão dos fatos trazida na petição inicial, *in statu assertionis***. O juiz verificará se elas estão preenchidas considerando verdadeiro aquilo que consta da inicial, em abstrato. É certo que, no exemplo do item anterior, no curso da instrução, ficou provado que a versão inicial não era verdadeira, que a dívida era de jogo. Porém, para um assertivista, o que é apurado em concreto, pelo exame das provas, é mérito, não mais relacionado às condições da ação. Portanto, para um assertivista, elas são examinadas apenas em abstrato, pelo que foi afirmado na inicial: daí o nome teoria da asserção, ou da afirmação. Um defensor dessa teoria, no nosso exemplo, daria uma sentença de improcedência, pois só ficou provado que a dívida era de jogo **em concreto**, e isso é **mérito**. Para que fosse caso de impossibilidade jurídica do pedido, era necessário que pela leitura da inicial já pudesse ser verificada a incompatibilidade do pedido com o nosso ordenamento jurídico. Veja-se que, mesmo para um assertivista, o exame das condições pode ser feito a qualquer tempo, no curso do processo. Mas o juiz, ao fazê-lo, só considerará a **versão abstrata**.

3.5.5.2. O exame em concreto das condições da ação

Em oposição aos defensores da teoria da asserção, há aqueles que entendem que as condições da ação devem ser **examinadas em concreto**. Para eles, o juiz, ao analisá-las, deve considerar não apenas o que consta da inicial, a versão afirmada do autor, mas tudo o que tenha ficado apurado. Um adepto dessa teoria julgaria, no exemplo dado no item 3.5.5, o processo extinto, sem julgamento de mérito, por falta de possibilidade jurídica do pedido.

3.5.5.3. No Brasil

Há, hoje, profunda controvérsia doutrinária a respeito de qual das duas teorias foi acolhida no Brasil. Liebman, o grande jurista italiano, que tanto influência teve sobre o nosso ordenamento jurídico, foi defensor da teoria da asserção, e hoje talvez seja possível dizer que ela tem predominado entre os nossos doutrinadores, embora, como já dito, a questão seja controvertida. A predominância, entre os doutrinadores, da teoria da asserção deve-se, possivelmente, ao fato de que ela permite, com mais clareza, a distinção daquilo que é mérito do que é condição da ação.

3.6. Os elementos da ação

3.6.1. Introdução

Outro aspecto, de grande relevância para a compreensão do tema, é o dos elementos da ação, **que não se confundem com as condições**. Estas são requisitos que devem ser preenchidos para que **exista o direito de ação em sentido estrito**. Se o autor não as preenche, será carecedor; já os elementos servem **para identificar a ação**, funcionam como uma espécie de carteira de identidade. É por meio deles que, comparando duas ações, será possível verificar se são idênticas, caso em que haverá **litispendência ou coisa julgada**; se são semelhantes, caso em que poderá haver **conexão ou continência**; ou se são completamente diferentes. Os elementos da ação são três: **as partes, o pedido e a causa de pedir**. Se modificarmos qualquer um deles, alteraremos a ação, o que é de grande relevância porque o juiz, ao prolatar a sua sentença, fica adstrito ao que foi postulado na petição inicial, não podendo julgar nem diferente do que foi pedido, nem a mais. Se o fizer, sua sentença será ***extra petita*** **ou** ***ultra petita***, e inválida. Ao proferir a sentença, o juiz tem de estar muito atento para não fugir dos elementos da ação indicados na petição inicial, sob pena de julgar uma ação diferente da que foi proposta. Mas isso será retomado com mais profundidade, quando examinarmos a causa de pedir. Vamos passar ao exame de cada um dos elementos, começando pelas partes.

3.6.2. Das partes

Parte é quem pede a tutela jurisdicional e em face de quem ela é postulada. Em síntese, o autor — aquele que pede; e o réu — em face de quem o pedido é formulado. Não tem qualidade de parte aqueles que funcionam como representantes legais. Por exemplo, um menor absolutamente incapaz que vá a juízo para postular alimentos, terá de ser representado. Parte será o incapaz, não o representante. Nos processos de jurisdição voluntária, as partes são denominadas "interessados". Mas, no fundo, não deixam de ser partes. Questão curiosa é saber da possibilidade de existir uma ação que não tenha autor, ou réu. É possível que não tenha autor naqueles raríssimos casos em que o juiz pode dar início ao processo de ofício. É regra quase absoluta a inércia da jurisdição, mas há algumas raras exceções, como, por exemplo, o processo de inventário, que o juiz pode iniciar de ofício. Em casos assim, ninguém sustentará que o autor é o próprio juiz: **a ação não terá autor**. Também são raras as hipóteses de processos sem réu. Entre os procedimentos de jurisdição voluntária, alguns não o terão, como a separação consensual, em que ambos os cônjuges, de comum acordo, vão juntos a juízo. Mas é possível haver ação sem réu, mesmo na jurisdição contenciosa. Por exemplo: imagine-se uma demanda de investigação de paternidade, quando o suposto pai já faleceu e não deixou

herdeiros. Por sua natureza pessoal, não patrimonial, ela não pode ser dirigida contra o espólio, massa de bens deixada pelo falecido. Em caso de morte do suposto pai, ela deve ser proposta em face dos herdeiros. Caso eles não existam, a ação não terá réu. Também não têm réu as ações declaratórias de constitucionalidade, propostas perante o Supremo Tribunal Federal.

3.6.3. Pedido

3.6.3.1. Pedido medido e imediato

O segundo elemento da ação é o pedido, que se desdobra em dois: **o imediato** e **o mediato**, que não se confundem. Pedido imediato é o **provimento jurisdicional** que se postula em juízo. É o tipo de provimento que se aguarda que o juiz defira. O autor, no processo de conhecimento, pode pedir que o juiz condene o réu; que constitua ou desconstitua uma relação jurídica; que declare a sua existência. No processo executivo, que conceda uma tutela executiva, com a prática de atos satisfativos. É preciso que, na petição inicial, o autor indique qual é o provimento que espera que o juiz profira. Se escolher a tutela jurisdicional inadequada, será carecedor de ação, por falta de interesse de agir, o que não o impedirá de tornar a juízo, formulando, desta feita, o pedido apropriado. Mas, além do provimento, é preciso que ele identifique qual é o **bem da vida** que almeja alcançar. E esse é o pedido mediato. Por exemplo, quando alguém entra com uma ação de cobrança, porque prestou um serviço, deverá postular a condenação do réu ao pagamento de determinada quantia. O pedido imediato é o provimento condenatório: o autor pretende que o réu seja condenado, e não apenas que, por exemplo, o juiz declare a existência do crédito. E o pedido mediato é o bem da vida, isto é, a quantia em dinheiro que ele pretende receber. Também o bem da vida deve ser identificado com clareza.

3.6.3.2. Pedido certo e determinado. Pedido genérico

O art. 286, do CPC, estabelece que o pedido deve ser **certo ou determinado**. A redação é infeliz: não basta que ele seja uma coisa **ou** outra. É preciso que seja ambas: certo **e** determinado. Certo é aquele que identifica o seu objeto, permitindo que seja perfeitamente individualizado; determinado é o pedido líquido, em que o autor indica a quantidade que pretende receber. Os incisos do art. 286 estabelecem hipóteses excepcionais, em que se admitem pedidos ilíquidos ou genéricos. Em regra, são situações em que não seria razoável exigir do autor, na inicial, que indicasse com precisão o que pretende. Mas, ainda que o pedido não possa ser identificado de início, é necessário que seja identificável. A primeira hipótese é a das

ações universais, quando não se puder individuar na petição os bens demandados. São as ações que têm por objeto uma universalidade de direito, como a herança e o patrimônio. Por exemplo, imagine-se que alguém quer ajuizar uma ação de petição de herança, invocando a sua qualidade de herdeiro. Não será necessário, desde logo, que identifique, um a um, os bens que a compõem, porque nem sempre isso será possível. A segunda hipótese é a de **não ser possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou fato ilícito**. Essa é a hipótese mais comum. Imagine-se que uma pessoa tenha sofrido um grave acidente de trânsito, do qual resultaram lesões e incapacidade, cuja extensão não se possa determinar desde logo, por que depende do resultado dos tratamentos médicos. No momento da propositura da demanda, se esta for proposta em data próxima à do acidente, o autor, não conhecendo ainda a extensão dos danos, poderá formular pedido genérico. Outro exemplo: não há critérios legais previamente estabelecidos para a fixação de indenização por dano moral. Daí se admitir que eles sejam formulados de maneira genérica, sem a necessidade de indicação de um valor determinado. A última hipótese do art. 286, do Código de Processo Civil, é o pedido genérico quando a **determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu**. Por exemplo, de que ele preste contas de sua gestão. Só a partir do momento em que o réu o praticar, será possível conhecer o valor da condenação.

3.6.3.3. Pedidos materialmente diferentes, mas processualmente equivalentes

Pode ocorrer que a lei material conceda ao titular de um direito violado duas soluções alternativas. Cumpre, pois, àquele que teve o seu direito desrespeitado eleger a solução que pretende. Por exemplo: diz o Código Civil que, se alguém adquire uma mercadoria com vício redibitório, aquele oculto que prejudique a sua utilização ou diminua o seu valor, poderá optar entre pedir a resolução do contrato, com a devolução do preço pago **("ação redibitória")** ou postular um abatimento no preço **(ação *quanti minoris*)**. A escolha é do adquirente, mas escolhida uma das vias, ele não pode se valer da outra, porque a lei material as coloca como **alternativas**. Embora os pedidos, do ponto de vista do direito material, sejam diferentes, do posto de vista processual são equivalentes. Isso significa que, se o adquirente do bem optar por mover a ação redibitória, não poderá postular, em outro juízo, a redução do preço. Haverá entre as duas ações litispendência e coisa julgada, pois, embora as pedidos sejam materialmente diferentes, são processualmente idênticos.

Sendo o pedido um dos elementos da ação, sua alteração implica modificação da ação proposta. Serão diferentes duas ações que tenham pedidos distintos, recaia a distinção sobre o pedido mediato ou imediato. Por exemplo, se o autor postulou em um demanda a declaração da existência de determinado crédito em seu favor, nada obsta a que, posteriormente, ajuíze outra ação, de condenação do réu ao pagamento. Tanto o pedido mediato quanto o imediato vinculam o juiz, ao proferir sentença. Portanto, se o autor pediu a declaração, o juiz não pode condenar, pois se o fizer sua sentença será *extra petita*.

3.6.4. Causa de pedir

3.6.4.1. Fatos e fundamentos jurídicos

O terceiro dos elementos da ação, e o mais complexo, é a causa de pedir. De acordo com o art. 282, III, do CPC, a petição inicial indicará o **fato e os fundamentos jurídicos do pedido**. São os dois componentes da causa de pedir. Quando se vai a juízo formular um pedido, é preciso apresentar o fundamento, a justificativa pela qual se entende que o juiz deva acolher a pretensão, e conceder o provimento jurisdicional postulado. A atividade jurisdicional é **silogística:** pressupõe a relação entre uma premissa maior, uma premissa menor, e a conclusão que daí se pode extrair. O exemplo clássico é: a) premissa maior: todo homem é mortal; b) premissa menor: Sócrates é homem. Disso resultará a conclusão lógica: então Sócrates é mortal. A premissa maior é sempre **genérica, abstrata, de aplicação universal**. Já a premissa menor é específica, particular e pessoal. Com essas considerações, é possível compreender melhor a atividade do juiz: o que ele faz, normalmente? **Aplica a lei ao caso concreto**. A lei, o ordenamento jurídico, fornece a **regra geral**, a premissa maior. O autor leva ao conhecimento do juiz o seu caso particular, específico, pessoal. Ora, o juiz partirá da premissa maior, do que diz o ordenamento jurídico, aplicará isso aos fatos que lhe são levados ao conhecimento, e disso extrairá a sua conclusão. Ora, a causa de pedir é constituída pelos fatos e fundamentos jurídicos. Os fundamentos jurídicos **são o direito que o autor quer que seja aplicado ao caso, é a norma geral e abstrata**, é o que diz o ordenamento jurídico a respeito do assunto. Não se confunde com o fundamento legal, isto é, a indicação do artigo de lei em que se trata do assunto, desnecessária de se fazer na petição inicial. Basta que o autor exponha o direito, sem a necessidade de indicar qual o artigo de lei em que ele está contido. Já os fatos são aqueles **acontecimentos concretos e específicos que ocorreram na vida do autor**, e que o levaram a buscar o Poder Judiciário, para postular

o provimento jurisdicional. Por exemplo, diz a lei que aquele que comete adultério pratica uma grave violação aos deveres do casamento, o que permite ao cônjuge inocente postular a sua separação judicial (sobre a controvérsia a respeito da permanência, em nosso ordenamento jurídico, do instituto da separação judicial, ver Livro X, Capítulo 2, item 7.1). Essa é a regra abstrata. Aquele que queira se separar, deve, na petição inicial, indicar um fato concreto, específico, pessoal, que desencadeie a aplicação da norma geral e abstrata. O autor dirá, pois, na petição inicial que foi vítima de adultério. Não bastará que ele o faça de forma genérica e abstrata. É preciso que ele diga qual foi a situação específica: aproximadamente quando, em que circunstâncias, quais as informações que têm a respeito. Afinal, **o réu não se defende da categoria jurídica "adultério" em geral, mas de um fato específico que lhe é imputado**. Da mesma forma, a lei diz que aquele que age de forma imprudente e causa danos tem que indenizar. Ora, se o autor, em um caso determinado, sofreu um acidente provocado pelo réu, deve indicar, na petição inicial, quais os fatos, deve descrever a dinâmica do acidente, para que o juiz possa conhecer em que consistiu a imprudência imputada, e quais os danos sofridos pela vítima. Portanto, quando o art. 282, III, do CPC determina que o autor indique na petição inicial os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, quer dizer que se deve descrever a premissa menor e a premissa maior que compõem o silogismo judiciário. Não é por outra razão que, em incontáveis petições iniciais, o autor, por seu advogado, depois de elaborar o cabeçalho, indicando as partes, passa a dedicar um capítulo para a descrição dos fatos e outro para o direito (fundamentos jurídicos). Depois de expô-los, conclui a petição inicial formulando o seu pedido, que, para ser apto ao desencadeamento do processo, deve ser uma decorrência lógica das premissas maior e menor expostas. Se o pedido não decorrer logicamente da narração dos fatos, a petição inicial será considerada inepta.

3.6.4.2. A substanciação

Tanto os fatos quanto os fundamentos jurídicos integram a causa de pedir. Mas, em nosso ordenamento jurídico, conquanto a lei exija a descrição de ambos, eles não têm a mesma importância. Somente um desses componentes da causa de pedir constituirá a sua essência, será determinante e vinculará o juiz ao final: **a descrição dos fatos**. Isso porque, sendo o direito a alusão ao que consta do ordenamento jurídico a norma geral e abstrata, é de se presumir que o juiz o conheça. Aplica-se a velha regra latina: ***jura novit curia***, o juiz conhece o direito. Já os fatos, que são concretos e específicos, ele não conhece, **razão pela qual têm de estar bem descritos, com clareza e precisão, na petição inicial. Não deve o juiz**

recebê-la se os fatos não estiverem indicados de forma inteligível. Quanto ao direito, o juiz pode-se mostrar menos exigente. E a razão é óbvia: ainda que o autor não indique com clareza qual o fundamento jurídico, qual a norma aplicável, qual a disposição legal que ele deseja que se aplique, o juiz poderá fazê-lo mesmo assim, porque isso ele conhece. **Mas o mais importante é que apenas os fatos vinculam o juiz no julgamento**. Os fundamentos jurídicos não. Ao prolatar a sua sentença, o juiz poderá aplicar norma legal, ou aplicar direito, diferente daquele indicado na petição inicial, sem que, por isso, sua sentença seja *extra* ou *ultra petita*. Por exemplo: Uma pessoa viaja de ônibus e, durante o percurso, sofre um acidente. O autor postula, em face da empresa de ônibus, indenização pelos danos que sofreu, imputando culpa ao motorista que agiu imprudentemente. Funda, pois, a demanda em responsabilidade subjetiva. Mas o juiz não fica adstrito ao direito alegado na inicial, e pode condenar a empresa com fundamento na responsabilidade objetiva das empresas permissionárias de serviço público. O mesmo não ocorre com os fatos. Esses vinculam o juiz, e é deles que o réu se defende. Se o juiz condenar o réu com base em fato não descrito na petição inicial, estará julgando ação diferente da que foi proposta e sua sentença será *extra petita*. Nem poderia ser de outra forma, pois o réu só terá tido oportunidade de defender-se daquilo que lhe foi imputado. Esse sistema, em que os fatos é que delimitam objetivamente a demanda e servem para identificar a ação, decorre da adoção, entre nós, da **teoria da substanciação**, que se contrapõe à da **individuação**. Para a primeira, o que vincula o juiz no julgamento é a descrição dos fatos; para a segunda, a indicação dos fundamentos jurídicos.

3.6.4.3. A alteração dos fatos modifica a ação

Como os fatos constituem a essência da causa de pedir, **não haverá litispendência ou coisa julgada, se duas ações, ainda que entre as mesmas partes e com o mesmo pedido, estiverem fundadas em fatos diferentes**. Imagine-se que uma mulher ajuíze ação de separação judicial, imputando ao seu marido, a prática, em determinadas circunstâncias, de adultério. Citado, ele irá se defender dessa imputação, que há de ser específica e determinada. Suponhamos que, no curso da instrução, não fique demonstrado o adultério. Nenhuma testemunha e nenhum outro elemento de convicção o confirmam, embora as testemunhas todas digam que ela é vítima frequente de agressões do marido. Poderia o juiz julgar procedente o pedido de separação, fundado nas sevícias e não no adultério? A resposta é negativa: **uma ação é identificada pela sua causa de pedir**. A separação proposta era fundada em adultério, fato que embasa a pretensão, um dos

elementos identificadores da ação. Ora, se o juiz decretar a separação por agressão, ele estará julgando ação diferente da que foi proposta, sua sentença será *extra petita* e nula. Afinal, o réu não terá se **defendido** da alegação das agressões, mas tão somente do adultério. Se este não ficou provado, a sentença terá de ser de improcedência. Nada impede, porém, que a autora volte à carga, propondo nova ação de separação judicial, desta feita com base nas agressões. Não haverá litispendência nem coisa julgada entre a primeira e a segunda, porque as causas de pedir serão diferentes. Outro exemplo: se na petição inicial a autora descreveu, como fundamento de seu pedido, um determinado adultério, ocorrido em data determinada e em certas circunstâncias, o juiz não poderá julgar procedente o pedido com base na comprovação de outro adultério, ocorrida em situação diversa, e em circunstâncias distintas. Isso porque o réu não se defende de uma categoria jurídica genérica — "o adultério" — mas de um fato específico, daquele adultério descrito na petição inicial.

3.6.4.4. A causa de pedir nas ações reais

Uma questão importante é a da causa de pedir nas ações que versam sobre direito real. Por exemplo, na ação reivindicatória, em que o autor pretender reaver um bem que está indevidamente com outrem, do qual é proprietário. Discute-se, por exemplo, se, para fundamentar o pedido bastaria a ele invocar a sua condição de dono, **ou se seria necessário apontar a origem da propriedade**. Nessas ações, basta ao autor dizer que é proprietário, ou é preciso dizer, por exemplo, que a propriedade é fruto de uma compra, doação ou de usucapião? A teoria da substanciação, adotada entre nós, afasta qualquer dúvida: a causa de pedir nas ações fundadas em direito real **exige não apenas a indicação do direito sobre o qual se embasa o pedido — o direito de propriedade — mas do fato que deu origem a esse direito**. Isso tem consequências importantes: imaginemos que alguém ajuíze uma ação reivindicatória de imóvel aduzindo que é proprietário porque o adquiriu. No curso do processo, fica comprovado que a compra foi feita a um falso dono, e que a escritura foi falsificada. A reivindicatória será improcedente. Nada impede, porém, que, passado algum tempo, o autor intente nova ação reivindicatória do mesmo imóvel, contra o mesmo réu, fundada agora em nova aquisição do bem, feita, desta vez, ao legítimo proprietário. Não haverá coisa julgada entre a primeira e a segunda ação. É certo que, em ambas, as partes eram as mesmas, e o pedido idêntico: a recuperação do bem. Mas a causa de pedir era diferente: na primeira, a propriedade oriunda de um determinado contrato (que mais tarde se comprovou ser falso); na segunda, o novo contrato de aquisição, celebrado com o legítimo dono.

3.6.4.5. Causa de pedir próxima ou remota? Um problema de nomenclatura

A causa de pedir se compõe de dois elementos: os fatos e os fundamentos jurídicos. Para identificá-los, a doutrina tem chamado a um de causa de pedir **próxima** e ao outro de causa de pedir **remota**. O problema é que não há uniformidade, entre os doutrinadores, a respeito dessa nomenclatura. A divergência é grande: parte da doutrina chama os fatos de causa de pedir próxima e os fundamentos jurídicos de causa remota (Nelson Nery Junior), e parte usa essa nomenclatura invertida (Vicente Greco Filho). Assim, é sempre prudente, ao se referir a qualquer delas, identificar qual das duas nomenclaturas se está utilizando.

3.6.5. A identificação da ação

De tudo o que foi dito, conclui-se que uma ação é identificada por seus três elementos que, na verdade, podem ser subdivididos em seis: as partes, que são o autor e o réu; o pedido, imediato (provimento jurisdicional) e mediato (o bem da vida), e a causa de pedir, que se compõe da indicação do fato e dos fundamentos jurídicos. Cinco desses seis elementos vinculam o juiz no julgamento, e servem para a identificação da ação. Só um deles — **os fundamentos jurídicos** — não o vinculam, nem servem para identificar a ação. Se mudarmos qualquer dos cinco, modificaremos a ação. Mas se alterarmos os fundamentos jurídicos, não.

3.7. Classificação das ações

3.7.1. A classificação com base no fundamento

O estudo das ações não ficaria completo, se não nos detivéssemos na questão da sua classificação. É costume designarmos uma ação pelo fundamento que a embasa. Frequentemente se utilizam expressões como "ação real" ou "ação pessoal" para distinguir entre aquelas que têm por fundamento um direito real ou um direito pessoal. Essa forma de classificação não é adequada, **porque o real ou pessoal não é ação, mas o direito material em que ela está fundamentada**. A ação em que o proprietário reivindica um bem não é, ela em si, real, mas está embasada, fundada em um direito real.

3.7.2. A classificação pelo resultado

Também não é correto designarmos as ações pelo tipo de resultado que pretendemos obter, em relação ao direito material. Por exemplo: ação de rescisão de contrato, ou de prestação de contas, ou possessória. Uma vez que foi acolhida entre nós uma teoria abstratista, que sustenta que a ação

goza de autonomia em relação ao direito material, **não é razoável classificá-la de acordo com os aspectos materiais discutidos**. O correto é considerar apenas os aspectos propriamente ligados à atividade jurisdicional desencadeada.

3.7.3. A classificação quanto ao tipo de atividade exercida pelo juiz

As ações classificam-se, pois, de acordo com o **tipo de atividade** que o juiz é preponderantemente chamado a exercer, ao longo do processo. Tradicionalmente é possível identificar, com base nesse critério, três tipos fundamentais de ação: as de **conhecimento ou cognitivas, as de execução e as cautelares**, que formarão processos de conhecimento, execução e cautelares. O que distingue cada uma delas? A **atividade** que o juiz é chamado a desempenhar. Nas de conhecimento, pede-se que ele profira uma **sentença**, na qual dirá se a razão está com o autor ou não, e se ele tem ou não direito ao provimento jurisdicional postulado. Nas de execução, o que se pede são **providências concretas, materiais, destinadas à satisfação do direito**. Não mais que o juiz, por meio de uma sentença, diga quem tem razão, mas que faça valer, por meios adequados, o direito ao seu respectivo titular. E nas cautelares, em que se pede que o juiz determine alguma **providência cuja finalidade seja proteger o provimento jurisdicional**, que corre riscos decorrentes da demora do processo.

3.7.3.1. Tipo de tutela cognitiva: condenatória, constitutiva e declaratória

Dentre as ações de conhecimento, é possível identificar três tipos fundamentais: a **condenatória, a constitutiva e a declaratória**, conforme o tipo de tutela postulada. Nas três pede-se sempre uma sentença: as declaratórias são mais simples que as demais, porque nelas o juiz se limita a **declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica**. O que se pretende obter é uma **certeza jurídica** sobre algo que, até então, era fonte de dúvidas, incertezas ou insegurança. A sentença declaratória não impõe obrigações aos litigantes, por isso não constitui título executivo, mas torna certa uma situação jurídica que, embora já existisse, não era reconhecida. Por exemplo: quando houver dúvida a respeito da paternidade de alguém que queira saná-la, bastará que ajuíze ação declaratória, na qual o juiz decidirá se, afinal, o autor é ou não filho do réu. Já a tutela constitutiva é aquela cuja finalidade é **modificar, constituindo ou desconstituindo, uma relação jurídica**. Um exemplo é o das ações de separação judicial ou divórcio, que objetivam desconstituir a sociedade conjugal ou o casamento, respectivamente. Tal como as ações declaratórias, as constitutivas não

visam à formação de um título executivo. Por seu intermédio, o que se busca é a modificação de uma situação jurídica indesejada. As ações constitutivas podem ser positivas ou negativas. As primeiras são as que **criam** relações jurídicas até então inexistentes; as segundas, as que as **desconstituem**. O que caracteriza a sentença constitutiva é a criação de um estado jurídico distinto do anterior. Por fim, a ação condenatória é aquela que visa à **formação de um título executivo judicial**, que atribuirá ao autor a possibilidade de valer-se da via executiva, tornando realidade aquilo que lhe foi reconhecido. Sua finalidade é **compelir alguém ao cumprimento de uma obrigação inadimplida**. A ação condenatória tem por objetivo não a satisfação imediata e plena do direito postulado, mas a formação de título que permita aplicar a sanção executiva. Esses são os três tipos fundamentais de ação de conhecimento, classificados de acordo com a tutela jurisdicional postulada. Mas, de há muito, tem sido aceita a existência de dois outros, ainda com base no mesmo critério: as mandamentais e as executivas *lato sensu*.

3.7.3.2. Tutela mandamental e executiva "lato sensu"

Nenhuma delas constitui uma forma diferenciada e autônoma de ação cognitiva: **tanto a mandamental quanto a executiva *lato sensu* constituem espécies de ação condenatória**. São ações mandamentais aquelas em que o juiz, ao condenar o réu, emite uma **ordem, um comando**, que permite, sem necessidade de um processo autônomo, tomar medidas concretas e efetivas, destinadas a proporcionar ao vencedor a efetiva satisfação de seu direito. São exemplos de tutela mandamental as sentenças proferidas em mandado de segurança e nas ações que tenham por objeto obrigação de fazer ou não fazer, previstas nos arts. 461 e 461-A, do CPC. Descumprida a ordem, o juiz pode determinar providências que pressionem o devedor, como a fixação de multa diária, chamada "astreinte". Caso a desobediência persista, pode tomar providências que assegurem resultado prático equivalente ao do cumprimento.

As ações executivas *lato sensu* são também exemplo de ações condenatórias, em que a sentença é cumprida independentemente de fase executiva. São exemplos as ações possessórias e de despejo, em que, proferida a sentença de procedência, o juiz determinará a expedição de mandado para cumprimento, sem necessidade de um procedimento a mais, em que o réu tenha oportunidade de manifestar-se ou defender-se. Não se confunde esse tipo de ação com a mandamental, porque nesta a determinação não é cumprida por mandado judicial. **Quem deve cumpri-la é o próprio devedor**, cabendo ao juiz estabelecer medidas de pressão, ou

determinar providências que assegurem resultando semelhante. Já nas executivas *lato sensu*, não havendo cumprimento espontâneo da obrigação, **o próprio Estado, no lugar do réu, cumprirá**. Se o réu não devolve a coisa, é expedido mandado que a tira do poder deste, e a entrega ao autor. Vale lembrar que essas classificações das ações levam em conta a atividade jurisdicional predominante, e nem sempre será fácil identificar com clareza em qual dos tipos a ação se enquadra, havendo aqueles que criticam a distinção entre ações mandamentais e executivas *lato sensu*, aduzindo que elas não passam de subtipos de ações condenatórias.

■ 4. QUESTÕES

1. (Magistratura/SP) O momento processual adequado para ser examinada, pelo julgador, questão envolvendo ilegitimidade das partes será:

I. quando do despacho da petição inicial;
II. no despacho saneador;
III. no despacho saneador ou na sentença;
IV. quando do julgamento do recurso.
Quanto às afirmativas acima:
a) apenas a I é correta;
b) apenas a IV é correta;
c) todas são corretas;
d) são corretas apenas II, III e IV.

Resposta: "c".

2. (Magistratura/SP) O sistema faculta ao juiz rever de ofício decisões interlocutórias irrecorridas:

a) se atinentes aos pressupostos processuais ou às condições da ação;
b) se concernentes exclusivamente aos pressupostos processuais;
c) se referentes exclusivamente às condições da ação;
d) em nenhuma hipótese em virtude da preclusão.

Resposta: "a".

3. (Magistratura/SP) Possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e o interesse processual:

a) em conjunto, consubstanciam, no processo civil, o provimento jurisdicional;
b) constituem a relação jurídica processual, formada entre o autor e o juiz, entre este e o réu, e entre este e o autor;
c) são os pressupostos processuais, que devem ser verificados quando da propositura da ação ou da constituição válida da relação processual;

d) são condições da ação, em que a ausência de uma delas informa a extinção do processo sem exame do mérito.

Resposta: "d".

4. (MP/SP) O reconhecimento de coisa julgada deve fundamentar-se na:

a) identidade das condições da ação;
b) conexão;
c) continência;
d) identidade dos pressupostos processuais;
e) identidade dos elementos da ação.

Resposta: "e".

5. (Juiz do Trabalho — 16ª Região — 2005) Segundo a doutrina dominante:

a) a ação é dirigida contra o Estado e contra o adversário, exigindo-se a intervenção de juiz imparcial.
b) a ação insere-se no rol dos direitos subjetivos.
c) a ação é dirigida apenas contra o Estado.
d) a ação é direito que depende da existência de um direito subjetivo material, sendo, por determinação constitucional, instrumental.
e) estão corretas as alternativas *b* e *c*.

Resposta: "e".

6. (Promotor de justiça — MG — 2005) "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimação" (art. 3º do Código de Processo Civil). Diante desse postulado é CORRETO afirmar:

a) O interesse processual, indispensável no ajuizamento da ação, se ausente no momento da prolação da sentença, não enseja a rejeição do pedido.
b) Se a parte for manifestamente ilegítima, o juiz deve fixar prazo razoável para que a petição seja emendada.
c) O réu não precisa demonstrar interesse em contestar, pois este se encontra pressuposto.
d) Não é suficiente, para a aferição da existência do interesse processual do Ministério Público, a singela demonstração de que se trata de uma hipótese de uma ação civil pública.
e) A decisão liminar do juiz determinando a citação, enseja inelutável preclusão, sendo defeso àquele reexaminar questão envolvendo a legitimação passiva.

Resposta: "c".

5

O DIREITO DE DEFESA (EXCEÇÃO)

1. Introdução

1.1. As várias acepções em que a palavra "exceção" pode ser tomada

1.2. Esquema das várias acepções do termo "exceção"

1. INTRODUÇÃO

Se a todos é dado o direito de ajuizar a ação, é sempre assegurado ao réu o **direito de contrapor-se a ela, de defender-se**, impugnando a pretensão do autor, e apresentando os argumentos necessários para o convencimento do juiz.

Se, de um lado, a todos é garantido o acesso à justiça, de outro, deve ser sempre respeitado o contraditório. O réu tem o direito de saber da existência do processo, de tudo o que nele ocorre, e o de apresentar a sua defesa, os seus argumentos.

É nesse sentido que o direito de defesa (ou exceção) constitui um dos institutos fundamentais do processo civil.

1.1. As várias acepções em que a palavra "exceção" pode ser tomada

Ao tratarmos do tema da ação, vimos que ela pode ser empregada em dois sentidos diferentes: daí dizer-se que é palavra equívoca. A exceção também, porque pode ser encontrada em **três acepções diferentes:** a de exceção em sentido amplo, que constitui um dos quatro institutos fundamentos do processo civil; o de exceção em sentido estrito, que é o oposto de objeção, e como uma das exceções rituais. Nos itens seguintes, serão brevemente examinadas cada uma dessas acepções.

1.1.1. Exceção em sentido amplo

É o **direito de defesa**, na acepção mais abrangente do termo: de o réu contrapor-se à pretensão inicial, valendo-se de todos os mecanismos previstos em lei, para tanto. Em suma, é o direito de **defender-se**, de tentar fazer com que o juiz não acolha a pretensão inicial, de resistir a ela. É nesse sentido que a exceção constitui um dos institutos fundamentais.

1.1.2. Exceção em sentido estrito

O termo "exceção" em sentido estrito é o **oposto de objeção**. As defesas possíveis que o réu pode apresentar no processo dividem-se em duas categorias: as de **ordem pública**, cujo conhecimento interessa não somente ao réu, mas ao próprio funcionamento do Judiciário. E as que não são de ordem pública. As primeiras, ainda que não alegadas pelo réu, podem ser conhecidas **de ofício pelo juiz**. Por isso, elas **não precluem** se o réu não as alegar na primeira oportunidade. São denominadas objeções. Há algumas que são de ordem estritamente processual e há outras de cunho material. Como objeção processual pode-se mencionar a incompetência absoluta ou a falta de condições da ação; como objeção material, a decadência.

Há defesas que não são de ordem pública, por dizerem respeito estritamente aos interesses do réu. **Têm de ser alegadas, não podendo ser conhecidas de ofício pelo juiz**. Em regra, **precluem**, se o réu não as alegar na primeira oportunidade. Tais são as **exceções em sentido estrito**, que podem ser também de cunho estritamente processual, como a incompetência relativa ou de cunho material, como o pagamento.

A classificação da prescrição sempre trouxe problemas. De início, entendia-se que não poderia ser declarada de ofício, embora não precluísse se não alegada na primeira oportunidade. Mesmo assim, prevalecia o entendimento de que deveria ser considerada exceção em sentido estrito. Hoje, diante do que consta do art. 219, § 5º, do CPC, e da possibilidade de alegar-se a prescrição até mesmo em fase de apelação, não pode haver mais dúvida de que ela foi incluída entre as objeções.

1.1.3. Exceções rituais

O CPC se vale da expressão "exceção" em outro sentido ainda. É o utilizado pelo art. 304, que autoriza a apresentação de exceções de **incompetência, impedimento ou suspeição**. É nesse sentido que se fala em exceções rituais — incidentes processuais autuados em apenso — que têm o condão de suspender o curso do processo principal, e servem para que as partes possam arguir apenas um dos três temas mencionados.

Somente a **incompetência relativa** — não a absoluta — pode ser arguida por meio de exceção ritual. A absoluta deve figurar como

6

O PROCESSO

1. Introdução

2. Processo e Procedimento

3. Instrumentalidade do processo

4. Diversos tipos de processo

5. O processo eclético

6. Processo e ação

7. Pressupostos processuais

7.1. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito

7.2. Os pressupostos processuais como matéria de ordem pública

7.3. Pressupostos processuais de existência e validade

8. Questões

1. INTRODUÇÃO

Como visto no Capítulo 4, no item 3.4.1, é garantido a todos o acesso à justiça, o direito de obter uma resposta do poder judiciário a todos os requerimentos formulados. **Desde o momento em que é proposta a demanda, haverá a formação de um processo, que é o instrumento da jurisdição**. É por meio dele que o Poder Judiciário poderá dar a resposta solicitada. É o meio pelo qual o juiz poderá aplicar a lei ao caso concreto.

Sob dois aspectos o processo pode ser considerado. Pelos **atos** que, ordenados sucessivamente de maneira lógica, devem ser realizados durante o seu transcurso; e pela **relação** que se estabelece entre determinados

personagens.

O processo contém um aspecto objetivo e um subjetivo. **Objetivo**, pois é constituído por um conjunto de atos ordenadamente encadeados e previamente previstos em lei, que se destinam a um fim determinado: a prestação jurisdicional. Para que ela seja alcançada, há um procedimento, que pressupõe um encadeamento de atos se sucedendo no tempo: a apresentação da petição inicial, o recebimento, a citação do réu, a resposta, o saneamento ou julgamento antecipado, as provas e o julgamento. E o **subjetivo:** o processo estabelece uma relação entre o juiz e as partes, autor e réu, que também se prolonga no tempo, e implica deveres, ônus, faculdades e direitos de cada um. Daí dizer-se que todo processo é integrado pelas noções de procedimento, e de relação jurídica processual.

O processo é instrumento abstrato, isto é, não tem realidade corpórea. Não se confunde com os **autos**. Muitos dos atos processuais são reduzidos a escrito e reunidos em um ou mais volumes, aos quais se dá o nome de autos. Mas estes são apenas as materializações de alguns atos do processo, não o processo em si.

■ 2. PROCESSO E PROCEDIMENTO

Enquanto o **processo engloba todo o conjunto de atos que se alonga no tempo, estabelecendo uma relação duradoura entre os personagens da relação processual**, o procedimento consiste na **forma pela qual a lei determina que tais atos sejam encadeados**. Às vezes, em sequência mais concisa, mais rápida: diz-se então que o procedimento é **sumário**; às vezes, de forma mais larga, com mais amplitude, caso em que será **ordinário**; por fim, encadeados de maneira diferente da convencional, caso em que o procedimento será **especial**. Uma coisa é o conjunto de atos; outra, a forma mais ou menos rápida, comum ou incomum, pela qual eles se encadeiam no tempo.

■ 3. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

O processo nunca é um fim em si mesmo. Ninguém ingressa em juízo tão somente para obtê-lo. Constitui apenas o **instrumento** utilizado pela jurisdição, para aplicar a lei ao caso concreto. Daí que deve atender, da melhor maneira possível, a sua finalidade, qual seja, fazer valer o direito da parte, que o entende violado. O processo deve **amoldar-se à pretensão de direito material** que se busca satisfazer. Por essa razão, é que dele existem numerosos tipos, como se verá no item seguinte.

LIVRO III

OS SUJEITOS DO PROCESSO

1

DAS PARTES E SEUS PROCURADORES

1. Introdução

2. Capacidade de ser parte

3. Capacidade processual

   3.1. Representação e assistência

4. Curador Especial

   4.1. Curador especial dos incapazes

   4.2. Curador especial do réu preso

   4.3. Curador especial do réu citado fictamente

   4.4. Curador especial em favor do idoso

   4.5. Poderes do curador especial

   4.6. Curador especial em execução

   4.7. Curador especial na ação monitória

   4.8. Exercício da função de curador especial

   4.9. Se não nomeado o curador especial pode haver nulidade

5. Integração da capacidade processual das pessoas casadas

   5.1. Introdução

   5.2. Ações que versam sobre direito real imobiliário

   5.3. Outorga uxória ou marital

5.4. O polo ativo das ações que versem sobre direito real imobiliário
6. REGULARIZAÇÃO DA CAPACIDADE PROCESSUAL E DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL
5.5. O polo passivo das ações que versem sobre direito real imobiliário
5.6. Outorga uxória e união estável
5.7. Formação processual
5.8. A recusa da outorga e a possibilidade de suprimento
5.9. Esquema da matéria, para memorização
que versem direito real sobre bens imóveis
6. Regularização da capacidade processual e da representação processual
7. Dos deveres das partes e seus procuradores
7.1. Introdução
7.2. Dos deveres
7.3. Poderes das partes quanto às despesas processuais
7.4. Multas
7.5. Honorários advocatícios
8. Dos procuradores
9. Da substituição das partes e dos procuradores
9.1. Da alienação da coisa ou do direito litigioso
9.2. Substituição de procuradores
10. Questões

6. REGULARIZAÇÃO DA CAPACIDADE PROCESSUAL E DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL

Se o juiz verificar que há irregularidade na capacidade processual ou na representação processual, deve fixar prazo razoável para que o vício seja sanado (CPC, art. 13). Se o vício dizia respeito ao autor, e não foi sanado, o processo será julgado **extinto, sem resolução de mérito**; se ao réu, o juiz o reputará revel, e se ao terceiro, determinará a sua exclusão. Discute-se se a pessoa jurídica necessita juntar com a procuração os seus atos constitutivos, para demonstrar que a pessoa que a assinou teria poderes para fazê-lo. A jurisprudência orienta-se pela **desnecessidade**, salvo se a parte contrária apresentar impugnação fundada, que traga dúvidas ao juiz sobre a validade da representação.

7. DOS DEVERES DAS PARTES E SEUS PROCURADORES

7.1. Introdução

O CPC cuida dos deveres das partes e de seus procuradores no Capítulo II, do Título II, do Livro I. O assunto é tratado a partir do art. 14, em várias seções, que cuidam dos deveres, da responsabilidade das partes por dano processual e das despesas e multas.

7.2. Dos deveres

Vêm enumerados no art. 14, do CPC, que tem cinco incisos. Apesar do nome atribuído ao capítulo — **dos deveres das partes e seus procuradores** —, os incisos impõem deveres que transcendem tais personagens, estendendo-se a todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo, como os intervenientes, o Ministério Público, os funcionários do Judiciário, os peritos e assistentes técnicos, as testemunhas e as pessoas a quem são dirigidas as determinações judiciais (estas, ainda que não participem do processo).

Tais deveres consistem em:

a) **Expor os fatos em juízo conforme a verdade**. Só haverá ofensa a tal dever se, **intencionalmente**, a verdade for falseada. Se for apresentada de maneira errônea, involuntariamente; porque uma falsa percepção da realidade, uma incompreensão dos fatos, uma má avaliação dos acontecimentos, ou qualquer outro tipo de equívoco, a infração não estará caracterizada. É preciso que fique evidente a **intenção; a vontade de falsear a verdade**. Do simples fato de o juiz não ter

1. INTRODUÇÃO

O CPC dedica os seis primeiros artigos ao tema da jurisdição e da ação. Em seguida, nos títulos II, III e IV, que se estendem do art. 7º ao art. 153, trata dos personagens que participam do processo. Primeiro, das **partes e seus procuradores**, e da possibilidade de **intervenção de terceiros**. Em seguida, do Ministério Público, dos órgãos judiciários e dos auxiliares da justiça, regulamentando a atuação do juiz e dos seus auxiliares. Seguindo a ordem do CPC, neste capítulo trataremos das partes e seus procuradores; no seguinte, da pluralidade de partes (litisconsórcio) e, na sequência, da

intervenção de terceiros propostas por uma das partes, não resulta que ela tenha mentido intencionalmente, podendo ocorrer que tenha havido um equívoco, pelas causas anteriormente mencionadas. A obrigação estende-se também às testemunhas, peritos e outros que participem do processo. Havendo infração, o ofensor incorre nas sanções do art. 16, do CPC, sem prejuízo de outras, inclusive de natureza penal.

b) Proceder com lealdade e boa-fé. Essa obrigação abrange todas as demais, pois quem viola as impostas nos outros incisos do art. 14 não age de boa-fé, nem de forma leal. A ideia do legislador é vedar a utilização de **expedientes desonestos, desleais**, que sejam meramente protelatórios. Essa hipótese é explicitada pelo art. 17, que tem rol **meramente exemplificativo**: enumera condutas tidas como litigância de má-fé. Por exemplo: deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, alterar a verdade dos fatos, usar do processo pra conseguir objetivo ilegal, opor resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, provocar incidentes inúteis ou interpor recursos protelatórios. Seja qual for a hipótese, porém, só haverá litigância de má-fé se o autor agir de forma intencional, dolosa, com a consciência do ato que está perpetrando.

c) Não formular pretensões, nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento. Só haverá violação a esse dever se a parte tiver **consciência, em seu íntimo, de que a sua pretensão ou a defesa apresentada são destituídas de fundamento**. Não basta, de objetivamente, o juiz conclua que uma coisa ou outra não tem fundamento. É preciso que verifique que a parte sabia disso desde logo. Com frequência, uma das partes não tem razão, mas está convencida de que tem, e luta por aquilo que supõe ser o seu direito. Quando isso ocorre, não há nenhuma violação de dever. O que não se admite é que a parte vá a juízo formular pretensões e defesas que sabe de antemão que não têm fundamento. O que torna a questão mais complicada é que o juiz precisaria, então, conhecer a subjetividade do litigante ou do participante do processo, para saber se ele tinha ou não consciência da sua falta de razão. Ora, como isso é impossível, ele verificará se o erro cometido foi escusável ou não. Se o equívoco for considerado grosseiro, o juiz sancionará aquele que o perpetrou com as penas da litigância de má-fé.

d) Não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito: o juiz deve examinar esse, como os demais deveres, com certa tolerância. A parte pode requerer honestamente uma prova, que entende pertinente, conquanto o juiz pense que seja supérflua ou irrelevante, sem que com isso haja ofensa ao dever legal. Para que ela fique caracterizada, é indispensável que as provas requeridas ou produzidas sejam **meramente protelatórias**, destinadas não a esclarecer os fatos, mas a retardar o desfecho do processo. Aqui também se exige o dolo, a má-fé, a conduta voluntária.

■ 2. CAPACIDADE DE SER PARTE

Todas as pessoas, sem exceção, têm capacidade de ser parte, porque são titulares de direitos e obrigações na ordem civil. A regra abrange as pessoas naturais ou físicas, e as jurídicas, de direito público ou privado. O art. 12 do CPC trata da representação das pessoas jurídicas e dos entes despersonalizados que têm capacidade de ser parte. A União será representada pela **Advocacia Geral da União**, na forma do art. 41, da Lei n. 9.028/95. Os Estados, o Distrito Federal e os territórios, pelos seus **procuradores**, e o Município, pelo **Prefeito ou por seu procurador**. As pessoas jurídicas de direito privado são representadas **por quem os seus estatutos designarem**, e, em caso de omissão, pelos seus diretores. As pessoas jurídicas sustentadas pela sociedade, incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ou pela sociedade incorporada, incidente de incorporação, serão representadas, incidentalmente no processo, pelo sucessor, nos termos do art. 12, do CPC, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil. Presume-se que ele esteja autorizado a receber citação inicial em todos os tipos de processo (CPC, art. 12, § 3º).

A lei processual estende a capacidade de ser parte a **alguns entes despersonalizados**, por entender conveniente para a postulação ou defesa de determinados interesses em juízo. Conquanto eles não tenham personalidade civil, têm, ao menos, personalidade processual. Entre outros exemplos, podem ser citados:

a) Massa falida: que consiste na universalidade de bens e interesses deixados pela empresa que teve a falência decretada, será representada em juízo pelo **administrador judicial**.

b) Espólio: que consiste na universalidade de bens, direitos e obrigações deixada por aquele que faleceu, com herdeiros legítimos ou testamentários conhecidos. O espólio figurará em todas as ações de cunho patrimonial, em que se disputem os interesses deixados pelo *de cujus*. **A sua existência prolonga-se da data da morte, até o trânsito em julgado da sentença que julga a partilha**. Enquanto não houver inventário e nomeação de inventariante, o espólio será representado **pelo administrador provisório**, a pessoa que se encontra na posse dos bens da herança; com a nomeação do inventariante, será ele o representante do espólio, **salvo se for dativo**, caso em que a representação caberá a todos os herdeiros. O espólio só figurará em ações de cunho estritamente patrimonial. Nas de cunho pessoal, como a investigação de paternidade, em vez do espólio, figurarão os herdeiros e sucessores do falecido.

c) Cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final: Esse dever é imposto a todos aqueles que participam do processo, direta ou indiretamente, e está ligado ao princípio da boa-fé (art. 14, II, do CPC) e ao princípio da cooperação (art. 14, V, do CPC). Ambos os princípios foram estudados no item 1.5.8.

São duas as obrigações: cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetividade dos provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Os provimentos mandamentais são aqueles em que o juiz **emite uma ordem**, determinando a alguém que faça ou deixe de fazer determinada coisa. Por isso, a determinação do art. 14, V, do CPC mantém estreita correlação com os arts. 461 e 461-A que tratam das ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa. A sentença condenatória, nesse tipo de ação, tem caráter mandamental, pois impõe ao réu uma ordem. A obrigação de cumprir os provimentos mandamentais é dirigida apenas às partes, porque o provimento jurisdicional diz respeito apenas a elas.

A segunda obrigação é de não criar embaraço aos provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Ela não é dirigida apenas às partes, mas a todos aqueles que possam, de alguma maneira, dificultar ou retardar o cumprimento dos provimentos. **Mesmo aqueles que não participam do processo podem violar essa obrigação**. Por exemplo, para que a sociedade comercial ou civil se constitua, e adquira personalidade jurídica, é indispensável que haja o registro na Junta Comercial, ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Mas a sociedade de fato, não registrada, que não adquiriu personalidade jurídica poderá figurar no pólo ativo ou passivo de ações judiciais, desde que se prove que ela efetivamente existia, atuava. Já que o processo contém uma ordem que não pode ser descumprida. Não importa se ela foi emitida em caráter definitivo ou provisório, como no caso das tutelas antecipadas.

Esse inciso se distingue dos anteriores, porque as sanções impostas àqueles que violarem os quatro primeiros diferem das impostas ao último. A ofensa aos deveres enumerados nos quatro primeiros incisos obrigará o causador a ressarcir os prejuízos causados por seus atos, em prejuízo do interesse de terceiros. Já a violação ao último implicará em **ato atentatório ao exercício da jurisdição**, cujas sanções são cominadas pelo parágrafo único do art. 14.

d) Condomínio: apenas o condomínio em edifícios tem capacidade processual, não o tradicional. A diferença entre eles é que apenas o primeiro tem áreas comuns e exclusivas, no segundo, o bem pertence a todos os coproprietários. O condomínio em edifícios é representado em juízo pelo **síndico ou pelo administrador** (art. 22, §1º, da Lei n. 4.591/64). A ele cabe a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa às demandas que versem sobre os interesses da coletividade, como, por exemplo, as relacionadas às áreas comuns; as áreas privativas devem ser defendidas pelos respectivos titulares, e não pelo condomínio.

e) Sociedade sem personalidade jurídica: para que possa adquirir personalidade jurídica, é preciso que a sociedade seja constituída na forma da lei, e que sejam respeitadas todas as formalidades impostas. Mas o CPC outorga personalidade processual até mesmo àquelas sociedades que não chegaram a adquirir personalidade jurídica, **desde que exista um começo de prova da sua existência**. Por exemplo, para que a sociedade comercial ou civil se constitua, e adquira personalidade jurídica, é indispensável que haja o registro na Junta Comercial, ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Mas a sociedade de fato, não registrada, que não adquiriu personalidade jurídica poderá figurar no pólo ativo ou passivo de ações judiciais, desde que se prove que ela efetivamente existia, atuava. Já que o processo contém uma ordem que não pode ser descumprida. Não importa se ela foi emitida em caráter definitivo ou provisório, como no caso das tutelas antecipadas.

Esse inciso se distingue dos anteriores, porque as sanções impostas àqueles que violarem os quatro primeiros diferem das impostas ao último. A ofensa aos deveres enumerados nos quatro primeiros incisos obrigará o causador a ressarcir os prejuízos causados por seus atos, em prejuízo do interesse de terceiros. Já a violação ao último implicará em **ato atentatório ao exercício da jurisdição**, cujas sanções são cominadas pelo parágrafo único do art. 14.

f) Nascituro: é aquele que, conquanto já concebido, ainda não nasceu. São enormes as controvérsias a respeito da atribuição de personalidade civil ao nascituro, e o exame foge ao âmbito do nosso interesse. O Código Civil aduz que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, embora a lei resguarde os direitos do nascituro.

7.2.1. Da responsabilidade por dano processual

Aquele que violar os quatro primeiros incisos do art. 14 responderá

pelas **perdas e danos** que causar (art. 16). Sem prejuízo dessa obrigação, o juiz ou tribunal, **de ofício ou a requerimento**, condenará o litigante de má-fé em multa não excedente a 1% do valor da causa, bem como a ressarcir os honorários advocatícios e todas as despesas da parte contrária.

Em resumo, serão duas as sanções impostas ao ofensor: a de reparar os danos sofridos e a multa, ambas em favor da parte contrária. Ou seja, o ofensor deverá pagar multa. Se não houver dano nenhum, ainda assim a multa poderá ser imposta, de ofício ou a requerimento.

Como será feita a reparação dos danos? Nos próprios autos em que a violação ocorrer, se forem de grande dimensão, não ultrapassando 20% do valor da causa, o juiz condenará o culpado a ressarci-los e já fixará o *quantum*, em quantia não superior aos 20%. Mas, se os danos forem maiores, e não puderem ser apurados de imediato, o juiz condenará o culpado, mas remeterá a apuração do *quantum* à liquidação por arbitramento, na forma do art. 18, § 2º, do CPC.

Tanto a condenação em perdas e danos quanto a multa reverterão em **proveito da parte contrária, prejudicada pela conduta violadora**.

7.2.2. Ato atentatório ao exercício da jurisdição

A violação ao inc. V do art. 14, que obriga ao cumprimento exato dos provimentos mandamentais e à não criação de embaraços aos provimentos judiciais antecipados ou finais, constitui **ato atentatório ao exercício da jurisdição, que não se confunde com o ato atentatório à dignidade da justiça, tratado no art. 600, do CPC**.

A sanção ao primeiro é imposta no parágrafo único do art. 14. A obrigação de cumprir o provimento mandamental só é imposta às partes; a de não criar embaraço aos provimentos judiciais é dirigida às partes, ao Ministério Público, aos intervenientes, e a eventuais terceiros a quem sejam impostas as determinações judiciais. Só não pode ser aplicada ao advogado, por força de ressalva expressa no dispositivo legal, acrescentada ao projeto originário, por força de pressão de entidades de classe dos advogados, ressalva de duvidosa constitucionalidade, já que, por eximir tão somente a eles das sanções por descumprimento de determinações judiciais, ofende o princípio da isonomia.

Sem prejuízo das sanções penais (como, por exemplo, crime de desobediência), civis ou processuais cabíveis, o juiz, **de ofício ou a requerimento da parte**, aplicará **multa** não superior a 20% do valor da causa. Pode haver violação cumulativa dos quatro primeiros incisos e do último, caso em que serão aplicadas cumulativamente as penas da litigância de má-fé.

3. CAPACIDADE PROCESSUAL

3.1. Representação e assistência

Dentre as pessoas físicas, nem todas terão capacidade processual, **a aptidão para estar em juízo pessoalmente**. O art. 7º do CPC a atribui apenas àquelas pessoas que se acham no exercício dos seus direitos, que, de acordo com a lei civil, têm a chamada capacidade de fato ou exercício. Em outras palavras, **às pessoas capazes**.

Os incapazes civis serão também incapazes de, por si só, estar em juízo, havendo a necessidade de que sejam representados ou assistidos, na forma da lei civil.

O art. 8º do CPC determina que os incapazes, no processo, **serão representados ou assistidos por pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil**. Se a incapacidade é absoluta, há necessidade de representação; se relativa, de assistência. Para saber quem é o representante ou assistente, é preciso identificar o tipo de incapacidade: se proveniente da menoridade, os incapazes serão representados pelos pais; se casados, por qualquer um deles; se não, por aquele que detenha a guarda. Se ela for compartilhada, por qualquer um. Se o incapaz não está sob poder familiar, porque os pais faleceram ou dele foram destituídos, haverá nomeação de um **tutor**, que passará a representá-lo ou assisti-lo. O tutor serve apenas ao incapaz por menoridade.

Se a incapacidade provém de outras causas, como de enfermidade ou doença mental, desenvolvimento mental incompleto, uso de tóxicos ou prodigalidade, haverá interdição e nomeação de um **curador**, que passará a representar ou assistir o incapaz.

E se ele estiver, momentaneamente, sem representante legal? Por exemplo, um menor que tenha perdido os pais, sem que tenha havido tempo para ser posto sob tutela, e tenha necessidade imediata de ajuizamento de uma demanda, para garantia de seus direitos. Quem o representará? Eis o

de má-fé ao tratar de uma questão jurisprudencial, que poderá ter diversos fins de participação no processo civil: [curador especial]. Fé que merecerá tratamento minucioso nos itens seguintes.

4. CURADOR ESPECIAL

Em favor das pessoas maiores, cuja incapacidade tenha sido declarada em processo de interdição, será nomeado um **curador**, que será seu representante legal (ou assistente) em todos os atos da vida civil, e nos processos em que ele figure.

Com ele não se confunde o **curador especial**, figura que pode ter várias funções no processo, todas elas relacionadas, em maior ou menor grau, à necessidade de reequilibrá-lo, assegurando o respeito ao princípio constitucional da isonomia, ou de garantir o direito de defesa daqueles que, por qualquer razão, possam ter dificuldade de exercê-lo.

O art. 9º, do CPC, enumera quais são essas funções, que têm diferentes naturezas. Algumas vezes, o curador especial atuará como representante legal da incapaz que esteja provisoriamente privado de um representante definitivo. Outras, a sua função não será propriamente a de representar ou assistir o incapaz, mas assegurar o direito de defesa ao réu preso ou àquele que foi citado fictamente.

4.1. Curador especial dos incapazes

Há atos, no curso do processo, que implicam despesas. Por exemplo, os relacionados à prova pericial, que exigem o pagamento dos honorários do perito. Salvo os casos de justiça gratuita, cumpre às partes prover as despesas dos atos que praticam ou requerem no processo. Mas qual das partes? Aquela que sucumbir, que obtiver resultado desfavorável. O juiz, ao proferir sentença, condenará a parte sucumbente ao pagamento das despesas processuais. Mas há aquelas que têm de ser antecipadas, não havendo a possibilidade de se aguardar o desfecho do processo. Surge então a questão de saber quem deve antecipá-las. A resposta é dada pelo art. 33 do CPC que, conquanto diga respeito especificamente à prova pericial, aplica-se, de maneira geral, ao processo civil: as despesas serão antecipadas **por quem requerer a prova** (ou o curador especial deverá fazê-lo, já que a sua participação só é necessária enquanto o incapaz não tem representante determinada de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público. Esse é o ônus pela antecipação, mas somente quando for prolatada a sentença é que se saberá quem, em definitivo, suportará as despesas do

Diferentemente do que ocorre com a litigância de má-fé, a condenação imposta pelo juiz não reverte em proveito da parte contrária, mas **em favor da Fazenda Pública**. É que, no caso de violação do inc. V, o ofendido não é o adversário, mas a administração da justiça. Por isso, se não houver o pagamento, a multa será, após o trânsito em julgado, inscrita como dívida ativa da União ou do Estado.

Haverá dificuldade se o autor do ato atentatório for a própria Fazenda Pública, uma vez que a multa reverte em seu proveito. Parece-nos, que, nesse caso, deverá ser imputada ao funcionário que desobedeceu a determinação judicial.

7.2.3. Proibição do uso de expressões injuriosas

Além dos deveres enumerados nos incisos do art. 14 o CPC proíbe às partes [expressões injuriosas] nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar [riscá-las]. Se as expressões forem proferidas oralmente, o juiz advertirá o advogado de que não as use sob pena de ter a palavra cassada (art. 1º, parágrafo único, do CPC).

Não se veda o uso de expressões contundentes, e de linguagem veemente, mas tão só daquelas que ultrapassem os limites da civilidade, e tenha conteúdo ofensivo.

7.3. Dos deveres das partes quanto às despesas processuais

Ele não se tornará o representante definitivo do incapaz, uma vez que sua atuação se restringirá ao processo em que foi nomeado, até que haja a definitiva nomeação do novo representante. Por exemplo, se falecerem os pais, tutor ou curador do incapaz, a ele será dado curador especial, que o representará no processo até que haja a nomeação do tutor ou curador. Então, o curador especial deixará a atuação, já que a sua participação **ao autor** a antecipação, da mesma forma que quando também haverá necessidade de nomeação quando o incapaz tiver representante legal, mas houver de figurar em **processo em que os seus interesses contendam com os daquele**. O incapaz será representado pelo

processo, pois o processo, para bem cumprir sua função, não pode causar prejuízos a quem tem razão. Se o autor recorre ao processo, cumpre-lhe adiantar as despesas dos atos que realizar no curso do procedimento, mas, ao final, sair vitorioso, o juiz condenará o réu a ressarci-lo das despesas processuais que teve de antecipar. Se houver vários vencidos, o juiz, na sentença, fixará proporcionalmente a responsabilidade de cada um pelas despesas. Em caso de desistência da ação, as despesas ficarão a cargo do autor; em caso de reconhecimento jurídico do pedido, a cargo do réu. Se o procedimento for de jurisdição voluntária, as despesas serão adiantadas pelo requerente, mas rateadas entre os interessados (CPC, art. 24).

Se a parte sucumbente for beneficiária da justiça gratuita, o juiz a condenará ao pagamento das despesas, **mas a execução não poderá ser feita**, a menos que o adversário comprove que o sucumbente já adquiriu condição para suportá-las, em prazo de cinco anos.

7.4. Multas

Além das sanções aplicadas às hipóteses de litigância de má-fé e ato atentatório ao exercício da jurisdição, que já foram examinadas, o CPC prevê outras específicas para determinados comportamentos das partes que perturbam o andamento do processo. São exemplos as hipóteses dos arts. 22, 29, 30 e 31.

7.5. Honorários advocatícios

O CPC regula nos arts. 20 e 21 a condenação em honorários advocatícios para a defesa de **sucumbência no processo**. Não se confundem com **contratuais**, fixados por acordo de vontade entre o advogado e seu cliente.

Os honorários fixados no processo **pertencem ao advogado e não à parte**, conforme art. 23, da Lei n. 8.906/94: "os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor".

É controvertida a necessidade de nomeação do curador especial para o réu preso se este apresentou defesa técnica, constituindo advogado. Há respeitáveis opiniões em sentido afirmativo, como a manifestada por Arruda Alvim, para quem a redação do art. 9º, II, leva à conclusão da necessidade em qualquer caso[1].

O advogado que continue atuando em favor da parte vitoriosa na fase executiva poderá optar entre promover a execução de seus honorários em nome próprio, ou em nome da parte, em conjunto com o principal. Se optar pela segunda possibilidade, a parte executará em nome próprio valores que pertencem ao advogado, o que constitui manifestação de **legitimidade**

4.2. Curador especial do réu preso

Ele atuará inexoravelmente no polo passivo, em favor do **réu preso**, mas não como seu representante legal. O réu preso é, em regra, pessoa capaz, que não precisa de alguém que o represente ou assista. A preocupação do legislador é de que ele, em razão da prisão, não tenha condições de se defender adequadamente, pois, privado de liberdade, talvez não possa contratar advogado, nem diligenciar para colher os elementos necessários para a defesa de **seus interesses no processo**. Por isso, **como forma de assegurar a plenitude do contraditório**, a lei determina que lhe seja dado curador especial, cuja função não é de representar, mas de defender o réu. Uma interpretação teleológica faz concluir que não haverá necessidade se o réu cumprir pena em regime de prisão que não traga empecilho ao direito de defesa, como o aberto em prisão domiciliar. Mas, se ficar evidenciado que, mesmo nesse regime, haverá prejuízo, a nomeação do curador far-se-á indispensável.

O teor do dispositivo não deixa dúvida a respeito da legitimidade do advogado para executar, em nome próprio os seus honorários. Mesmo destituído, poderá requerer que continue sendo intimado para, na fase executiva, cobrá-los.

Parece-nos, no entanto, que deva prevalecer a interpretação finalística: **se o réu constituiu advogado e defendeu-se adequadamente, desnecessária a nomeação**.

4.3. Curador especial do réu citado fictamente

A mais comum das hipóteses de nomeação de curador especial é a em favor do réu revel citado fictamente, por edital ou com hora certa.

O art. 20, do CPC, estabelece que o juiz condenará o vencido ao pagamento de honorários advocatícios. O valor deverá ser fixado em consonância com os §§ 3º, 4º e 5º, cumprindo ao juiz atentar para o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, bem como o tempo exigido para o seu serviço.

Quando a citação é ficta, o juiz deve aguardar o prazo de resposta, dada a possibilidade de o réu comparecer a qualquer momento do processo, constituir advogado, apresentando defesa. Por isso, honorários de sucumbência só serão devidos para o **revel, que tenha deixado transcorrer *in albis* o prazo de resposta**.

Sua função será defender o réu, apresentando contestação. Esta é oferecida, portanto, depois de já ter se encerrado o prazo originário de contestação. O curador especial é obrigado a apresentá-la, mesmo que não tenha elementos para fazê-lo. Seu prazo é **impróprio:** se não cumprir a tarefa, será substituído e sofrerá sanções administrativas, mas não haverá preclusão. Cumpre-lhe alegar o que for possível em favor do réu. Como, em regra, ele não tem contato com o réu, pode não ter elementos para defendê-lo. Por isso, a lei inclui esse como um dos casos em que pode haver **contestação por negativa geral (CPC, art. 302, parágrafo único)**. Em regra, cumpre ao réu apresentar impugnação específica dos fatos narrados na inicial, sob pena de presumirem-se verdadeiros os não contrariados. Mas a contestação por negativa geral obriga o autor a provar os fatos alegados, mesmo não havendo impugnação específica. Ela afasta a presunção de veracidade, decorrente da revelia.

Nos casos em que é indispensável a participação do advogado, será necessária a juntada de **procuração,** na forma do art. 37, do CPC. Sem ela, o advogado não será admitido a procurar em juízo salvo para, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir em processo, para praticar atos urgentes, caso em que terá o prazo de quinze dias, prorrogável por mais quinze, para exibir o mandato em juízo. É defeso distribuir petição não acompanhada de instrumento de mandato salvo se o requerente postular em causa própria, se a procuração estiver junta aos autos principais ou nos casos previstos no art. 37 (art. 254, do CPC).

A falta de procuração nos casos em que é necessária implicará na **inexistência do ato processual praticado (CPC, art. 37)**, respondendo o advogado por perdas e danos.

Não há necessidade de exibição de procuração por aqueles que ocupam cargos públicos como os da Defensoria Pública, Procuradoria do

8. DOS PROCURADORES

O CPC trata dos procuradores no capítulo que compreende os arts. 36 a 40. Um dos pressupostos processuais de existência é a **capacidade postulatória**, que, em regra, não é atributo das pessoas em geral. Quem não a tem, precisa outorgar procuração a advogado legalmente habilitado, que o represente. Há casos excepcionais porém em que a lei atribui capacidade postulatória a pessoas que normalmente não a têm, àqueles que não são advogados, nem integrantes do Ministério Público. É o exemplo do *habeas corpus*, e das ações no Juizado Especial Cível, até vinte salários mínimos.

4.4. Curador especial em favor do idoso

Além das hipóteses do CPC, é possível que leis especiais determinem a nomeação de curador especial em outros casos. Um exemplo é dado pela Lei n. 8.842/94: quando a parte, ou interveniente, for um **idoso (maior de sessenta anos)** e, em virtude disso, não possua mais condições de conduzir adequadamente seus negócios, nem de bem de seus interesses ser-lhe-á nomeado curador especial, cuja função não é representá-lo, uma vez que ele pode não ter sido interditado e mesmo que o tenha sido, poderá não ter curador que o represente, **mas a de fiscalizar se os interesses do idoso estão sendo adequadamente protegidos e defendidos.** Só haverá a necessidade de nomeação se o idoso estiver em situação de risco.

4.5. Poderes do curador especial

Estado é preciso distinguir a quando o Curador Especial funciona perante o Tribunal Federal).

representante legal da parte ou interveniente, como no caso dos incapazes sem representante legal, quando ele atua como **defensor do réu que está preso ou foi citado fictamente**.

os poderes que o outorgante concede ao procurador. Eles podem ser gerais, para o foro, caso em que o advogado estará habilitado a praticar todos os atos do processo, exceto aqueles que exigem **poderes especiais**, enumerados no art. 38, do CPC: receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

poderes especiais

A procuração geral para o foro é chamada *ad judicia*, pode ser outorgada por instrumento público ou particular, com exposição do fim para que foi passada, e confere ao advogado os poderes da cláusula *ad judicia*, em geral, para atuar em qualquer juízo, instância ou tribunal, em qualquer processo, exceto para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

Não é suficiente o poder ad judicia para confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

Em compensação, poderá requerer **todas as provas** que entenda necessárias à defesa do réu e apresentar os **recursos** cabíveis, razão pela qual deverá ser intimado de todas as decisões proferidas.

Não há mais necessidade de reconhecimento de firma na procuração. O Superior Tribunal de Justiça, por acórdão unânime, decidiu: "O art. 38, CPC, com a redação dada pela Lei n. 8.952/94, dispensa o reconhecimento de firma nas procurações empregadas nos autos do processo, tanto em relação aos poderes gerais para o foro (cláusula *ad judicia*), quanto em relação aos poderes especiais (*et extra*) previstos nesse dispositivo." Em outras palavras: a dispensa do reconhecimento de firma está autorizada por lei quando a procuração *ad judicia et extra* é utilizada em autos do processo judicial" (*RF* 359/252).

Súmula 196, do STJ:

Quanto à substituição do curador especial, nomeação é ato de competência do juiz, mas a atuação do curador, por ser função essencial à justiça, como a impugnação (ação autônoma) que ele ajuizar, não se exaure com a simples nomeação.

Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos.

preso

Se a execução estiver fundada em título judicial, terá sido precedida da fase cognitiva. Como o processo estende-se desde a propositura da demanda até a satisfação do crédito, em cada uma dessas fases o curador especial atuará na defesa do réu revel citado fictamente, quer contestando (ação de conhecimento), quer impugnando (execução).

As prerrogativas de curador especial estão enumeradas no art. 9º, II, do CPC, que regula de forma geral a atuação desse auxiliar da justiça. Em primeiro lugar, ele não está sujeito a prazo em dobro para manifestar-se nos autos (art. 191). Em segundo, não pode ser compelido a prestar juramento de calúnia (art. 20). Em terceiro, não pode ser condenado em honorários de sucumbência (art. 3º, exemplo da proibição prevista no art. 34, usando o advogado especial.

advogado

considerada uma das funções essenciais à justiça, pela Constituição Federal

Nos processos de conhecimento, o curador especial do réu revel citado fictamente é obrigado a apresentar contestação, ainda que não tenha

9. DA SUBSTITUIÇÃO DAS PARTES E DOS PROCURADORES

O termo **"substituição"**, empregado pela lei no capítulo que contém os arts. 41 a 45, não é o mais adequado. Teria sido melhor que a lei mencionasse **"sucessão"**, que pode ocorrer por ato *inter vivos* ou *mortis causa*.

Isso porque "substituição" poderia trazer a impressão falsa de que a lei está se referindo ao fenômeno da substituição processual, ou legitimidade extraordinária, e não é a isso que o capítulo se refere.

Os arts. 42 a 43 tratam da sucessão de partes, o primeiro por ato *inter vivos* e o segundo em caso de morte. E os arts. 44 e 45 tratam da alteração de procurador, seja por vontade da parte, seja por vontade do próprio advogado.

4.7. Curador especial na ação monitória

Também na ação monitória, ao réu revel citado fictamente deverá ser nomeado curador especial. Mas ele é obrigado a apresentar embargos em favor do réu, ainda que não tenha elementos para tanto? Toda a dificuldade está em decidir se a defesa nas ações monitórias tem natureza de contestação — caso em que haverá tal obrigatoriedade; ou se tem natureza de ação autônoma — verdadeiros embargos — hipótese em que o seu oferecimento pelo curador especial só caberá se ele tiver algo a alegar.

Não cabe, neste passo, discutir a natureza da defesa na ação monitória, sobre a qual há longa controvérsia. Parece-nos que tal defesa tenha natureza de **contestação**, razão pela qual deverá ser apresentada pelo curador especial, ainda que por negativa geral.

Mas, se o processo ainda não está concluído, não se pode ter ainda certeza a respeito de quem tenha razão, o que traz dificuldades.

4.8. Exercício da função de curador especial

A curadoria especial é função institucional da **Defensoria Pública**, nos termos da Lei Complementar n. 80/94, art. 4º, IV.

Onde a defensoria não tiver sido instituída, a função caberá à Procuradoria Geral do Estado e entidades a ela conveniadas.

4.9. Se não nomeado o curador especial pode haver nulidade

Quais as consequências da falta de nomeação de curador especial? É preciso distinguir: se ele for representante legal da parte ou do interveniente, como no caso dos incapazes, a falta de nomeação implicará a ausência de um dos pressupostos processuais de validade do processo, a capacidade processual. Disso advirá a **nulidade do processo**, que autoriza o ajuizamento de ação rescisória.

Se ele for nomeado para defender o réu preso ou citado fictamente, **legitimidade extraordinária**, ou substituição processual. Ou seja, haverá

elementos para tanto? A Súmula 196 do STJ diz que ele tem legitimidade para fazê-lo. Mas terá que o fazer? Se a resposta for afirmativa, teríamos de admitir que, não havendo elementos, ele teria de embargar por negativa geral. Há controvérsia a respeito, mas parece-nos que, **dada a natureza de ação autônoma dos embargos, não se há de admitir que possam estar fundamentados em negativa geral**. Por isso, a posição do curador especial é: se tiver elementos, deverá apresentar os embargos, mas se não os tiver, não deve apresentá-los, por negativa geral, mas apenas acompanhar o processo, postulando e defendendo os interesses do executado, depois de informar ao juízo a falta de elementos.

9.1. Da alienação da coisa ou do direito litigioso

Vem regulamentada no art. 42. Desde o momento em que ocorre a **citação válida**, a coisa, ou o direito disputado pelos litigantes, passa a ser **litigioso**. E continuará sendo até a conclusão definitiva do processo, até o trânsito em julgado. Nem por isso ele se torna indisponível, pois se assim fosse, a eventual longa duração do processo poderia trazer, para aquele que tem razão, graves prejuízos decorrentes de sua desvalorização.

Mas, se o processo ainda não está concluído, não se pode ter ainda certeza a respeito de quem tenha razão, o que traz dificuldades.

O *caput* do art. 42 formula a regra fundamental a respeito da alienação de coisa ou direito litigioso: **a legitimidade das partes não se altera**; conquanto tenha havido a alienação, o processo continua correndo com as **partes originárias**. Por exemplo: se A ajuíza ação reivindicatória em face de B, que tem atualmente o bem consigo, o fato de ele alienar a coisa, transferindo-lhe a posse, não altera a condição de réu. No entanto, o § 1º do art. 42 permite que, **se houver anuência da parte contrária**, **poderá haver a sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário**. Do contrário, ele permanecerá como parte: o alienante continuará figurando no processo em nome próprio, não mais postulando ou defendendo um direito que alega ser seu, mas que já transferiu ao terceiro, por força da alienação. Ou seja, postulará em nome próprio, mas em defesa de um direito alheio. Nesse caso, estar-se-á diante de uma hipótese de **legitimidade extraordinária**, ou substituição processual. Ou seja, haverá

nulidade desde que haja prejuízo ao réu. Não se decretará a nulidade

verdadeira substituição processual quando, apesar da alienação da coisa litigiosa, as partes permanecerem as mesmas, porque então se terá o alienante em nome próprio, na defesa de interesse que já transferiu ao adquirente. Antes da alienação, o alienante era legitimado ordinário, tornando-se extraordinário só depois. Como não tem mais consigo a coisa ou o direito litigioso, ele figurará como substituto processual do adquirente, que assume a condição de substituído. Por isso, e pelas razões expostas no item 3.5.4.1.3.3, Capítulo 4, do Livro II, o substituído pode ingressar como assistente litisconsorcial. Mas, ingressando ou não, sofrerá os efeitos da sentença, na forma do art. 42, § 3º. Além disso, se o alienante for derrotado, a alienação da coisa ou direito litigioso será considerada fraude à execução, nos termos do art. 593, I, do CPC, quando sobre a coisa ou direito pender ação fundada em direito real; mais um motivo para que a alienação seja ineficaz para o vencedor. Mas, para isso, é preciso que o alienante seja derrotado, pois, se sair vitorioso, a alienação será plenamente eficaz.

Mas, mesmo derrotado, se não houver fraude à execução, a alienação será apenas ineficaz, e não nula ou anulável.

5. INTEGRAÇÃO DA CAPACIDADE PROCESSUAL DAS PESSOAS CASADAS

5.1. Introdução

As pessoas casadas sofrem uma restrição na sua capacidade processual, quando vão a juízo propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários (art. 10, do CPC). Exige-se que a capacidade seja integrada com a apresentação, por aquele que propõe a demanda, do consentimento do outro cônjuge, denominado outorga uxória (quando proveniente da mulher) ou marital (quando do homem).

5.2. Ações que versam sobre direito real imobiliário

A necessidade de outorga uxória refere-se apenas às ações reais sobre bens imóveis. Os direitos reais são taxativos, ou seja, somente haverá direitos reais se a lei assim o estabelecer. Mas, mesmo os direitos reais sobre bens imóveis não exigem outorga uxória em todas as ações que versem sobre tais direitos. Por exemplo, ações reivindicatórias, de usucapião, de imissão de posse, de extinção de condomínio sobre imóveis, as ações demolitórias, de nunciação de obra nova (nesta há controvérsia, havendo aqueles que sustentam a natureza pessoal). Mas tem-se dispensado a outorga nas ações de adjudicação compulsória, às quais se tem reconhecido caráter pessoal, bem como naquelas que versem sobre contratos em que se postula a sua rescisão, ou nas que versem sobre locação, comodato ou depósito.

Havia grande controvérsia sobre a necessidade de outorga uxória nas ações possessórias. Mas o CPC sanou a dúvida, aduzindo que a outorga é dispensável salvo no caso de composse ou de ato por ambos praticado. Isso mostra a opção do legislador por considerar as ações possessórias como pessoais, para fins de outorga uxória. Mas, para fins de fixação de competência, elas foram equiparadas a ações reais, uma vez que a elas se aplica o art. 95 do CPC (foro de situação da coisa) e não o art. 94 (foro de domicílio do réu).

5.3. Outorga uxória ou marital

É requisito para que a pessoa casada tenha plena capacidade processual, quando vai a juízo propor ação que versa sobre direito real imobiliário. Sem ela, a pessoa casada não terá plena capacidade, um dos

9.2. A sucessão em caso de morte

Vem regulada no art. 43 do CPC. As partes, em caso de falecimento, serão sucedidas pelo espólio ou pelos herdeiros. Pelo espólio, quando a ação tiver cunho patrimonial e ainda não tiver havido partilha definitiva de bens. E pelos herdeiros, quando a ação não tiver cunho patrimonial, mas pessoal (por exemplo, as ações de investigação de paternidade), ou quando já tiver sido ultimada a partilha.

Pode ocorrer, porém, que a morte de uma das partes implique a extinção do processo, sem resolução de mérito, como ocorre em ações de caráter personalíssimo, como as de separação e divórcio. Desde o momento da morte da parte, o processo ficará suspenso, até a sucessão processual. Se não houver dúvida sobre quem sejam os sucessores, ela se fará desde logo, nos próprios autos. Se houver dúvida, será necessário recorrer ao processo de habilitação, que vem regulado no CPC, arts. 1.055 e ss.

9.3. Substituição de procuradores

Nos dois últimos itens, tratamos da sucessão da parte, por ato *inter vivos* ou *mortis causa*. Os arts. 44 e 45 do CPC, por sua vez, cuidam da substituição dos procuradores, que pode ocorrer por vontade da parte ou do próprio procurador.

A parte pode, a qualquer tempo, substituir o advogado revogando-lhe

pressupostos processuais de validade do processo. Por isso, haverá **nulidade**, como evidencia o parágrafo único do art. 11: A falta, não suprida pelo juiz, da autorização ou da outorga, quando necessária, invalida o processo".

No Código Civil de 1916 a outorga era indispensável, independentemente do regime de bens do casamento. O Código Civil em vigor abre uma exceção: **não haverá necessidade da outorga, se o cônjuge que propôs a demanda for casado no da separação absoluta de bens**. A separação absoluta é a voluntária, feita por pacto antenupcial. Não se confunde com a separação legal ou obrigatória de bens, imposta pela lei, nos casos por ela previstos. No regime da separação legal, a outorga uxória é obrigatória. Também não será necessária a outorga quando o regime for o da **participação nos aquestos** e houver pacto antenupcial, no qual tenha sido convencionada a livre disposição de bens imóveis particulares (art. 1.656, do Código Civil).

5.4. O polo ativo das ações que versem sobre direito real imobiliário

A outorga uxória ou marital é exigida de quem propõe a ação, figurando no polo ativo.

É preciso distinguir duas situações. Pode ocorrer, por exemplo, que o bem imóvel, objeto da demanda, pertença apenas a um dos cônjuges, porque foi adquirido só por ele, e não se comunicou com o casamento. A ação real que verse sobre esse bem só poderá ter no polo ativo o titular do direito real. Se a ação for reivindicatória, por exemplo, somente o proprietário poderá figurar no polo ativo. Se o bem pertence a só um dos cônjuges, só ele será o autor. Mas, como a ação versa sobre direito real, **o outro cônjuge, consorte não proprietário, terá de dar a outorga uxória, salvo se o regime de bens for o da separação absoluta**. Se a ação for proposta por ambos os cônjuges, em litisconsórcio, o juiz haverá de excluir aquele que não é proprietário, por ilegitimidade de parte.

Aquele que concede a outorga uxória, portanto, não é parte. Ele se limita a conceder uma autorização para que o seu cônjuge ingresse em juízo.

Pode ocorrer, no entanto, que o bem imóvel objeto do litígio **pertença a ambos os cônjuges**. A ação que verse sobre direito real deverá ser proposta por ambos, em litisconsórcio necessário, salvo quando se tratar de ação reivindicatória ou possessória, uma vez que, nesse caso, por força do art. 1.314, *caput*, do CC, cada condômino poderá sozinho ir a juízo defender a coisa toda (trata-se, como já visto, de hipótese de legitimidade

Encontrar dificuldade em provar que notificou o mandante, o advogado continuará representando-o. Mas provada a cientificação, e ultrapassados os dez dias, o advogado não representa mais o mandante, cabendo a este regularizar a sua representação, na forma e sob as penas do art. 13, do CPC.

10. QUESTÕES

1. (OAB/SP — 2007) Ocorrendo a alienação de coisa ou bem litigioso, no curso de um processo, a alteração da parte:

a) pode ocorrer a qualquer tempo, independentemente de qualquer outro requisito;

b) pode ocorrer por sucessão, desde que com anuência da parte contrária;

c) pode ocorrer por substituição, desde que com a anuência da parte contrária;

d) nunca pode ocorrer, em razão das perpetuações.

Resposta: "b".

2. (Juiz Federal — 1ª Região — 2004) A sucumbência impõe:

a) Condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios.

b) Condenação do vencido ao pagamento de perdas e danos.

c) Condenação do vencido em multa.

d) Nenhuma das hipóteses acima.

Resposta: "a".

3. (OAB/MG — agosto 2005) São deveres das partes e seus procuradores no processo, EXCETO:

a) não produzir provas desnecessárias à defesa de seus direitos;
b) expor os fatos em juízo conforme a verdade;
c) cumprir com exatidão os provimentos mandamentais;
d) apresentar defesa ainda que destituída de fundamento.

Resposta: "d".

4. (OAB/MG — agosto 2005) Serão representados em juízo, ativa e passivamente, EXCETO:

a) O condomínio, pelo síndico ou administrador.
b) A União, pelo Presidente da República.
c) O Município, pelo seu Prefeito.
d) A pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente de sua filial instalada no Brasil.

Resposta: "b".

5. (OAB/SP) Papiniano propõe ação reivindicatória de bem imóvel em relação à Tribuniano. Este, em sua contestação, alega que é casado, razão pela qual Cornélia, sua mulher, deverá também integrar o polo passivo. Comprovada essa alegação:

a) o juiz deverá extinguir o processo sem julgamento de mérito;
b) o juiz deverá determinar a emenda da inicial, para o fim de incluir Cornélia no polo passivo;
c) o juiz deverá determinar o prosseguimento da demanda, sendo que Papiniano somente poderá ingressar em juízo em face de Cornélia com ação autônoma, na medida em que não se admite a regularização incidental do litisconsórcio necessário passivo;
d) Tribuniano poderá ingressar com ação declaratória incidental, pleiteando a ampliação dos limites subjetivos da demanda.

Resposta: "b".

5.5. O polo passivo das ações que versem sobre direito real imobiliário

A lei regulamentou de modo diferente os polos ativo e passivo desse tipo de ação. No ativo há a exigência da outorga uxória. No passivo, manda a lei que, se o réu for casado, **sejam citados ele e o cônjuge**. Imagine-se, por exemplo, que uma pessoa casada tenha participado de uma invasão a um terreno alheio. Ajuíza-se ação reivindicatória, em que não se admite a formação de litisconsórcio passivo necessário, tendo em vista o fato de que a lei assim determina, terem participado ambos, ou só um, da invasão. Trata-se de hipótese de **litisconsórcio necessário**.

Mas há uma exceção: se o invasor for casado no regime da separação absoluta de bens, ou de participação nos aquestos, com pacto antenupcial de livre disposição dos imóveis particulares, só ele será citado, sendo desnecessária a citação do cônjuge.

Pode surgir uma dificuldade: o autor não terá condições de saber em que regime de bens o réu é casado, e, às vezes, nem mesmo se ele é casado ou não. Na dúvida, deverá incluir o cônjuge do réu no polo passivo. Caberá a ele, provando que é casado no regime da separação absoluta de bens, requerer a sua exclusão.

O art. 10, § 1º, do CPC estende a exigência de citação de ambos os

1 Arruda Alvim, *Tratado de direito processual civil*, v. 2, p. 256.

2

DO LITISCONSÓRCIO

1. Introdução

2. Justificativa

3. Litisconsórcio multitudinário

   3.1. Requisitos para que haja o desmembramento

   3.2. Questões práticas sobre o desmembramento

   3.3. O desmembramento requerido pelo réu

   3.4. Recurso em caso de desmembramento

4. Classificação do litisconsórcio

   4.1. Litisconsórcio necessário

   4.2. O litisconsórcio facultativo

   4.3. O litisconsórcio unitário

   4.4. Litisconsórcio simples

   4.5. Das diversas combinações possíveis

5. Momento de formação do litisconsórcio

6. Problemas relacionados ao litisconsórcio necessário

   6.1. Introdução

   6.2. Das consequências da ausência, no processo, de um litisconsorte necessário

   6.3. A formação do litisconsórcio necessário

7. O regime do litisconsórcio

7.1. Regime no litisconsórcio simples
7.2. Litisconsórcio unitário
7.3. Esquema do regime do litisconsórcio
8. Os litisconsortes com procuradores diferentes
9. Questões

É imperfeita a redação do art. 47, *caput*, que conceitua o litisconsórcio necessário como aquele em que o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme. Essa é a definição de litisconsórcio unitário e não do necessário, que pode ser unitário ou simples.

4.2. O litisconsórcio facultativo

É aquele cuja formação é opcional: no momento da propositura da demanda, o autor tinha a opção entre formá-lo ou não.

4.2.1. O problema do litisconsórcio facultativo e unitário

1. INTRODUÇÃO

Questão das mais complexas é a da formação de um litisconsórcio facultativo unitário. Como vimos no item 4.1, quando há unitariedade de lide, o processo versa sobre relação jurídica una, incindível e com mais de um titular, há necessidade de participação de todos, do que resulta que o litisconsórcio será necessário e unitário.

Como regra quase absoluta, pode-se concluir que **quando há unitariedade de lide, o litisconsórcio será também necessário**, como nos exemplos já mencionados da nulidade de casamento ou anulação de contrato.

Mas numa única situação será possível que o litisconsórcio, apesar de unitário, seja facultativo. Como seria isso possível se a unitariedade de lide pressupõe relação jurídica incindível com vários titulares? Como é possível que o litisconsórcio seja opcional, se o processo versa sobre uma relação desse tipo? É possível que uma relação jurídica com vários titulares possa ser postulada ou defendida por apenas um deles, ou por apenas alguns? Não no campo da legitimidade ordinária, em que uma relação com vários titulares só poderá ser defendida por todos. Mas, sim, no campo da **legitimidade extraordinária**. É possível que a lei autorize que, conquanto uma coisa ou direito tenha vários titulares, possa ser defendido em juízo por apenas um deles. Haverá legitimidade extraordinária, porque aquele que for a juízo estará defendendo a sua parcela naquela coisa ou direito, e a parcela dos demais. No campo da legitimidade extraordinária, há a opção: a coisa ou direito que tem vários titulares pode ser defendida por apenas um, por alguns, ou por todos. Se for defendida por mais de um, haverá um litisconsórcio que é unitário, mas facultativo.

2. JUSTIFICATIVA

São duas as razões fundamentais para que a lei autorize, e de certa forma, estimule e facilite a formação do litisconsórcio: **a economia processual e a harmonização dos julgados**. É inequívoco que, do ponto de vista econômico, é mais vantajoso que haja um processo só, com uma única instrução e uma só sentença, abrangendo mais de um autor ou mais de um réu, do que vários processos.

Mas a razão principal é mesmo a harmonização dos julgados. Para que se forme o litisconsórcio, é preciso que os vários autores ou réus tenham, pelo menos, afinidades por um ponto comum, estejam em situação semelhante. Ora, se fossem propostas várias ações individuais, haveria o risco de que cada qual fosse distribuída a um diferente juízo. Com o que, haveria juízes diferentes julgando situações que têm semelhança, com o risco de resultados conflitantes, risco evitado com o litisconsórcio, em que haverá um só processo e sentença única.

3. LITISCONSÓRCIO MULTITUDINÁRIO

É o que ocorre, por exemplo, nas **ações possessórias ou reivindicatórias de bens em condomínio**. O art. 1.314, *caput*, do Código Civil permite que, conquanto a coisa seja una e tenha vários titulares, as ações possam ser ajuizadas por apenas um dos cotitulares. Se isso ocorrer, não haverá litisconsórcio. Mas se os vários titulares optarem por propor juntos,

O CPC de 1973 não fazia nenhuma restrição quanto ao número de litisconsortes num ou noutro polo da ação, nem dava ao juiz poderes para reduzir o número de participantes, mesmo no caso em que os reputasse excessivos. Em razão disso, alguns abusos acabaram ocorrendo; com

mais litisconsortes que é aquela em que o direito é uno e indivisível, como nas ações reivindicatórias, nas ações de usucapião e nas ações possessórias imobiliárias. O litisconsórcio acabava tendo a sua finalidade desvirtuada; pois o que tinha sido criado para facilitar acabava ensejando a formação de processos infindáveis, que se arrastavam por tempo intolerável.

Foi então que o legislador resolveu intervir e editou a Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que acrescentou ao art. 46 um parágrafo único, com a seguinte redação: "O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão".

Esse dispositivo não preestabelece o número máximo de litigantes que poderá integrar os polos da ação. Andou bem o legislador em não fazer, porque tal número poderá variar de caso para caso: haverá aqueles em que a matéria discutida é só de direito, e muitos litisconsortes estão em situação idêntica, caso em que se poderá admitir um número maior; e aqueles em que ou há controvérsia sobre matéria fática, ou a situação dos litisconsortes é tal que não permite a aglutinação de um número muito grande de pessoas. Assim, caberá ao juiz examinar, no caso concreto, qual o número de litigantes que entende ser razoável para permanecer no polo ativo ou passivo.

Verificando o juiz que o número é tal que ultrapassa o razoável, poderá limitar o número de litigantes. A lei não esclarece de que forma isso será feito, mas há de ser por meio do **desmembramento do processo**. O originário, em que há o litisconsórcio multitudinário, dará origem a outros processos menores. Não haverá exclusão de ninguém do polo ativo ou do passivo, mas a divisão do processo maior em processos menores. Não seria admissível que o juiz, por exemplo, escolhesse alguns litisconsortes para mantê-los no processo, e determinasse a extinção em relação aos demais.

3.1 Requisitos para que haja o desmembramento

São dois: **que o litisconsórcio seja facultativo e não necessário**. Este, como o nome sugere, exige a presença de todos para que o processo possa ter regular seguimento, o que torna impossível dividi-lo.

Além disso, uma das duas situações seguintes há de estar presente: **que o número seja tal que comprometa a rápida solução do litígio, ou que dificulte a defesa**. Ao determinar o desmembramento, o juiz deverá fundamentar a sua decisão em uma dessas duas circunstâncias. Um dos princípios constitucionais do processo civil é o da duração razoável do processo. Um número excessivo de participantes, sobretudo no polo passivo,

LEGITIMIDADE ORDINÁRIA

Unitariedade de lide (processos que versam sobre coisas ou direitos que são unos, incindíveis e porque a

No campo da legitimidade ordinária, haverá a formação de um litisconsórcio necessário —

pode trazer demoras inaceitáveis. Se a demanda for ajuizada, por exemplo, em face de um grande número de réus, haverá delongas para concluir o ciclo citatório, sendo que o prazo de contestação para todos só passa a fluir depois que todos estiverem citados.

Também haverá desmembramento quando houver dificuldade de defesa. É o que ocorrerá, por exemplo, se muitos autores, cada qual em uma situação particular, ajuizarem demanda em face de um único réu. Citado, ele terá de se defender no prazo de quinze dias, o que pode ser insuficiente para que consiga examinar a situação de cada autor, munindo-se do necessário para apresentar defesa específica.

3.2. Questões práticas sobre o desmembramento

A lei não estabelece quantos litisconsortes podem, no máximo, ocupar os polos da ação. Caberá ao juiz, **no caso concreto**, decidir por um número tal que não comprometa a rapidez, nem prejudique a defesa. Ele mandará desmembrar o processo originário em tantos quantos bastem para que, em cada um dos processos resultantes, o número de litisconsortes não ultrapasse o razoável. Por exemplo: uma demanda proposta por cinquenta autores. O juiz entende que o número razoável não poderia ultrapassar cinquenta. Cumpre-lhe então determinar o desmembramento do processo originário em outros dez.

O juiz concederá prazo ao autor para apresentar tantas vias da inicial quantos forem os processos resultantes do desmembramento, indicando em cada uma quais os litisconsortes que comporão os polos em cada um deles. **Todos os processos resultantes permanecerão no mesmo juízo**, não sendo aceitável que sejam redistribuídos para outras varas.

O desmembramento pode ser requerido pelo réu ou determinado de ofício pelo juízo. Só não pode ser requerido pelo próprio autor, uma vez que foi ele quem propôs a ação, e formou o litisconsórcio. Parece-nos que não se pode recusar ao juiz o poder de determinar de ofício, porque cumpre-lhe valer pela rápida solução do litígio, e pela observância do direito de defesa, matérias de ordem pública.

3.3. O desmembramento requerido pelo réu

Qualquer dos réus pode postular o desmembramento do processo, por petição dirigida ao juiz, se este já não o tiver determinado de ofício.

O prazo para tal requerimento é o da resposta. Não convém que o réu que o formule já conteste a ação, porque uma das causas é o prejuízo do direito de defesa. Já contestar seria enfraquecer os próprios argumentos.

Além disso, o parágrafo único do art. 46 do CPC deixa expresso que

com vários titulares).

relação pertence a todos — e unitário, porque, sendo incindível, a sentença tem de ser igual para todos os litisconsortes. São exemplos: as ações declaratórias de nulidade de casamento, de dissolução de sociedade e

esse requerimento, deferido ou não, **interrompe o prazo de resposta:** mesmo não deferido, o réu receberá de volta, na íntegra, o seu prazo.

O pedido tem eficácia interruptiva *ex lege*, que decorre da lei, não cabendo ao juiz afastá-la, sob o argumento de que foi feito de má-fé, para ganhar tempo. O juiz pode aplicar ao réu as penas da litigância de má-fé, mas não afastar a eficácia interruptiva, que vigora desde o instante em que o pedido é protocolado em juízo.

A lei estabelece que o prazo de resposta volte a correr desde a data em que for publicada a decisão judicial que apreciar o pedido de desmembramento. O prazo é devolvido por inteiro. Caso o juiz defira, no entanto, o desmembramento, vai ser necessário que se formem, primeiro, os processos resultantes, para que, então, os réus que ficaram em cada qual sejam intimados, e possam oferecer a sua resposta.

3.4. Recurso em caso de desmembramento

Contra a decisão judicial que aprecia o pedido de desmembramento, o recurso cabível será o **agravo**, já que se trata de decisão interlocutória. Em regra, se há de admitir que seja de **instrumento**, já que, se retido, só será apreciado após a sentença, quando será tarde demais para verificar se era ou não caso de determinar o desmembramento.

4. CLASSIFICAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO

Conquanto possa haver numerosas classificações, há duas que se destacam pela sua importância: **a que leva em conta a obrigatoriedade ou não de sua constituição; e a que considera como poderá ser o resultado final, em relação aos litisconsortes**.

4.2.2. O litisconsórcio facultativo simples

Quanto à obrigatoriedade de formação, o litisconsórcio poderá ser **facultativo ou necessário**, conforme tenha havido ou não opção do autor entre formá-lo ou não. Quanto ao resultado final, o litisconsórcio poderá ser **simples ou unitário**. Simples, quando for possível que os resultantes sejam diferentes para os litisconsortes; e unitário quando houver de ser o mesmo, não se podendo admitir, nem mesmo em abstrato, que possam ser diferentes.

No item anterior, vimos a rara hipótese de litisconsórcio facultativo, mas unitário. Na imensa maioria dos casos o facultativo é **simples**, ou seja, não apenas a formação será opcional, mas a sentença poderá ser diferente para os litisconsortes.

As hipóteses de formação do litisconsórcio facultativo simples estão enumeradas nos quatro incisos do art. 46, do CPC. Há alguma controvérsia quanto à do inc. I, em que se poderia alegar que é de litisconsórcio unitário, mas não parece ser assim, como se verá nos itens seguintes, em que se examinará isoladamente cada um dos incisos.

4.1. Litisconsórcio necessário

É aquele cuja **formação é obrigatória**. O processo não pode prosseguir e o juiz não pode julgar validamente, se não estiverem presentes todos os litisconsortes necessários.

4.2.2.1. Comunhão de direitos e obrigações relativamente à lide

É a hipótese mais controvertida. A comunhão é uma forma mais

anulação de contrato. Como a legitimidade ordinária é a regra, o mais comum é que a unitariedade de lide gere litisconsórcio necessário e unitário.

intensa se conexão, na qual existe uma relação jurídica que pertença a mais de um titular.

São duas as razões para que exista. A primeira é a existência de **lei impondo a sua formação**. Há hipóteses em que o legislador obriga a participação de todos no polo ativo ou passivo da demanda. Por exemplo, na ação de usucapião é preciso de acordo com o art. 942 do CPC que sejam citados, além da pessoa em cujo nome o imóvel estiver registrado, todos os confrontantes e terceiros interessados. Outro exemplo é o de polo passivo das ações que versem sobre direito real em bens imóveis, nas quais, como visto no item 5.5 supra, exige-se a citação de ambos os cônjuges.

Os casos em que o litisconsórcio é necessário por força de lei não trazem grandes dificuldades. Basta que se conheça a lei para identificá-los.

Mas há uma segunda hipótese de necessariedade, mesmo não havendo lei que imponha a sua formação: quando no processo, discute-se **uma relação jurídica de direito material que seja unitária — isto é, única e incindível — que tenha mais um titular**.

Se a relação jurídica for unitária, mas divisível, a exemplo das dívidas, por exemplo, haverá consórcio, mas o litisconsórcio será facultativo simples. Na hipótese de que trata o art. 46, I, do CPC.

Havendo solidariedade, o credor poderá ajuizar ação em face de cada devedor isoladamente, ou em face de todos em conjunto, caso em que o litisconsórcio será facultativo simples.

Preciosa, nesse sentido, a lição de Thereza Alvim, grande estudiosa do tema: "exemplificativamente, se é cobrada dívida de dois devedores solidários, a decisão do judiciário, pela natureza dessa relação jurídica, não terá que ser uma, não deverá haver uma só solução ao pedido. Pode dar-se pela procedência da ação, em relação a um, e improcedência, quanto ao outro, que pode ter pago. Ainda, aqui está o autor fazendo dois pedidos, pois as causas de pedir são iguais, o contrato, mas as próximas são constituídas pelo inadimplemento de cada um. Sendo dois os pedidos, apesar da aparência de um só — o crédito — as soluções podem ser diversas"[1].

Em todas as demandas em que se busca desconstituir, ou, de qualquer forma, atingir relação jurídica de direito material, é necessária a participação de todos aqueles a quem tal relação jurídica diz respeito, porque todos serão atingidos.

O inc. II do CPC era desnecessário, porque a hipótese por ele mencionada está englobada pelo inc. III. Quando os direitos e obrigações derivam do mesmo fundamento de fato ou de direito, **há identidade de causa de pedir, o que implica em conexão**, tratada pelo inc. III.

Se o Ministério Público ajuíza ação declaratória de nulidade de casamento, haverá a necessidade de citação de ambos os cônjuges, que serão atingidos. É desnecessário que a lei imponha o litisconsórcio nesses casos, porque a relação jurídica é de tal ordem que impõe a participação de todos os envolvidos. Da mesma forma, é impossível anular um contrato, sem que todos os contratantes participem do processo.

Duas ou mais pessoas podem litigar em conjunto, no polo ativo ou

4.2.2.2. Direitos e obrigações derivados do mesmo fundamento de fato ou de direito

4.2.2.3. Conexão

passivo. Portanto, o litisconsórcio será necessário quando a unidade de objeto (pedido) ou de causa de pedir **situações conexas, mas não idênticas a ponto de justificar a sua formação, ou quando a lei for unitária**.

É o que ocorre, por exemplo, quando um mesmo acidente de trânsito provoca numerosas vítimas. Cada qual poderá ajuizar a sua própria ação indenizatória. Mas haverá liame suficiente para litigarem em conjunto, uma vez que todos os pedidos têm a mesma causa de pedir, pois estão fundados no mesmo acidente. Formar-se-á um litisconsórcio facultativo, porque as vítimas poderiam litigar individualmente, e simples porque a sentença pode ser diferente (por exemplo, pode ocorrer que alguns provem danos e outros não, caso em que a sentença será de procedência para os primeiros e de improcedência para os últimos).

4.2.2.4. Afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito

A hipótese do art. 46, IV, demonstra a intenção do legislador de facilitar a formação do litisconsórcio, autorizando-o ainda que entre os litigantes exista uma relação mais tênue do que a conexão.

Pressupõe que eles, sejam ativos ou passivos, estejam em **situações parecidas, próximas, que guardam alguma similitude**.

Como o legislador valeu-se de uma expressão vaga, como "afinidade", caberá ao juiz examinar, em cada caso concreto, se há semelhança suficiente, que justifique que os litigantes sejam agrupados.

Por exemplo: um proprietário de imóveis ajuíza ação de reparação de danos em face de dois vizinhos diferentes que, ao fazerem reformas nos seus apartamentos, acabam causando danos ao autor do pedido. Os fatos são diferentes, porque as reformas são distintas. Mas a situação pode ser considerada semelhante, afinal os danos são todos provocados por reformas em apartamentos vizinhos. O juiz, ao examinar o caso, verificará se há afinidade bastante que permita o agrupamento.

Dá-se o nome de **litisconsórcio "impróprio"** àquele que se forma quando há apenas afinidade por um ponto comum de fato ou de direito.

4.3. O litisconsórcio unitário

É aquele em que a sentença forçosamente há de ser a mesma para todos os litisconsortes, sendo juridicamente impossível que venha a ser diferente. Só existe quando, no processo, discute-se uma relação jurídica una e incindível, como o contrato e o casamento, que não pode desconstituir-se para um dos participantes, e não para outro. Em regra, quando o litisconsórcio é unitário será também necessário, já que todos os titulares da relação terão de participar, pois serão afetados pela sentença. Só haverá

SIMPLES

Litisconsórcio necessário

O litisconsórcio será necessário e simples

litisconsórcio facultativo e unitário nas hipóteses de legitimidade extraordinária, como já explanado no item 4.2.1 supra.

4.4. Litisconsórcio simples

É aquele em que existe a possibilidade de a sentença ser diferente para os litisconsortes. Não é preciso que venha efetivamente a ser diferente, bastando que exista tal possibilidade. Para tanto, **é necessário que, no processo, não se discutam relações unas e incindíveis, porque são essas que geram a unitariedade**. O litisconsórcio pode ser simples e necessário, quando a sua formação for obrigatória exclusivamente por força de lei; ou simples e facultativo, nas já mencionadas hipóteses do art. 46, do CPC.

4.5. Das diversas combinações possíveis

Vimos que as duas classificações fundamentais do litisconsórcio são as que levam em conta a obrigatoriedade da formação (necessário ou facultativo) e o resultado final para os litigantes (unitário ou simples).

O quadro abaixo contém um resumo das quatro combinações possíveis:

LITISCONSÓRCIO	SIMPL
Necessário	quando for necessário exclusivament por força de lei, sem que no processo se discutam relações jurídicas unas e indivisíveis. Exemplo: açã de usucapião
	O litisconsó será necessá simples quando a formaçã

obrigatór
exclusiva
por força
lei, como
ocorre n
ações de
usucapiã
a lei
determin
sua form
mas, alé
disso, o
processo
versar so
relação
jurídica u
incindíve

	litisconsó será necessá unitário, nas açõe dissoluçã sociedad
Facultativo	O litisconsó

será facultativ
simples
hipótese
incisos d
46: comu
conexão
afinidade
um ponto
comum.
caso de
comunhã
cotitulari
o litiscon
será facultativ
simples

coisa ou
relação
jurídica f
una, mas
cindível,
ocorre n
solidarie
porque,
incindíve
haverá
unitaried

5. MOMENTO DE FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO

Quando o litisconsórcio é facultativo, a sua formação depende da vontade do autor ou autores. Havia a opção de que ele não se formasse, mas o autor preferiu litigar em conjunto, ativa ou passivamente.

O único controle que o juiz exercerá, ao receber a petição inicial, será o de verificar se, efetivamente, havia liame suficiente entre os litigantes, para a formação do litisconsórcio: o mínimo de ligação que se admite é a afinidade por um ponto comum de fato ou de direito (art. 46, IV, do CPC). Se a ligação for mais tênue, e não houver nem mesmo afinidade, o juiz mandará excluir um dos litigantes ou, se não for possível, indeferirá a inicial.

Se, depois da citação do réu, o autor quiser incluir algum litisconsorte facultativo que até então não participava, será necessária a anuência do citado, mas desde que o processo ainda não tenha sido saneado, após o que não é mais possível a inclusão, nem mesmo com o consentimento.

Quando o litisconsórcio é necessário, não há opção do autor entre formá-lo ou não: **o autor deverá incluir todos no polo ativo ou passivo**. Se não o fizer, o juiz conceder-lhe-á um prazo para que emende a inicial, incluindo o faltante, sob pena de indeferimento.

Pode ocorrer que o juiz não perceba a falta de imediato. Quando o perceber, determinará a inclusão, a qualquer momento do processo, decretando-se a **nulidade** de todos os atos processuais dos quais o litisconsorte necessário não teve a oportunidade de participar.

Há casos, por fim, em que o litisconsórcio só se formará posteriormente, no curso do processo. Por exemplo, quando uma das partes falecer, e tiver de ser sucedida por seus herdeiros, ou quando a sua formação depender da vontade do réu, como ocorre nas hipóteses de chamamento ao processo e de denunciação da lide (os arts. 74 e 75 do CPC

consideram denunciante e denunciado como litisconsortes).

6. PROBLEMAS RELACIONADOS AO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

6.1. Introdução

Depois de examinarmos as várias classificações do litisconsórcio e as combinações possíveis, cumpre enfrentar duas questões de grande relevância, que surgirão no litisconsórcio necessário. A primeira diz respeito às consequências processuais de não haver a participação, no processo, de todos; e a segunda, à sua formação, sobretudo no polo ativo. Cada uma delas será examinada nos itens seguintes.

6.2. Das consequências da ausência, no processo, de um litisconsorte necessário

Enquanto o processo está em curso, verificando o juiz que há um litisconsorte necessário ausente, **mandará incluí-lo**. Se o processo estiver em fase avançada, tal determinação implicará a nulidade de todos os atos processuais até então praticados, sem a participação do litisconsorte necessário.

Pode ocorrer que seja proferida sentença, e que transite em julgado, embora algum deles tenha estado ausente. Para ele, a sentença terá de ser considerada **inexistente**, portadora de um vício insanável, que não convalesce nem mesmo depois de transcorrido o prazo da ação rescisória. A medida adequada para declarar a inexistência seria a ação declaratória (***querela nullitatis***), que pode ser proposta não apenas pelo ausente, mas por qualquer dos litigantes, já que o vício constituirá matéria de ordem pública. Por exemplo, mesmo que o litisconsórcio necessário seja passivo, e que o autor tenha esquecido de incluir um dos litisconsortes, dando causa ao vício, **ele próprio** poderá, depois do trânsito em julgado, requerer a declaração de inexistência. O seu interesse consiste em, obtendo tal declaração, ajuizar nova demanda, contra todos os litisconsortes necessários, quando então será proferida sentença válida e regular, que lhe dê a segurança almejada.

6.3. A formação do litisconsórcio necessário

Cumpre ao autor, ao propor a demanda, incluir, no polo ativo ou no passivo, todos os litisconsortes necessários, dada a obrigatoriedade da participação de todos, sob pena de inexistência da futura sentença.

Mas poderão surgir problemas. No polo passivo, as dificuldades serão pequenas: se o autor esquecer de algum deles, o juiz, a quem compete

fiscalizar a regularidade do processo, **determinará a emenda da inicial, para a inclusão do faltante, sob pena de indeferimento da inicial**.

Haverá complicações maiores, no caso do litisconsórcio necessário ativo. Para que ele se forme voluntariamente, é indispensável que todos estejam dispostos a demandar, a propor a ação, caso em que bastará que se agrupem e proponham a demanda em conjunto, com o que estará satisfeita a exigência do litisconsórcio necessário.

O problema surgirá se um deles não estiver disposto a acompanhar os demais, seja porque não quer ingressar em juízo, seja porque não está disposto a arcar com as custas e despesas do processo, seja especialmente porque acha que os demais litisconsortes ativos não têm razão, e que a demanda a ser proposta está fadada ao insucesso. Ocorre que, sendo o litisconsórcio necessário, o juiz só pode receber a petição inicial se todos estiverem integrando o polo ativo.

Surgem então importantes divergências doutrinárias a respeito do tema, que podem ser resumidas em duas correntes fundamentais:

- **a) a dos que entendem que, como ninguém é obrigado a demandar contra a vontade**, não existe mecanismo para forçar o que não deseja ir a juízo; se um dos litisconsortes necessários não quiser fazê-lo, a demanda estará inviabilizada, ainda que todos os demais estejam dispostos. Essa corrente prestigia o princípio **da liberdade de demandar**;
- **b)** a dos que entendem que deve-se prestigiar o direito de **acesso à justiça**, ainda que em detrimento da liberdade de demandar. Para essa corrente, é possível compelir o autor a participar da demanda, ainda que contra a vontade. Mas apresenta-se de imediato um problema prático: como obrigar aquele que não quer a ingressar em juízo contra a vontade? Para os defensores dessa corrente, só haveria uma maneira. Solicitar ao juiz que determine a **citação do litisconsorte ativo renitente**, para que passe a integrar o processo. Ele, comparecendo ou não, assumiria a condição de parte, satisfazendo-se com isso a exigência do litisconsórcio necessário. A maioria dos defensores dessa corrente entende que citado, o litisconsorte ativo **poderá optar entre figurar no polo ativo, partilhando dos interesses dos demais litisconsortes; ou no polo passivo, quando não estiver de acordo com o postulado por eles**. Afinal, a exigência de participação estaria satisfeita tanto se o litisconsorte estiver no polo ativo quanto no passivo.

Um exemplo prático ajuda a ilustrar as questões aqui suscitadas. Imagine-se que duas pessoas adquiram, conjuntamente, um bem indivisível, que tenha um defeito oculto. O direito material autoriza o adquirente da

coisa defeituosa a postular a resolução do contrato (ação redibitória) ou o abatimento no preço (*quanti minoris*).

Imagine-se que um dos adquirentes não queira mais a coisa, por causa do defeito, e decida resolver o contrato, ajuizando ação redibitória.

Como são dois os compradores, seria necessário que a ação fosse proposta por ambos, em face do vendedor. Não é possível que seja proposta por um deles, sem o outro.

Se ambos estiverem de acordo com a resolução, bastará que ajuízem juntos a demanda. Mais complicado será se um quiser propor a demanda, e o outro não. Para os defensores da segunda corrente o comprador que não queira mais a coisa ajuizará a ação, e pedirá ao juízo que, antes de mandar citar o réu, mande citar o litisconsorte necessário, o outro comprador, cabendo a este assumir uma de duas posições possíveis. Poderá compor o polo ativo, uma vez que pode querer também a resolução do contrato — caso em que poderá **aditar a inicial**, de cuja elaboração não participou, para sanar algum vício ou afastar alguma deficiência que ela contenha —, ou participar do polo passivo, se não quiser a resolução, seja porque entende que a coisa não tem vício nenhum, seja porque não quer resolver o contrato, mas postular, por exemplo, o abatimento no preço. Se optar pelo polo passivo, poderá apresentar **contestação**. A exigência do litisconsórcio necessário terá sido respeitada, porque todos os litisconsortes estarão no processo, **ainda que não no mesmo polo**.

Pode, ainda, haver a possibilidade de o litisconsorte necessário citado não comparecer, nem para figurar no polo ativo, nem no passivo. Ainda assim a exigência estará satisfeita, porque **basta a citação do ausente, não sendo indispensável que ele efetivamente compareça**. Nesse caso, o ausente sofrerá os efeitos da sentença, mas não responderá pelas verbas de sucumbência, já que não participou.

Parece-nos que a segunda corrente satisfaz melhor a garantia do acesso de todos à justiça, não sendo razoável que o daqueles que queiram demandar possa ficar obstado, às vezes, por mero capricho.

Se o litisconsorte necessário ativo ausente não puder ser localizado, far-se-á a sua **citação por edital**. Não havendo comparecimento, será indispensável a nomeação de curador especial, que defenda os seus interesses. Ainda que se trate de litisconsórcio ativo, tal nomeação se faz necessária, pois a citação foi ficta, e o citando sofrerá os efeitos do processo.

7. O REGIME DO LITISCONSÓRCIO

O regime diz respeito aos efeitos que os atos ou omissões de um dos litisconsortes terão sobre os demais: se um litisconsorte poderá ser beneficiado ou prejudicado por ação ou omissão não praticada diretamente por ele, mas por outro.

O primeiro passo é apurar **se o litisconsórcio é unitário ou simples**. É essa a classificação decisiva para o regime, porque se simples, o resultado pode ser diferente para os litisconsortes, e, em princípio, os **atos praticados por um não afetam os outros**. A regra é a da independência. Mas se o litisconsórcio é unitário, como o resultado há de ser o mesmo para todos, aqueles atos que beneficiarem um dos litisconsortes haverão de favorecer a todos, pois, do contrário, o resultado acabaria sendo diferente, o que é juridicamente impossível. Os litisconsortes necessários estão **vinculados entre si, por um regime de interdependência**.

Mas apurar qual o tipo de litisconsórcio — simples ou unitário — é apenas o primeiro passo para a identificação do regime, sendo ainda necessárias outras verificações, como se verá nos itens seguintes.

7.1. Regime no litisconsórcio simples

Em princípio, como os resultados podem ser diferentes, o regime é o **da autonomia**, e os atos de cada litisconsorte não favorecem nem prejudicam os demais. Mas isso não basta. É indispensável examinar qual o conteúdo do ato processual praticado.

Imagine-se, por exemplo, que a vítima de um acidente de trânsito ajuíze uma demanda com pedido indenizatório, em face da pessoa que dirigia o veículo causador do fato e da que figura no departamento de trânsito como proprietária. Haverá um litisconsórcio simples, pois a sentença pode ser diferente (por exemplo, se a pessoa tida por proprietária demonstra que, na data do acidente, já havia vendido o veículo, a sentença para ela será de improcedência, ao passo que, para a pessoa que dirigia o veículo, a sentença pode ser de procedência).

Os réus são citados, e só a pessoa cujo nome figura no departamento de trânsito apresenta contestação, alegando que na data do acidente já tinha alienado o veículo e feito a entrega (o que transfere propriedade de bens móveis no Brasil é a **tradição**). Se tal alegação for acolhida, a pessoa que dirigia o veículo e permaneceu revel não será beneficiada, porque a defesa tem cunho pessoal, específico, particular: diz respeito tão somente a quem é atribuída a propriedade. Ainda que o motorista tivesse contestado, não poderia ter suscitado, em sua defesa, a mesma questão, porque esta não lhe diz respeito.

Imaginemos a mesma situação, supondo, porém, que a pessoa tida por proprietária conteste alegando culpa exclusiva da vítima, ou inexistência de dano. Se tal defesa for acolhida, acabará beneficiando também o corréu que dirigia. É que a defesa é **comum, geral, poderia ter sido invocada também pelo corréu, se ele tivesse contestado**. Não é possível que o juiz, na mesma sentença, reconheça a culpa exclusiva da vítima ou a inexistência de dano, e condene o corréu a indenizar, só porque ele não contestou. Se isso ocorresse, a sentença padeceria de grave incoerência.

Portanto, se o litisconsórcio é simples, embora em princípio o regime seja o da autonomia, é indispensável verificar o que está sendo alegado: **se for tema comum, o ato praticado por um dos litisconsortes acabará beneficiando os demais; se for específico, apenas aquele que o praticou**.

7.2. Litisconsórcio unitário

Se o resultado obrigatoriamente tem de ser o mesmo para todos, o regime não pode ser o da autonomia. Os atos praticados por um têm de beneficiar a todos. Do contrário, o resultado acabaria sendo diferente. Mas é preciso levar em conta o tipo de ato que é praticado pelo litisconsorte. Há aqueles que são **benéficos ou vantajosos** para quem os pratica. A contestação ou recurso, por exemplo. E há aqueles que são praticados em **detrimento dos próprios interesses**, como a confissão, a renúncia, o reconhecimento jurídico do pedido, entre outros.

Se o ato praticado por um litisconsorte unitário é vantajoso, todos os litisconsortes serão beneficiados: se só um contestou, e a tese apresentada na resposta foi acolhida, todos serão favorecidos; se apenas um recorrer, e o recurso for provido, haverá a reforma da decisão em favor de todos.

Mas se o ato praticado pelo litisconsorte não for dessa natureza, mas desfavorável aos seus interesses, não é possível que os demais sejam prejudicados. Não seria justo nem razoável que o fossem por atos que não praticaram.

No litisconsórcio unitário, o processo versa sobre uma relação jurídica única e indivisível, com mais de um titular. Ora, se só um confessar algo, ou renunciar, isso não poderá afetar os demais. Se o resultado há de ser o mesmo para todos, porque a relação é una e incindível, aquilo que não pode prejudicar os demais não poderá prejudicar nem mesmo o autor do ato desvantajoso. Afinal, se prejudicasse uns e não outros, o resultado acabaria sendo diferente. Portanto, o ato desvantajoso que não seja praticado por todos **será absolutamente ineficaz** e deverá ser

desconsiderado pelo juiz, na decisão.

Em síntese, no litisconsórcio unitário, ou o ato praticado por um ou alguns estender-se-á para todos ou não valerá para ninguém, nem mesmo para quem o praticou. Valerá para todos, se for benéfico, favorável aos interesses dos litisconsortes; e não valerá para ninguém, se for prejudicial. Esse é o regime da unitariedade.

7.3. Esquema do regime do litisconsórcio

LITISCONSÓRCIO	SIMPL
Regra	Em princ como a sentença ser difer para os litisconsc o regime da autor ou independ os atos

	praticad um não beneficia demais.
Particularidades	Apesar d autonom preciso verificar teor do a praticad para ver que tipo alegaçã feita pel litisconso pois, se

comum,
interesse
geral, ac
beneficia
também
demais,
não se p
acolher
matérias
comuns
relação a
e não a
outros, s
pena de
sentença
incoeren

■ 8. OS LITISCONSORTES COM PROCURADORES DIFERENTES

É possível que os litisconsortes, ativos ou passivos, constituam o mesmo procurador, ou procuradores diferentes. No segundo caso, terão todos os prazos processuais para se manifestar nos autos **em dobro**, por força do art. 191, do CPC. Além disso, cada um terá o direito de promover o andamento do processo, sendo necessária a intimação de todos os procuradores, a respeito dos atos processuais (CPC, art. 49). Isso independe do regime, valendo tanto para o simples quanto para o unitário. Mesmo no unitário, os litisconsortes podem ter advogados diferentes, e todos deverão ser intimados.

■ 9. QUESTÕES

1. (OAB/SP — 2007) Sobre o litisconsórcio, é correto afirmar que:

a) Na ação de usucapião temos litisconsórcio necessário simples.
b) Sempre são considerados litigantes distintos e por os atos e omissões de um não beneficiarão nem prejudicarão os outros.
c) O litisconsórcio necessário é sempre unitário.
d) O litisconsórcio facultativo é sempre simples.

Resposta: "a".

2. (OAB/MG — agosto 2006) A respeito do litisconsórcio é correto afirmar:

a) Ao juiz é permitido, em se tratando de litisconsórcio facultativo ativo, limitar o número de autores se houver prejuízo ao efetivo exercício do direito de defesa do réu.
b) No caso de litisconsórcio passivo necessário, a renúncia, por um dos réus, ao direito de produzir prova alcança também aos demais corréus que estarão, assim, impedidos de apresentar outras provas.
c) Havendo litisconsórcio passivo, contar-se-á em dobro o prazo para contestar, ainda que os réus possuam o mesmo procurador.

d) No caso de litisconsórcio facultativo ativo, a decisão, obrigatoriamente, será idêntica para todos os autores.

Resposta: "a".

3. (Promotor de Justiça/PR — 2004) Em uma hipótese em que três acionistas propõem uma ação propondo anular a assembleia geral de uma sociedade que conta com uma dezena de sócios, qual a natureza do litisconsórcio que se forma no polo ativo da demanda:

a) Litisconsórcio necessário simples.
b) Litisconsórcio unitário facultativo.
c) Litisconsórcio multitudinário.
d) Litisconsórcio facultativo simples.
e) Litisconsórcio unitário necessário.

Resposta: "b".

4. (Promotor de Justiça/AM — 2003) É correta a assertiva abaixo:

a) A irregularidade de representação do réu, se não sanada, acarreta sua revelia.
b) A alienação do direito litigioso, a título particular entre vivos, acarreta a alteração da legitimidade entre as partes.
c) O litisconsórcio ativo só poderá ocorrer quando os direitos ou obrigações derivarem unicamente do mesmo fundamento fático.
d) O prazo para o autor fazer a denunciação da lide vai até a decisão do saneamento.

Resposta: "a".

5. (OAB/MG — agosto 2005) Sobre o litisconsórcio, é INCORRETO afirmar:

a) O juiz pode limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este dificultar a defesa.
b) No litisconsórcio necessário a eficácia da sentença depende da citação de todos os litisconsortes no processo.
c) Cada litisconsorte deve ser intimado dos atos processuais e tem o direito de promover o andamento do processo.
d) Será facultativo, quando, por disposição de lei, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes.

Resposta: "d".

6. (Ministério Público/SP/86º — 2009) Na demanda ajuizada por sócios de uma sociedade em face desta para a declaração de nulidade de uma deliberação societária, o litisconsórcio existente entre esses sócios é considerado:

a) Comum (simples) e facultativo.
b) Comum (simples) e necessário.
c) Unitário e facultativo.
d) Unitário e necessário.
e) Alternativo e facultativo.

Resposta: "c".

7. (Juiz de Direito — TJ/PR — 2003) É correto afirmar que, nas ações que têm por título direitos reais imobiliários, a citação de ambos os cônjuges caracteriza:

a) Assistência.
b) Litisconsórcio facultativo.
c) Litisconsórcio necessário.
d) Assistência litisconsorcial.

Resposta: "c".

1 Thereza Alvim, *O direito processual de estar em juízo*, p. 128.

3

DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

2. Intervenção de terceiros voluntária e provocada

3. Quando o terceiro transforma-se em parte

4. Intervenção de terceiros e a ampliação dos limites objetivos da lide

5. A intervenção de terceiros não cria um novo processo

6. Tipos de processo que admitem intervenção de terceiros

7. Das diversas formas de intervenção

7.1. Assistência

7.2. Da oposição

7.3. Nomeação à autoria

7.4. Denunciação da lide

7.5. Chamamento ao processo

8. Panorama geral das diversas espécies de intervenção

9. Questões

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil trata de numerosas hipóteses de terceiros que podem ingressar no processo em andamento. São terceiros aqueles que não figuram como partes: autores (as pessoas que formulam a pretensão em juízo) e réus (aqueles em face de quem tal pretensão é formulada). Há casos em que, por força da intervenção, aquele que até então era terceiro adquire a condição de parte. E casos em que o terceiro adquire a condição

de auxiliar da parte. **Seja como for, a intervenção implicará em que aquele que não figurava até então no processo passe a figurar**. Em qualquer caso, porém, só se justifica a intervenção do terceiro que possa, em razão do processo em andamento, ter sua esfera jurídica atingida pela decisão judicial. Não se admite ingresso de um terceiro absolutamente alheio ao processo, cujos interesses não possam, de qualquer maneira, ser afetados.

As dificuldades relativas ao tema decorrem da multiplicidade de espécies, cada qual com suas características e peculiaridades. São cinco as formas de intervenção expressamente previstas no CPC: a assistência, a denunciação da lide, o chamamento ao processo, a oposição e a nomeação à autoria. O recurso de terceiro prejudicado, que alguns incluem entre as formas de intervenção, não constitui forma autônoma, mas uma assistência, na fase recursal. Todas as formas podem ser agrupadas em duas categorias, as de intervenção **voluntária** e **provocada**.

■ 2. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS VOLUNTÁRIA E PROVOCADA

A classificação em uma ou outra dessas categorias depende da **iniciativa do ingresso** do terceiro no processo. Há situações em que ele cabe ao próprio interessado, que procura a lide por conta própria. São os casos de **intervenção voluntária**, dos quais os exemplos são a assistência e a oposição. Mas há hipóteses em que a iniciativa não vem do terceiro, mas de uma das partes, que pede ao juiz que convoque o terceiro. Nesses casos, a intervenção é **provocada**. Os exemplos são: a denunciação da lide, o chamamento ao processo e a nomeação à autoria.

■ 3. QUANDO O TERCEIRO TRANSFORMA-SE EM PARTE

Na imensa maioria dos casos de intervenção, o terceiro, desde o momento em que admitido no processo, adquirirá a condição de parte. É o que ocorre na denunciação da lide, no chamamento ao processo, na oposição e na nomeação à autoria.

Há situações, porém, em que ele atuará como um **auxiliar de uma das partes**. É o que ocorre na assistência. Mas é preciso distinguir entre a simples e a litisconsorcial, pois, como se demonstrará no item específico, o assistente litisconsorcial adquire a condição de verdadeiro litisconsorte ulterior. Portanto, só o assistente simples não se transformará em parte, mas em auxiliar dela.

■ 9. QUESTÕES

1. (Juiz Federal — 1ª Região — 2005) Assinalar a alternativa correta.

a) Apresentada a nomeação à autoria pelo réu, o juiz suspenderá o processo e mandará citar o nomeado para integrar o feito, como autor.

b) No litisconsórcio necessário o juiz determinará de ofício a citação de todos aqueles litisconsortes faltantes.

c) O litisconsórcio multitudinário pode ser limitado pelo juiz.

d) A denunciação da lide, que pode ser feita pelo autor ou pelo réu, é obrigatória, sob pena de perda do direito de regresso.

Resposta: "c".

2. (Juiz de Direito/SC — 2004) Analise as proposições abaixo e assinale a alternativa correta.

I. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz suspenderá o processo e marcará prazo razoável para ser sanado o defeito, sob pena de excluí-lo da lide.

II. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo na qualidade de opoente.

III. Duas ou mais pessoas podem litigar no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente quando ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

IV. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de promovê-la de ofício sob as custas daquele.

V. Feita a denunciação pelo autor, o denunciado, comparecendo, assumirá a posição de litisconsorte do denunciante e não poderá aditar a petição inicial, procedendo-lhe em seguida a citação do réu.

a) Somente as proposições I, II e III estão corretas.

b) Somente as proposições I, II, III e IV estão corretas.

c) Somente a proposição III está correta.

d) Nenhuma das proposições está correta.

e) Todas as proposições estão corretas.

Resposta: "c".

3. (Juiz do Trabalho — 1ª Região — 2004) Sobre a oposição é correto afirmar que:

a) Aquele que pretender, no todo ou em parte, a coisa ou direito sobre o que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos, sendo certo que, no caso de reconhecimento da procedência do pedido por um dos opostos, contra

■ 4. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS E A AMPLIAÇÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA LIDE

Dentre as várias hipóteses de intervenção há aquelas que ampliam os limites objetivos da lide, isto é, os limites do julgamento judicial, porque implicam a formulação de pretensões que o juiz deverá examinar. São os casos em que a intervenção de terceiros acarreta ampliação do **objeto litigioso do processo**, ajuizada por uma das partes contra o terceiro, como ocorre na denunciação da lide ou chamamento ao processo, ou do terceiro contra as partes, como no caso da oposição. Nessas três formas, o juiz, além de examinar, na sentença, os pedidos originários, terá de analisar também os formulados em face do terceiro ou pelo terceiro.

Somente na assistência e na nomeação à autoria não há ampliação objetiva. No primeiro caso, o assistente, ao ingressar, aceita o processo no estado em que se encontra (na assistência litisconsorcial, pode haver ampliação dos limites subjetivos da lide, já que o assistente é verdadeiro litisconsorte ulterior, mas não dos limites objetivos, já que ele não formula nenhuma pretensão que já não esteja posta em juízo). E na nomeação, há tão somente a substituição do réu originário, parte ilegítima, pelo verdadeiro legitimado.

4. (Promotor de Justiça/ES — 2005) Respeitante à denunciação da lide, é incorreto asseverar que:

a) Feita a denunciação pelo autor, o denunciado comparecendo, assumirá a posição de litisconsorte do denunciante e poderá aditar a inicial, procedendo-se em seguida a citação do réu.

b) é obrigatória ao alienante, na ação em que outrem reivindica a coisa, cuja posse foi transferida a parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta.

c) é obrigatória àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

d) é obrigatória ao proprietário ou possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do credor pignoratício, do locatário, do usufrutuário, do réu, citado em nome de próprio, exerça a posse direta de coisa demandada.

e) a citação do denunciado será requerida, concomitante com a do réu, se o denunciante for o autor.

Resposta: "b".

■ 5. A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NÃO CRIA UM NOVO PROCESSO

Só na intervenção de terceiros se o terceiro ingressa em processo **em andamento**. Há casos em que terceiros podem se valer de ações que implicam a criação de novos processos, e que não podem ser consideradas espécies de intervenção. É o que ocorre, por exemplo, com os embargos de terceiro, em que este vai a juízo para obter a liberação de um bem indevidamente constrito em processo alheio. Nesse caso, não há **força processo**, o que impede que seja classificado entre as formas de intervenção. A oposição — como se verá no momento oportuno — pode, conforme o momento em que for apresentada, se processar sob a forma interventiva ou sob a forma autônoma. Somente a primeira pode ser considerada intervenção de terceiros, já que a segunda implica a criação de novo processo.

Resposta: "b".

5. (Juiz Federal — 4ª Região — 2004) Assinalar a alternativa correta.

a) Proposta a denunciação da lide pelo autor, o juiz suspenderá o processo demandará citar o nomeado para integrar o feito como autor.

b) No litisconsórcio necessário o juiz determinará de ofício a citação de todos aqueles litisconsortes faltantes.

c) O litisconsórcio multitudinário pode ser limitado pelo juiz.

■ 6. TIPOS DE PROCESSO QUE ADMITEM INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

As diversas formas de intervenção estudadas nos itens seguintes são próprias dos **processos de conhecimento**, em geral, sejam eles

d) A denunciação da lide, que pode ser feita pelo autor ou pelo réu, é obrigatória, sob pena de perda do direito de regresso.

Resposta: "c".

6. (Juiz de Direito/DF e Territórios — 2003) A denunciação da lide:

a) pode ser feita tanto pelo autor como pelo réu;
b) só cabe no procedimento sumário;
c) não pode ser feita pelo autor;
d) é ação do réu contra o autor no mesmo processo.

Resposta: "a".

7. (OAB/DF — 2006) Assinale a alternativa correta.

a) o princípio dispositivo, segundo o qual nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer encontra exceção no processo de inventário.
b) é inadmissível postular ação declaratória visando obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual.
c) havendo litisconsórcio ativo necessário, deve o autor, no prazo assinado pelo juiz, promover o ingresso do litisconsorte no polo ativo da relação processual, mediante a nomeação à autoria, sob pena de indeferimento da inicial.
d) admitido como assistente no processo de conhecimento, o terceiro tem direito de promover todos os atos do processo, inclusive o de recorrer, e deve, por isso, ser reabertos os prazos necessários para manifestação de seu interesse jurídico.

Resposta: "a".

8. (Juiz de Direito — TJ/PR — 2003) É correto afirmar, no procedimento sumário, que:

a) é admissível a nomeação à autoria.
b) são admissíveis a assistência e o recurso do terceiro prejudicado.
c) é admissível a denunciação da lide.
d) são admissíveis a oposição e a ação declaratória incidental.

Resposta: "b".

■ 7. DAS DIVERSAS FORMAS DE INTERVENÇÃO

9. (Juiz de Direito — TJ/PR — 2003) É correto afirmar que são formas de intervenção de terceiros espontâneas:

a) a denunciação da lide, a oposição e o chamamento ao processo.
b) a assistência, nomeação à autoria e denunciação da lide.
c) a oposição e a assistência.
d) o chamamento ao processo, a assistência e a denunciação da lide.

Resposta: "c".

■ 7.1. Assistência

■ 7.1.1. Introdução

A assistência é forma típica de intervenção de terceiros, porque pressupõe o ingresso no processo de alguém que até então não figurava. Porém, o CPC não a tratou no capítulo correspondente, mas no capítulo V, do livro I, que trata do "litisconsórcio e da assistência". Nem por isso, pode-

10. (Juiz de Direito/SP — 2007) Assinale a alternativa correta relativamente à intervenção de terceiros.

a) Quando o autor nomear terceiro à autoria, incumbe-lhe requerer sua citação juntamente com a do réu.

b) Os opostos devem ser citados pessoalmente, não se admitindo sua citação na pessoa de seus advogados.

c) Feita a denunciação da lide pelo autor, o denunciado poderá aditar a inicial.

d) Indeferida a denunciação da lide, será concedido ao réu denunciante novo prazo para contestar a ação.

Resposta: "c".

11. (Juiz de Direito/MG — 2004-2005) A oposição, oferecida antes da audiência será:

a) apensada aos autos principais, com suspensão da ação até seu julgamento;

b) juntada aos autos principais, correndo simultaneamente com a ação, sendo julgado em primeiro lugar;

c) apensada aos autos principais, sobrestando-se o andamento da ação, por prazo nunca superior a 90 (noventa) dias, a fim de se proceder ao julgamento simultâneo;

d) processada pelo rito ordinário, sendo julgada sem prejuízo da causa principal;

e) apensada aos autos principais e correrá simultaneamente com a ação, sendo ambas julgadas pela mesma sentença.

Resposta: "e".

12. (Juiz do Trabalho — 12ª Região — 2004) Assinale a alternativa INCORRETA.

a) O assistente litisconsorcial, que ingressa ulteriormente no processo, por ser o titular do direito discutido em juízo, será atingido pela coisa julgada.

b) O assistido somente poderá reconhecer a procedência do pedido, desistir da ação ou transigir, com o consentimento do assistente litisconsorcial, já que este é o titular do direito postulado.

c) Na qualidade de assistente simples, este apenas não poderá evitar que a sentença proferida produza efeitos em relação a si, quando lhe for dada a possibilidade de participar adequadamente do processo.

d) O assistente simples, mesmo ocupando posição subalterna em relação à parte assistida, pode tomar posição contrária àquela adotada pelo assistido, evitando, por exemplo, que este desista da ação.

e) Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente simples, este não poderá, de regra, em processo posterior, discutir a justiça da decisão.

Há, no ordenamento jurídico, relações jurídicas que, conquanto

7.1.2. Assistência simples

É a assistência pela qual se admite que terceiro, que tenha interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes, possa requerer o seu ingresso, para auxiliar aquele a quem deseja que vença.

O requisito indispensável é que o terceiro tenha **interesse jurídico** na vitória de um dos litigantes. É fundamental, pois, que se identifique quando o terceiro tem interesse, e quando ele pode ser considerado jurídico.

7.1.2.1. Interesse jurídico

O terceiro pode ter interesse de vários tipos sobre uma determinada causa: econômico, porque um dos litigantes é seu devedor, e se vier a perder a causa, empobrecerá, e terá menores recursos para pagá-lo; afetivo, por ligação com uma das partes, a quem deseja a vitória.

Esses tipos de interesse não podem justificar a intervenção do terceiro no processo. Somente o interesse jurídico. Como identificá-lo? Terá interesse jurídico aquele que **tiver uma relação jurídica com uma das partes, diferente daquela sobre a qual versa o processo, mas que poderá ser afetada pela sentença.**

Há, no ordenamento jurídico, relações jurídicas que, conquanto

Resposta: "d".

13. (Promotor de Justiça/RO — 2006) Aquele que pretende a coisa ou o direito, objeto de uma lide, sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida sentença, apresentar em juízo:

a) denunciação da lide pelo autor.
b) embargos de terceiro.
c) nomeação à autoria.
d) chamamento ao processo.
e) oposição.

Resposta: "e".

14. (Juiz de Direito/MG — 2005) Feita a denunciação da lide pelo réu, se o denunciado for revel:

a) Cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até o final.
b) Haverá o julgamento antecipado da lide.
c) O processo prosseguirá entre o autor, de um lado, e de outro, como litisconsortes, o denunciante e o denunciado.
d) O processo prosseguirá entre o autor, de um lado, e de outro, o denunciado.

Resposta: "a".

15. (OAB/MG – março 2005) A respeito das diversas formas de intervenção de terceiros, é CORRETO afirmar:

a) Na oposição, o terceiro opinante coloca-se contrário à pretensão deduzida pelo autor, auxiliando o réu.
b) A denunciação da lide é cabível ao alienante na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta.
c) A correção do pólo passivo da demanda é feita mediante chamamento ao processo daquele que nela deveria figurar como réu.
d) A nomeação à autoria é cabível nos casos em que apenas um dos devedores solidários é acionado judicialmente e pretende, no mesmo processo, a responsabilização dos codevedores.

Resposta: "b".

16. (OAB/SP – janeiro 2007) É caso de denunciação da lide:

a) quando se está diante de litisconsórcio necessário.
b) quando, sendo o devedor acionado, denuncia o fiador.
c) quando aquele que estiver obrigado por lei ou contrato é denunciado a assegurar a obrigação.
d) quando, sendo acionado o detentor, este denuncia o proprietário ou o possuidor.

■ **7.1.2.2. Exemplos de terceiros que podem ingressar como assistentes simples**

Um dos casos mais comuns foi mencionado no capítulo anterior. O sublocatário pode ingressar como assistente simples do locatário nas ações de despejo, que versam sobre a locação e não sobre a sublocação — tem interesse jurídico em que a sentença seja favorável ao locatário, porque, se desfavorável, o despejo será decretado; rompida a locação a sublocação também o será, porque são interdependentes. O sublocatário é o titular de relação jurídica distinta do processo (locação), mas mantém com uma das partes (o locatário) uma relação jurídica interdependente (sublocação).

Um outro exemplo: sempre haverá a possibilidade de ingresso de um terceiro como assistente simples quando ele mantém com uma das partes relação jurídica tal que, se o assistido for derrotado, **terá direito de regresso contra ele**. É o que ocorre, por exemplo, quando há um contrato de seguro. É certo que, se o réu de uma ação indenizatória tiver seguro, poderá nomear à autoria a seguradora, para que ela assuma o pólo passivo nos próprios autos. Mas a denunciação é provocada, e pode ocorrer que o segurado não a faça, optando por, em caso de derrota, ajuizar ação autônoma de regresso em face da seguradora. Nesse caso, a seguradora, a quem interessa a vitória do segurado exatamente para que não se constitua o direito de regresso, pode ingressar como assistente simples do segurado. Ela terá interesse jurídico em que a sentença seja favorável ao segurado. A existência ou não do direito de regresso depende do que ficar decidido no processo principal, pois, se o segurado não for condenado, não haverá o que cobrar da seguradora. Há, portanto, **relação de prejudicialidade** entre a ação indenizatória e o direito de regresso contra a seguradora, razão pela

---

Resposta: "c"

17 (63). (Juiz do Trabalho — 8ª Região — 2006) Sobre intervenção de terceiros é correto afirmar que:

a) A oposição oferecida antes da audiência será apensada aos autos principais e correrá simultaneamente com a ação. Oferecida depois de iniciada a audiência, a oposição seguirá o procedimento ordinário.
b) Não é admissível o chamamento ao processo em execução ou na fase de cumprimento de sentença.
c) No procedimento sumário é admissível o chamamento ao processo e a denunciação da lide fundada em contrato de seguro.
d) A única modalidade de intervenção de terceiros que é admitida no processo perante os Juizados Especiais é a assistência simples.
e) O terceiro prejudicado pode interpor agravo retido.

Resposta: "b"

18. (Magistratura/SP — 2011) Assinale a alternativa correta.

a) Há assistência simples quando o terceiro, tendo interesse jurídico na decisão da causa, intervém no processo para auxiliar uma das partes.
b) Com o ingresso do assistente no processo, poderá haver ampliação do objeto do litígio.
c) A assistência impede que o assistido reconheça a procedência do pedido.
d) Há assistência litisconsorcial quando o interveniente tem relação jurídica com o assistido.
e) Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este nunca poderá discutir a justiça da decisão em processo posterior.

7.1.2.3. O interesse jurídico não se confunde com o meramente econômico

Resposta: "a"

Há casos em que o interesse do terceiro é meramente econômico e não jurídico, o que o impede de ingressar como assistente simples. Um exemplo ajudará a elucidar a diferença: imagine-se que o terceiro seja credor de alguém que figura como parte em ação indenizatória. Se ele for credor do autor, terá interesse em que a sentença seja de procedência, porque isso tornará o seu devedor mais rico, com mais condições de pagar a dívida. Se o terceiro (STJ – *RDDMG* 81/402) for credor do réu, terá interesse em que a sentença seja de improcedência, pois na também acórdãos em sentido contrário, com o fundamento de que o réu terá um empobrecimento correndo risco de perder a ação (*RT* 693/264. Mas a postulação direta da seguradora pela vítima se justifica por razões de direito material, uma vez que o Código Civil, nos arts. 787 e 788, estabelece que a seguradora pagará indenização

Esse tipo de interesse não é jurídico, mas apenas econômico. O

1 Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 159.

2 Há acórdãos recentes do Superior Tribunal de Justiça em que se admite que a vítima de acidente de trânsito ajuize ação reparatória diretamente em face da seguradora: "Pode a vítima em acidente de veículos propor ação de indenização diretamente, também, contra a seguradora, sendo irrelevante que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente, que se negar a usar a cobertura do seguro (STJ – 4ª T. – REsp 168.377 – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 18/5/99 – DJU 28/6/99, p. 172)". No mesmo sentido, *RSTJ* 68/377. A questão não está pacificada, pois há também acórdãos em sentido contrário, como o publicado na *RT* 693/264. Mas a postulação direta da seguradora pela vítima se justifica por razões de direito material, uma vez que o Código Civil, nos arts. 787 e 788, estabelece que a seguradora pagará indenização

direito do terceiro com a parte da seguradora, mecanismo que não permite considerá-lo como regra. Não pode-se dizer que há relação jurídica direta entre o terceiro e a seguradora, mas não nas demais hipóteses de denunciação.

É certo que o devedor, se perder, poderá sofrer uma redução patrimonial, e até tornar-se insolvente. Mas o afetado não é a relação jurídica da parte com o terceiro. Portanto, não há prejudicialidade.

3 Nelson Nery (*Código de Processo Civil comentado*, p. 392) entende que a dívida permanece intacta. Em síntese, não há relação de prejudicialidade entre o processo em andamento e a relação jurídica que a parte tem com o terceiro, requisito indispensável do interesse jurídico.

7.1.3. A assistência litisconsorcial

A segunda forma de assistência é a litisconsorcial. **Trata-se de forma de intervenção atribuída ao titular ou cotitular da relação jurídica que está sendo discutida em juízo**. Só existe no âmbito da **legitimidade extraordinária**, pois só assim é possível que terceiro seja titular ou cotitular de relação jurídica discutida em juízo. No campo da legitimidade ordinária, o titular potencial da relação jurídica teria de figurar como parte.

No item 3.5.4.1.3, Capítulo 4, do Livro II supra, ao tratarmos da legitimidade extraordinária, tivemos oportunidade de demonstrar que há uma dissociação: aquele que figura como parte não é o titular exclusivo do direito alegado, mas o substituto processual; e o titular ou cotitular do direito discutido em juízo, o substituído processual, não figura como parte. No entanto, ele será atingido pela coisa julgada material, havendo sentença de mérito. O legislador criou o mecanismo da assistência litisconsorcial, para permitir que o substituído, que em tese será atingido pela coisa julgada, possa ingressar no processo.

7.1.3.1. Exemplos de assistência litisconsorcial

Pode haver assistência litisconsorcial sempre que houver legitimidade extraordinária: **quem pode ingressar como assistente é o substituído processual**. No condomínio e na alienação de coisa litigiosa, por exemplo. Se um bem pertence a vários proprietários, qualquer deles tem legitimidade para, isoladamente, propor ação reivindicatória ou possessória contra aqueles que tenham a coisa consigo indevidamente. Aquele que a propuser o fará em defesa não apenas de sua fração ideal, mas do bem todo. Será, portanto, legitimado extraordinário no que se refere às frações ideais dos outros condôminos que, se não ingressaram conjuntamente, serão substituídos processuais. Se decidirem ingressar depois de ajuizada a demanda, poderão fazê-lo como assistentes litisconsorciais. Na alienação de coisa litigiosa, como se mantém a legitimidade das partes originárias, o alienante ficará como substituto processual do adquirente, que é quem tem o bem consigo. Mas o adquirente poderá ingressar como assistente

4

DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PROCESSO CIVIL

1. Introdução

2. O Ministério Público como parte

2.1. O Ministério Público como parte e os honorários advocatícios

3. O Ministério Público como fiscal da lei

3.1. Consequências da falta de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei

4. Aspectos processuais da intervenção do Ministério Público

5. Procedimento da intervenção ministerial

6. Questões

1. INTRODUÇÃO

O Ministério Público foi incluído na CF entre as **funções essenciais à justiça**, incumbido da defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

O § 1º do art. 127 da CF consagra como seus princípios institucionais a:

- **unidade**;
- **indivisibilidade**;
- **independência funcional**.

Apesar de uno e indivisível, exerce a sua função por numerosos órgãos, que abrangem o MP Federal, o MP do Trabalho, o MP militar, o MP

do Distrito Federal e dos Territórios e os MPs Estaduais.

O art. 129 da CF enumera quais são as suas atribuições constitucionais. Para nós, interessa a intervenção do Ministério Público no processo civil, regulamentada pelos arts. 81 a 85, do CPC.

Os arts. 81 e 82 mostram que ele pode atuar em um processo em duas qualidades: **como parte ou fiscal da lei**. Cada uma delas será examinada nos itens seguintes.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PARTE

O membro do Ministério Público tem capacidade postulatória, e pode propor ações no âmbito de suas atribuições. O art. 129, III, da CF, autoriza o *Parquet* a "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

As ações que versam tais interesses estão no âmbito direto de atribuição do Ministério Público. Não há necessidade de lei que o autorize, porque a atribuição decorre diretamente da Constituição Federal.

A legitimidade para a propositura de ações coletivas vem regulamentada em especial na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/94) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). E ações individuais, ou que versem interesses disponíveis? Poderia o Ministério Público ajuizá-las? Por exemplo: poderia propor a ação civil *ex delicto*, prevista no art. 68 do Código de Processo Penal, para postular indenização em favor da vítima de delito que seja pobre?

O Supremo Tribunal Federal decidiu que a atribuição para propor ação civil *ex delicto* foi transferida, pela CF, para a Defensoria Pública. Porém, onde ela ainda não existir, ou quando a sua atuação ainda não for suficiente para dar conta dos casos, o Ministério Público continuará legitimado.

Nesse sentido: "Legitimidade 'ad causam' — Ação civil de reparação de danos 'ex delicto' — Interposição pelo Ministério Público — Admissibilidade se o órgão da Defensoria Pública não foi implementado nos moldes do art. 134, da CF e LC 80/94 — Vigência do art. 68 do CPP enquanto não viabilizada pela transferência constitucional de atribuições" (*RT* 755/169). No mesmo sentido *RT* 804/178.

Mas mesmo depois da promulgação da CF de 1988, leis especiais outorgaram legitimidade ao MP para o ajuizamento de ações individuais, como a Lei n. 8.560/92, que lhe permite propor, na qualidade de legitimado

5

DO JUIZ

1. Introdução

2. O Ministério Público como parte

2.1. O Ministério Público como parte e os honorários advocatícios

3. O Ministério Público como fiscal da lei

3.1. Consequências da falta de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei

4. Aspectos processuais da intervenção do Ministério Público

4.1. A vedação ao *non liquet*

4.2. Excepcionalmente admite-se julgamento por equidade

4.3. A necessidade de respeitar os limites da lide (o princípio da demanda)

4.4. Outros poderes e deveres

5. Procedimento da intervenção ministerial

6. Questões

1. INTRODUÇÃO

O CPC dedica os arts. 135 a 138 ao juiz, tratando dos seus poderes, deveres e responsabilidades. Cuida ainda da **suspeição e impedimento**.

O juiz não se confunde com o juízo. Este é o órgão jurisdicional

competente para julgar determinada causa, enquanto aquele é a pessoa a quem é atribuída a função jurisdicional. Há juízos que são integrados por dois ou mais juízes, e um mesmo juiz pode, eventualmente, exercer suas funções — ao menos temporariamente — em mais de um juízo.

Cumpre ao juiz dirigir o processo. No exercício dessa função, deve agir com impessoalidade e imparcialidade, estabelecendo a comunicação necessária com os demais sujeitos, o autor e o réu. Será o juiz quem, depois de verificar as questões preliminares, **decidirá o pedido, ponderando as informações trazidas pelas partes**. Ao fazê-lo, deve agir de maneira substancialmente imparcial, aplicando a lei ao caso concreto, para solucionar o conflito de interesses.

A condução do processo não é feita de acordo com critérios de conveniência e oportunidade do juiz. **Não há discricionariedade judicial:** cumpre-lhe, com o apoio de seus auxiliares, fazer executar as regras da lei processual.

A imparcialidade é garantia do jurisdicionado, e decorrência do princípio do juiz natural, que impede que as partes possam escolher o juiz da causa. Este deve ser identificado de acordo com **regras previamente existentes no ordenamento jurídico**.

Além da garantia do juiz natural, o CPC enuncia hipóteses em que o juiz da causa será impedido ou suspeito (arts. 134 e 135). O afastamento do juiz em tais condições é medida eminentemente preventiva, que visa assegurar que ele se mantenha equidistante dos litigantes. Não terá isenção de ânimo o juiz que tiver vínculos objetivos ou subjetivos com um dos litigantes, seus advogados, ou cujos próprios interesses possam ser afetados pela solução da demanda. A lei distingue entre impedimento e suspeição porque reconhece a existência de dois níveis de potencial perda de imparcialidade. **No impedimento, a participação do juiz é vedada, porque mais intensa ou mais direta a sua ligação com o processo, havendo um risco maior de perda de parcialidade**; na suspeição, conquanto conveniente que ele se afaste, o risco é menor, razão pela qual ainda que presentes as hipóteses, **se nenhuma das partes reclamar, e o juiz de ofício não pedir a sua substituição, o processo será por ele julgado**, sem que, com isso, se verifiquem nulidades processuais.

■ 2. IMPEDIMENTO DO JUIZ

O impedimento, mais do que a suspeição, traz risco grave à imparcialidade do juiz, que conduz o processo. Por isso, verificadas as

6

AUXILIARES DA JUSTIÇA

1. Introdução

2. Quem são?

1. INTRODUÇÃO

O juiz não conseguiria desempenhar a contento suas atividades se não contasse com a colaboração de auxiliares, que lhe dão o apoio necessário, e agem sob sua ordem e comando.

Eles não exercem atividade jurisdicional, exclusiva do juiz, **mas colaboram com a função judiciária**. Alguns o fazem em caráter permanente, como os funcionários; outros em caráter eventual, como peritos, intérpretes e depositários.

2. QUEM SÃO?

O art. 139 apresenta em rol **apenas exemplificativo** de auxiliares da justiça: "São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete".

O escrivão é o incumbido da direção do cartório, competindo-lhe ordenar os trabalhos, e comandar as tarefas dos escreventes e demais funcionários. A ele cumprem as tarefas enumeradas no art. 141 do CPC. Os autos dos processos ficam sob sua guarda e responsabilidade (salvo as hipóteses previstas em lei).

Os oficiais de justiça têm suas tarefas elencadas no art. 143. São elas, em especial, a de fazer citações, prisões, penhoras, arrestos e outras diligências, além de executar ordens dos juízes, e cumprir os mandados de que são encarregados. A essas funções, foi acrescentada a de, nas

execuções civis, promover a avaliação dos bens penhorados, salvo quando não tenham condições técnicas para fazê-lo.

Ao perito cumpre a tarefa de assistir o juiz, quando houver necessidade de prova de fatos que dependam de **conhecimentos técnicos ou científicos**. São escolhidos entre profissionais de nível universitário, inscritos no órgão de classe competente. Se não houver, na localidade, quem preencha tais requisitos, o juiz os nomeará livremente.

O depositário e o administrador são os responsáveis pela guarda e conservação dos bens arrestados, penhorados, sequestrados ou arrecadados, sendo responsáveis pelos danos que, por culpa ou dolo, provocarem.

Finalmente, o intérprete é aquele que auxilia o juiz quando há necessidade de analisar documentos estrangeiros ou vertê-los para o vernáculo. Também quando é preciso traduzir a linguagem dos surdos-mudos.

LIVRO IV

DOS ATOS PROCESSUAIS

1

NATUREZA E ESPÉCIES

1. Introdução

2. Conceito de ato processual

3. Omissões processualmente relevantes

4. Classificação dos atos processuais

4.1. Atos das partes

4.2. Atos do juiz

1. INTRODUÇÃO

O processo consiste em uma sucessão de atos que se encadeiam logicamente, e que visam alcançar o provimento jurisdicional.

São atos processuais aqueles atos humanos, realizados no processo. Não se confundem com os fatos processuais, que são acontecimentos naturais, que podem ter grande relevância ou repercussão no processo, **mas que não dependem de condutas humanas**. Por exemplo: a morte de uma das partes é um fato processual de grande relevância. Da mesma forma, uma catástrofe natural, que provoque o desaparecimento dos autos. Podem ainda ser considerados fatos processuais as condutas humanas que não têm nenhuma relação com o processo, mas que sobre ele repercutem, como uma greve ou uma guerra, que prejudiquem o funcionamento forense.

Os atos processuais devem ser praticados em conformidade com o que determina a lei. Ela preestabelece a sequência em que eles devem ser realizados, e, em regra, a forma a que devem obedecer. Não se está, como no direito privado, no campo da autonomia da vontade. Por isso, **as partes não podem, livremente, ditar o andamento do processo, ou a forma de**

realização dos atos processuais, a seu critério. Não é possível que, por acordo de vontades, elas decidam sobre o procedimento a adotar ou sobre a forma como deve ser realizada a audiência. **A disponibilidade do direito material que se discute no processo não deve ser confundida com a possibilidade de regular os atos e o seu andamento**. Em situações específicas, porém, o legislador pode conceder às partes alguma margem de disposição sobre questões processuais. Por exemplo, nas hipóteses de competência relativa, quando permite a eleição de foro; ou quando autoriza a distribuição dos ônus da prova (CPC, art. 333, parágrafo único).

2. CONCEITO DE ATO PROCESSUAL

Pode ser definido como **a conduta humana voluntária que tem relevância para o processo**. Isso afasta os atos irrelevantes e os que não se relacionem com o processo. Os atos processuais distinguem-se dos atos jurídicos em geral em razão de sua ligação com um processo e a repercussão que têm sobre ele. Não se confundem com os fatos processuais, conforme visto no item anterior.

3. OMISSÕES PROCESSUALMENTE RELEVANTES

Os atos pressupõem atividade comissiva. **Mas as omissões podem ser de grande relevância para o processo civil**, porque a lei pode prever importantes consequências processuais. A omissão só será processualmente relevante quando a lei determina a prática de determinado ato, e impõe consequências para a sua não realização. Assim, a omissão quanto ao ônus de oferecer contestação trará graves consequências processuais para o réu.

4. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

São várias as maneiras pelas quais se pode classificar um ato processual. Cada qual leva em consideração um determinado critério. O CPC utiliza a classificação que leva em conta o sujeito, distinguindo entre atos das partes e atos judiciais.

4.1. Atos das partes

De acordo com o art. 158, do CPC, **os atos das partes consistem em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade**.

Os atos unilaterais são os mais comuns no processo: correspondem àqueles que a parte pratica sem necessitar da anuência da parte contrária.

Por excelência, os de postulação, como a petição inicial do autor e a resposta do réu, e os demais requerimentos que poderão fazer no curso do processo, como a apresentação de réplica, o requerimento de provas, a interposição de recursos.

O exemplo mais comum de ato bilateral é a transação, que provocará a extinção do processo, com julgamento de mérito.

Para que o ato seja jurídico-processual é preciso que produza efeitos no processo, consistentes na constituição, modificação ou extinção de direitos processuais (CPC, art. 158).

4.2. Atos do juiz

São enumerados no art. 162, do CPC: **sentença, decisão interlocutória e despachos**. O rol **não é taxativo**, porque o juiz pratica outros atos no curso do processo, como o interrogatório das partes, a colheita de depoimentos, a inspeção judicial e outros atos materiais.

Mas só os mencionados no art. 162 podem ser considerados **provimentos judiciais**. Os demais são apenas atos materiais.

4.2.1. Sentenças

De acordo com o CPC, art. 162, § 2º, sentença é o ato do juiz **que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC**. Essa redação foi dada pela Lei n. 11.232/2005 e alterou a originária, que qualificava sentença como o ato que põe fim ao processo.

O art. 267 trata da extinção do processo sem resolução de mérito. As hipóteses, se verificadas, porão fim ao processo; o art. 269 cuida de situações em que há resolução de mérito.

A Lei n. 11.232/2005 retirou do conceito de sentença a sua aptidão para por fim ao processo, porque, se ela for condenatória, haverá uma fase processual subsequente, **a de cumprimento da sentença**. Anteriormente, essa fase constituía um outro processo, o que permitia distinguir o de conhecimento do de execução. Agora, havendo condenação, haverá um processo único — chamado **sincrético** — que se estenderá do pedido inicial até o cumprimento o julgado.

Mas, sob pena de graves consequências processuais, sobretudo no que concerne aos recursos, **a conceituação de sentença não poderá levar em conta apenas o seu conteúdo, mas também a sua aptidão, senão para por fim ao processo, ao menos para por fim à fase cognitiva**. Só será sentença o ato judicial que tiver essas duas qualidades: for proferida na conformidade dos arts. 267 e 269, do CPC; e puser fim ao processo ou à fase de

conhecimento, em primeiro grau.

Não fosse assim, ter-se-ia que admitir a possibilidade de haver mais de uma sentença na mesma fase processual, o que ensejaria graves problemas, porque o recurso cabível continua sendo o de apelação, que exige a remessa dos autos ao tribunal competente.

Não nos parece possível que sejam proferidas sentenças interlocutórias, que não ponham fim ao menos à fase em que forem proferidas.

Um exemplo: pode ocorrer que o autor, na petição inicial, formule duas ou mais pretensões cumuladas, e que o juiz verifique que uma delas está prescrita. Ao reconhecê-lo, o juiz está proferindo uma decisão, cujo conteúdo se enquadra na hipótese do art. 269, IV, do CPC, mas o seu ato não poderá ser qualificado como sentença, porque não porá fim à fase de conhecimento. Afinal, foi formulado outro pedido, e o processo prosseguirá para que ele possa ser julgado no momento oportuno. Terá havido decisão interlocutória, contra a qual o recurso adequado será o de agravo.

O art. 163 ainda menciona entre os atos judiciais os **acórdãos**, atribuindo essa denominação aos julgamentos dos Tribunais. São decisões proferidas por órgão colegiado.

4.2.2. Decisões interlocutórias

Além das sentenças, o juiz profere outro tipo de ato, que tem conteúdo decisório. Distingue-se das sentenças por seu caráter interlocutório, pelo fato de serem proferidas no decurso de um processo, sem aptidão para finalizá-lo. E sem ainda porem fim à fase de conhecimento, em primeiro grau de jurisdição.

Diferem dos despachos porque **estes não têm conteúdo decisório e não podem trazer nenhum prejuízo ou gravame às partes**. Se o ato judicial for capaz de provocar prejuízo e não puser fim ao processo ou à fase de conhecimento, será decisão interlocutória, contra a qual o prejudicado poderá interpor recurso de agravo.

4.2.3. Despachos de mero expediente

São aqueles que servem para impulsionar o processo, mas não tem conteúdo decisório, **sendo inaptos para trazer prejuízos às partes**. Se o juiz abre vista às partes, se dá ciência de um documento juntado aos autos, se determina o cumprimento do acórdão ou se concede prazo para que as partes indiquem quais provas pretendem produzir, haverá despacho, contra o qual não caberá recurso porque não há interesse para a interposição.

Mas um ato judicial que normalmente seria despacho pode assumir a

condição de decisão, se dele puder advir prejuízo. Por exemplo: a remessa dos autos ao contador em regra é despacho. Mas, se o juiz determiná-la para instituir uma liquidação por cálculo do contador, que não mais existe, retardando com isso o início da execução, o prejudicado poderá agravar.

2

FORMA E REQUISITOS

1. Forma dos atos processuais

1.1. O processo eletrônico

1.2. Comunicação eletrônica dos atos processuais

2. Requisitos dos atos processuais

2.1. Requisitos gerais quanto ao modo dos atos processuais

2.2. Requisitos gerais quanto ao lugar

2.3. Requisitos gerais quanto ao tempo

2.4. Preclusão

3. Esquema dos atos processuais quanto aos requisitos

4. Invalidade do ato processual

4.1. Atos meramente irregulares

4.2. Nulidades processuais

4.3. Nulidades absolutas ou relativas

4.4. Como distinguir entre nulidade absoluta e relativa?

4.5. As nulidades e a instrumentalidade das formas

4.6. O efeito expansivo das nulidades

4.7. Regularização do processo

4.8. Os atos processuais inexistentes

4.9. Esquema geral das invalidades do processo

1. FORMA DOS ATOS PROCESSUAIS

A forma é o aspecto exterior pelo qual os atos processuais se apresentam. Como regra, acolheu-se entre nós o princípio da **liberdade das formas**, estabelecido no CPC, art. 154: "Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial".

Esse artigo contém duas regras importantes: a de que, salvo lei em contrário, a forma é livre; e a de que, mesmo quando há forma determinada por lei, o ato será válido se, tendo sido praticado por outro meio, alcançar a sua finalidade essencial. O processo não é um fim em si mesmo, mas um **instrumento do direito substancial**. Quando a lei determina que o ato seja realizado de determinada forma, não tem em vista a formalidade ou solenidade em si, mas o alcance de determinado fim; se atingido por outro meio, ficará afastada qualquer nulidade.

Por exemplo: a lei determina que o réu seja citado e estabelece a forma pela qual isso deve ocorrer. Se for desrespeitada, mas o réu comparecer e apresentar contestação, não haverá nulidade, porque o objetivo do ato — dar ciência ao réu da existência do processo, permitindo-lhe que se defenda — terá sido alcançado.

1.1. O processo eletrônico

A busca pela efetividade e duração razoável do processo deu ensejo ao uso de meios eletrônicos e de informatização do processo.

A Lei n. 11.280/2006 já havia acrescentado ao art. 154 um parágrafo, autorizando os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, a disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integralidade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira — ICP — Brasil.

Mas a informatização do processo judicial foi regulamentada pela **Lei n. 11.419/2006**, que tratou dos meios eletrônicos, da transmissão eletrônica e da assinatura eletrônica.

O art. 2º autoriza o envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico, com a utilização da **assinatura digital**, baseada em certificado digital emitido pela autoridade certificadora; ou mediante cadastro do usuário no Poder Judiciário, que permita a identificação do interessado.

A lei autoriza o Poder Judiciário a desenvolver sistemas eletrônicos

de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de acesso a computadores, com assinatura eletrônica.

Nesses sistemas, todos os atos de comunicação processual — como a citação, intimações, notificações — serão feitas por meio eletrônico, na forma da lei.

Os arts. 8º a 13 da Lei n. 11.419/2006 regulamentam o uso de meios eletrônicos e digitais.

1.2. Comunicação eletrônica dos atos processuais

Mesmo que o processo não seja eletrônico, é possível que os tribunais façam uso do ***Diário da Justiça Eletrônico***, disponibilizado nos sítios da rede mundial de computadores, para publicação dos atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados.

Poderão ser feitas as intimações, dirigidas aos advogados das partes, pelo *Diário da Justiça Eletrônico*, caso em que a publicação só se considera feita no primeiro dia útil subsequente ao da disponibilização da informação no *Diário de Justiça*, passando a correr o prazo no primeiro dia útil subsequente.

Caso a parte ou seu advogado se cadastrem na forma do art. 2º, da Lei n. 11.419/2006, será dispensada a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico, porque as intimações serão feitas em portal próprio, considerando-se realizadas na data em que se efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, o que deverá ser certificada nos autos. Mas a consulta deverá ser feita no prazo de dez dias corridos, contados da data do envio, sob pena de considerar-se automaticamente realizada ao final desse prazo.

Se o processo for eletrônico, as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico. Haverá dificuldades, quando o ato for dirigido não ao advogado, mas à parte, como ocorre com a citação. Só será possível a utilização de meio eletrônico se o destinatário tiver se cadastrado na forma do art. 2º, da Lei. Não sendo viável, a citação será feita pelo modo convencional.

O art. 7º determina que as cartas precatórias, rogatórias, de ordem e, de um modo geral, todas as comunicações oficiais que transitem entre órgão do Poder Judiciário, bem como entre os deste e os dos demais Poderes, serão feitas preferencialmente por meio eletrônico.

2. REQUISITOS DOS ATOS PROCESSUAIS

Existem requisitos que a lei estabelece para a validade dos atos

processuais. Cumpre-nos, neste capítulo, estudar quais são os gerais, pois os específicos serão examinados oportunamente, à medida que forem estudados os vários atos de que o processo se compõe.

2.1. Requisitos gerais quanto ao modo dos atos processuais

- que sejam redigidos em **vernáculo** (CPC, art. 156). Eventuais documentos em língua estrangeira só poderão ser juntados se acompanhados de tradução juramentada;

- os atos orais devem ser praticados também em língua portuguesa. Se o juiz quiser ouvir uma das partes ou uma testemunha que não conheçam o português, terá que nomear um **intérprete**, necessário também em relação àqueles que fazem uso da linguagem mímica dos surdos-mudos;
- os atos escritos devem ser redigidos com **tinta escura e indelével** e assinados pelas pessoas que neles intervierem. A tinta azul e a preta são as mais usadas, mas tem-se admitido o uso do verde-escuro. Como a tinta precisa ser indelével, se as petições forem transmitidas por fax é preciso juntar o original em cinco dias. A falta de juntada não prejudica o conhecimento da petição, mas o postulante corre o risco de que o conteúdo perca a nitidez;
- os atos postulatórios serão assinados pelo advogado dos postulantes; os de documentação de audiência, por todos os participantes;
- os atos poderão ser datilografados, por via mecânica ou por computador. Admite-se o uso da taquigrafia, estenotipia ou qualquer outro método idôneo, em qualquer juízo ou tribunal. Mas essa possibilidade fica restrita aos atos judiciais, não aos das partes. No Juizado Especial Cível admite-se a gravação fonográfica para documentar a audiência;
- são vedadas as abreviaturas e os espaços em branco, nos atos e termos do processo, salvo se inutilizados; as emendas ou rasuras devem ser ressalvadas. Tudo para evitar fraudes ou utilização indevida de espaços em braço (CPC, art. 174).

2.1.1. Publicidade dos atos processuais

A publicidade do processo e dos atos processuais é garantida pela CF (art. 5º, LX) e regulamentada pelo art. 155, do CPC, já comentado no Livro I, Capítulo 3, item 2.8, supra.

Quando o processo correr em segredo de justiça, só poderá ser consultado **pelas partes, seus advogados, terceiros intervenientes admitidos no processo e pelo Ministério Público**. Por isso, os atos de comunicação do processo (intimações e publicações de editais) serão cifrados, e o nome das partes não aparecerá na íntegra, mas abreviado.

O desrespeito ao sigilo que obriga a todos os participantes do processo poderá acarretar sanções administrativas e eventualmente civis ao culpado, mas **não nulidade processual**.

2.2. Requisitos gerais quanto ao lugar

Os atos processuais são praticados, em regra, na sede do juízo (CPC, art. 176); mas nem sempre, havendo numerosas exceções, como:

- os atos de inquirição de pessoas que, em homenagem ao cargo que ocupam, podem ser ouvidas em sua residência ou local em que exercem suas funções (CPC, art. 411);
- os atos que têm de ser praticados por carta;
- os relativos à testemunha que, em razão de dificuldades de movimento ou locomoção, tem de ser ouvida em seu domicílio.

2.3. Requisitos gerais quanto ao tempo

Os atos processuais devem ser praticados em um determinado prazo, em regra, sob pena de preclusão. **Os atos judiciais e os do Ministério Público não precluem, mas se desrespeitado o prazo sujeitam os responsáveis a sanções administrativas (prazos impróprios)**.

O tempo no processo pode ser examinado por dois ângulos: o referente ao momento, à ocasião do dia, do mês e do ano em que os atos podem ser praticados; e os prazos que os participantes do processo deverão observar.

2.3.1. Ocasião para a prática dos atos processuais

Os atos processuais devem ser praticados nos **dias úteis**, que não são feriados. De acordo com o CPC, art. 175, são feriados os domingos e os dias declarados por lei, que incluem 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 07 de setembro, 12 de outubro, 02 de novembro, 15 de novembro e 25 de dezembro. São feriados forenses o dia 08 de dezembro (dia da justiça), a terça-feira de carnaval e a sexta-feira santa. Há ainda feriados específicos da Justiça Federal, feriados estaduais e municipais.

O sábado não é dia útil para a contagem de prazo. Assim, se uma intimação é feita na sexta-feira, o primeiro dia útil seguinte é a segunda-feira. Mas atos processuais externos, que não dependem da abertura do fórum, como as citações e intimações podem ser realizados no sábado.

Durante o dia, os atos processuais podem ser realizados das **6h00 às 20h00**, mas o art. 172 do CPC estabelece algumas exceções: quando iniciados antes do limite do horário, não puderam ser concluídos e o adiamento puder ser prejudicial; ou a citação e a penhora tiverem de

aperfeiçoar-se em dias não úteis, ou fora do horário normal, o que só se admitirá em casos excepcionais, mediante expressa autorização judicial.

As leis de organização judiciária, de âmbito estadual, têm autonomia para estabelecer horários do fechamento do protocolo, o que terá grande relevância sobre os prazos processuais, já que a petição ou manifestação da parte deve ser protocolada até a última hora do último dia do prazo. Em São Paulo, o protocolo fecha às 19h00, e as petições têm de ser apresentadas até essa hora. Os atos externos — como citações e intimações — poderão estender-se até as 20h00, ou até mais tarde, nas hipóteses do art. 172.

2.3.2. Férias forenses

A Emenda Constitucional n. 45 acrescentou à Constituição Federal dispositivo (art. 93, XII) que **extinguiu a possibilidade de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau**. Com isso, desapareceram as férias coletivas nesses órgãos, com o que houve a revogação tácita do art. 174 e do art. 173, naquilo que diz respeito às férias.

2.3.3. Prazos processuais

Para que o processo não se eternize, a lei estabelece um prazo para que os atos processuais sejam praticados. Por prazo entende-se **a quantidade de tempo que deve mediar entre dois atos**.

Quando a lei determina que o prazo para contestação é de 15 dias a contar da data da juntada aos autos do mandado de citação, estabelece o prazo para a prática do ato. Se for desrespeitado, ato será intempestivo.

2.3.3.1. Tipos de prazos processuais

2.3.3.1.1. Prazos próprios e impróprios

Os prazos podem ser próprios, também chamados preclusivos, ou impróprios. Os das partes (incluindo do Ministério Público quando atua nessa condição) e dos terceiros intervenientes, em regra, **são próprios, têm de ser respeitados sob pena de preclusão temporal, de perda da faculdade processual de praticar aquele ato**. Nesse sentido, o CPC 183: "Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa".

Mas alguns atos das partes e seus advogados não serão preclusivos. Por exemplo: o de formular quesitos e indicar assistentes técnicos no prazo de cinco dias, quando for determinada prova pericial, pois há numerosas decisões do STJ que permitem a apresentação até o início dos trabalhos periciais; o de restituir os autos, retirados do cartório, o de indicar bens que

possam ser penhorados.

Os prazos do juiz, de seus auxiliares e do Ministério Público, quando atuam como fiscal da lei, **são impróprios, não implicam a perda da faculdade, nem o desaparecimento da obrigação de praticar o ato, mesmo depois de superados**. O juiz não se exime de sentenciar, nem o Promotor de Justiça de se manifestar, porque foi ultrapassado o prazo previsto em lei. Da mesma forma, em relação aos auxiliares do juízo.

2.3.3.1.2. Prazos dilatórios e peremptórios

São peremptórios os prazos cogentes, que não podem ser modificados pela vontade das partes (art. 182 — "É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios").

São dilatórios os prazos **que podem ser alterados por convenção das partes**, desde que a alteração seja requerida antes de eles vencerem e estiver fundada em motivo legítimo (art. 181), caso em que o juiz fixará o dia de vencimento da prorrogação, respeitada a convenção.

A lei não especifica quais são de um tipo, qual de outro, cabendo à jurisprudência a tarefa de indicar. São prazos peremptórios, entre outros, os fixados para apresentação de resposta, interposição de recurso, apresentação de incidente de falsidade documental, oposição de impugnação e embargos de devedor, e ajuizamento da ação principal, após a concessão da medida cautelar. São dilatórios os prazos para arrolar testemunhas, formular quesitos e indicar assistentes técnicos, em caso de prova pericial, prestar caução e constituir novo advogado, em caso de morte do anterior.

Mas, seja o prazo dilatório, seja peremptório, o juiz poderá autorizar a prorrogação nas comarcas onde for difícil o transporte, mas nunca por mais de sessenta dias, salvo em caso de calamidade pública.

2.3.4. Contagem de prazo

A contagem de prazo pode ser feita por anos, meses, dias, horas ou minutos: o prazo da ação rescisória é de dois anos; as partes podem convencionar a suspensão do processo por até seis meses; o de contestação é de quinze dias; para o serventuário remeter os autos conclusos ao juiz é de 24 horas, e o prazo para as partes manifestaram-se, nas alegações finais apresentadas em audiência, é de vinte minutos.

Os prazos são fixados por lei; na omissão desta, pelo juiz. **Se não houver nem lei nem determinação judicial, o prazo será de cinco dias (CPC, art. 185)**. Excepcionalmente, pode ser fixado pelas próprias partes, como, por exemplo, o de suspensão, de até seis meses.

Na contagem do prazo, exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento. Por exemplo: se o réu é citado para contestar em quinze dias, o prazo corre da juntada aos autos do mandado de citação. Porém, a contagem não começa no dia da juntada, mas no primeiro dia útil subsequente. O prazo será contado de maneira contínua e se concluirá no final do expediente forense do 15º dia do prazo, desde que este seja útil. Se o último dia da contagem não for útil, o prazo prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente. Se a intimação for feita pelo *Diário Oficial*, o prazo começará a correr no primeiro dia útil seguinte à publicação. Se for eletrônico, a publicação considera-se feita no primeiro dia útil subsequente à disponibilização da informação (art. 4º, § 3º, da Lei n. 11.419/2006).

A contagem do prazo não pode nem começar nem terminar em dia não útil. Mas, iniciada a contagem, o prazo será contínuo, não se interrompendo nos feriados. Os dias não úteis que intermedeiam entre o início e o final devem ser incluídos na contagem.

2.3.5. Suspensão e interrupção do prazo

Distingue-se a suspensão da interrupção de prazo porque, na primeira, ele fica paralisado, mas volta a correr do ponto em que parou, quando incidiu a causa suspensiva. Já a interrupção provoca o retorno do prazo à estaca zero, como se nada tivesse corrido até então.

Iniciada a contagem, o prazo não será suspenso, salvo a existência das hipóteses previstas no art. 265, I a III, do CPC, ou se houver algum obstáculo que impeça a parte de se manifestar, como, por exemplo, a retirada dos autos pelo adversário, a remessa deles ao contador, o movimento grevista que paralisa as atividades forenses. Mas não tem sido admitida como causa de suspensão a falha no serviço de remessa de intimações ao advogado pelo respectivo órgão ou entidade de classe. Além disso, podem existir causas legais de suspensão do prazo. Por exemplo: a apresentação de exceção ritual suspende o curso do processo e dos prazos que estavam em andamento.

As causas interruptivas são raras, podendo ser mencionadas três: quando o réu requer o desmembramento do processo, em virtude de litisconsórcio multitudinário; quando as partes opõem embargos de declaração e quando o réu, citado, faz nomeação à autoria.

2.3.6. Alguns benefícios de prazo

2.3.6.1. O art. 188 do CPC

O Ministério Público e a Fazenda Pública têm prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. Esse dispositivo não ofende o

princípio constitucional da isonomia, porque a quantidade de processos em que atuam é maior do que a comum, razão pela qual fazem jus a um prazo maior, para contestar e responder.

2.3.6.2. Quem são os beneficiários?

A Fazenda Pública, a que a lei se refere, abrange todas as pessoas jurídicas de direito público: a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas.

Não têm privilégio de prazo as empresas públicas e as sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de natureza privada.

O Ministério Público tem o prazo maior, tanto na condição de parte como na de fiscal da lei.

2.3.6.3. Quais os prazos sobre os quais o benefício recai?

A lei menciona o prazo de contestação. Mas a ele estão vinculados outros, como o das exceções rituais, impugnação ao valor da causa e reconvenção. **Onde se diz que o prazo é quádruplo para contestar, entenda-se que o é para responder**.

Além disso, o prazo de recursos é dobrado. Mas só o de interposição, **porque para oferecer contrarrazões ao recurso do adversário será simples**.

Controverte-se sobre o prazo que o Ministério Público e a Fazenda Pública têm para oferecer recurso adesivo. Ao fazê-lo, estão recorrendo, o que ensejaria a aplicação do art. 188. Mas ao mesmo tempo, o recurso adesivo deve ser apresentado no prazo das contrarrazões, que é simples.

Conquanto nos pareça que o prazo do recurso adesivo para tais entes deva ser simples, **tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que será também dobrado** (nesse sentido, *RSTJ* 133/198 e 137/185).

2.3.6.4. O art. 191

Quando houver litisconsortes que tenham diferentes procuradores, **todos os prazos legais ser-lhe-ão contados em dobro:** para contestar, recorrer, contrarrazoar e falar nos autos em geral.

É preciso que os procuradores sejam diferentes, ainda que pertençam ao mesmo escritório de advocacia. Se cada um dos litisconsortes outorgar procuração exclusiva para sócios diferentes do escritório, o prazo será dobrado.

Ainda que os litisconsortes tenham, cada qual, vários advogados, o

prazo será simples se houver um que seja comum a todos.

Questão controvertida é a relacionada ao prazo de contestação, quando, citados os litisconsortes, não é ainda possível saber se todos contratarão advogados e serão os mesmos.

Tem prevalecido o entendimento de que, se houver dois réus, e um deles permanecer revel, ainda assim o outro terá prazo em dobro para contestar, porque não tinha como saber se o corréu contrataria ou não advogado. Nesse sentido: "Não me parece razoável que a parte, já sabedora de que atuará com advogado próprio, tenha de aguardar a defesa da outra — se existirá ou não — para que possa fruir do prazo em dobro, correndo o risco de, se o litisconsorte for revel, ter sua peça de defesa inadmitida por intempestiva" (*RSTJ* — 4ª Turma, REsp 683.956, Rel. Min. Aldir Passarinho).

Não há necessidade de pedir ao juiz a dobra de prazo, que será decorrência automática da contratação de advogados distintos pelos litisconsortes.

Tem-se entendido que se a constituição do advogado diferente ocorreu no curso do prazo, só correrá em dobro o restante. Assim, se o advogado novo for constituído no 10º dia de um prazo de quinze, somente os cinco faltantes serão dobrados.

Importante, ainda, a Súmula 641 do STF: "Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido".

Tem prevalecido o entendimento **de que o art. 191 do CPC não se aplica aos Juizados Especiais Cíveis**, porque é incompatível com a celeridade que se exige do procedimento. Nesse sentido, aplica-se o enunciado 123 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais.

2.3.6.4.1. Aplicação cumulativa dos arts. 188 e 191?

Imagine-se que determinado processo tenha dois réus e que um deles seja a Fazenda Pública. Qual seria o prazo de resposta? Se aplicarmos conjuntamente os arts. 188 e 191, ele seria multiplicado por oito. Mas não é assim: se estão presentes as hipóteses de aplicação do art. 188 e do art. 191, o juiz só aplicará a que for mais benéfica. Portanto, apenas quadruplicará o prazo. O prazo para a Fazenda recorrer será em dobro (pois não há aplicação cumulativa). Para contrarrazoar será igualmente em dobro, já que a Fazenda está em litisconsórcio, com advogados diferentes.

2.3.6.5. O art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50

Os beneficiários da Justiça Gratuita não têm prazo especial em geral. Mas quando patrocinados por órgãos públicos da assistência judiciária, como

a Defensoria Pública e a Procuradoria do Estado, **passam a ter em dobro todos os prazos para falar nos autos**. Não há ofensa à isonomia, porque tais órgãos atuam em grande quantidade de processos, o que justifica o benefício.

Equiparam-se, para os fins de dobra do prazo, aos órgãos públicos os entes que exercem funções equivalentes, como os Centros Acadêmicos que, por força de convênio com o Estado, prestam serviço de assistência judiciária, mas não tem o benefício os advogados particulares, que atuam por força de convênio, prestando serviço de assistência.

2.4. Preclusão

É mecanismo de grande importância para o andamento do processo, que, sem ele, se eternizaria.

Consiste na perda de uma faculdade processual por:

- não ter sido exercida no tempo devido (preclusão temporal);
- incompatibilidade com um ato anteriormente praticado (preclusão lógica);
- já ter sido exercida anteriormente (preclusão consumativa).

2.4.1. Preclusão temporal

Os prazos próprios são aqueles que, se não respeitados, implicam a perda da faculdade de praticar o ato processual. Haverá a preclusão temporal para aquele que não contestou ou recorreu no prazo estabelecido em lei.

2.4.2. Preclusão lógica

Consiste na perda da faculdade processual de praticar um ato que seja logicamente incompatível com outro realizado anteriormente. Se a parte aquiesceu com a sentença e cumpriu o que foi nela determinado, não poderá mais recorrer, por exemplo (CPC, art. 503);

2.4.3. Preclusão consumativa

O ato que já foi praticado pela parte ou pelo interveniente não poderá ser renovado. Se o réu já contestou, ainda que antes do 15º dia, não poderá apresentar novos argumentos de defesa, porque já terá exaurido sua faculdade. O mesmo em relação à apresentação de recurso: se já recorreu, ainda que antes do término do prazo, não poderá oferecer novo recurso ou novos argumentos ao primeiro.

2.4.4. Preclusão "pro judicato"

Conquanto os prazos judiciais sejam impróprios, para que o processo

possa alcançar o seu final, é preciso que também **os atos do juiz fiquem sujeitos à preclusão**. Não se trata de preclusão temporal, mas da impossibilidade de decidir novamente aquilo que já foi examinado. Não há a perda de uma faculdade processual, mas vedação de reexame daquilo que já foi decidido anteriormente, ou de proferir decisões incompatíveis com as anteriores.

O tema é de difícil sistematização, porque, no curso do processo, o juiz profere numerosas decisões, sobre os mais variados assuntos de direito material e processual. **Nem todas estarão sujeitas à preclusão *pro judicato***.

O juiz não pode voltar atrás nas que:

- deferem a produção de provas;
- concedem medidas de urgência;
- decidem matérias que não são de ordem pública, como as referentes a nulidades relativas.

Mas, mesmo nelas, o juiz poderá modificar a decisão anterior, se sobrevierem fatos novos, que justifiquem a alteração. E se a decisão foi objeto de agravo, pode exercer o juízo de retratação, enquanto ele não for julgado.

Há outras decisões que, mesmo sem recurso e sem fato novo, podem ser alteradas pelo juiz. Não estão sujeitas, portanto, à preclusão *pro judicato*.

Podem ser citadas as que:

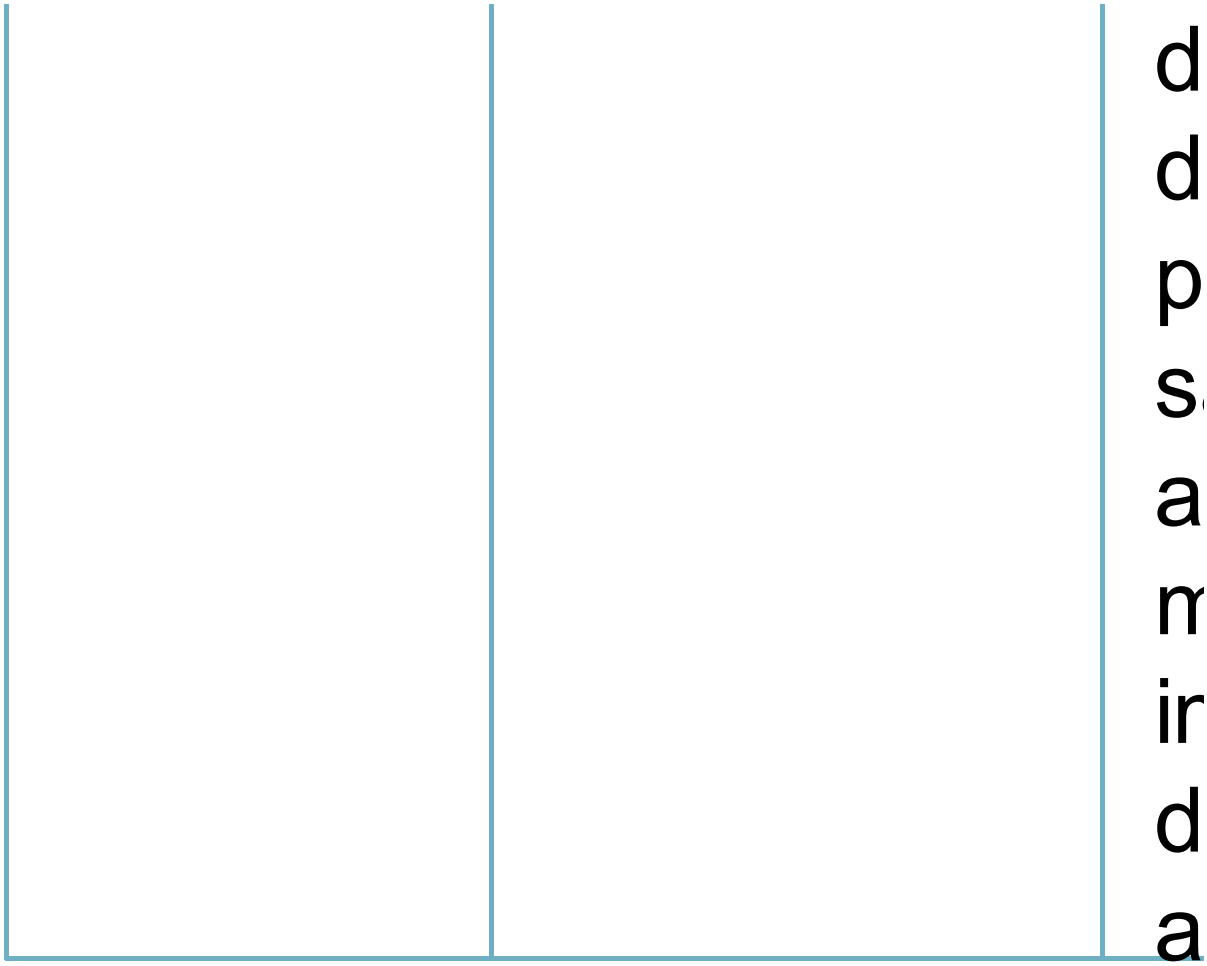
- examinam matéria de ordem pública, como falta de condições da ação e pressupostos processuais, requisitos de admissibilidade dos recursos;
- indeferimento de provas, porque, por força do art. 130 do CPC, o juiz pode, a qualquer tempo, de ofício, determinar as provas necessárias ao seu convencimento.

3. ESQUEMA DOS ATOS PROCESSUAIS QUANTO AOS REQUISITOS

QUANTO AO MODO	QUANTO AO LUGAR	Q

1 — Os atos escritos devem ser redigidos em vernáculo e com tinta escura. 2 — Os orais também devem ser em português. 3 — Os	Os atos processuais são, em regra, praticados nas dependências do Fórum, mas em situações excepcionais podem ser praticados fora, como as audiências nas hipóteses do art. 411,	1 p d p o a d e fo d (r a d 1 2 a p

atos são públicos, exceto nos casos de segredo de justiça (CPC, art. 155).	do CPC.	p p d o g d p d ir p te ir s d d M P



■ 4. INVALIDADE DO ATO PROCESSUAL

O sistema de invalidades do processo não se confunde com o do direito material. As categorias de atos nulos e anuláveis, estudadas no Direito Civil, não são adequadas para o processo civil.

Para compreendê-las, é preciso ter em mente que o processo civil não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para tornar efetivos os direitos materiais. Além disso, é um conjunto de atos que se sucedem no tempo, tendo existência que pode ser bastante prolongada.

Quando a lei exige que um ato processual tenha determinada forma, ou que seja praticado de determinado modo, ou em certo tempo ou lugar, e as exigências legais são desrespeitadas, cumpre verificar se o ato será, em razão dos vícios que o acometem, apto para alcançar as finalidades para que ele foi realizado.

Os vícios que podem atingir o ato processual podem classificar-se em três categorias: as meras irregularidades, as nulidades — que podem ser relativas ou absolutas — e a inexistência.

4.1. Atos meramente irregulares

São aqueles que desobedecem uma formalidade não relevante para a sua validade. Exemplo: a existência de rasuras, que não tragam dúvida sobre a autenticidade do ato.

4.2. Nulidades processuais

Ocorre quando o ato é praticado sem a observância de um requisito de validade. Distingue-se da irregularidade, porque esta não provoca nenhuma consequência; e da inexistência porque, **a partir de um determinado momento, será também sanável**. No curso do processo, se o juiz detectar alguma nulidade, determinará a correção, ordenando, se necessário, que o ato processual contaminado, e os a ele interligados, sejam refeitos. Encerrado o processo, haverá ainda a possibilidade de, por meio de ação rescisória, reclamar de algumas nulidades. Mas, findo o prazo da rescisória, a nulidade será sanada. **A inexistência, por sua vez, não se sana nunca, podendo ser arguida a qualquer tempo**.

O ato nulo produzirá efeitos e consequências processuais até que o juiz reconheça o vício e declare a nulidade: **enquanto isso, continuará eficaz**.

Só podem ser qualificados de nulos os atos do juiz e dos seus auxiliares. Os das partes não o são propriamente: apenas, se não preencherem os requisitos legais, não produzirão os efeitos que visavam alcançar.

Assim, se o réu apresentar contestação que não obedeça às exigências legais, o juiz não a considerará nula, mas não apresentada, deixando de produzir os efeitos almejados. O ato será ineficaz.

A lei não enumera quais são as nulidades. Mas, de forma genérica, aduz que serão nulos os atos que não respeitam determinado requisito legal. São exemplos:

- as decisões prolatadas por juízes impedidos ou por juízos absolutamente incompetentes;
- a falta de intervenção do Ministério Público, quando obrigatória;
- a citação realizada sem obediência às formalidades legais;
- a sentença que não observe a forma prescrita em lei.

4.3. Nulidades absolutas ou relativas

Em ambas, há inobservância de forma prescrita em lei. **A diferença é que, na absoluta, a forma terá sido imposta em observância ao interesse público, e na relativa, aos das próprias partes**.

Disso resultam diferentes consequências:

- só a nulidade absoluta pode ser decretada, de ofício, pelo juiz; a relativa tem que ser alegada pela parte a quem interessa;
- a relativa preclui, se não alegada na primeira oportunidade; a absoluta não, podendo ser conhecida a qualquer tempo no curso do processo (salvo recurso especial ou extraordinário, que exigem prequestionamento) e, eventualmente, até mesmo depois do seu encerramento, por meio de ação rescisória. Até as nulidades absolutas precluirão em determinado momento, o do encerramento do processo (ou da possibilidade de interpor os recursos ordinários) ou, quando muito, o da ação rescisória; **mas a relativa precluirá se não alegada na primeira oportunidade**;
- a nulidade relativa só pode ser arguida por quem tenha interesse, por ter sofrido algum prejuízo em decorrência do ato; **a absoluta pode ser arguida por qualquer dos participantes do processo, ainda que não sofra prejuízo**, já que pode ser conhecida até mesmo de ofício. Mas também essa regra tem exceções. Há casos de nulidades absolutas que só poderão ser invocadas por aqueles que tiveram prejuízo. É o caso das decorrentes da falta de intervenção do Ministério Público quando atua como auxiliar da parte e do curador especial, quando atua em favor de um dos litigantes. Entende-se que só poderá ser alegada se a parte em favor de quem intervém o Ministério Público ou o curador especial tiver sucumbido. Se não tiver sofrido prejuízo, inexistirá a nulidade.

4.4. Como distinguir entre nulidade absoluta e relativa?

Não é fácil, **porque a distinção não decorre de texto de lei, mas de criação doutrinária e jurisprudencial**. Quando a nulidade é cominada por lei, quase sempre é absoluta. São exemplos: os atos praticados por juízo absolutamente incompetente ou juiz impedido; a falta de intervenção do Ministério Público ou do curador especial, quando necessária. Há ainda nulidades absolutas que não decorrem de cominação legal, mas do sistema. Será nula a sentença proferida sem que o juiz tenha ouvido a parte sobre um documento juntado aos autos pelo adversário, fundamental para a decisão, porque isso fere o princípio constitucional do contraditório.

São exemplos de nulidade relativa os atos praticados por juiz suspeito, ou em que haja incompetência relativa do juízo. Parece-nos que também deva ser incluída nessa categoria a falta de designação da audiência do art. 331, do CPC.

Em suma: **será preciso verificar se a forma prevista em lei e não respeitada decorria de norma cogente, estatuída em prol do interesse público, ou de norma não cogente, estabelecida em vista do interesse das**

partes.

4.5. As nulidades e a instrumentalidade das formas

Como o processo não é um fim em si, mas um instrumento, não haverá nenhum vício no ato processual — nem nulidade de qualquer tipo, nem inexistência — que alcançou o resultado para o qual foi previsto. É o que diz o art. 244, do CPC, que consagra o **princípio da instrumentalidade das formas**.

A forma só é necessária para assegurar que o ato alcance a finalidade. Se isso ocorrer por outro meio, inexistirá vício: se o réu foi citado de maneira incorreta, ou nem foi citado, mas compareceu e se defendeu, o juiz não declarará nulo ou inexiste o processo.

O art. 244 faz uma ressalva: o juiz considerará válido o ato praticado em desconformidade com a lei, **desde que esta não prescreva a nulidade**. Mas hoje se entende que, mesmo quando a lei comina nulidade, o juiz não a declarará se o ato, por outra forma, alcançou o resultado almejado.

Do princípio da instrumentalidade das formas resulta que não se declarará a nulidade — seja absoluta ou relativa — se não houver prejuízo. Mas, na relativa, o prejuízo há de ser para algum dos litigantes, que deve demonstrá-lo; ao passo que na absoluta, o prejuízo é presumido e pode dizer respeito não só ao litigante, mas ao desenvolvimento do processo ou à aplicação da jurisdição.

Mas o que torna o assunto complexo é que haverá casos de nulidade, mesmo absoluta, que só poderão ser declarados se houver prejuízo para o litigante, como ocorre nos já mencionados casos de intervenção do Ministério Público como auxiliar da parte ou do curador especial como representante ou defensor de algum deles.

4.6. O efeito expansivo das nulidades

O processo pressupõe um conjunto de atos encadeados, que se sucedem no tempo. **Alguns atos processuais estão interligados a outros que o antecedem**. A nulidade de um pode prejudicar a dos posteriores que dele dependam, mas não prejudicará os que com ele não guardam relação. É o que dispõe o art. 248, do CPC: "Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependem; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes".

Declarada a nulidade, o juiz invalidará os atos subsequentes que dele dependem, preservando aqueles que não estejam relacionados.

Do texto da lei, extraem-se três consequências fundamentais:

- **1)** A nulidade de um ato não pode atingir os que lhe são antecedentes, mas apenas os posteriores.
- **2)** Só serão atingidos os atos posteriores que sejam dependentes daquele cuja nulidade foi declarada.
- **3)** A nulidade de um ato ou de uma parte do processo não afetará os atos ou partes que deles sejam independentes.

Há atos processuais dos quais todos os posteriores são dependentes: é o caso da citação. Se ela for nula, tudo em seguida também será. Mas existem outros atos que podem ser isolados, cuja nulidade não prejudicará nenhum ato subsequente ou afetará apenas uma parte do processo. Se o juiz nomeia um perito impedido, haverá nulidade apenas da prova pericial, mas não de atos que não tenham relação com a perícia.

Se for realizado um ato processual complexo, composto por vários atos individuais, a nulidade de uns não afetará a de outros, que guardem autonomia em relação àqueles. Por exemplo: na audiência, seja a do art. 331 do CPC, seja a de instrução e julgamento, são praticados vários atos processuais. É possível que a nulidade de um não prejudique o outro: o juiz preservará aquilo que puder, somente mandando repetir o que for contaminado pela nulidade declarada.

Por isso, manda o art. 249 que "o juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados".

4.7. Regularização do processo

Se a nulidade ocorre no curso do processo, o juiz tomará as providências necessárias para saná-la. Sendo relativa, cumpre à parte prejudicada argui-la na primeira oportunidade, sob pena de preclusão. Sendo absoluta, cumpre ao juiz declará-la, de ofício ou a requerimento do interessado, determinando a retificação ou a repetição do ato viciado, e dos subsequentes com ele interligados, observados os parágrafos do art. 249.

Se o processo se concluir, sem que a nulidade absoluta tenha sido detectada, cumprirá verificar se há ainda possibilidade de ajuizamento da ação rescisória, o que ocorrerá nas hipóteses do art. 285, do CPC.

4.8. Os atos processuais inexistentes

Além das irregularidades e das nulidades, tem-se admitido (embora não de forma unânime) a existência de uma terceira categoria de vícios, que podem macular o processo: **a inexistência**. Daí a doutrina fazer a distinção entre pressupostos processuais de existência e de validade.

O que os distingue é que só a falta dos primeiros gerará um vício

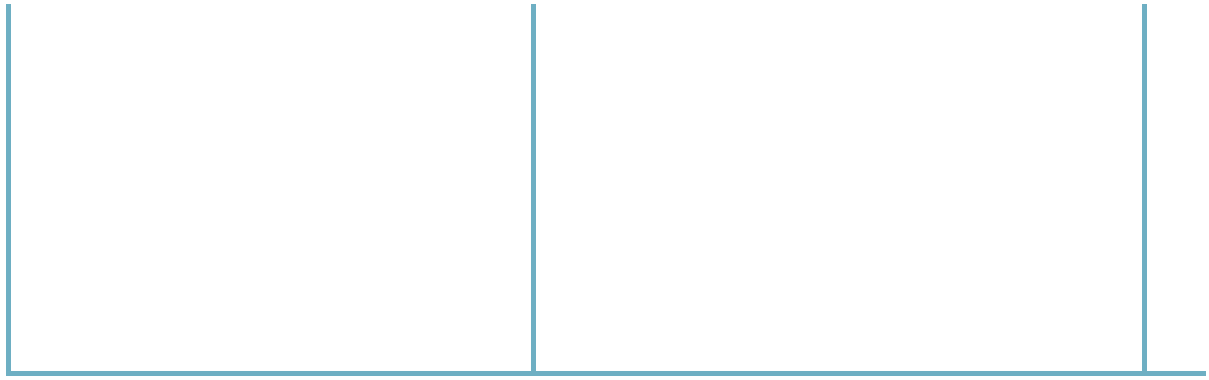
insanável. A nulidade pode ser alegada no curso do processo e até mesmo depois do seu encerramento, mas há um limite: o fim do prazo da ação rescisória. A inexistência, que é jurídica e não fática, também pode ser alegada no curso do processo, caso em que o juiz determinará as providências necessárias para saná-la. Mas se o processo se encerrar sem que o vício seja detectado, qualquer interessado poderá postular ao juízo que o declare. Só depois dessa declaração é que ela deixará de produzir efeitos. Como visto no Livro II, Capítulo 6, item 7.3.3, a providência judicial a ser tomada em caso de nulidade absoluta quando o processo já está concluído (ação rescisória) é diferente da que deve ser tomada em caso de inexistência (ação declaratória — *querela nullitatis insanabilis*).

4.9. Esquema geral das invalidades do processo

TIPO DE VÍCIO	QUANDO OCORRE	C
Atos meramente irregulares	Decorrem da inobservância de formalidade não relevante.	
Nulidades relativas	Inobservância de forma	

	estabelecida em benefício de uma das partes.	
Nulidades absolutas	Inobservância de forma estabelecida em razão do interesse público.	

Inexistência	Inobservância de forma essencial, estrutural, que constitua pressuposto processual de existência.	



3

DA COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

1. Introdução

2. Carta rogatória

3. Carta de ordem

4. Carta precatória

5. Citações e intimações

1. INTRODUÇÃO

Há duas espécies de comunicação de atos processuais: **aquela que se estabelece entre juízos; e entre juízos e partes**. Estas últimas são a citação e as intimações, tratadas em capítulo próprio. Neste, serão examinadas brevemente as formas de comunicação entre juízos, tratadas nos arts. 200 a 212, do CPC.

A comunicação se faz necessária porque determinados atos judiciais exigem a colaboração de outros juízos, já que têm de ser praticados em outra comarca ou país.

A Lei n. 11.419/2006 trata da comunicação eletrônica dos atos processuais. O art. 7º estabelece que "as cartas precatórias, rogatórias ou de ordem, e, de um modo geral, todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário, bem como entre os deste e os dos demais Poderes, serão feitas preferentemente por meio eletrônico". Não sendo possível a sua utilização, as cartas serão emitidas pelos meios convencionais.

O meio de comunicação entre os órgãos do Judiciário são as cartas, **transmitidas pelos meios eletrônicos (preferencialmente) ou pelos meios**

convencionais. Elas podem ser de três espécies, conforme o órgão para o qual for dirigida a solicitação:

- rogatória, se dirigida à autoridade judiciária estrangeira;
- de ordem, quando dirigida a um juiz subordinado ao tribunal que a emitiu;
- precatória, nos demais casos.

2. CARTA ROGATÓRIA

É o pedido dirigido a um **órgão jurisdicional estrangeiro**, seja para comunicação processual, seja para prática de atos relacionados à instrução processual. Não se presta ao cumprimento de atos de constrição judicial, para o que é necessário requerer a homologação da sentença brasileira condenatória no país estrangeiro onde estão os bens. As rogatórias vindas do exterior devem receber o *exequatur* do STJ.

3. CARTA DE ORDEM

É a emitida por um tribunal a órgão jurisdicional **a ele subordinado**, seja para colheita de provas, seja para atos de execução, nos processos de competência originária dos tribunais.

4. CARTA PRECATÓRIA

A mais comum das formas de comunicação entre **juízos que não têm relação de subordinação entre si**. Quem a expede é o juízo deprecante e quem a recebe o deprecado. É utilizada entre todos os tipos de juízos, não importando a que justiça pertençam, nem a que unidade da Federação.

São usadas para comunicação processual, como citação e intimação de pessoas que residem noutra Comarca; para a colheita de provas, como ouvida de testemunhas que residem fora ou perícia sobre bens e coisas situadas em outro juízo; e para a realização de atos de apreensão judicial noutra Comarca.

Conquanto expedida entre juízos que não têm relação de subordinação, **o juízo deprecado é obrigado a cumprir a solicitação contida na carta**, salvo as hipóteses do art. 209, do CPC.

5. CITAÇÕES E INTIMAÇÕES

O capítulo dedicado à comunicação dos atos processuais deveria

incluir itens referentes à citação e às intimações, formas pelas quais se estabelece a comunicação entre o juízo e as partes. No entanto, optou-se por tratar da citação no Livro VI, Capítulo 2, item 1.5.3, como um dos atos da fase postulatória do processo. Dadas as semelhanças que podem existir entre citação e intimação, preferiu-se tratar do tema da intimação logo em seguida ao da citação.

4

DISTRIBUIÇÃO E REGISTRO

1. Introdução

2. Hipóteses de distribuição por dependência

1. INTRODUÇÃO

Onde houver mais de um juízo competente para o conhecimento de determinada ação, haverá distribuição (CPC, art. 251); a partir dela se considera a ação proposta (CPC, art. 263).

Há dois tipos de distribuição: a **por dependência**, que cabe nas hipóteses do art. 253, do CPC; e a livre, que caberá sempre que não existir razão para a dependência.

2. HIPÓTESES DE DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA

Estão previstas nos três incisos do art. 253 do CPC. As causas serão distribuídas por dependência:

"quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada".

Justifica-se para que os processos tenham seguimento unificado e o juiz possa proferir uma só sentença, evitando decisões conflitantes. A reconvenção, as intervenções de terceiro e a ação declaratória incidental serão anotadas pelo distribuidor, por determinação do juiz;

"quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda".

A finalidade é pôr fim à possibilidade de ação idêntica à anterior, cujo processo tenha sido extinto sem julgamento de mérito, ser reiterada perante outro juízo. Em caso de extinção sem exame de mérito, há

possibilidade de renovação da ação, pois inexiste coisa julgada material. Não se admite apenas o *bis in idem*, a repropositura de demanda idêntica, sem que sejam solucionados os vícios e problemas que ensejaram a extinção do primeiro processo. Do contrário, o autor poderia repropor infinitas vezes a mesma ação, sem nenhuma alteração, no esforço de encontrar algum juiz que, com convicção diferente dos anteriores, pudesse apreciar o mérito. Para evitar o problema, **a lei determina que, havendo reiteração de ação, a distribuição será feita por dependência ao mesmo juízo**.

O dispositivo coíbe hábito censurável de desistir de ações quando o juiz denegava liminar, para simplesmente repropô-la perante outro juízo, que talvez pudesse conceder a tutela de urgência negada.

A distribuição por dependência far-se-á sempre que o processo anterior for extinto sem julgamento de mérito, o que ocorrerá em todas as hipóteses do art. 267, do CPC.

Para evitar tentativas de burla, a lei determina a incidência do dispositivo, ainda que o autor original volte a juízo em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus. Porém, se houver mudança completa de autores ou de réus, bem como modificação do pedido ou da causa de pedir, **não haverá reiteração de ações, mas a propositura de uma nova**, diferente das anteriores, que poderá ser distribuída livremente.

É preciso interpretar adequadamente o art. 253, II. O texto só alude à reiteração do pedido, sem qualquer alusão à causa de pedir. Parece-nos, porém, que só se exigirá a distribuição por dependência se houver reiteração de ações, o que exige não só a identidade de partes e pedido, mas de causa de pedir.

"quando houver ajuizamento de ações idênticas, ao juízo prevento".

Esse inciso foi introduzido pela Lei n. 11.280/2006 e tem redação confusa. Afinal, o ajuizamento de ação idêntica, no caso de extinção do processo sem julgamento de mérito, recai na situação do inc. II; e de ação idêntica em caso de processo extinto com julgamento de mérito afronta a coisa julgada material.

Nos casos em que a lei determina a distribuição por dependência, **a competência do juízo prevento será absoluta**. Se a ação for distribuída para outro juízo, cumprirá a este, de ofício, dar-se por incompetente a determinar a remessa para o prevento.

Feita a distribuição, que deverá cumprir as exigências dos arts. 254 e 257, do CPC, o processo será registrado.

LIVRO V

FORMAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO CIVIL

1

FORMAÇÃO DO PROCESSO

1. A propositura da demanda — iniciativa da parte

2. O impulso oficial

1. A PROPOSITURA DA DEMANDA — INICIATIVA DA PARTE

O processo civil começa por iniciativa da parte, uma vez que a jurisdição é inerte. Ao apresentar a petição inicial, o autor fixará os limites objetivos e subjetivos da lide, indicando qual a sua pretensão, em face de quem ela é dirigida, e quais os fundamentos de fato e de direito que devem motivar o acolhimento.

Haverá a propositura da ação quando a petição inicial for despachada pelo juiz, onde houver apenas uma vara, ou quando for distribuída, onde houver mais de uma.

Proposta a ação, não se sabe ainda se o processo será viável. O juiz examinará a petição inicial, para verificar se está ou não em termos e se tem ou não condições de ser recebida. Se detectar algum vício que possa ser sanado, concederá ao autor 10 dias para que o corrija. Mas se a inicial estiver em termos, determinará que o réu seja citado. Só então a relação processual estará completa, e a propositura da ação produzirá efeitos em relação ao réu.

Não se confundem os momentos da propositura da demanda, o do despacho que ordena a citação e a citação propriamente dita. Cada um deles provocará um conjunto de consequências processuais relevantes.

A partir da propositura da demanda já existe litispendência. Essa palavra está empregada aqui no sentido de **lide pendente**, que produz, como principal consequência, a atuação do juiz e o impulso oficial no

desenvolvimento do processo. Desde a propositura, o juiz se incumbirá de zelar pelo desenvolvimento do processo (o termo "litispendência" pode ser usado ainda como proibição de que, estando em curso o processo referente a determinada ação, outra idêntica seja proposta. Nesse sentido, é a citação válida que induz litispendência; prevalecerá o processo da ação em que ocorreu a primeira citação válida, devendo o outro ser extinto sem julgamento de mérito). Um outro exemplo de efeito da litispendência é a interrupção da prescrição: o art. 219 estabelece que é a citação válida que o provoca. Mas, se feita no tempo estabelecido pela lei, sua eficácia interruptiva retroage à data da propositura da demanda (art. 219, § 1º).

O despacho que ordena a citação também produz consequências. Ao proferi-lo, o juiz, implicitamente, está recebendo a petição inicial, o que pressupõe que ela esteja em ordem. **É esse despacho que torna o juízo prevento, em caso de conexão ou continência de demandas que se processam no mesmo foro (art. 106) do CPC**.

Mas é para a citação do réu que a lei processual reserva a maior gama de efeitos e consequências processuais. O art. 219 enumera alguns: a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência, faz litigiosa a coisa, e ainda que ordenada por juízo incompetente, constituir o devedor em mora e interrompe a prescrição. É também a partir dela que a alienação de bens capazes de reduzir o devedor à insolvência pode ser considerada fraude à execução.

■ 2. O IMPULSO OFICIAL

O art. 262 consagra a regra de que, **depois da propositura da demanda, o processo se desenvolverá por impulso oficial, cumprindo ao juiz zelar para que tenha andamento e se desenvolva até atingir o seu desfecho**.

Quando o ato processual depende de iniciativa do autor, o juiz aguardará que ele tome as providências. Se não o fizer, e o processo ficar paralisado, determinará que seja intimado, para dar andamento ao feito em 48 horas, sob pena de extinção sem julgamento de mérito (o Superior Tribunal de Justiça tem exigido que a extinção seja requerida pelo réu, nos termos da Súmula 240, não podendo o juiz promovê-la, de ofício. Se o réu não o requerer, o processo ficará paralisado por um ano, e só então o juiz poderá decretar-lhe a extinção, na forma do art. 267, II, do CPC).

Afora as hipóteses em que o andamento do processo depende de ato a ser realizado pelo autor, cumpre ao juiz e a seus auxiliares dar-lhe prosseguimento, na forma da lei, impulsionando-o até o final.

2

SUSPENSÃO DO PROCESSO

1. Introdução

1.1. Morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou procurador

1.2. Convenção das partes

1.3. Oposição de exceção ritual de incompetência do juízo e suspeição ou impedimento do juiz

1.4. Sentença de mérito que depende do julgamento de um outro processo, ou da verificação de fato, ou da produção de certa prova, requisitada a outro juízo, ou ainda do julgamento de questão de estado objeto de declaração incidente

1.5. Força maior

1.6. Demais casos previstos em lei

1. INTRODUÇÃO

O art. 265 do CPC enumera as causas de suspensão do processo. Há algumas que são aplicáveis a todos os tipos, como as previstas nos incs. I a III e V; outras são próprias do processo de conhecimento (inc. IV). As próprias ao processo de execução vêm tratadas no art. 791, e serão estudadas no capítulo correspondente.

Enquanto o processo estiver suspenso, não serão praticados atos processuais, senão aqueles urgentes, necessários para a preservação dos direitos das partes.

São causas de suspensão do processo previstas no art. 265:

■ 1.1. Morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou procurador

Desde o momento da morte ou da perda de capacidade, o processo se considera suspenso, **independentemente de determinação judicial. A suspensão é automática** e se os fatos só vierem ao conhecimento do julgador posteriormente, terá efeitos *ex tunc*, sendo nulos todos os atos praticados nesse ínterim. Nesse sentido, STJ — Corte Especial, ED no REsp 270.191, Rel. Min. Peçanha Martins, *DJu* 20.09.2004, p. 175).

Em caso de morte da parte, o processo seguirá quando houver a sucessão pelo seu espólio ou herdeiros. Em caso de perda de capacidade processual ou morte de representante legal ou advogado, o juiz fixará prazo para regularização (art. 13, do CPC). A suspensão deverá observar o disposto no art. 265, §§ 1º e 2º.

■ 1.2. Convenção das partes

Não poderá ultrapassar o prazo de seis meses. Havendo concordância das partes, o juiz não pode indeferir o requerimento. Se houver prazos peremptórios em curso, a **suspensão não os atingirá:** o processo só ficará suspenso depois que ele se findar.

■ 1.3. Oposição de exceção ritual de incompetência do juízo e suspeição ou impedimento do juiz

Desde a interposição das exceções rituais, o processo ficará suspenso; e só voltará a correr depois que forem julgadas. Como a de incompetência é julgada pelo juiz onde corre o processo, a suspensão só persiste **até o julgamento em primeiro grau**.

■ 1.4. Sentença de mérito que depende do julgamento de um outro processo, ou da verificação de fato, ou da produção de certa prova, requisitada a outro juízo, ou ainda do julgamento de questão de estado objeto de declaração incidente

O dispositivo alude a dois tipos de **relação de prejudicialidade:** a externa, quando a sentença depende do julgamento de outro processo; e a interna, quando depende de fato, prova, ou exame de questão de estado objeto de declaração incidente. A prejudicialidade externa, em regra, torna conexas as ações, o que permite a reunião para julgamento conjunto. Mas ela nem sempre será possível, pois cada uma das ações pode estar vinculada a um determinado juízo, por regras de competência absoluta. Para que não

haja decisões conflitantes, suspende-se uma até que a outra seja julgada.

Tem prevalecido o entendimento de que, mesmo na hipótese de prejudicialidade externa **a suspensão não pode ultrapassar o prazo de um ano**, a que alude o art. 265, § 5º.

1.5. Força maior

São os fatos imprevistos e inevitáveis, que impedem o prosseguimento do processo: as greves, as catástrofes naturais, as guerras e as revoluções.

1.6. Demais casos previstos em lei

Há outros exemplos de suspensão do processo. São eles: o deferimento da denunciação da lide e do chamamento ao processo, até que denunciado e chamados sejam citados; o incidente de falsidade documental, que paralisa o curso do processo até a sua decisão (CPC, art. 394); a dúvida quanto à sanidade mental do citando (CPC, art. 218 e parágrafos); a existência de processo crime, versando sobre fato delituoso discutido também no juízo cível, caso em que é facultado ao juiz suspender o julgamento deste até a solução daquele (art. 110, do CPC).

3

EXTINÇÃO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

1. Introdução

2. Extinção do processo sem resolução de mérito

2.1. Quando o juiz indeferir a petição inicial

2.2. Quando fique parado por mais de um ano por negligência das partes

2.3. Quando, por não promover os atos e diligências que lhe compete, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias

2.4. Quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo

2.5. Quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência e coisa julgada

2.6. Quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual

2.7. Quando houver convenção de arbitragem

2.8. Quando houver desistência da ação

2.9. Quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal

2.10. Quando ocorrer confusão entre autor e réu

2.11. Nos demais casos prescritos em lei

3. Consequências da extinção do processo sem julgamento de mérito

3.1. A reiteração de ações

3.2. A cessação da litispendência

3.3. A interrupção da prescrição

4. Da resolução de mérito

4.1. Introdução

4.2. Quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor

4.3. Quando o réu reconhecer a procedência do pedido

4.4. Quando as partes transigirem

4.5. Quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição

4.6. Quando o autor renunciar ao direito em que se funda a ação

5. Questões

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.232/2005 trouxe importantes alterações relacionadas à extinção do processo. Antes dela, o processo extinguia-se nas hipóteses dos arts. 267 e 269, quando o juiz proferia sentença de extinção sem julgamento de mérito e com julgamento de mérito.

Depois da lei, **as sentenças que resolvem o mérito, e têm natureza condenatória, deixaram de por fim ao processo, pois, não havendo cumprimento voluntário da obrigação, prossegue-se com a fase de cumprimento de sentença**. O que anteriormente era chamado de processo de conhecimento passou a ser fase de conhecimento; e o subsequente processo de execução passou a ser fase de execução.

Mas se a sentença condenatória deixou de por fim ao processo, não deixou de por fim à fase de conhecimento em primeiro grau, razão pela qual não é impróprio incluí-la em capítulo referente à extinção do processo. **Conquanto não encerre o processo, encerra a fase cognitiva em primeira instância**. Quando a sentença for de extinção sem resolução de mérito, de improcedência ou de procedência, mas sem que haja condenação, porá fim ao processo. Mas, mesmo nesses casos, será possível haver uma fase de execução relacionada à cobrança das verbas de sucumbência impostas na sentença.

2. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO

As hipóteses vêm tratadas no art. 267, do CPC e serão examinadas nos itens seguintes.

2.1. Quando o juiz indeferir a petição inicial

Esse inciso remete ao art. 295, que enumera as causas de indeferimento. Todas elas implicarão a extinção do processo sem resolução de mérito, salvo uma: a do inc. IV, do art. 295 — **o reconhecimento *ab initio* da prescrição ou da decadência**, que implicará exame de mérito, nos termos do art. 269, IV. Tanto uma quanto outra podem ser reconhecidas pelo juiz de ofício, antes que o réu tenha sido citado.

O indeferimento da inicial pressupõe que o juiz nem sequer tenha determinado a citação do réu. Quando a extinção do processo ocorrer mais tarde, depois da citação, em razão de qualquer outra das causas do art. 267, não haverá propriamente indeferimento da inicial. Também não pode ser considerada como tal a sentença de improcedência de plano, proferida na forma do art. 285-A, do CPC.

2.2. Quando fique parado por mais de um ano por negligência das partes

Para que o processo seja extinto nessa hipótese, é indispensável que o juiz determine a intimação pessoal da parte **a que dê andamento ao feito, em 48 horas**. Somente depois de transcorridas *in albis*, poderá ocorrer a extinção.

Essa hipótese é relativamente rara, uma vez que, de acordo com o inc. III, se o autor abandonar a causa por mais de trinta dias, e, intimado pessoalmente, não praticar o ato ou diligência que lhe cabe, o juiz já poderá dar o processo por extinto. Mas isso exige prévio requerimento do réu, nos termos da Súmula 240, do Superior Tribunal de Justiça. Pode ocorrer que o autor abandone o processo, mas o réu não requeira a extinção. O processo ficará paralisado, porque o juiz não poderá extingui-lo de ofício. **Ultrapassado um ano, a extinção poderá ser decretada, mesmo que o réu não a requeira**.

2.3. Quando, por não promover os atos e diligências que lhe compete, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias

É indispensável a **prévia intimação pessoal do autor para que em 48 horas dê andamento ao feito**, sob pena de extinção. Mesmo que o autor permaneça inerte, o juiz só estará autorizado a extinguir o processo se o réu o solicitar. É o que dispõe a Súmula 240, do STJ: "A extinção do processo,

por abandono de causa pelo autor, depende de requerimento do réu".

A *ratio* dessa súmula é não permitir que o autor possa obter a extinção do processo, porque não o quer mais, sem que haja o consentimento do réu. Para que haja desistência, depois que o réu já se manifestou, é preciso que ele consinta. Ora, o autor a quem não mais interesse o andamento do processo poderia, em vez de desistir, abandoná-lo, o que levaria à extinção do processo sem que o réu consentisse. Por causa disso, o STJ, por meio da súmula, exige prévio requerimento do réu, para a extinção. Se o réu ainda não tiver apresentado resposta, **desnecessário o seu requerimento para a extinção**.

A intimação do autor deve ser pessoal, por carta, mandado ou edital, se ele estiver desaparecido.

■ 2.4. Quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo

Esse dispositivo trata dos pressupostos processuais de validade, aos quais se poderia acrescentar os de existência. **São matérias que podem ser conhecidas de ofício**. A falta de qualquer deles deverá ser sanada, quando possível. Por exemplo, se falta a uma das partes capacidade processual ou postulatória, o juiz fixará prazo para regularização. Não sanado o vício, extinguirá o processo sem julgamento de mérito.

Nem sempre a falta de pressuposto processual gerará a extinção. Há situações em que provocará a nulidade dos atos processuais já realizados e a necessidade de repeti-los, mas não a extinção. Por exemplo, caso se constate que o juízo é incompetente ou o juiz impedido, os autos serão remetidos para o competente e imparcial, que, se necessário, determinará a repetição dos atos. Mas não a extinção do processo. Em regra, os pressupostos processuais cuja falta enseja a extinção do processo são os relacionados às partes, sobretudo ao autor, a quem interessa o prosseguimento.

■ 2.5. Quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência e coisa julgada

São os pressupostos processuais negativos. A litispendência e a coisa julgada têm em comum a existência de outra ação idêntica (com os mesmos três elementos): na primeira, tal ação ainda está em andamento e, na segunda, já foi definitivamente julgada.

A perempção é a perda do direito de ação, imposta a quem, por três vezes anteriores, deu causa à extinção do processo por abandono.

O CPC, art. 268, autoriza àquele cujo processo foi extinto sem julgamento de mérito a repropositura da mesma ação, mas excepciona expressamente a hipótese do inc. V. A razão: **se há perempção, litispendência ou coisa julgada, a simples reiteração de ações enfrentará sempre o mesmo obstáculo instransponível**.

■ 2.6. Quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual

O acolhimento da teoria abstratista eclética traduz ação **como direito a uma resposta de mérito**. Mas condicionado: o juiz só emitirá o provimento de mérito se preenchidas as condições da ação, o que ele deve examinar de ofício. Antes do mérito, ele verificará duas ordens de questões preliminares: **os pressupostos processuais e as condições de ação**. A sua falta pode levar à extinção do processo.

■ 2.7. Quando houver convenção de arbitragem

Vem prevista no art. 1º, da Lei n. 9.307/96, que autoriza às pessoas capazes a convencionar a arbitragem para dirimir conflitos relacionados a interesses patrimoniais disponíveis. **A convenção de arbitragem é também um pressuposto processual negativo**, porque impede às partes o acesso ao Judiciário, diante do que foi convencionado.

■ 2.8. Quando houver desistência da ação

O autor pode desistir da ação proposta. Ao fazê-lo, estará postulando a extinção do processo, sem exame do mérito. **Não se confunde com a renúncia**, em que o autor abre mão do direito material discutido, e o juiz extingue o processo com julgamento de mérito.

A desistência pode ser requerida e homologada até a prolação de sentença em primeira instância. Depois não mais, como decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 163.976-1, MG, *DJU* 16.04.1996.

Se ela for manifestada depois da resposta do réu, a sua homologação dependerá da **anuência** deste, conforme art. 267, § 4º. A redação poderia gerar alguma confusão, pois parece exigir a anuência depois de transcorrido o prazo para a resposta, ainda que esta não tenha sido apresentada. Parece-nos que, se o réu não a ofereceu, tornando-se revel, desnecessário o consentimento. E se o prazo de resposta não tiver transcorrido na íntegra e o réu já tiver respondido, a homologação dependerá da sua anuência.

O consentimento do réu se justifica porque, depois da resposta, ele

pode querer que o juiz examine as suas razões e profira sentença de mérito, com o que a decisão tornar-se-á definitiva, vedada a reiteração, que não seria obstada pela simples desistência. Mas o réu, ao manifestar eventual discordância, deverá fundamentá-la, expondo as suas razões. **Se apenas silenciar, ou manifestar discordância sem nenhum fundamento, ou com algum que não seja razoável, a juiz homologará a desistência**.

Havendo litisconsórcio passivo, a desistência dependerá da anuência de todos os que tiverem apresentado resposta. Se houver desistência em relação a apenas um dos réus, só este precisará consentir, desde que já tenha respondido. Nesse caso, a desistência repercutirá sobre o prazo de resposta do corréu, conforme CPC, art. 298, parágrafo único. Quando há mais de um réu, o prazo de contestação para todos eles só flui do instante em que todos estiverem citados (CPC, art. 241, III). Pode ocorrer que um tenha sido citado, e esteja aguardando a citação dos demais, para que seu prazo de resposta possa fluir. Se o autor desistir da ação em relação aos demais, o citado deverá ser intimado, para que o seu prazo corra.

■ 2.9. Quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal

Existem ações de caráter personalíssimo, que não podem ser transmitidas aos herdeiros ou sucessores da parte, em caso de falecimento. As ações de separação judicial e divórcio são exemplos: com o falecimento de qualquer dos cônjuges, o processo será extinto sem julgamento de mérito. Outro é a interdição, quando ocorre o falecimento do interditando.

■ 2.10. Quando ocorrer confusão entre autor e réu

Pode ocorrer que, por transmissão de bens *inter vivos* ou *mortis causa*, haja confusão entre o autor e o réu da demanda. Se um pai ajuíza ação de cobrança em face do único filho e vem a falecer, a ação não prosseguirá, já que ocorreu a confusão.

■ 2.11. Nos demais casos prescritos em lei

A lei pode prever outras hipóteses de extinção sem julgamento de mérito. São exemplos: a inércia do autor em promover a citação de litisconsorte necessário, ou em promover a substituição do seu representante legal ou do seu advogado, em caso de falecimento.

■ 3. CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO

3.1. A reiteração de ações

As sentenças de extinção sem julgamento de mérito fazem apenas **coisa julgada formal**, não material. Por isso, não impedem a reiteração de demandas, exceto na hipótese do art. 267, V, por força do que dispõe expressamente o art. 268. A questão não é tão simples. A razão do veto à repropositura nas hipóteses do art. 268, V, é evidente: havendo perempção, litispendência ou coisa julgada, as novas ações encontrarão sempre o mesmo óbice.

Mas o mesmo problema haverá, por exemplo, na hipótese do inc. VII: convenção de arbitragem. Afinal, se existir, **haverá sempre o mesmo óbice para a reiteração**. Parece-nos, por isso, que também na hipótese do inc. VII a reiteração será vedada, só não tendo sido mencionada expressamente no art. 268, por ter sido incluída no CPC por lei posterior (Lei n. 9.307/96).

No caso de extinção por falta de condições da ação (possibilidade jurídica, interesse e legitimidade), não se poderia admitir também a simples reiteração, sem que o vício que ensejou a extinção anterior tenha sido solucionado, sob pena de haver mero *bis in idem*. Se a ação foi proposta em determinado juízo, que a extinguiu por falta de uma dessas condições (do que a parte poderá ter recorrido), não seria razoável admitir que ela pudesse tentar a sorte em outro juízo, simplesmente repropondo a ação, sem nenhuma alteração. O art. 253, II, do CPC determina que, em caso de reiteração, a distribuição seja feita por dependência. A apreciação ficará a cargo do mesmo juízo que anteriormente proferiu a sentença extintiva. Por isso, se nos afigura correta a lição de Nelson e Rosa Nery: "Como a sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito não faz coisa julgada material, a lide objeto daquele processo não foi julgada, razão pela qual pode ser reproposta a ação. A repropositura não é admitida de forma automática, devendo implementar-se o requisito faltante que ocasionou a extinção. Por exemplo: processo extinto por ilegitimidade de parte somente admite repropositura, se sobrevier circunstância que implemente essa condição da ação faltante no processo anterior. Do contrário, a repropositura pura e simples, sem essa observância, acarretaria nova extinção do processo sem julgamento de mérito por falta de interesse processual"[1].

3.2. A cessação da litispendência

Extinto o processo, e não havendo recurso, **cessará a litispendência**, com todas as consequências daí decorrentes: a coisa disputada deixa de ser litigiosa, o juízo deixa de ser prevento, a alienação de bens capaz de reduzir o devedor à insolvência deixa de ser fraude à execução.

3.3. A interrupção da prescrição

A citação válida, ainda que ordenada por juízo incompetente, interrompe a prescrição, nos termos do CPC, art. 219. Mas, na vigência do CC de 1916, controvertia-se se esse efeito persistia quando o processo era extinto sem julgamento de mérito, sobretudo quando era proveniente de inércia e de abandono do autor. No CC revogado, havia um dispositivo — o art. 175 — que parecia afastar a eficácia interruptiva nesses casos **(perempção de instância)**.

O CC de 2002 não contém norma semelhante: **a interrupção da prescrição ocorrerá sempre que houver citação válida, ainda que ordenada por juízo incompetente, não importando qual venha a ser o desfecho do processo**. O mesmo vale para a constituição do devedor em mora: citado, o efeito não poderá mais ser afastado, ainda que o processo venha a se encerrar por sentença meramente extintiva.

4. DA RESOLUÇÃO DE MÉRITO

4.1. Introdução

Aquele que vai a juízo formula uma pretensão. Ao fazê-lo, dá início a um processo que poderá ter dois tipos possíveis de desfecho: a extinção sem julgamento de mérito, examinada nos itens anteriores, e a **resolução de mérito** que, ou porá fim ao processo (naqueles em que não houver condenação, seja por força de improcedência, seja pela natureza do provimento postulado, que pode ser meramente declaratório ou constitutivo), ou, havendo **condenação, não porá fim ao processo, mas à fase de conhecimento**.

A rigor, só se poderia falar em resolução de mérito quando o juiz **examina o pedido**, acolhendo-o ou rejeitando-o. Portanto, quando profere sentença de procedência ou de improcedência. Mas há outras espécies de sentença consideradas pelo legislador como mérito, conquanto o juiz não examine propriamente o pedido. São, às vezes, chamadas **"falsas sentenças de mérito"**. Foram consideradas entre as de mérito pelo legislador apenas **para que se revistam da autoridade da coisa julgada material**, adquirindo a condição de definitivas.

As hipóteses de resolução de mérito estão previstas no art. 269 do CPC e se verificam:

4.2. Quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor

É a sentença de mérito por excelência; o juiz, depois de examinar as

questões preliminares, relacionadas aos pressupostos processuais e às condições de ação, julgará o pedido.

4.3. Quando o réu reconhecer a procedência do pedido

Pressupõe que o direito discutido no processo seja **disponível**, e que o réu tenha poderes para fazê-lo. O juiz acolherá o pedido, proferindo sentença definitiva, já que o reconhecimento versará não sobre matéria processual, mas sobre o direito substancial discutido.

4.4. Quando as partes transigirem

A transação também pressupõe **direitos e interesses disponíveis**. É negócio jurídico civil, bilateral, em que as partes, por concessões recíprocas, acordam sobre a questão discutida. Vale desde que haja acordo de vontade entre elas, e pressupõe o preenchimento dos requisitos gerais dos negócios jurídicos: partes capazes, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

A força obrigatória da transação não depende da homologação judicial, mas da manifestação bilateral de vontades. A homologação servirá apenas para encerrar o processo. Por isso, mesmo que o acordo não esteja homologado, aqueles que o firmaram não podem voltar atrás unilateralmente. Pode haver um distrato, um novo acordo de vontades que altere ou extinga o anterior.

Caso a transação imponha obrigação a um dos contratantes, não cumprida voluntariamente, dar-se-á início à fase de execução: a sentença homologatória não terá posto fim ao processo, mas tão somente à **fase de cognição**, sucedida pela de execução.

A transação pode ser celebrada em qualquer fase do processo, mesmo depois da sentença, ainda que tenha transitado em julgado, ou já na fase de execução. **Não haverá ofensa à coisa julgada material**, porque a sentença regulava uma situação de conflito. Desde que verse sobre direito disponível, as partes, de comum acordo, podem regular a situação de outra maneira, por meio da transação.

Se a transação for parcial, o processo prosseguirá quanto ao restante. O objeto da transação pode ultrapassar o objeto litigioso: o art. 475-N, inc. III, do CPC, considera título executivo judicial a sentença homologatória de conciliação ou de transação, **ainda que inclua matéria não posta em juízo**.

4.5. Quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição

Ambas podem ser reconhecidas **de ofício**, e causam o indeferimento da inicial, se o juiz as detecta de início. Se não, podem ser pronunciadas a

qualquer tempo, salvo em embargos infringentes, que só podem versar sobre aquilo que tenha sido objeto de divergência, recurso especial e extraordinário, que pressupõem prequestionamento.

Se o réu não as alegar na primeira oportunidade que tiver, na contestação, incorrerá na sanção do CPC, art. 22.

Cumpre ao Direito Civil estabelecer a distinção entre prescrição e decadência, e quais os prazos de uma e outra.

4.6. Quando o autor renunciar ao direito em que se funda a ação

A situação assemelha-se à do reconhecimento jurídico do pedido, com a diferença de que a renúncia é do autor. Também atinge o **direito material**, e pressupõe que ele seja disponível.

5. QUESTÕES

1. (Juiz de Direito — TJ/SP — 181º) Tendo ocorrido imperfeição do ato processual em relação à qual omissa lei acerca de pena de nulidade, a parte interessada não arguiu a irregularidade, na primeira vez em que, posteriormente, se manifestou no processo. Nessa circunstância,

a) tratando-se de nulidade relativa, não de nulidade absoluta, aquela será convalidada, o que ocorrerá, no caso, por falta de tempestiva provocação da parte para ser reconhecida, vale dizer, pela preclusão;
b) as situações de nulidade relativa dos atos processuais não se sujeitam à preclusão;
c) em face do princípio da instrumentalidade das formas, pelo qual, passíveis de serem anulados os atos irregulares, se o objetivo por eles colimado não tiver sido atingido, aquele em questão deverá ser anulado;
d) prevalece a preclusão, no caso, ainda que vindo a provar a parte interessada legítimo impedimento para a arguição na primeira vez em que, posteriormente à prática do ato, podia ter arguido a irregularidade.

Resposta: "a".

2. (Juiz de Direito — TJ/SP — 181º) Quanto à representação em juízo, assinale a alternativa correta.

a) Como regra a ser seguida, a representação do espólio, ativa ou passivamente, deve caber ao filho ou filha do autor da herança, não ao cônjuge supérstite.
b) As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pelo integrante mais antigo.
c) O fato de o inventariante ser dativo significa que todos os herdeiros e

sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte.

d) Em relação ao gerente de filial ou agência de pessoa jurídica estrangeira, não cabe presunção de se achar autorizado a receber citação inicial para o processo, impondo-se expedição de rogatória para esse fim.

Resposta: "c".

3. (Juiz de Direito — TJ/SP — 181º) O CPC, no art. 155 e seu parágrafo único, bem como nos arts. 444 e 815, dentre outros, estabelece restrição à publicidade de determinados atos processuais, em linha de harmonia com as ressalvas feitas na Constituição Federal (arts. 5º, LX, e 93, IX) à matéria em questão. No caso,

a) ao juiz é dado poder de realizar atos outros em segredo de justiça, justificando sua decisão, independentemente de não se tratar de processo que diga respeito a casamento filiação, separação dos cônjuges, conversão deste em divórcio, alimentos, guarda de menores, investigação de paternidade ou maternidade;

b) o advogado sem procuração no processo a correr em segredo de justiça tem o direito de examinar os autos;

c) ao terceiro, juridicamente interessado, é assegurado direito de obter, por certidão, a transcrição, na íntegra, de sentença proferida em processo que corre em segredo de justiça;

d) as garantias da publicidade e da motivação dos julgamentos não podem ser vistas como direitos públicos subjetivos dos litigantes, nem como garantias para o correto exercício da jurisdição.

Resposta: "a".

4. (Juiz de Direito — TJ/SP — 181º) Assinale a alternativa consentânea com as exigências de efetividade do processo.

a) Não reunião de processos em casos de continência e conexão, não aceitação de reconvenção nem de ação declaratória incidental e de litisconsórcio constituem opção válida e eficaz em relação ao objetivo em questão.

b) Emprego de tantas atividades processuais, quantas se mostrem possíveis, para se alcançar o máximo resultado na atuação do direito, não o mínimo emprego das atividades processuais, opera no sentido de se conseguir o objetivo de razoável duração do processo.

c) O resultado consistente em extensa e cuidadosamente elaborada sentença, independentemente de tempo, entende mais com a devida prestação jurisdicional, geralmente, do que a sentença resumida e pronta, ambas proferidas com respeito ao princípio do devido processo legal.

d) A atenção e pronta solução, no que se refere aos requisitos ou

pressupostos e condições da ação, serve de base decisiva para razoável duração do processo legal.

Resposta: "d".

5. (Promotor de Justiça/SP — 2005 — 146) Assinale a alternativa correta.

a) A litispendência é causa de reconhecimento de conexão entre duas ações.
b) O autor não poderá desistir da ação, sem o consentimento do réu, depois de efetivada a citação deste.
c) Se o autor não promover a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que o juiz assinalar, o processo será extinto sem resolução de mérito.
d) É possível o reconhecimento de ofício, e até a sentença, da falta de interesse processual do autor.
e) O autor não poderá repropor pela terceira vez a mesma demanda (mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir), se abandonou as ações anteriormente distribuídas, dando causa à extinção dos processos sem resolução de mérito.

Resposta: "c".

6. (OAB/SP — 2007 — 179) São matérias que o juiz pode conhecer de ofício e a qualquer tempo e grau de jurisdição:

a) Legitimidade das partes.
b) Prescrição.
c) Incompetência absoluta.
d) Todas estão corretas.

Resposta: "d".

7. (Juiz de Direito/SP — 2007 — 12) Aponte afirmação manifestamente incorreta sobre alienação da coisa por atos entre vivos.

a) A alienação da coisa ou direito litigioso, a título particular, não altera a legitimidade das partes.
b) O adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante ou cedente, sem que o consinta a parte contrária.
c) A sentença proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou cessionário.
d) A substituição das partes no curso do processo pode suceder, quando houver concordância da parte contrária, mesmo que não esteja prevista na lei.

Resposta: "d".

1 Nelson e Rosas Nery, *Código de Processo Civil comentado*, p. 681.

LIVRO VI

DO PROCESSO E DO PROCEDIMENTO

1

DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO

1. Introdução

1. INTRODUÇÃO

Os procedimentos podem ser **comuns ou especiais**. Os comuns seguem sempre o mesmo padrão; os especiais o são cada um a sua maneira. O CPC, no Livro I, cuida do procedimento comum, dividindo-o em duas categorias: o ordinário e o sumário. Para cada qual é estabelecido um padrão, a ser seguido. No Livro IV, o Código cuida dos numerosos procedimentos especiais, estabelecendo o que cada qual tem de peculiar.

Os processos que observarão o procedimento comum são identificados **por exclusão:** todos aqueles para os quais a lei não tenha previsto o especial. Dentre os de procedimento comum, a lei ainda indicará quais os que seguirão pelo sumário; todos os demais observarão o ordinário.

No presente capítulo, será estudado o procedimento comum ordinário, que adquire especial relevância por força do que dispõe o art. 272, parágrafo único, do CPC: "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".

O CPC trata do procedimento ordinário a partir do art. 282, dividindo-o em quatro fases: a postulatória, na qual o autor formula sua pretensão por meio da petição inicial e o réu apresenta a sua resposta; a ordinatória, em que o juiz saneia o processo e aprecia os requerimentos de provas formulados pelas partes; a instrutória, em que são produzidas as provas necessárias ao convencimento do juiz; e a decisória.

Isso não significa que, em cada uma das fases, sejam praticados apenas atos processuais do tipo que lhes dá o nome. A classificação leva em conta apenas o tipo de ato **predominante**. Por exemplo, em qualquer das

quatro fases, não apenas na última, o juiz proferirá decisões interlocutórias. Há possibilidade de atos instrutórios, como a juntada de documentos, em qualquer fase. E o juiz, a quem cumpre fiscalizar o bom andamento do processo, poderá a todo tempo determinar atos de saneamento, de regularização de eventuais vícios ou deficiências. Nos capítulos seguintes será estudada cada uma das fases do procedimento ordinário.

2

FASE POSTULATÓRIA

1. Petição inicial

1.1. Introdução

1.2. Requisitos da petição inicial

1.3. Pedido

1.4. Indeferimento da inicial

1.5. O juízo de admissibilidade positivo

2. Resposta do réu

2.1. Introdução

2.2. As variadas formas de resposta

2.3. Prazo de resposta no procedimento ordinário

2.4. Da contestação

2.5. Exceções rituais

2.6. Reconvenção

2.7. Ação declaratória incidental

2.8. Impugnação ao valor da causa

3. REVELIA

3.1. Introdução

3.2. Revelia e contumácia

3.3. Efeitos da revelia

4. Questões

1. PETIÇÃO INICIAL

1.1. Introdução

É o ato que dá início ao processo, e define os contornos subjetivo e objetivo da lide, dos quais o juiz não poderá desbordar. É por meio dela que será possível apurar os elementos identificadores da ação: as partes, o pedido e a causa de pedir.

Daí a sua importância para o processo, e a necessidade de um exame particularmente acurado pelo juiz, antes de determinar a citação do réu, uma vez que até então será possível eventual correção ou emenda, o que, depois da resposta do réu, dependerá de seu consentimento.

A petição inicial ainda repercutirá sobre o procedimento a ser observado, que depende da matéria discutida ou do valor da causa.

1.2. Requisitos da petição inicial

Vêm enumerados nos arts. 282 e 283, do CPC. O primeiro indica quais são os requisitos intrínsecos, da própria petição inicial; o segundo diz respeito a eventuais documentos que devam necessariamente acompanhá-la. De acordo com o art. 282, a petição inicial deverá indicar:

1.2.1. O juiz ou tribunal a que é dirigida

Como ela contém um requerimento dirigido ao Poder Judiciário, e como este é composto por inúmeros órgãos, entre os quais é dividida a competência, o autor deve indicar para quem a sua petição é dirigida. **Um eventual erro não ensejará o indeferimento da inicial**, mas tão somente a remessa da inicial ao correto destinatário;

1.2.2. Os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu

A indicação e a qualificação são indispensáveis para que as partes sejam identificadas. Nenhuma dificuldade existirá em relação ao autor, mas é possível que o réu, no momento da propositura, não esteja identificado ou seja incerto. Isso não impedirá o recebimento da inicial caso o juiz verifique que não há meios para tal identificação. A citação será então feita por edital, na forma do CPC, art. 231, I. É o que ocorre, por exemplo, nas ações possessórias quando há grandes invasões de terra, em que nem sempre será

possível identificar e qualificar os invasores.

Os nomes e prenomes servirão para identificar as partes. O estado civil, além de auxiliar a identificação, poderá ter relevância naquelas ações em que se exige outorga uxória. E os endereços são relevantes para que possam ser localizadas, quando da necessidade da comunicação pessoal dos atos processuais.

Quando a parte for pessoa jurídica, a inicial deverá fornecer os elementos necessários para a sua identificação.

1.2.3. Causa de pedir

O autor deve indicar quais são os fatos e os fundamentos jurídicos em que se embasa o pedido, a causa de pedir. Esse é um dos requisitos de maior importância da petição inicial, sobretudo a **descrição dos fatos**, que, constituindo um dos elementos da ação, **vincula o julgamento (teoria da substanciação)**. O juiz não pode se afastar dos fatos declinados na inicial, sob pena de a sentença ser *extra petita*. A causa de pedir e o pedido formulados darão os limites objetivos da lide, dentro dos quais deverá ser dado o provimento jurisdicional.

Por isso, os fatos devem ser descritos com clareza, e manter correspondência com a pretensão inicial. É causa de inépcia da petição inicial a falta de causa de pedir, ou de correspondência entre ela e o pedido (CPC, art. 295, parágrafo único). Além dos fatos, o autor deve indicar qual o direito aplicável ao caso posto à apreciação do juiz. **Não é necessária a indicação do dispositivo legal, mas das regras gerais e abstratas das quais se pretende extrair a consequência jurídica postulada pelo autor**. A indicação do direito aplicável não vincula o juiz, que conhece o direito (*jura novit curia*) e pode valer-se de regras diferentes daquelas apontadas na petição inicial. Por isso, pode haver alguma tolerância do juízo em relação a isso na inicial, mas não em relação aos fatos, que devem ser descritos com toda a precisão e clareza necessárias para que o juiz possa compreendê-los.

1.2.4. Pedido e suas especificações

É a pretensão que o autor leva à apreciação do juiz. É desnecessário realçar a sua importância, já que, sendo um dos três elementos da ação, forma, com a causa de pedir e as partes, o núcleo central da petição inicial.

É preciso que o autor indique com clareza o **pedido imediato**, o tipo de provimento jurisdicional (condenatório, constitutivo, declaratório) e o **mediato** (bem da vida almejado). Ambos vincularão o juiz, já que servem para identificar a ação. O julgador não poderá conceder nem um provimento jurisdicional, nem um bem da vida, distintos daqueles postulados

na inicial.

Daí a necessidade de que seja indicado com clareza, e de que mantenha correlação lógica com a causa de pedir. A atividade judiciária é silogística: o juiz, ao proferir o julgamento, examinará a premissa maior (as regras gerais e abstratas do ordenamento jurídico, os fundamentos jurídicos) e a premissa menor (os fatos), para então extrair delas as consequências jurídicas (pedido). Por isso, **é preciso que na petição inicial, o autor indique os fatos, o direito, e o pedido, que deve decorrer logicamente da aplicação do direito ao fato concreto levado ao seu conhecimento**.

A importância do pedido é tal que o CPC dedicou-lhe uma seção própria (Seção II do Título VIII) na qual são examinadas as possibilidades de pedido genérico, implícito e de cumulação de pedidos.

1.2.5. Valor da causa

A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que ela não tenha conteúdo econômico imediato (CPC, art. 258).

Tal atribuição terá grande relevância para o processo, pois repercutirá sobre:

a) a competência, pois o valor da causa é critério para fixação do juízo;
b) o procedimento: pois influi na adoção do sumário, para causas de valor até sessenta salários mínimos, bem como sobre o âmbito de atuação do juizado especial cível;
c) no cálculo das custas e do preparo, que podem ter por base o valor da causa;
d) nos recursos em execução fiscal, conforme a Lei n. 6.830/80;
e) na possibilidade de o inventário ser substituído por arrolamento sumário (CPC, art. 1.036, *caput*).

Todas as demandas — o que inclui reconvenções, oposições e embargos de devedor — devem indicar o valor da causa.

1.2.5.1. Qual deve ser o valor da causa?

Deve corresponder ao **conteúdo econômico** do que está sendo postulado, e não daquilo que é efetivamente devido. Com frequência, o réu o impugna sob o argumento de que o valor pretendido é excessivo e que o autor não faz jus a tal montante. Mas o que cabe ao juiz avaliar, na impugnação, é o conteúdo econômico da pretensão formulada, **sem qualquer juízo de valor a respeito de ela ser ou não devida**. Do contrário, o juiz teria de antecipar o exame do mérito, decidindo-o já nessa fase.

Mas não se pode perder de vista a lealdade e boa-fé processual. Às vezes, o autor postula, por exemplo, indenização por danos morais, estimando o valor em montante excessivo, ao mesmo tempo em que pede justiça gratuita, para eximir-se do recolhimento das custas iniciais e do pagamento das verbas de sucumbência.

O juiz poderá determinar a redução equitativa do valor da causa, se verificar que, fixada em montante excessivo, pode prejudicar o exercício de alguma faculdade processual pelo réu, que depende do recolhimento de custas calculadas com base no seu valor. É o que foi decidido pelo STJ — 3ª Turma, REsp 784.986, Rel. Min. Nancy Andrigui.

O valor da causa não repercute sobre os limites objetivos da lide. Se o autor postula um montante, e atribui valor à causa menor, ainda que isso passe despercebido e o valor seja mantido, o juiz na sentença não ficará limitado a este, mas ao que foi pedido.

1.2.5.1.1. Critérios para a fixação do valor da causa

Os arts. 259 e 260 do CPC fornecem alguns critérios para fixação do valor da causa. Em regra, deve corresponder ao conteúdo econômico da demanda. Naquelas que não têm conteúdo econômico, a fixação será feita por estimativa do autor.

Os incs. I a IV do art. 259 cuidam do valor da causa nas ações de cobrança de dívida: deverá corresponder à soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação. Se houver cumulação de pedidos, os valores deverão ser somados; se os pedidos forem alternativos, corresponderá ao de maior valor; e se houver pedido principal e subsidiário, corresponderá ao do primeiro. Quando o pedido for genérico, o valor da causa deve ser estimado pelo autor, que cuidará para que mantenha proporcionalidade com o conteúdo econômico da pretensão. O art. 260 complementa o 259, acrescentando que, se forem postuladas prestações vencidas e vincendas, o valor da causa consistirá na soma de todas as vencidas mais um ano das vincendas, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a um ano; e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

O inc. V trata das ações que tenham por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, nas quais o valor da causa deve corresponder ao do contrato.

Quando a ação for de alimentos, o valor deve corresponder a 12 prestações mensais pedidas pelo autor; e quando a ação for de divisão, demarcação e reivindicação, o valor será o da estimativa oficial do imóvel para lançamento do imposto.

1.2.5.2. Controle judicial do valor da causa

O art. 261 do CPC autoriza o réu a impugnar o valor da causa, **no prazo de resposta**. O parágrafo único estabelece que, não havendo impugnação, presume-se aceito o valor atribuído à causa pelo autor, o que traz a impressão de que o juiz não poderia, de ofício, determinar a retificação.

Mas, em determinadas circunstâncias, ele poderá fazê-lo. São elas:

- o autor ter desrespeitado algum dos critérios fixados em lei;
- ter atribuído valor à causa em montante incompatível com o conteúdo econômico da demanda, que possa repercutir sobre a competência ou o procedimento a ser observado.

1.2.6. As provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados

Como na petição inicial, o autor ainda não tem condições de saber o que será controvertido pelo réu, há certa tolerância quanto a este requisito da inicial. Entende-se que a sua omissão não é razão para indeferi-la, nem impede que oportunamente sejam requeridas provas pelo autor.

1.2.7. O requerimento de citação do réu

Trata-se de requisito de menor importância, cuja ausência há de ser tolerada, já que o pedido de citação está **implícito no ajuizamento da demanda**. Não há razão para que se mande emendar a inicial, ou para que se a indefira, por falta desse requisito.

1.2.8. O endereço do advogado do autor

Compete ao advogado declarar o endereço em que receberá as intimações. Se a inicial for omissa, o juiz mandará que a omissão seja suprida no prazo de 48 horas, sob pena de indeferi-la. Havendo qualquer mudança de endereço, cumpre ao advogado comunicá-la ao juízo, sob pena de reputarem-se válidas as intimações enviadas, em carta registrada, para o endereço constante dos autos.

1.2.9. Documentos

O art. 283 do CPC estabelece que a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. **Os que não o forem podem ser juntados a qualquer tempo**, na forma do art. 397, do CPC. Mas os indispensáveis devem ser juntados desde logo. Por exemplo, em ação de separação judicial, é indispensável juntar a certidão de casamento; em ação reivindicatória de imóveis, a certidão de propriedade; em ação de alimentos de procedimento especial, a prova da paternidade ou do parentesco; em

ação de anulação de contrato escrito, o contrato.

Se o documento não estiver em poder do autor, caber-lhe-á requerer ao juiz que ordene ao réu ou ao terceiro a sua exibição (CPC, arts. 355 a 360).

Com a inicial, o autor juntará ainda **a procuração e o comprovante de recolhimento das custas judiciais**, salvo eventual requerimento de justiça gratuita.

1.2.10. Deficiências da petição inicial e possibilidade de correção

Ao verificar que a inicial não preenche os requisitos dos arts. 282 e 283, do CPC, ou que apresenta defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, o juiz determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez dias. Não a pode indeferir, desde logo, se existe a possibilidade de o vício ou irregularidade serem sanados pelo autor. Daí a necessidade de que o juiz faça uma leitura atenta, antes de recebê-la, uma vez que **depois da citação do réu é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu** (CPC, art. 264).

Mas tem-se admitido, mesmo depois da contestação, o aditamento da inicial, do qual não resulte alteração do pedido ou causa de pedir, mas que sirva apenas para o esclarecimento de alguma dúvida ou o afastamento de algum defeito, que dificultava a sua compreensão.

O prazo para emenda da inicial não é preclusivo: se o autor a emendar depois dos dez dias, o juiz receberá a emenda, salvo se tiver proferido a sentença de indeferimento. Se necessário, poderá determinar outra emenda, até que todos os esclarecimentos sejam prestados.

1.3. Pedido

1.3.1. Introdução

O pedido é um dos requisitos da petição inicial, mencionado no art. 282 do CPC. É tal a sua importância que o CPC dedica uma seção especial a ele, que inclui os arts 286 a 294. Nos itens seguintes, serão examinadas algumas situações particulares relacionadas ao pedido.

1.3.2. Pedido certo e pedido genérico

O art. 286, do CPC, determina que o pedido seja certo ou determinado, mas a redação foi infeliz, porque **ele precisa ser certo e determinado**.

Certo é aquele que permite a identificação do bem da vida pretendido (*an*). E determinado é aquele que indica a quantidade postulada (*quantum*).

Excepcionalmente, porém, o pedido poderá ser genérico, isto é, certo, mas não determinado. O autor indica o **bem da vida pretendido, mas não a quantidade**.

Permite-se a formulação de pedido genérico:

nas ações universais, que versam uma universalidade de fato ou de direito. De acordo com o art. 90, do CC, "constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária". São exemplos, um rebanho ou uma coleção de obras de arte ou de livros. E, segundo o art. 91, "constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico". São exemplos a herança e o patrimônio. Justifica-se a permissão de pedidos genéricos nesse caso, porque o autor pode não ter condições de individuar os bens que integram a universalidade.

quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou fato ilícito. Nas ações de indenização por ato ou fato ilícito, frequentemente não é possível, no momento da propositura da demanda, indicar com precisão todas as consequências que a vítima terá sofrido. Por exemplo: às vezes, não se sabe se ela poderá se recuperar de uma lesão corporal ou se desta resultará incapacidade, nem se esta será permanente ou temporária. Admite-se, nessa circunstância, que o autor formule pedido genérico.

Tem-se invocado este inciso nas ações de indenização por dano moral, para permitir ao autor formular pedido genérico. Não nos parece que isso deva ser admitido, porque se o autor não indicar o quanto pretende receber, o juiz não terá parâmetros para, em caso de procedência, fixar o montante da condenação. Por isso, é recomendável que exija do autor que indique, na inicial, o valor que pretende a título de indenização, embora para fins de sucumbência, o Superior Tribunal de Justiça determine que o valor postulado pelo autor seja considerado mera estimativa (Súmula 326, do STJ: "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca").

quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. É o que ocorre, por exemplo, nas ações de prestação de contas, em que, só depois que ele as prestar, se poderá verificar se há saldo em favor do autor.

1.3.3. Pedido implícito

Os pedidos são, em regra, interpretados restritivamente; não se considera incluído aquilo que não tenha sido expressamente postulado (CPC, art. 293).

Mas há alguns pedidos que se reputam **implícitos**. O art. 293 menciona os juros legais. Os juros de mora incluem-se na liquidação, ainda que tenha sido omisso o pedido e a condenação (Súmula 254 do STF). Também reputa-se implícito o pedido de incidência de correção monetária, que não é acréscimo, mas atualização do valor nominal da moeda. O pedido de condenação do réu ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios também (Súmula 256, do STF). Porém, se a decisão transitada em julgado for omissa a respeito dos honorários sucumbenciais, não será possível executá-los (Súmula 453 do STJ). Por fim, considerar-se-ão incluídas no pedido, independentemente de requerimento expresso, **as prestações periódicas a que se refere o art. 290, do CPC, o que abrange as que vencerem até a sentença, e depois dela, até o término da obrigação**.

1.3.4. Cumulação de pedidos

O art. 292, do CPC, autoriza a cumulação de pedidos, em um único processo. É a chamada **cumulação objetiva**, que se distingue da subjetiva, em que há mais de um autor ou de um réu (litisconsórcio).

Há controvérsia doutrinária a respeito do cúmulo objetivo, que para uns implica em verdadeira cumulação de ações em um único processo, e para outros constitui apenas cumulação de vários pedidos ou pretensões, em uma única ação e processo.

Para Nelson e Rosa Nery, tanto a cumulação objetiva quanto a subjetiva implicam cumulação de ações em um único processo. Nesse sentido, em comentários ao art. 292, do CPC, concluem: "É o conjunto de ações cumuladas, em cúmulo objetivo ou subjetivo. Podem existir várias ações num único processo, como ocorre no caso sob análise. A norma deixa clara essa ideia, quando permite a cumulação de ações, num único processo"[1].

Diferente é a opinião de Cássio Scarpinella, para quem, havendo cumulação de pedidos, haverá um só processo, e apenas uma ação: "Também não há mais de uma 'ação' neste caso. O que há é uma só ação — um só rompimento da inércia da jurisdição pelo autor —, embora ele o faça cumulando, como a lei lhe permite, mais de um pedido de tutela jurisdicional"[2].

A divergência parece mais terminológica: caso se considere cada pretensão posta em juízo uma ação, havendo cumulação de pedidos haverá várias ações; se ação for considerada aquilo que rompe a inércia da jurisdição, haverá uma só.

Mas **não há controvérsia quanto ao fato de que o processo é único**, e

que única será a sentença, na qual todas as pretensões haverão de ser examinadas.

Interessa-nos, agora, o estudo da cumulação objetiva, já que o litisconsórcio foi tratado em capítulo próprio.

1.3.5. Diversas espécies de cumulação

A doutrina costuma fazer a distinção entre a cumulação em que o autor pretende do juiz que acolha todos os pedidos; e em que, conquanto o autor formule várias pretensões, pretende que acolha apenas uma. A primeira espécie é denominada **cumulação própria**, que pode ser de dois tipos: simples ou sucessiva; e a segunda é a **imprópria**, que pode ser alternativa ou subsidiária (eventual). A rigor, na imprópria não há exatamente cumulação (daí a denominação imprópria), porque o que se pede ao juiz é que acolha apenas um dos pedidos formulados.

1.3.5.1. Cumulação simples

É aquela em que o **autor formula vários pedidos, postulando que todos sejam acolhidos pelo juiz**. É dessa espécie que trata o art. 292, *caput* do CPC, quando prevê a possibilidade de cumulação, no mesmo processo, de vários pedidos. O que a distingue da cumulação sucessiva é que os pedidos formulados não dependem uns dos outros, isto é, não há relação de prejudicialidade entre uns e outros, sendo possível que o juiz acolha alguns e não os demais.

O *caput* do art. 292 dispõe que **não há necessidade de que os pedidos sejam conexos**. É possível que o credor cumule dois ou mais pedidos de cobrança contra o mesmo réu, no mesmo processo, ainda que as dívidas sejam independentes entre si, e não guardem nenhuma relação umas com as outras, o que se justifica pelo economia processual. Conquanto desnecessária a conexão, é preciso que os pedidos sejam **compatíveis entre si, que o juízo seja competente para conhecê-los todos e que o procedimento para todos seja o mesmo, ou, quando não, que todos possam processar-se pelo ordinário** (CPC, art. 292, §§ 1º e 2º).

1.3.5.2. Cumulação sucessiva

É aquela em que o autor formula dois ou mais pedidos em relação ao mesmo réu, buscando êxito em todos. No entanto, **o acolhimento de uns depende do acolhimento de outros, já que as pretensões guardam entre si relação de prejudicialidade**. É o que ocorre, por exemplo, nas ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos, em que a segunda depende da primeira. Na cumulação sucessiva, há conexão entre os pedidos,

o que é dispensado na simples.

1.3.5.3. Cumulação alternativa

É aquela em que o autor formula mais de um pedido, mas pede ao juiz **o acolhimento de apenas um, sem manifestar preferência por este ou aquele**. O acolhimento de um dos pedidos exclui o dos demais: é uma coisa **ou** outra, e não uma coisa **e** outra, como na cumulação própria. Cumprirá ao juiz verificar, em caso de procedência, qual dos pedidos deve ser acolhido. O art. 288 trata do tema: "O pedido será alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo". Essas são as obrigações alternativas. Mas haverá ainda cumulação alternativa quando determinado litígio puder ser solucionado por mais de um modo. É possível, por exemplo, que, não tendo o fornecedor de serviços atuado a contento, o consumidor postule ou o refazimento ou indenização.

É preciso verificar se a lei não dá ao réu o direito de optar entre o cumprimento por uma ou outra forma, caso em que o autor não poderá fazê-lo.

1.3.5.4. Cumulação eventual ou subsidiária

Assemelha-se à alternativa, porque o autor formula mais de um pedido, com a pretensão de que só um deles seja acolhido. Mas distingue-se delas porque **o autor manifesta a sua preferência por um, podendo-se dizer que há o pedido principal e o subsidiário**, que só deverá ser examinado se o primeiro não puder ser acolhido. Se o juiz acolher o principal, o autor não poderá recorrer; mas se acolher o subsidiário, sim, pois terá sucumbindo, uma vez que a pretensão preferencial não foi acolhida.

1.3.6. Cumulação de fundamentos

Além da cumulação de pedidos, admite-se a de fundamentos, caso em que haverá **duas ou mais causas de pedir**. É possível, por exemplo, que o autor funde a sua pretensão a anular um contrato na incapacidade de um dos participantes e na existência de um vício de consentimento.

Se cada um dos fundamentos for, por si só, suficiente para o acolhimento do pedido, **basta que um deles fique provado para que o juiz profira sentença de procedência**. Mas para que julgue improcedente, é preciso que afaste todos os fundamentos invocados. Ou seja, quando houver a cumulação de fundamentos, basta ao autor que demonstre um deles para que o pedido seja acolhido; mas, para que seja rejeitado, é preciso que todos sejam afastados.

1.3.7. Requisitos para a cumulação

Há requisitos que a lei impõe para alguns tipos de cumulação. São os mencionados no art. 292, §§ 1º e 2º, do CPC:

que os pedidos sejam compatíveis entre si: só é necessário para as cumulações próprias, simples e sucessivas, em que se pretende que o juiz acolha todos os pedidos. Mas não na imprópria, em que o acolhimento de um exclui o dos demais.

Caso a cumulação seja própria e o autor formule pedidos incompatíveis entre si, o juiz concederá prazo para que ele opte por um ou outro, sob pena de indeferimento da inicial;

que o mesmo juízo seja competente para todos os pedidos: indispensável para todas as espécies de cumulação. Como o autor pretende que o juiz acolha todas as pretensões, ou pelo menos alguma delas, o juiz tem de ser competente para todas. Em caso de incompetência absoluta para alguma das pretensões, ele indeferirá o pedido para o qual é incompetente, cabendo à parte postulá-la perante o juízo competente. Na hipótese de incompetência relativa, se houver a modificação, por prorrogação, conexão, continência ou derrogação, o juiz poderá examinar todos os pedidos;

que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento: como haverá um único processo, é preciso que o procedimento seja adequado para todos os pedidos. O § 2º do art. 292 autoriza a cumulação se, conquanto os procedimentos sejam diferentes, **possa ser adotado o ordinário para todos eles**. Há certos procedimentos que podem ser convertidos ao ordinário, e outros que não. Se um dos pedidos deveria processar-se pelo ordinário e outro pelo sumário, não haverá óbice: ambos processar-se-ão pelo ordinário, por força do mencionado dispositivo. Se um for ordinário e outro especial, a questão será mais complexa, porque há procedimentos especiais que podem ser convertidos em ordinário, porque o autor pode abrir mão daquilo que eles têm de diferente e outros em que isso não pode ocorrer. Por exemplo, nas ações possessórias de força nova, se o autor abrir mão da liminar, o procedimento deixará de ser especial e passará a ordinário, autorizando a cumulação com outras pretensões que tenham o mesmo rito. Mas há procedimentos especiais que não podem ser convertidos ao ordinário, como, por exemplo, o das ações de divisão e demarcação.

Cabe ao juiz, **de ofício**, verificar os requisitos mencionados, salvo eventual incompetência relativa, que depende de exceção apresentada pelo réu. Não sendo possível a cumulação, o juiz verificará se é caso de indeferir a petição inicial, ou de reduzir os limites objetivos da lide, determinando o prosseguimento apenas de um ou alguns dos pedidos formulados.

1.4. Indeferimento da inicial

A primeira atuação do juiz no processo é o juízo de admissibilidade da petição inicial. Haverá três alternativas: pode encontrá-la em termos, caso em que determinará o prosseguimento com a citação do réu (ou até com o julgamento imediato, na hipótese do art. 285-A); pode constatar a necessidade de algum esclarecimento, ou a solução de algum defeito ou omissão, caso em que concederá prazo ao autor para emendá-la; pode verificar que há um vício insanável, ou que não foi sanado pelo autor, no prazo que lhe foi concedido, caso em que proferirá sentença de indeferimento da inicial. Essa última é a que nos interessa, no presente item.

O art. 295, do CPC, trata do tema, apresentando numerosas hipóteses de indeferimento.

No curso do processo, e a qualquer tempo, o juiz pode, constatada a existência de alguma das hipóteses do art. 267, extinguir o processo sem julgamento de mérito. Mas a expressão **"indeferimento de inicial" deve ficar reservada à hipótese em que o juiz põe fim ao processo antes de determinar que o réu seja citado**, no momento em que faz os primeiros exames de admissibilidade.

Dentre as hipóteses do art. 295, predominam aquelas em que, do indeferimento da inicial, resulta a extinção do processo sem julgamento de mérito. Mas, havendo o reconhecimento *ab initio* da **prescrição e decadência** — que pode ser feito de ofício — o juiz porá fim ao processo **com resolução de mérito**.

As hipóteses são as seguintes:

- Inépcia: é a inaptidão da inicial para produzir os resultados almejados, **seja por falta de pedidos seja por falta de fundamentação**. O parágrafo único do art. 295 considera inepta a inicial quando não contiver pedido ou causa de pedir; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; o pedido for juridicamente impossível ou contiver pedidos incompatíveis entre si.
- Quando a parte for manifestamente ilegítima. O "manifestamente" foi utilizado pelo legislador para expressar que a ilegitimidade de parte há de ser indubitável, podendo ser detectada *prima facie* no exame da inicial.
- Quando ao autor carecer de interesse processual. Essa hipótese, somada à anterior e à inépcia por impossibilidade jurídica, completa o quadro relacionado às condições da ação, cuja falta, se detectável desde logo, ensejará o indeferimento da inicial, e se constatada *a posteriori* levará à extinção sem julgamento de mérito.
- Quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição. É

a hipótese em que o indeferimento da inicial implicará resolução de mérito (CPC, art. 269, IV). Como ambas podem ser reconhecidas de ofício, o juiz poderá declará-las desde logo. Mas é sempre prudente e recomendável que, antes de o fazer, **dê oportunidade ao autor de se manifestar sobre o assunto**, pois pode ocorrer que ele acabe demonstrando que, por algum modo, os prazos prescricionais ou decadenciais acabaram não se consumando.

- Quando houver erro na escolha do procedimento. Mas isso só levará à extinção do processo quando a inicial não pude adaptar-se ao tipo de procedimento legal, ou, mais precisamente, quando o juiz, determinando ao autor que adapte a inicial no prazo, constate que ele não o fez.
- Quando o advogado do autor não fornecer o endereço para intimação ou quando não forem cumpridos os demais requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC, que forem considerados essenciais para o recebimento da inicial.

1.4.1. Peculiaridades da apelação interposta contra a sentença que indeferiu a inicial

O ato judicial que indefere a petição inicial é a **sentença**, por força do que dispõe os arts. 267, I e 269, IV, do CPC. Contra ela o recurso adequado será o de **apelação**, que tem uma particularidade, estabelecida no CPC, art. 296: "Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de quarenta e oito horas, reformar a sua decisão".

Trata-se de apelação dotada de **efeito regressivo**, em que o juiz tem a possibilidade de, ponderando os argumentos apresentados pelo autor no recurso, reconsiderar a sua decisão, e determinar a citação do réu.

Há uma outra hipótese em que a apelação tem o mesmo efeito e que vem tratada em capítulo próprio: a do art. 285-A, § 1º, em que o juiz profere sentença de improcedência de plano, antes de determinar a citação do réu.

Se o juiz a reconsiderar, a sentença de indeferimento da inicial ficará sem efeito e será determinada a citação do réu; do contrário, mantida a sentença, serão remetidos os autos à segunda instância, sem as contrarrazões do réu, que nem sequer havia sido citado. Caso o recurso seja provido, haverá a citação, e o réu terá oportunidade de manifestar-se. Nessa ocasião, poderá renovar a tese que o juiz havia acolhido para indeferir a inicial, rechaçada pelo tribunal, pois a apreciação da segunda instância não foi feita após o contraditório; e o réu poderá trazer novos argumentos que convençam os julgadores.

Conquanto haja alguma controvérsia a respeito, parece-nos que isso deverá ser observado ainda que a inicial seja indeferida em razão de prescrição ou decadência (o art. 296 não faz nenhuma distinção entre o

indeferimento da inicial do qual resulta a extinção sem ou com resolução de mérito).

1.5. O juízo de admissibilidade positivo

1.5.1. Introdução

Quando o juiz verificar que a inicial preenche todos os requisitos, determinará a citação do réu, para que este possa ser integrado ao processo. Mas há uma situação especial em que, recebida a inicial, o juiz passará de imediato ao julgamento, sem a citação. Trata-se do art. 285-A, que autoriza o juiz a proferir sentença de total improcedência, quando houver reiteração de demandas idênticas.

1.5.2. A improcedência de plano (art. 285-A)

Em mais um esforço dirigido à efetividade do processo, a Lei n. 11.277/2006 acrescentou ao CPC, o art. 285-A, que assim estabelece: "Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada".

A autorização concedida ao juiz nesse dispositivo é inédita. É certo que, nos casos de prescrição e decadência, o juiz já podia proferir julgamento de mérito *ab initio*, sem a citação do réu. Mas era um falso julgamento de mérito, já que o pedido não era examinado. Na hipótese do art. 285-A, ele será julgado de plano, sem que o réu tenha sido citado, havendo resolução de mérito, com fulcro no art. 269, I, do CPC.

1.5.2.1. Requisitos para a improcedência de plano

São os seguintes:

- **que a matéria controvertida seja exclusivamente de direito**. A redação do dispositivo poderia causar alguma confusão, uma vez que, antes que o réu tenha tido oportunidade de contestar, não há propriamente "matéria controvertida". O que o legislador quis dizer é que a questão de mérito seja exclusivamente de direito. Trata-se da mesma situação que autorizaria o julgamento antecipado da lide, nas hipóteses do art. 330, I, do CPC. A pretensão deve estar fundada em uma questão estritamente jurídica. Por exemplo: ação para declarar a inexigibilidade de um tributo, reputado inconstitucional. A questão de mérito é a constitucionalidade ou não do tributo, o que não envolve o exame de fatos;
- **que no mesmo juízo já tenham sido proferidas sentenças de total improcedência em casos idênticos**.

A aplicação do art. 285-A do CPC se limita às hipóteses de total improcedência. Nem poderia ser de outra forma: só assim poder-se-ia dispensar a citação do réu, que não sofre nenhum prejuízo. Antes, só terá benefícios, pois obterá uma sentença inteiramente favorável sem nenhum ônus ou despesa, pois nem sequer terá de apresentar contestação. Se o caso não for de total, mas de parcial improcedência, a citação será indispensável.

Não há nenhuma inconstitucionalidade na dispensa da citação do réu, na hipótese do art. 285-A. É certo que não haverá contraditório, mas disso não resultará prejuízo.

A aplicação do dispositivo pressupõe que, no mesmo juízo, tenham sido proferidas sentenças em casos idênticos, isto é, que haja reiteração de ações. São conhecidas as situações em que determinadas teses jurídicas dão ensejo a uma multiplicação de processos, nos quais se discute a mesma questão de direito. Para acelerar-lhes o julgamento é que o novo dispositivo foi introduzido.

Na forma como redigido, é preciso que as sentenças anteriores tenham sido proferidas **no mesmo juízo, isto é, na mesma vara**. Não é necessário que pelo mesmo juiz, porque o anterior pode ter sido transferido ou podem, na mesma vara, atuar dois ou mais juízes.

As sentenças anteriores de total improcedência servirão como **paradigmas** para os novos julgamentos. A lei não diz quantos, parecendo-nos, diante do plural utilizado na lei ("casos idênticos"), que sejam necessários **pelo menos dois**. Indispensável que o juiz, ao proferir a sentença de total improcedência, **mencione quais os paradigmas utilizados, para que o autor e o Tribunal, em caso de recurso, possam ter um controle sobre a atuação judicial**.

1.5.2.2. O paradigma

O art. 285-A exige que o mesmo juízo tenha proferido sentenças de total improcedência em casos idênticos. Essa exigência traz um problema: pode o juiz valer-se de paradigmas que contrariem a jurisprudência dominante ou sumulada dos tribunais superiores? A redação do dispositivo parece responder que sim, uma vez que considera como relevante a "jurisprudência do juízo" e não a jurisprudência dominante. Mas não nos parece ser essa a melhor interpretação do dispositivo, cuja função evidente é assegurar uma maior rapidez e maior efetividade do processo. Ora, se o juiz proferir sentença fundada em paradigma que contraria a jurisprudência dominante, fatalmente haverá recurso, ao qual é quase certo que será dado provimento, com o que o processo terá de prosseguir; ao passo que, se a sentença dada estiver em consonância com a jurisprudência dominante, o

relator poderá indeferir de plano o recurso, na forma do art. 557, do CPC. Assim, parece-nos que, apesar da redação da lei, os paradigmas utilizados **devem estar em consonância com a jurisprudência dominante, não devendo o juiz utilizá-los se contrariarem o entendimento prevalecente sobre a questão jurídica posta em juízo**.

1.5.2.3. Aplicação obrigatória ou facultativa?

A redação do art. 285-A permite ao juiz que dispense a citação do réu, e profira de plano a sentença de total improcedência, conforme julgados anteriores do mesmo juízo. Mas isso **se o juiz assim o desejar**. Se não, poderá mandar citar o réu, e, no momento oportuno, proferir o julgamento antecipado da lide, se caso, na forma do art. 330, do CPC.

Se o juiz ainda não estiver bem convencido da solução dada em casos idênticos, ou se tiver dúvidas sobre a similitude entre o caso atual e os anteriores, será melhor que mande citar o réu, para evitar o risco de que a sua sentença venha a ser anulada.

1.5.2.4. Se o autor apelar?

Da sentença de total improcedência, cabe recurso de apelação, pelo autor. Tal como a de indeferimento da inicial, tratada no art. 296, do CPC, terá efeito regressivo, com a possibilidade de o juiz retratar-se no prazo de cinco dias, tornando sem efeito a sentença proferida, para determinar a citação do réu.

Caso não haja a retratação, o procedimento será diferente daquele do indeferimento da inicial, em que o recurso subirá sem a manifestação do réu.

No presente caso, mantida a sentença, o réu será citado, não para apresentar contestação, mas para responder ao recurso. Já há, portanto, contraditório, na fase recursal.

Com a subida do recurso, o Tribunal poderá:

manter a sentença de total improcedência, quando verificar que o juiz tinha razão ao proferi-la. O acórdão condenará o autor ao pagamento de honorários advocatícios dos quais ele estaria dispensado se não tivesse recorrido, pois o réu nem sequer teria comparecido aos autos;

verificar que não era hipótese de aplicação do art. 285-A, seja porque os casos anteriores não eram idênticos, seja porque a questão controvertida não era exclusivamente de direito, caso em que o Tribunal **anulará a sentença** e determinará o retorno dos autos à primeira instância, para que o réu tenha oportunidade de contestar, prosseguindo-se daí por

diante;

verificar que a questão é mesmo exclusivamente de direito, mas o caso não era de total improcedência, mas de total ou parcial procedência. Como o réu já terá sido citado, tendo sido respeitado, em relação a ele, o princípio do contraditório, o tribunal poderá acolher o recurso e já determinar a **reforma**. Como terá havido manifestação do autor e do réu sobre a questão de direito posta em juízo, o tribunal poderá reverter o julgamento, dando agora razão total ou parcial ao autor.

1.5.2.5. Se o autor não apelar?

A sentença de total improcedência transitará em julgado, sem que o réu tenha sido, ao menos, citado. Por isso, é importante que o juiz determine a sua **intimação**, para que dela possa tomar conhecimento.

1.5.3. Da citação do réu

1.5.3.1. Introdução

Verificando que a petição inicial está em termos, o juiz determinará a citação do réu. Trata-se de ato de comunicação fundamental, **por meio do qual o réu toma conhecimento da existência do processo, e tem a primeira oportunidade de manifestar-se e defender-se**.

1.5.3.2. Conceito

Citação é o ato pelo qual se dá ciência ao réu ou interessado da existência do processo, e se lhe concede a possibilidade de se defender. Só a partir dela, a relação processual se completa: é pressuposto processual de existência, como já visto. É tal a sua importância, que o legislador optou por conceituá-la no art. 213, o que não faz, em regra, com os demais atos do processo. Ao incluir no conceito a alusão ao réu ou interessado, a lei quis abranger tanto os procedimentos de **jurisdição contenciosa como voluntária**, uma vez que em ambos a citação é indispensável.

Sempre que houver processo, há necessidade de citação do réu, seja ele de conhecimento, de execução ou cautelar. Não há mais nas execuções de sentença, porque estas deixaram de implicar na formação de um novo processo, havendo apenas uma fase de cumprimento da sentença.

1.5.3.3. Formalidades e instrumentalidade

Como ato fundamental do processo, a citação há de ser feita na forma e com as formalidades determinadas por lei. O descumprimento dos requisitos formais poderá invalidar o ato, tornando necessária a sua

repetição. Mas, se apesar do vício ou da falta de citação, o réu comparecer, **o ato terá alcançado a sua finalidade, não sendo necessário realizá-lo ou repeti-lo**. É o que dispõe o art. 214, § 1º, do CPC: "O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação". E o § 2º acrescenta: "Comparecendo o réu apenas para arguir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á feita a citação na data em que ele ou o seu advogado for intimado da decisão".

Esses dispositivos indicam o alcance do **princípio da instrumentalidade** das formas. Estas não constituem um fim em si, nem uma exigência incontornável. Se o ato processual alcançar a sua finalidade, qualquer vício reputar-se-á sanado.

1.5.3.4. Citação direta e indireta

A direta é a feita na pessoa do réu ou de seu representante legal; indireta, a feita na pessoa de um terceiro, que tem poderes de recebê-la com efeito vinculante em relação ao réu.

A regra em nosso ordenamento é a da citação direta, como resulta da leitura do art. 215, do CPC. Quando o citando for pessoa física maior e capaz, a citação será dirigida a ele; quando for pessoa jurídica ou incapaz, a citação será dirigida ao seu representante legal. Se absolutamente incapaz, exclusivamente aos representantes legais; se relativamente incapaz, será **bifronte**, deverá ser feita tanto ao incapaz quanto ao representante legal. Se o réu for pessoa jurídica, a citação será feita ao representante legal, conforme estabelecerem os seus estatutos. Se estes forem omissos, os representantes serão os seus diretores.

A citação indireta é aquela feita na pessoa de procurador legalmente habilitado ou de terceiro que, por força de lei ou contrato, tenha poderes para recebê-la, vinculando o réu.

O procurador legalmente habilitado pode ser o próprio advogado constituído, ou qualquer outra pessoa a quem o réu atribua poderes para receber a citação em seu nome. É preciso que do instrumento de mandato constem **poderes específicos** para que o procurador o faça. Em caso de ausência do réu, aplicar-se-á o disposto no CPC, art. 215, § 1º.

A respeito das pessoas jurídicas, tem-se entendido que a citação será válida se recebida por pessoa que se apresenta como **gerente ou administrador** e recebe a contrafé sem negar essa qualidade, uma vez que ela aparenta ter poderes, ainda que não os tenha efetivamente. E, quando a citação é feita por carta, entende-se que basta a entrega no estabelecimento comercial da empresa citanda, ainda que o aviso de recebimento não seja

assinado pela pessoa dotada de poderes para receber a citação. Mas essa tolerância tem-se restringido às pessoas jurídicas. Se a citação é destinada às pessoas físicas, o aviso de recebimento deve vir **assinado por elas**, sob pena de invalidade do ato (Súmula 429 do STJ).

1.5.3.5. Oportunidade da citação

De acordo com o CPC, art. 216, a citação far-se-á **em qualquer lugar em que se encontre o réu**. No entanto, o art. 217 estabelece uma série de restrições que deverão ser observadas, salvo quando houver risco de perecimento de direito. Não se fará a citação a quem estiver assistindo a qualquer ato de culto religioso; ao cônjuge ou a qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos sete dias seguintes; aos noivos nos três primeiros dias de bodas e aos doentes, enquanto grave o seu estado.

Se o oficial de justiça verificar que o réu é demente ou está impossibilitado de receber a citação, elaborará certidão descrevendo o ocorrido, caso em que o juiz nomeará um médico para o examinar. O laudo deverá ser apresentado em cinco dias, e, se for reconhecida a impossibilidade, o juiz dará ao citando um **curador**, na pessoa de quem a citação será realizada.

Não se trata de interdição, que depende de processo autônomo, em que o citando tem oportunidade de defender-se. Por isso, o curador terá a sua atuação restrita à causa em que foi nomeado. Diante da incapacidade constatada, o juiz deverá abrir vista ao Ministério Público.

1.5.3.6. Espécies de citação

De acordo com o art. 221, do CPC, a citação pode realizar-se por quatro modos: **pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por meio eletrônico**. Dentre essas, existem formas de citação real e ficta. São fictas aquelas que se realizam por **edital**, e por mandado, quando realizada **com hora certa**, porque o réu se oculta. As demais são reais. Essa distinção é importante, porque quando a citação é ficta e o réu revel, há necessidade de nomeação de curador especial para defendê-lo, o que não é necessário na citação real.

1.5.3.6.1. Citação pelo correio

É a forma prioritária de citação, embora a lei assegure ao autor a possibilidade de requerê-la sob outra forma (art. 222, letra *f*). O legislador a prestigiou, dada a sua rapidez, sobretudo quando dirigida a outras comarcas ou Estados. O art. 222, no entanto, ressalva algumas situações, em que não

será admitida: nas ações de Estado; quando o réu for incapaz; quando a ré for pessoa jurídica de direito público; nos processos de execução; quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência ou quando o autor a requerer de outra forma. Afora essas situações, e desde que o autor não a tenha requerido por outra maneira, a citação será feita por carta, que deverá ser encaminhada com **aviso de recebimento (Súmula 429 do STJ)**. Conquanto haja alguma controvérsia, prevalece o entendimento de que na ação monitória a citação pode ser feita por carta (admite-se, também, a citação com hora certa e por edital nessas ações — STJ, Súmula 282).

O prazo de contestação fluirá da **data da juntada aos autos do aviso devidamente firmado pelo destinatário da citação**. Caso seja pessoa física, a citação só valerá se o aviso de recebimento tiver sido por ele firmado. Caso seja pessoa jurídica, se entregue a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração (CPC, art. 223, parágrafo único). Mas, como já mencionado, a jurisprudência tem-se orientado no sentido de que a citação será válida se entregue a funcionário da empresa, no estabelecimento comercial, ainda que ele não tenha poderes de gerência.

A carta deve ser acompanhada de cópia da petição inicial e do despacho do juiz ordenando a citação. O réu deverá ser informado do prazo de resposta, e da advertência do art. 285, segunda parte.

1.5.3.6.2. Citação por mandado

É a feita por oficial de justiça, nas hipóteses dos incisos do art. 222, ou quando frustrada a citação pelo correio. O oficial procurará o réu, e, onde o encontrar, fará a citação, lendo-lhe o mandado e entregando-lhe a contrafé. O oficial certificará se o réu recebeu ou recusou a contrafé, e colherá a sua assinatura no mandado, certificando em caso de recusa.

O mandado deverá cumprir os requisitos exigidos pelo art. 225, do CPC. O prazo para resposta, do qual o réu terá sido advertido, começa a fluir da data da juntada aos autos do mandado de citação. Se houver vários réus, o prazo para todos só começa a correr da **data da juntada do último mandado de citação cumprido** (CPC, art. 241, III).

Caso o citando resida em outra comarca, a citação por mandado depende da expedição de carta precatória, porque terá de ser cumprida por oficial de justiça que não é subordinado ao juiz da causa, mas ao juiz da comarca em que o citando estiver domiciliado. Ficam ressalvadas as comarcas contíguas, de fácil comunicação ou situadas na mesma região metropolitana, caso em que a precatória será desnecessária.

1.5.3.6.2.1. Citação com hora certa

É uma espécie de citação por mandado, que deve ser utilizada quando o réu, tendo sido procurado por três vezes pelo oficial de justiça em seu domicílio ou residência, não for encontrado**, havendo suspeita de ocultação**.

Não basta que o réu não tenha sido encontrado nas numerosas vezes em que procurado. Às vezes, ele não é encontrado porque está viajando, ou trabalha e passa a maior parte do tempo fora de casa. É indispensável que o oficial suspeite de ocultação, depois de tê-lo efetivamente procurado por três vezes, devendo consignar na certidão os dias e horários em que realizou as diligências. A lei não formula regras a respeito dessas três vezes, que podem ter ocorrido no mesmo dia ou em dias diferentes. Mas é preciso que o réu tenha sido procurado nos horários em que costuma encontrar-se no local.

Devem constar da certidão do oficial de justiça que faz a citação com hora certa as **ocasiões em que procurou o citando, e as razões pelas quais suspeitou da ocultação**. São, pois, dois os requisitos para a citação com hora certa:

- as três tentativas infrutíferas anteriores;
- suspeita de ocultação.

A suspeita deve ser do oficial de justiça, não cabendo ao juiz determinar-lhe que faça a citação com hora certa quando ela não existe.

Para que se aperfeiçoe, o oficial intimará qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação na hora que designar. No dia e hora marcados, comparecerá ao domicílio do citando e, se ele não estiver presente, procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, caso verifique que houve a ocultação, ainda que em outra comarca. O oficial fará uma certidão do ocorrido, e deixará a contrafé com a pessoa da família ou com qualquer vizinho, declarando-lhe o nome. Em seguida, enviará carta, telegrama ou radiograma ao citando, dando-lhe de tudo ciência. **A expedição da carta é requisito para a validade da citação com hora certa, mas não o recebimento pelo citando**.

O prazo para contestação será contado da data da juntada aos autos do mandado de citação com hora, e não da juntada do aviso de recebimento da carta de cientificação.

Como a citação é ficta, porque não recebida diretamente pelo citando, haverá necessidade de **nomeação de curador especial**, se o réu ficar revel.

1.5.3.6.3. Citação por edital

É forma de citação ficta, que se aperfeiçoa com a publicação de editais. Como eles são públicos e devem receber ampla divulgação, presume-se que o réu tenha tomado conhecimento. **Cabe em todos os tipos de processo**, desde que preenchidos os requisitos do art. 231, o que inclui os processos de execução e ações monitórias.

O art. 231, do CPC, enumera as situações em que o juiz deferirá a citação por edital:

quando desconhecido ou incerto o réu: o autor da demanda deve ser sempre identificado. Mas não o réu. Por exemplo: é possível que uma pessoa queira efetuar o pagamento de um cheque, por consignação, sem saber quem é o seu atual portador, porque o título circulou. A ação será dirigida contra tal detentor, não identificado. Como não se conhece o destinatário da citação, nem é possível localizá-lo, será deferido o edital.

Há casos em que o citando não é identificado ou qualificado, mas a citação pessoal é possível. Imagine-se, por exemplo, que alguém tenha um imóvel invadido por um terceiro, cuja identidade é desconhecida. O autor proporá a ação sem identificar ou qualificar o invasor, mas a citação poderá ser pessoal, porque o oficial de justiça pode ir ao local e cumprir o mandado. **Somente se a citação por mandado se inviabilizar é que será deferida a publicação do edital**.

quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar: essa é a causa mais comum da citação por edital, a impossibilidade de localizar o réu. O § 1º, do art. 231 equipara a local inacessível o país que recusar o cumprimento de carta rogatória.

A redação do art. 232, I, parece estabelecer que, para o deferimento da citação por edital, bastaria a afirmação do autor, ou a certidão do oficial de justiça, quanto às circunstâncias previstas no art. 231, incs. I e II. Mas não é assim. **O juiz só deferirá a citação por edital quando o réu tenha sido procurado, sem êxito, em todos os endereços constantes dos autos, e quando houverem sido esgotadas as possibilidades de localizá-lo**. Ela há de ser sempre excepcional, e, antes de deferi-la, o juiz deve avaliar se não há alguma maneira de conseguir que a citação seja feita por carta ou por oficial de justiça.

Quando o local da citação for inacessível, a notícia da citação do réu será divulgada por rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão.

nos casos expressos em lei: há casos em que a lei determina que as citações se façam por edital, como nas ações de usucapião, aos terceiros interessados.

O edital será afixado na sede do juízo e publicado, no prazo máximo de quinze dias, uma vez no órgão oficial e duas vezes em jornal local, onde houver. O prazo é para que as três publicações ocorram. Se o autor for beneficiário da justiça gratuita, a publicação será feita apenas no órgão oficial.

O juiz fixará o prazo do edital, que pode variar entre 20 e 60 dias, a contar da primeira publicação. Vencido o prazo do edital, fluirá o prazo de resposta do réu. Caso ele fique revel, haverá necessidade de nomeação de **curador especial, já que a citação é ficta**. Do edital, constará a advertência do art. 285, segunda parte, do CPC.

1.5.3.6.4. Citação por meio eletrônico

O processo eletrônico foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 11.419/2006. De acordo com o art. 9º da lei, nele, todas as citações serão feitas por meio eletrônico. Mas, quando, por motivo técnico, isso for inviável, far-se-á pelos meios convencionais.

A citação por meio eletrônico pressupõe que o réu esteja **credenciado** pelo Poder Judiciário, na forma do art. 2º e seus parágrafos, da Lei n. 11.419/2006, caso em que será enviada ao endereço eletrônico dele.

Isso basta para mostrar as dificuldades que esse tipo de citação poderá enfrentar. Primeiro, porque dificilmente o réu estará credenciado (quem, normalmente, poderá postular o seu credenciamento é o advogado, não o réu). Além disso, nem todas as pessoas terão endereço eletrônico. Foi possivelmente prevendo tais dificuldades que se autorizou a citação convencional, quando a eletrônica não for possível.

1.5.3.7. Efeitos da citação

1.5.3.7.1. Introdução

Como ato processual fundamental que é, a citação produz numerosos efeitos. O primeiro deles é o de **completar a relação processual, com a integração do réu**. A relação processual se **triangulariza** a partir da citação.

Mas esse não é o único. O art. 219 do CPC enumera alguns outros, que terão grande importância, tanto do ponto de vista processual, quanto material. Cada um deles será estudado nos itens seguintes. Mas, para que se verifiquem, é indispensável que a citação seja **válida**. A inválida não os produz. Para afastar qualquer dúvida, a lei acrescenta que a interrupção da prescrição e a constituição do devedor em mora ocorrerão se a citação for válida, mesmo que ordenada por juízo incompetente.

1.5.3.7.2. Prevenção do juízo

O tema da prevenção do juízo como consequência da citação já foi abordado, ainda que superficialmente, quando se tratou da conexão (Livro II, capítulo 3, item 4.3).

A prevenção é o mecanismo apropriado para a identificação do juízo que julgará determinada demanda, quando houver vários com competência para fazê-lo. Fixa a competência de um juízo determinado, do que poderão resultar diversas consequências: as ações conexas serão reunidas no juízo prevento; quando houver reiteração de ações, no caso do art. 253, III, do CPC, haverá distribuição das novas ao juízo prevento.

Mas a citação válida não é a única causa de prevenção. O art. 106 do CPC aduz que, havendo ações conexas perante juízes de mesma competência territorial, considerar-se-á prevento o que despachou em primeiro lugar, isto é, aquele em que, pela primeira vez, foi proferido o despacho que ordena a citação.

O disposto nesse art. 106 só vale para causas de mesma competência territorial, que correm no mesmo foro. Para as que correm perante foros diferentes, prevalece o art. 219. Em suma: se duas causas correm no mesmo foro, estará prevento o juízo em que foi dado o primeiro despacho ordenando a citação; se correm em foros diferentes, naquele em que a citação válida efetivou-se em primeiro lugar.

1.5.3.7.3. Litispendência

A citação válida **induz litispendência**, o que é relevante quando houver a propositura de ações idênticas, em juízos diferentes. Uma delas haverá de ser extinta sem julgamento de mérito, por força do disposto no art. 267, V, do CPC. Para se decidir qual, é preciso verificar em qual delas se verificou a primeira citação válida. Esta prevalecerá, a outra será extinta.

A litispendência não se confunde com a propositura da demanda, que, nos termos do art. 263, ocorre desde que despachada a petição inicial ou distribuída, onde houver mais de uma vara.

1.5.3.7.4. Coisa litigiosa

A citação válida faz litigiosa a coisa, o que traz consequências importantes para o processo. A aplicação dos arts. 42 e 593, I e II, do CPC, a pressupõe: só há fraude à execução depois que o devedor, citado, aliena o bem discutido na ação real; ou quando vende bens de seu patrimônio, tornando-se insolvente. Se a alienação ocorrer antes da citação válida do devedor, poderá haver fraude contra credores, mas não à execução.

1.5.3.7.5. Interrupção da prescrição

A prescrição é a perda da pretensão, não exercida dentro do prazo estabelecido em lei. **Mais que um efeito processual, a interrupção é efeito material da citação**, e se justifica porque a prescrição pressupõe a inércia do titular da pretensão. Ora, se dentro do prazo estabelecido em lei, o titular ajuíza ação, na qual o réu é citado, deixa de haver inércia, e o prazo é interrompido.

Como efeito material, a prescrição é quase inteiramente regulada pelo Código Civil, que também alude à citação válida como causa interruptiva do prazo.

A entrada em vigor do Código Civil de 2002 trouxe certa perplexidade a respeito da eficácia interruptiva. Quando o CPC entrou em vigor, em meados da década de 1970, o art. 219, § 1º, estabelecia que, conquanto a interrupção só ocorresse com a citação válida, retroagiria à data do despacho que a ordenou, desde que feita dentro do prazo estabelecido.

A Lei n. 8.952/94 alterou a redação desse parágrafo, que passou a determinar: "A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação". A eficácia interruptiva, que antes só retroagia à data do despacho inicial, passou a retroagir à data da propositura da demanda.

Porém, o art. 202, I, do Código Civil de 2002, estabeleceu que a interrupção ocorrerá por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação. Ou seja, restabeleceu o sistema anterior do CPC, de retroação ao despacho inicial, não à propositura da ação.

Como o Código Civil é lei posterior, surgiram manifestações doutrinárias de que a nova lei havia restaurado o sistema originário, e que não poderia prevalecer o § 1º do art. 219.

Não nos parece que essa seja a melhor interpretação. Ao contrário, restaurar o sistema anterior constituiria evidente retrocesso, já que a inércia do titular da ação **cessa a partir da propositura da demanda**, desde que se promova a citação tempestiva do réu; e não da data do despacho inicial do juiz. A razão para que o CC tenha aludido ao despacho inicial é mais histórica do que jurídica. O projeto do Código Civil tramitou no Congresso Nacional por mais de 25 anos. Quando apresentado, ainda não havia sida editada a Lei n. 8.952/94, de sorte que o art. 219, § 1º, do CPC, falava em retroação à data do despacho inicial. Assim, o projeto de CC estava em consonância com o CPC em vigor. Após a edição da Lei n. 8.952/94, não se alterou, por equívoco, o projeto de Código Civil, que passou a destoar do CPC.

De qualquer forma, como o art. 202, I, do Código Civil fala em interrupção da prescrição "na forma da lei processual", há de prevalecer o disposto no art. 219, § 1º, de forma que a retroação **se estenda até a data da propositura da ação**.

Mas, para que isso ocorra, é preciso que o autor tome as providências necessárias para que a citação ocorra a tempo. Os §§ 2º e 3º, do art. 219, atribuem ao autor a incumbência de promover o necessário para a citação do réu no prazo de dez dias, a contar do despacho que a ordenar. Esse prazo pode ser prorrogado por até noventa dias, com o que totaliza um prazo máximo de cem dias. **Se a citação ocorrer nesse prazo, a eficácia interruptiva retroage à data da propositura da demanda; do contrário, não retroage, operando-se apenas com a efetiva citação**.

Entretanto, como ela não depende exclusivamente da vontade do autor, mas de fatores alheios à vontade dele, o STJ editou a súmula 106: "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência". Mesmo que a citação ocorra após os cem dias, a eficácia interruptiva retroagirá à data da propositura da ação, se o atraso não puder ser imputado ao autor.

A citação interromperá a prescrição **ainda que o processo venha a ser julgado extinto sem julgamento de mérito**. No CC de 1916 havia controvérsia a respeito, uma vez que o art. 175 dizia que a citação não teria esse efeito, quando perempta a instância ou a ação. Como o novo Código Civil não repete esse dispositivo, entende-se que a citação válida sempre interromperá a prescrição, sendo irrelevante o teor da sentença.

A propositura da demanda dentro do prazo impede que se verifique também o prazo decadencial. Para que haja decadência, é indispensável que o direito potestativo não seja exercido no prazo legal. Se o foi, com a propositura da demanda, ela fica afastada. Daí o art. 220 estabelecer que "o disposto no artigo anterior aplica-se a todos os prazos extintivos previstos em lei". O que impede a consumação da decadência é a citação do réu. Mas se esta for realizada no prazo já mencionado, considerar-se-á que o direito foi exercido desde o momento da propositura da demanda. Nesse sentido: "Não pode haver dúvida de que a decadência é um prazo extintivo. Em princípio, pois, as regras do art. 219 a ela haverão de aplicar-se. Objeta-se que o par. 1º do art. 219 cuida da interrupção da prescrição. Não poderia aplicar-se à decadência, em que o curso do prazo não é suscetível de interromper-se. A objeção não me parece válida. Cumpre interpretar a regra com as necessárias adaptações, e não tornar morta a letra do art. 220. Certo que o prazo decadencial não se interrompe. A aplicação a ela do dispositivo em

exame far-se-á lendo-se 'o direito considerar-se-á exercido' em lugar de 'a prescrição considerar-se-á interrompida'. E o par. 4º, em sua parte final, significará 'haver-se-á por não exercido o direito'" (*RSTJ* 7/458).

1.5.3.7.6. A constituição do devedor em mora

Este é outro **efeito material, e não processual, da citação válida**. As consequências da mora são aquelas previstas pelo Código Civil.

A citação só constituirá o devedor em mora se ele já não o estiver anteriormente. Nas obrigações com termo certo de vencimento, ela se constitui de pleno direito pelo transcurso do prazo estabelecido para cumprimento, sem necessidade de notificação ou interpelação do devedor (mora *ex re*). Nesse caso, quando ele for citado, já estará em mora, porque a obrigação não foi cumprida na data prevista. Se a obrigação não tem termo certo de vencimento, a mora depende de prévia notificação (mora *ex persona)*. Sem a prévia notificação, o devedor só estará em mora depois de citado.

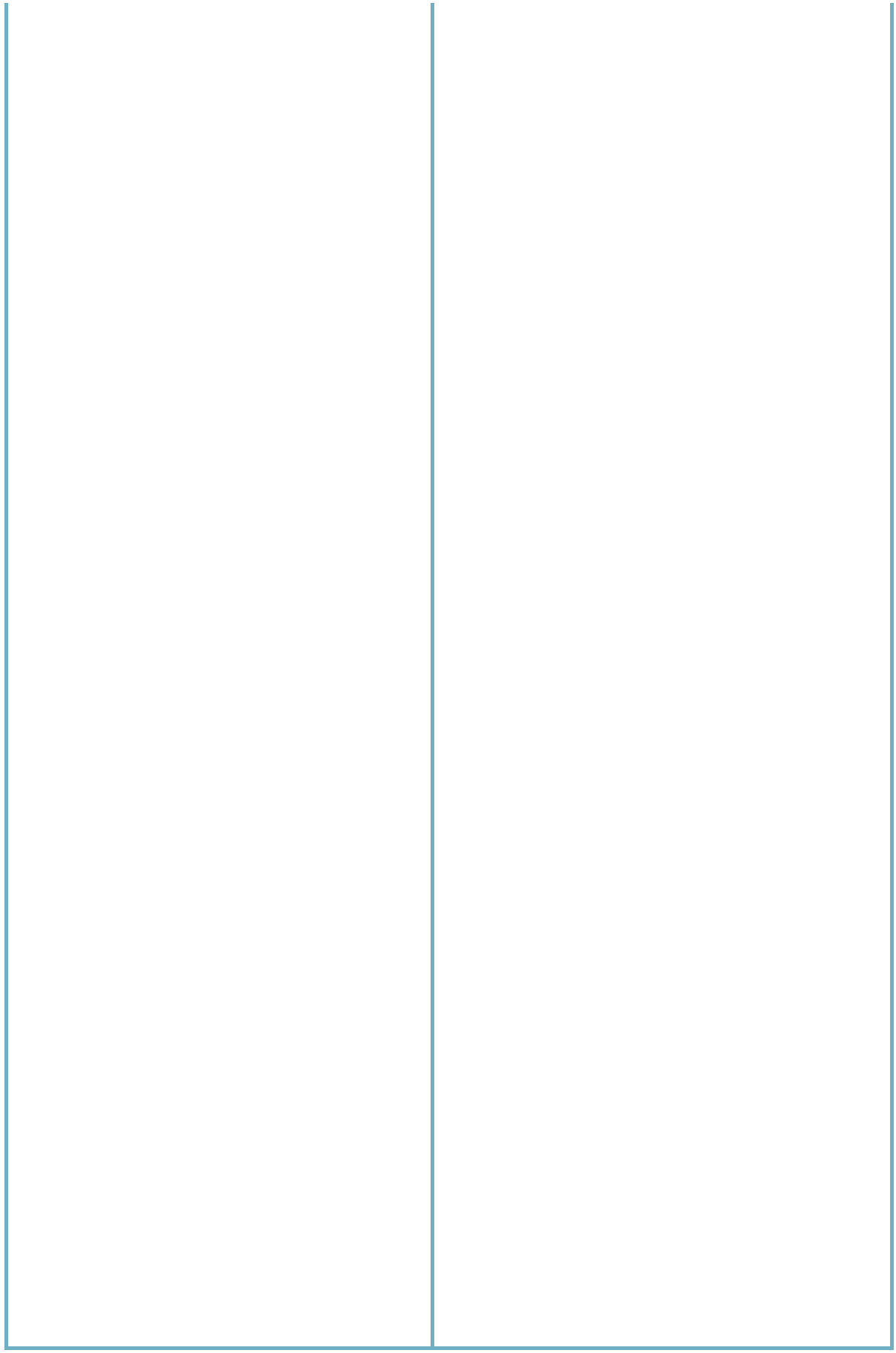
Nas obrigações por ato ilícito, o devedor estará em mora desde a data do evento danoso, nos termos da súmula 54 do STJ: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

A data em que o devedor incorre em mora é relevante, entre outras coisas, para a fixação dos juros de mora. Não havendo mora anterior, os juros moratórios só serão devidos a partir da citação. Mas, se o devedor já estiver em mora antes, os juros serão devidos desde então.

EFEITOS DA CI	
Tornar prevento o juízo	**Induzir litispendência**

Havendo dois ou mais juízos competentes para a mesma causa, a competência para o caso concreto será dada pela prevenção. Em caso de conexão, a prevenção é dada pela	Quando houver duas ou mais causas idênticas em curso, diz-se que há litispendência. Apenas um processo prosseguirá, e os demais deverão ser extintos sem julgamento de mérito (art. 267, V, do

citação apenas se as ações correram em foros distintos. Se correrem no mesmo foro, será dada pelo despacho que ordena a citação (art. 106, do CPC).	CPC). O que prevalecerá será aquele em que primeiro tiver havido a citação válida.



1.5.4. Intimação

1.5.4.1. Introdução

Tal como a citação, a intimação também é conceituada pelo legislador, no art. 234: "Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa".

Distingue-se da citação, em vários aspectos. Esta é sempre dirigida ao réu ou ao interessado, ao passo que a **intimação pode ser dirigida a qualquer das partes**, **seus advogados, auxiliares da justiça (peritos, depositários, testemunhas) ou a terceiros, a quem cumpre realizar determinado ato no processo**.

E enquanto a citação serve para dar ciência da existência do processo ao réu, chamando-o especificamente para se defender, a intimação serve para dar ciência, a alguém, de qualquer ato ou termo no curso do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

Há ainda uma outra diferença: a citação é feita pessoalmente ao réu (ou ao seu representante, em caso de incapacidade ou ao seu procurador. Há algumas exceções, em que se admite que seja feita na pessoa do advogado, como na oposição ou nos embargos de terceiro, porque estas pressupõem a existência de ação anterior), uma vez que ele não terá ainda constituído advogado nos autos. Já a intimação é, em regra, **dirigida ao advogado** das partes, mediante publicação no órgão oficial de imprensa, salvo quando a lei exigir que seja pessoal, como ocorre, por exemplo, para o autor dar andamento ao feito em 48 horas sob pena de extinção sem resolução de mérito ou a dirigida às partes para prestar depoimento pessoal, sob pena de confissão. As intimações, em suma, são dirigidas ao advogado para a prática de atos que exijam capacidade postulatória; e são dirigidas às partes, quando há determinação judicial para que elas, pessoalmente, façam ou deixem de fazer algo.

Estando o processo pendente, as intimações são efetuadas, de ofício, pelos auxiliares da justiça (CPC, art. 235).

1.5.4.2. Formas de intimação

A intimação pode ser feita:

- pela publicação no *Diário Oficial*;
- pelo correio;
- por mandado, inclusive com hora certa em caso de ocultação;
- por edital;

- com abertura de vista nos próprios autos;
- por meio eletrônico.

1.5.4.2.1. Intimação pelo Diário Oficial

É, em regra, a maneira pela qual são intimados os advogados, nas comarcas servidas pelo *Diário Oficial* (arts. 236 e 237, do CPC), que pode ser eletrônico, conforme art. 237, parágrafo único, observado o disposto na Lei n. 11.419/2006.

A publicação conterá o nome das partes e seus advogados. O das partes não será publicado, havendo apenas a indicação das iniciais, **se o processo correr em segredo de justiça**.

Havendo mais de um advogado, basta que a intimação seja dirigida a só um deles. Se não houver requerimento a respeito, poderá ser dirigida a qualquer um; se houver a indicação do nome do advogado a quem as intimações devem ser dirigidas, isso deverá ser respeitado, sob pena de invalidade.

Considera-se feita a intimação **na data da publicação no *Diário Oficial***. Mas se este for eletrônico, aplica-se o disposto no art. 4º, §§ 3º e 4º: "Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no *Diário da Justiça Eletrônico*" e "Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação".

A intimação considerar-se-á feita com a publicação no *Diário Oficial*, mesmo que eventuais órgãos de classe ou agências credenciadas falhem na comunicação aos advogados a elas ligados.

1.5.4.2.2. Intimação pelo correio

É a forma prioritária de **intimação pessoal das partes e seus representantes legais** (CPC, art. 238). A dos advogados só se fará pelo correio em situações excepcionais, como na hipótese de a comarca não ser servida pelo *Diário Oficial*. É também a forma de intimação prioritária de auxiliares da justiça como peritos e testemunhas. A carta deve ser expedida com aviso de recebimento.

1.5.4.2.3. Intimação por mandado

O art. 239 restringe a citação por mandado apenas à hipótese em que a por correio tenha-se frustrado. Mas tem-se estendido o seu cabimento também à hipótese em que a parte que requereu a intimação prefira que ela se realize assim. O oficial de justiça deverá cumprir os requisitos do art. 239, parágrafo único. Se houver suspeita de ocultação do intimando, após três

tentativas do oficial de justiça, será admissível a intimação com hora certa, realizada da mesma forma que a citação.

1.5.4.2.4. Intimação por edital

Não foi prevista pelo legislador, mas deve ser admitida quando o intimando não puder ser identificado ou localizado.

1.5.4.2.5. Intimação com abertura de vista dos autos

Há determinados entes a quem a intimação deve ser sempre pessoal, com a abertura de vista dos autos, para que se manifeste.

É o caso do **Ministério Público** (art. 236, § 2º). O Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que o prazo para que ele se manifeste corre da data em que os autos são entregues na secretaria ou no setor administrativo do Ministério Público (STF — 325/150). A prerrogativa de vista dos autos o beneficia tanto como parte como fiscal da lei.

Além do *Parquet*, também tem direito à intimação pessoal a **advocacia geral da União, a Defensoria Pública e a Procuradoria do Estado**.

1.5.4.2.6. Intimação por meio eletrônico

Vem regulada pela Lei n. 11.419/2006. Pode ser feita com a publicação no *Diário Oficial Eletrônico*, caso em que se considerará feita no dia seguinte ao da disponibilização no *Diário Oficial*, aplicando-se o art. 4º, §§ 3º e 4º da Lei.

Ou então, mediante a utilização de portal próprio, para aqueles que se cadastrarem junto ao Poder Judiciário, caso em que será dispensada a publicação no *Diário Oficial Eletrônico* (art. 5º). Nesse caso, a intimação se considerará feita no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, o que deverá ser feito no prazo máximo de dez dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se feita ao final desse prazo.

2. RESPOSTA DO RÉU

2.1. Introdução

A segunda etapa da fase postulatória é a da apresentação da resposta pelo réu. Essa fase presta-se a que ambos os litigantes — autor e réu — **tenham oportunidade de manifestar-se, apresentar a sua versão dos fatos, e formular eventuais pretensões ao juízo**.

De acordo com o art. 213 do CPC, o réu é citado para defender-se. Mas a lei processual prevê numerosas condutas, que podem ser consideradas formas de resposta. A apresentação de defesa é apenas uma delas. Nos próximos itens, serão estudadas as variadas espécies de resposta que o réu pode apresentar.

2.2. As variadas formas de resposta

O réu pode apenas defender-se das alegações e das pretensões contidas na petição inicial. A peça de defesa por excelência é a **contestação**. Mas pode não se limitar a defender-se, e contra-atacar, por meio de uma ação incidente autônoma, em que dirige pretensões contra o autor, denominada **reconvenção**. Pode ainda postular que o juiz se pronuncie, em caráter definitivo, sobre alguma questão prejudicial tornada controvertida, em **ação declaratória incidental**. Ou ainda provocar a **intervenção de terceiros**, por denunciação da lide, chamamento ao processo ou nomeação à autoria.

Pode também suscitar incidentes, denominados **exceções rituais**, para discutir a competência do juízo ou a imparcialidade do juiz. Pode, por fim, **impugnar o valor da causa**.

Cada uma dessas formas de resposta tem peculiaridades e provoca consequências específicas, que serão estudadas em seguida. Antes, porém, cumpre examinar os prazos de resposta no procedimento ordinário.

2.3. Prazo de resposta no procedimento ordinário

A regra é de que o prazo de resposta, no procedimento ordinário, seja de **quinze dias**, conforme dispõe o art. 297, do CPC: "O réu poderá oferecer, no prazo de 15 dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção". O prazo para que impugne o valor da causa é o da contestação, conforme art. 261.

Esse prazo corre da data **da juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação é feita pelo correio, ou do mandado cumprido, quando por oficial de justiça**. Se a citação for por edital, o prazo corre do término do prazo nele fixado.

Havendo mais de um réu, o prazo para todos só correrá a partir da juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado cumprido. É o que dispõe o art. 241, III, do CPC: "Começa a correr o prazo quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido". Por isso, enquanto todos os réus não tiverem ainda sido citados, o prazo de nenhum começa a correr. Se

um foi citado antes, pode aguardar a citação dos demais, para só então apresentar a sua contestação. Isso explica a razão pela qual, se um dos réus estiver citado e houver posterior desistência da ação em relação aos que ainda não estiverem, aquele deverá ser intimado, para que o prazo de resposta flua. O art. 298, parágrafo único, não deixa dúvidas: "Se o autor desistir da ação quanto a algum réu ainda não citado, o prazo para a resposta correrá da intimação do despacho que deferir a desistência".

Isso para que o réu citado não seja surpreendido, enquanto aguarda a citação dos demais.

O prazo de resposta será quadruplicado, se o réu for a Fazenda Pública ou o Ministério Público (art. 188); dobrado, se houver no polo passivo litisconsortes com advogados diferentes (art. 191); é também dobrado, se o réu for defendido por órgão público de assistência judiciária, como a Defensoria Pública ou a Procuradoria do Estado (art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50).

Dentro do prazo, a resposta deve ser protocolada em Cartório, não bastando que seja despachada pelo juiz: se o réu despacha no último dia do prazo, e só protocola a contestação no dia seguinte, haverá intempestividade.

2.4. Da contestação

2.4.1. Introdução

É, por excelência, a **peça de defesa** do réu, por meio da qual ele pode se contrapor ao pedido inicial. Nela, **concentrará todos os argumentos de resistência à pretensão formulada pelo autor**, salvo aqueles que devem ser objeto de incidente próprio.

Entre os quatro institutos fundamentais do processo civil figuram a ação e a exceção, o direito de formular pretensões em juízo e o de defender-se e resistir às pretensões alheias. Se a petição inicial é a peça que veicula o direito de ação, a contestação é a que se contrapõe àquela, ao apresentar a resistência, a defesa do réu.

Ao apresentá-la, ele formula a pretensão de ver o pedido inicial desacolhido, no todo ou em parte, apresentando os argumentos e fundamentos que servirão para convencer o juiz. Daí que a pretensão contida na contestação é sempre **declaratória negativa**, de que o juiz declare que o autor não tem razão, desacolhendo o pedido.

A contestação não amplia os limites objetivos da lide, aquilo que o juiz terá de decidir no dispositivo da sentença. Tampouco o que ela contém serve para identificar a ação, pois tanto o pedido quanto a causa de pedir são definidos e determinados na petição inicial. Somente os fundamentos de fato

e de direito que embasam o pedido inicial constituem a causa de pedir, **não os fundamentos da defesa**, o que é de grande relevância para a identificação das ações, e terá importantes consequências em relação aos fenômenos da litispendência e da coisa julgada.

Mas a contestação **amplia a cognição do juiz**, uma vez que, na sentença, ele terá de examinar não apenas os fundamentos da pretensão inicial, mas os de defesa.

A regra é de que na contestação o réu não possa formular pedidos contra o autor, exceto o de que as pretensões dele sejam desacolhidas. Se quiser apresentar pedidos de outra natureza, terá de valer-se da reconvenção. Mas há ações — denominadas dúplices — em que o réu pode valer-se de contestação não só para defender-se, mas também para formular pretensões em face do autor, sem que haja a necessidade da reconvenção.

2.4.2. Conteúdo da contestação

O art. 300 do CPC estabelece que "compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir".

Esse dispositivo consagra o **princípio da eventualidade**, em relação ao direito de defesa: cumpre ao réu, na própria contestação, apresentar todas as razões que possam levar ao desacolhimento do pedido, ainda que não sejam compatíveis entre si. Pode, por exemplo, apresentar vários fundamentos de defesa, em ordem sucessiva para, caso o juízo eventualmente não acolha os primeiros, possa aceitar os últimos. Todas as razões de defesa devem, em suma, estar **concentradas** na contestação, uma vez que o réu não terá outra oportunidade de alegá-las. É preciso, porém, lembrar que as defesas podem ser classificadas em duas categorias: as de ordem pública, que poderiam ser conhecidas de ofício, e que não precluem, se não alegadas na primeira oportunidade **(objeções)**; e as que não são de ordem pública, e que precluirão, se não alegadas **(exceções)**.

O réu deverá apresentar, em sua defesa, tanto umas quanto outras. Mas com a ressalva de que uma omissão em relação às exceções as tornará preclusas, o que não ocorre com as objeções, que poderão ser alegadas mais tarde, pois poderiam até mesmo ser conhecidas de ofício. **A omissão do réu em relação às objeções não implica preclusão**, mas pode ensejar a aplicação das sanções previstas no art. 22, do CPC.

2.4.2.1. Espécies de defesa que poderão ser apresentadas

As defesas podem ser classificadas em três categorias:

- **processuais, cujo acolhimento implique extinção do processo sem julgamento de mérito** (por exemplo, a falta de condições da ação ou pressupostos processuais);
- **processuais, que não impliquem extinção do processo**, mas a sua dilação (como a incompetência do juízo ou o impedimento do juiz, que, se acolhidos, determinarão a remessa dos autos a outro juízo ou juiz);
- **defesas substanciais ou de mérito**.

Antes de apreciar as defesas de mérito, o juiz precisa examinar as processuais, por isso mesmo, chamadas preliminares.

2.4.2.2. Preliminares

O art. 301, do CPC, enumera as **preliminares**, questões que devem ser apreciadas pelo juiz antes do passar ao exame do mérito. São as defesas de cunho processual, que podem ser de duas espécies: cujo acolhimento implique a extinção do processo; ou resulte apenas em sua dilação.

Como exemplos da primeira espécie, citados no art. 301: a inépcia da petição inicial, perempção, litispendência, a coisa julgada a convenção de arbitragem e a carência da ação; como exemplos da segunda: a inexistência ou nulidade de citação (que não implicará a extinção do processo, mas a necessidade de fazer ou renovar a citação), a incompetência absoluta, a conexão.

O rol do art. 301 não é taxativo. Há outras defesas processuais que não foram mencionadas, como a falta do recolhimento de custas e o descumprimento do art. 268, do CPC.

As preliminares, à exceção do compromisso arbitral, devem ser conhecidas pelo juiz **de ofício**. Por isso, não precluem, ainda que não alegadas na contestação.

2.4.2.3. Defesa substancial ou de mérito

Depois de arguir eventuais preliminares, o réu apresentará, na mesma peça, a sua defesa de fundo, de mérito, que pode ser de dois tipos: **direta ou indireta**.

A defesa direta é aquela que nega os fatos que o autor descreve na inicial, ou os efeitos que deles pretende retirar; a indireta é aquela em que o réu, embora não negando os fatos da inicial, apresenta outros que modifiquem, extingam ou impeçam os efeitos postulados pelo autor.

Por exemplo: em ação de indenização por acidente de trânsito,

haverá defesa direta se o réu negar que houve o acidente, ou que ele ocorreu na forma descrita na petição inicial; haverá defesa indireta se o réu reconhecer que houve o fato na forma narrada, mas alegar que já pagou, que houve prescrição da pretensão indenizatória, ou que as partes já transigiram sobre a questão.

A alegação de prescrição e decadência constitui defesa substancial indireta, cujo exame deve **preceder ao das demais defesas substanciais**, pois, se acolhida, implicará a extinção do processo com julgamento de mérito, sem necessidade de apreciação das demais alegações. Por isso, há quem as denomine **"preliminares de mérito"**.

2.4.2.4. Impugnação específica e genérica

O réu tem o **ônus de impugnar especificamente os fatos narrados na petição inicial, sob pena de presumirem-se verdadeiros**. Cada fato constitutivo do direito do autor deve ser impugnado pelo réu. É o que dispõe o art. 302, do CPC: "cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados...".

Mas há exceções à regra do ônus da impugnação especificada. O parágrafo único do art. 302 estabelece que tal ônus **não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao Ministério Público**. Estes podem contestar por negativa geral, sem impugnar especificamente os fatos, tornando-os ainda assim controvertidos, sem presunção de veracidade.

Por exemplo: se o curador especial contesta por negativa geral, por falta de elementos para a contestação especificada, o réu, **conquanto revel, não sofrerá o efeito da revelia** consistente na presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial.

2.4.2.5. Indicação de provas e documentos

O art. 300 determina que compete ao réu não só alegar todas as matérias de defesa, na contestação, mas ainda especificar as provas que pretende produzir. Trata-se de ônus equivalente ao imposto ao autor, na petição inicial.

Mas tem havido tolerância quanto ao cumprimento desse requisito, sobretudo porque, se o réu alega fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor, caberá a este oferecer réplica, e só então eles tornar-se-ão controvertidos. Seria temerário exigir do réu que, já na contestação, pudesse precisar todas as provas necessárias para a demonstração daquilo que alegou. Por isso, entende-se que **a falta de**

protesto por provas não implica a perda de oportunidade para requerê-las posteriormente.

A contestação, tal como a inicial, deve vir acompanhada dos documentos essenciais que comprovem as alegações. Trata-se de exigência do art. 396, do CPC que, no entanto, tem sido interpretado com largueza. O juiz não deixará de receber a contestação, nem mandará desentranhá-la se já juntada aos autos, apenas porque desacompanhada de documentos comprobatórios. Ela permanecerá nos autos, e os documentos poderão ser juntados posteriormente, desde que deles se dê ciência à parte contrária (arts. 397 e 398, do CPC). **Se não juntados, o juiz apenas considerará não provados os fatos, que por meio deles seriam demonstrados**.

2.4.3. Defesas que podem ser apresentadas depois da contestação

O princípio da concentração da defesa exige do réu que alegue, na contestação, tudo aquilo que sirva para resistir à pretensão inicial. A contestação é o contraposto da petição inicial: nesta, o autor deve formular todos os pedidos e apresentar os respectivos fundamentos; naquela, o réu deve oferecer todas as defesas que tiver.

Mas o art. 303, do CPC, apresenta algumas alegações que o réu pode apresentar *a posteriori*. São as:

- **relativas a direito superveniente:** essa hipótese relaciona-se com a do art. 462, que determina ao juiz que leve em consideração, ao prolatar a sentença, os fatos e o direito superveniente. Por isso, conquanto o inciso fale apenas em direito superveniente, deve-se estender a possibilidade de alegação posterior também aos fatos, uma vez que o art. 462 é expresso;
- **que competir ao juiz conhecer de ofício:** as objeções processuais, defesas que digam respeito a matérias de **ordem pública**. Em regra, as defesas processuais (entre as quais as preliminares, mencionadas no art. 301, com exceção do compromisso arbitral). Não se sujeitam à preclusão, se não alegadas na primeira oportunidade. Mas há também defesas substanciais, que podem ser conhecidas de ofício, como **a prescrição e a decadência**;
- **por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo ou juízo:** essa hipótese coincide, ao menos em parte, com a anterior, pois as matérias que o réu, por autorização legal, pode apresentar depois são as de ordem pública, não sujeitas à preclusão.

Embora o réu possa alegar *a posteriori* tais matérias, a sua omissão em relação àquelas dos incs. II e III ensejará aplicação da sanção prevista no art. 22, do CPC: "O réu que, por não arguir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento

da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido, honorários advocatícios". Mas a imposição dessa pena **fica condicionada à verificação de má-fé, de malícia, por parte do réu**. O juiz só a aplicará se constatar que o réu retardou propositalmente o desfecho do processo.

CONTESTAÇÃ	
Características	**Prazo**
Peça de defesa por excelência, deve veicular toda a defesa do réu. É a peça que se contrapõe à petição inicial, servindo para que o réu	No procediment ordinário, a contestação deve ser apresentada no prazo de quinze dias. Se o réu for MP ou Fazenda

resista à pretensão do autor. Pelo princípio da eventualidade, todas as defesas, ainda que não compatíveis entre si, devem figurar na contestação.

Pública, o prazo será e quádruplo. Havendo litisconsorte: com advogados diferentes, será em dobro. No procedimento sumário, a contestação deve ser apresentada até a audiência

inicial; e nos procediment especiais, n prazo fixado em lei.

2.5. Exceções rituais

2.5.1. Introdução

Toda a defesa, em regra, deve ser apresentada na contestação. Mas há algumas matérias que devem ser alegadas por meio de um incidente, **autuado em apenso, cuja apresentação tem o condão de suspender o processo, até que seja solucionado**. A esse incidente dá-se o nome de exceção ritual, e as matérias que devem ser por ele alegadas são apenas três: **a incompetência relativa do juízo, o impedimento e a suspeição do juiz**.

As exceções rituais vêm tratadas no capítulo referente à resposta do réu, e são incluídas como tal no art. 297, do CPC. Mas nem sempre serão apresentadas pelo réu: a incompetência relativa só poderá ser alegada por ele, mas **o impedimento e a suspeição do juiz podem ser alegados por qualquer dos litigantes, mesmo pelo autor**.

Todas as exceções constituem defesas processuais indiretas: o objetivo não é levar à extinção do processo sem julgamento de mérito, mas à correção de um vício, relacionado à incompetência do juízo ou à parcialidade do juiz.

No Livro II, capítulo 5, item 1.1.3, supra, já se tratou da natureza de cada uma dessas espécies de alegação: a incompetência relativa tem natureza de exceção em sentido estrito; o impedimento, de objeção; e a suspeição, uma natureza híbrida ou mista. Também foram examinadas as consequências da falta de alegação de cada uma, no prazo previsto em lei.

2.5.2. Exceção como incidente

A exceção ritual é um incidente autuado em apenso, **não um novo processo**. Por isso, a petição não precisa preencher os requisitos do art. 282, do CPC. Basta que o suscitante indique as razões pelas quais entende que o juízo é incompetente, ou o juiz impedido ou suspeito.

O juiz julga a exceção por meio de decisão interlocutória, contra a qual a parte inconformada poderá interpor agravo, não apelação.

A incompetência relativa diz respeito ao juízo, não ao juiz. Por isso, **será julgada por ele mesmo**; já o impedimento e a suspeição não poderão ser julgados pelo próprio juiz, porque dizem respeito a ele. Quando suscitadas, o juiz pode reconhecer-se impedido ou suspeito, e transferir a condução do processo ao seu substituto automático; se não, **deverá remeter o incidente à segunda instância, a quem competirá julgá-lo**.

2.5.3. Legitimidade

A exceção de incompetência segue regras um tanto diferentes das de impedimento e suspeição, porque diz respeito ao juízo, enquanto as últimas referem-se ao juiz pessoalmente.

Na primeira, o suscitante (excipiente) será sempre o réu, o suscitado (excepto) o autor. Sendo este quem escolheu o foro onde propor a ação, não pode arguir a incompetência relativa. Apresentado o incidente, o juiz ouvirá o autor, e julgará.

Nas exceções de suspeição e impedimento, o suscitante pode ser qualquer dos litigantes (art. 304, do CPC), porque o autor não escolhe o juiz para o qual a causa é dirigida. **O suscitado será o próprio juiz**. Se

reconhecer o alegado pelo suscitante, transferirá a condução do processo ao substituto automático; se não, remeterá o incidente à superior instância.

Discute-se se o Ministério Público, enquanto fiscal da lei, poderia opor exceção de incompetência relativa. A resposta há de ser negativa, porque não é matéria de ordem pública: **alegá-la ou não fica na esfera de conveniência do réu, que pode preferir que o processo permaneça onde está**. Nesse sentido, o acórdão do STJ, proferido em embargos de divergência, publicado em *RT* 835/164.

Pela mesma razão, o incidente não pode ser suscitado pelo assistente simples, que não é o titular da relação jurídica discutida no processo. Mas pode pelo assistente litisconsorcial, que tem os mesmos poderes que as partes.

Já as exceções rituais de impedimento e suspeição poderão ser alegadas pelo Ministério Público fiscal da lei, e pelos assistentes em geral, já que tais matérias podem ser conhecidas de ofício pelo juiz.

Havendo pluralidade de partes, qualquer dos litisconsortes terá legitimidade para apresentar exceção. Esse direito estende-se **ao denunciado e ao chamado ao processo** que, citados, passam a considerar-se litisconsortes do denunciante.

2.5.4. Prazo

A regra geral sobre o prazo das exceções é estabelecida no art. 305, do CPC: "Este direito pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de 15 dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição".

Mas é necessário fazer uma distinção entre o termo inicial para a exceção de incompetência, de um lado; e de impedimento e suspeição, de outro.

A incompetência existe desde o momento da propositura da demanda, e o réu terá ciência disso desde o momento em que foi citado. Por isso, **o prazo para a exceção de incompetência é o da contestação:** se o réu contestar sem apresentá-la, terá renunciado ao direito. Portanto, o prazo não será necessariamente de quinze dias, mas o de resposta. Se o procedimento for sumário, até a data da audiência inicial; se for especial, até o fim do prazo de contestação.

Mas a exceção não precisa ser apresentada junto com a contestação, mas no prazo desta. Pode ser, como ocorre com frequência, que seja apresentada antes, caso em que o prazo para de contestação e outras formas de resposta ficará suspenso. Pode até ser apresentada simultaneamente à

contestação (embora em peças separadas, já que é autuada em apenso). **O que não se admite é que seja apresentada após a contestação**.

Quando presentes situações que dilatam o prazo de contestação, como as dos arts. 188 e 191, o prazo para as exceções também se dilatará.

Já as causas de impedimento e suspeição **podem não existir *ab initio*, ou podem ser ignoradas pelas partes, que só no curso do processo venham a descobri-las**.

Será preciso, então, distinguir: se a causa de impedimento ou suspeição era preexistente, de conhecimento do réu desde o momento em que ele foi citado, o prazo para apresentar a exceção será o da resposta; se for posterior, ou só vier a ser descoberta *a posteriori*, o prazo será o de quinze dias, a contar da ciência.

Não se pode esquecer que o impedimento e a suspeição podem ser arguidos **também pelo autor**, que terá sempre o prazo de quinze dias, a contar da ciência das respectivas causas. Se sabia desde a propositura da demanda, a partir de então terá início o prazo; se só veio a saber posteriormente, os quinze dias fluirão da ciência.

2.5.5. Apresentação

As exceções serão apresentadas em petição escrita (art. 297, do CPC), dirigida ao juiz da causa. A de incompetência relativa, conquanto dirigida a ele, pode ser protocolizada **no juízo de domicílio do réu**, com requerimento de imediata remessa ao juízo que determinou a citação (art. 305, parágrafo único). Esse dispositivo, introduzido pela Lei n. 11.280/2006, pôs fim a um problema antigo: quando o autor propunha a demanda em foro incompetente, o réu, citado, era obrigado a dirigir-se até lá — o que podia exigir grande sacrifício — para apresentar a exceção. A lei agora determina o encaminhamento da peça pelo próprio Judiciário.

Ao formular a exceção, o excipiente indicará as causas pelas quais entende que o juízo é incompetente ou o juiz, parcial.

2.5.6. Suspensão do prazo

O art. 306 do CPC estabelece que "recebida a exceção, o processo ficará suspenso (art. 265, III), até que seja definitivamente julgada".

O dispositivo fala em suspensão de prazo: cessada a causa, **ele voltará a correr pelo restante, do ponto em que havia parado**.

A regra vale tanto para as exceções de incompetência como de impedimento e suspeição. A razão é: havendo possibilidade de que venha a ser reconhecida a incompetência do juízo ou a parcialidade do juiz, é

necessário que não se pratiquem novos atos processuais, para que não se possam alegar nulidades decorrentes de uma coisa ou de outra.

O dispositivo menciona que o prazo fica suspenso a partir do recebimento da exceção. Se assim fosse, o excipiente correria um risco, decorrente de eventual demora ou até de não recebimento. Por isso, o prazo fica suspenso **desde o momento em que a exceção é protocolada. Ainda que venha a ser indeferida de plano, o prazo terá ficado suspenso, desde o protocolo até a rejeição**.

Quando a exceção deve ser apresentada no prazo de contestação — o que ocorrerá sempre com a de incompetência, e também com a de impedimento e suspeição preexistentes — desde o seu protocolo o prazo ficará suspenso. Isso traz uma questão de grande importância prática: se o réu apresentá-la no último dia do prazo de resposta (por exemplo, no procedimento ordinário, no 15º dia a contar da juntada aos autos do AR ou do mandado de citação), sem oferecer desde logo a sua contestação, como ficará o prazo após o julgamento da exceção? O excipiente o terá perdido?

Há decisões no sentido de que, se a exceção for rejeitada, não restará mais prazo para oferecer contestação. Mas a melhor solução é a alvitrada por Theotônio Negrão: "'Data venia', não é assim: se foi oposta no último dia, correram apenas 14 dias do prazo, e não 15, porque o 15º dia não correu por inteiro; resta, pois, ao excipiente mais um dia para opor a sua contestação, a ser contado na forma do art. 184"[3].

A suspensão do prazo estende-se até o julgamento da exceção. A redação do art. 306 alude ao julgamento definitivo, o que poderia sugerir que, havendo recurso, o processo permaneceria suspenso. E há efetivamente decisões nesse sentido.

Mas a jurisprudência mais recente, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, orienta-se, com razão, no sentido de que a suspensão **estende-se tão somente até o julgamento da exceção em primeiro grau, uma vez que o recurso cabível contra a decisão — agravo de instrumento — não é dotado de efeito suspensivo**. Nesse sentido, o AgRg no Ag 843528, Rel. Min. Fernando Gonçalves, publicado no *DJE* de 16.02.2009.

Não sendo acolhida a exceção, o prazo volta a correr a partir da data em que as partes forem intimadas, o que normalmente ocorrerá com a publicação do decidido, no *Diário Oficial*. Se houver o acolhimento, far-se-á a remessa dos autos ao juízo competente, ou ao substituto automático do juiz impedido ou suspeito. Por isso, para que o prazo volte a correr, não basta a intimação das partes. É preciso que os autos cheguem ao novo juízo, que deverá então intimá-las, dando-lhes ciência da chegada dos autos (nesse

sentido, *RSTJ* 46/250 e 151/360).

A suspensão impedirá a prática de todos os atos processuais, exceto os urgentes.

2.5.7. Exceção de incompetência

Há dois tipos de incompetência: a absoluta e a relativa. A primeira é de ordem pública (objeção), não sujeita a preclusão, e pode ser conhecida de ofício e a qualquer tempo. É causa até mesmo para o aforamento de ação rescisória. Por isso, **pode ser alegada tanto pelo autor quanto pelo réu, em qualquer fase do processo**, sendo uma das **preliminares de contestação** (art. 301, II). Mas, dada a sua natureza, ainda que o réu, ou o autor, a alegue em outra oportunidade, o juiz não se eximirá de conhecê-la.

Já a incompetência relativa não constitui matéria de ordem pública, devendo ser alegada pelo réu, **por via de exceção**, no prazo de resposta, sob pena de preclusão (súmula 33, do STJ).

Conquanto haja grande controvérsia a respeito, há numerosas decisões do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, a alegação de incompetência relativa no bojo da contestação — e não por exceção — constituiria mera irregularidade, que não prejudicaria o seu conhecimento, salvo se do equívoco pudesse advir algum tipo de prejuízo para a parte contrária (nesse sentido, *RT* 806/139, o CC 86962, Rel. Humberto Gomes de Barros, publicado no *DJU* de 03 de março de 2008; e o REsp 885.960, Rel. Humberto Martins, publicado no *DJU* de 15 de agosto de 2007).

Tais decisões privilegiam o princípio da instrumentalidade das formas, e têm predominado. Parece-nos, no entanto, que diante do que dispõe expressamente o art. 112, do CPC, a falta de exceção impediria o juízo de conhecer da incompetência relativa.

Na petição, que deverá vir fundamentada e instruída, e que será autuada em apenso, o excipiente indicará o juízo para o qual declina a competência. Eventual equívoco não o prejudicará, cabendo ao juízo que acolher a exceção remeter os autos para o juízo competente, ainda que não o indicado.

Quando verificar, desde logo, que a exceção é inadmissível, está fora de prazo, ou é manifestamente descabida, o juiz a indeferirá de plano.

Se a receber, mandará **intimar** o autor excepto a manifestar-se em dez dias, decidindo em igual prazo. Se necessário, marcará audiência de instrução, para colheita de prova oral. Por exemplo, se o réu alegar que seu domicílio não é aquele indicado pelo autor, e a prova do alegado exigir a ouvida de testemunhas. Após a audiência, o juiz decidirá em dez dias.

A exceção é julgada pelo juiz que preside o processo, e contra a decisão caberá recurso de agravo de instrumento e não retido, porque a questão da competência tem de ser resolvida logo, e não remetida para exame somente após a sentença.

A decisão do juiz que acolhe a exceção não vincula aquele para o qual os autos são remetidos que, se não concordar, suscitará conflito negativo de competência.

2.5.8. Exceção de impedimento e suspeição

O CPC enumera as causas de impedimento e suspeição nos arts. 134 e 135, respectivamente. Em regra, as primeiras são de natureza objetiva e as segundas, de natureza subjetiva.

As causas de impedimento são muito mais graves que as de suspeição. Ambas podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, mas **somente o impedimento gerará nulidade absoluta, capaz de ensejar posterior ajuizamento de ação rescisória**.

A suspeição soluciona-se no curso do processo: ou a parte interessada a alega, por via de exceção, no prazo previsto em lei, **ou haverá preclusão**. **O impedimento não preclui nem para as partes, nem para o juiz, podendo ser alegado a qualquer tempo; já a suspeição, se não alegada no prazo, preclui para as partes, mas não para o juiz, que de ofício e a qualquer tempo, poderá reconhecê-la**.

É preciso distinguir: o impedimento pode ser alegado a qualquer tempo. Mas a exceção de impedimento deve ser apresentada no prazo de quinze dias, a contar da ciência de sua causa. Isso significa que, ultrapassado esse prazo, o impedimento ainda pode ser alegado, mas não mais por meio de exceção ritual, que constitui incidente em separado, com o condão de suspender o processo.

A exceção de suspeição e de impedimento pode ser **apresentada tanto pelo autor quanto pelo réu, diferentemente da de incompetência, exclusiva deste**. A petição será dirigida ao juiz da causa, e deverá ser fundamentada, com a indicação das razões pelas quais a parte entende que o juiz não é imparcial. Ela poderá ser instruída com documentos e conter rol de testemunhas. Deve indicar com clareza qual o juiz impedido ou suspeito, **uma vez que a parcialidade não é do juízo, mas de determinado juiz**. Tem prevalecido o entendimento de que não há necessidade de procuração com poderes especiais, para que o advogado possa suscitar o incidente.

A peculiaridade desse incidente é que **o excepto não será a parte contrária, mas o próprio juiz da causa**. O adversário no processo nem

sequer se manifesta.

Apresentada a exceção, o juiz da causa poderá adotar uma entre duas posturas possíveis:

- reconhecer a causa de impedimento ou suspeição, passando a condução do processo ao seu substituto automático. Nesse caso, a exceção não será remetida à apreciação da instância superior. **Da decisão do juiz que se reconheceu impedido ou suspeito não cabe recurso**.
- negar a causa de impedimento ou suspeição que lhe é imputada. Nesse caso, apresentará as razões de sua negativa, no prazo de dez dias, instruindo a sua manifestação com eventuais documentos e rol de testemunhas.

Em seguida, enviará a exceção para órgão de superior instância, competente para o seu julgamento. Não cabe ao próprio juiz da causa decidir da sua imparcialidade, mas a órgão do Tribunal ao qual está subordinado. No Estado de São Paulo, a Câmara Especial do Tribunal de Justiça.

Uma das condutas descritas anteriormente terá de ser tomada; o juiz não pode, por exemplo, indeferir a inicial da exceção — ainda que por intempestividade ou desobediência à forma legal — porque não é ele quem a julga.

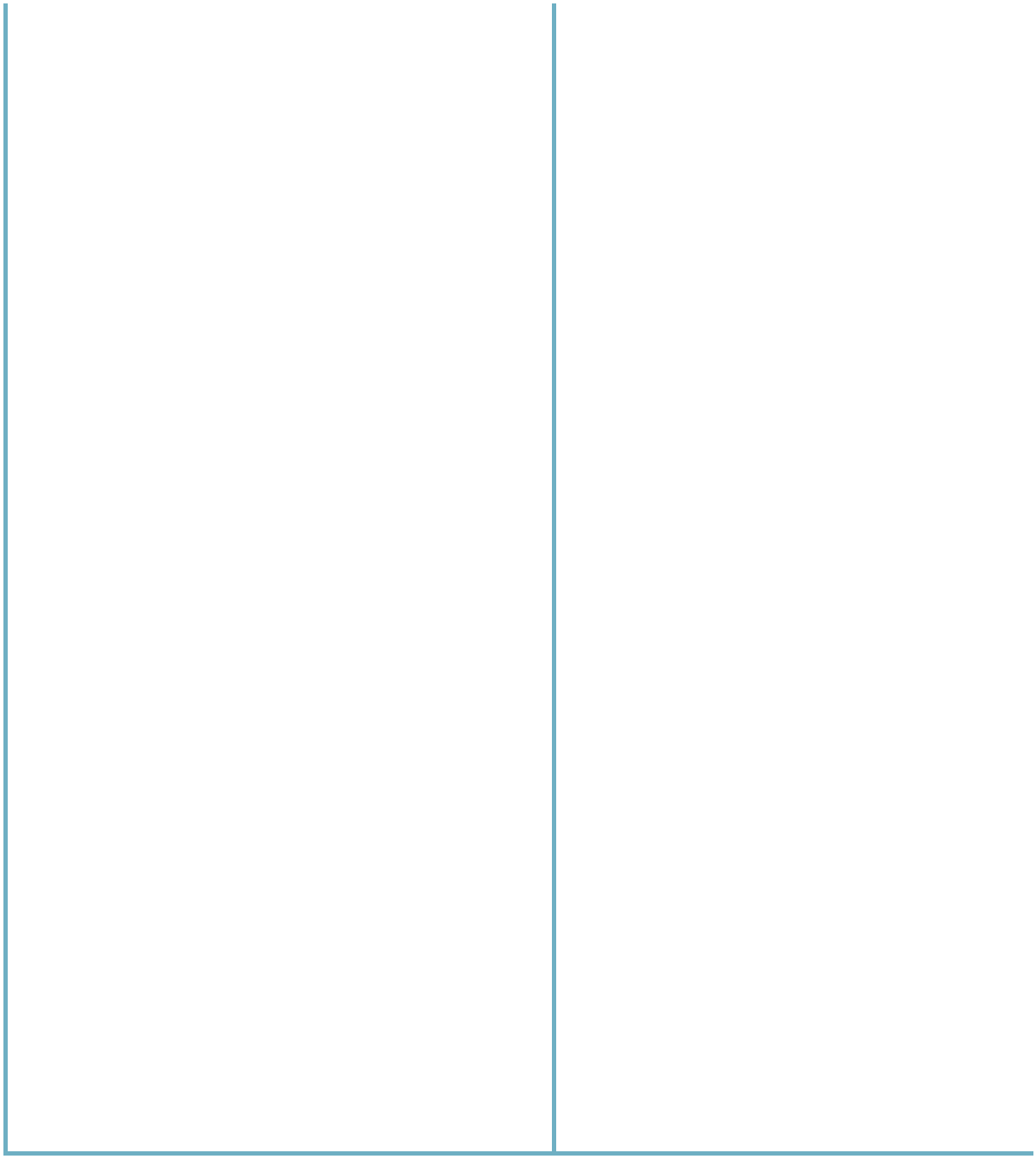
O órgão julgador, verificando que a exceção não preenche os requisitos de admissibilidade ou que não tem fundamento legal, a rejeitará, determinando o seu arquivamento. Do contrário, a acolherá e determinará a substituição do juiz, condenando-o ao pagamento das custas do incidente. Caberá a esse mesmo órgão deliberar sobre a validade dos atos processuais praticados pelo juiz suspeito ou impedido. Havendo necessidade, antes de decidir, o Tribunal poderá colher as provas necessárias, designando audiência para ouvir as testemunhas arroladas.

Da decisão do Tribunal que acolher a exceção, não cabe recurso do juiz. Mas, da que não a acolher, poderá caber, preenchidos os requisitos, recurso especial ou extraordinário.

Se o fato causador do impedimento ou suspeição só vir à luz depois de prolatada a sentença, a medida adequada será recorrer dela, suscitando a sua nulidade, por ter sido proferida por juiz parcial. Mas se tiver já transitado em julgado, restará apenas, na hipótese de impedimento, propor ação rescisória.

EXCEÇÕES	CABIMENTO
Incompetência	Hipóteses de incompetênci relativa, já que a absoluta dev ser arguida como preliminar em contestação.

Impedimento e suspeição	Nas hipótese previstas nos arts. 134 e 135, do CPC



2.6. Reconvenção

2.6.1. Introdução

Dentre as modalidades de resposta previstas no art. 297, do CPC, destaca-se a reconvenção, que se distingue das demais por **não constituir um mecanismo de defesa, mas de contra-ataque**.

Em regra, na contestação o réu não pode formular pretensões em face do autor, salvo a de que os pedidos por este formulados sejam julgados improcedentes. A exceção são as ações dúplices, nas quais a lei o autoriza a fazê-lo.

Afora as ações dúplices, **se o réu quiser formular pretensões em face do autor, terá de valer-se da reconvenção**. A contestação não amplia os limites objetivos da lide: o juiz se limitará a apreciar os pedidos formulados pelo autor, acolhendo-os ou não. A reconvenção sim: o juiz terá de decidir não apenas os pedidos do autor mas também os apresentados pelo réu, na reconvenção.

Não cabe reconvenção, portanto, apenas para que o réu postule a improcedência do pedido inicial, uma vez que isso não exige ação autônoma, bastando a contestação. A reconvenção pressupõe que o réu queira algo mais do autor, que não se satisfaça com a mera improcedência, e queira formular pretensões em face dele.

O que justifica a reconvenção é a economia e maior eficiência do processo, pois as pretensões de ambos os litigantes serão julgadas de uma só vez. Mas também — e sobretudo — a possibilidade de se afastar o risco de decisões conflitantes. Afinal, a pretensão formulada pelo réu tem de ser conexa com a do autor ou com os fundamentos de defesa. Sem a possibilidade de reconvir, o réu teria de valer-se de processo autônomo, julgado por outro juiz. E se juízes diferentes julgam pretensões conexas, há sempre o perigo de resultados incompatíveis.

2.6.2. Natureza da reconvenção

A reconvenção é uma nova ação, pois aciona o judiciário a proferir uma resposta às pretensões formuladas pelo réu. A peculiaridade reside em que **não forma um novo processo**. A ação principal e a reconvenção terão um processamento conjunto, e serão julgadas por uma só sentença. Haverá duas ações em um único processo. O réu que tenha pretensões contra o autor não precisa valer-se da reconvenção, podendo, se quiser, ajuizar nova demanda independente, que formará um processo autônomo. E, às vezes, terá de o fazer, quando as suas pretensões não forem conexas com a ação principal ou com os fundamentos de defesa (art. 315). Mas, mesmo que o forem, o réu poderá optar por ajuizar ação própria, criando com isso um processo autônomo; com a ressalva de que, verificando-se a conexidade entre as duas ações, será determinada a reunião dos processos, na forma do art. 105, do CPC.

Uma vez que a reconvenção não cria um novo processo, se o juiz indeferi-la de plano, não estará proferindo sentença, pois não porá fim ao processo ou à fase condenatória. **O ato será decisão interlocutória, que desafiará a interposição de agravo**.

A pretensão do réu reconvinte em face do autor reconvindo pode ser de natureza condenatória, constitutiva ou declaratória. Não é necessário que

seja da mesma natureza que a formulada pelo autor. É possível reconvenção condenatória em ação declaratória e vice-versa, por exemplo.

2.6.3. Independência da reconvenção

Conquanto ação e reconvenção processem-se em conjunto, para que possam ser julgadas juntamente, há relativa independência entre elas. O art. 317 estabelece que: "A desistência da ação, ou a existência de qualquer causa que a extinga, não obsta ao prosseguimento da reconvenção", o que se justifica por ser uma nova ação. O réu dificilmente faria uso da reconvenção, se o prosseguimento ou desfecho desta ficasse condicionado ao da ação original.

Afora as hipóteses de extinção sem julgamento de mérito da ação ou da reconvenção, a regra é que ambas sejam julgadas por uma só sentença. Mas há ainda a possibilidade de o juiz acolher a prescrição ou decadência da pretensão formulada na ação original, extinguindo-a com resolução de mérito, e determinar o prosseguimento da reconvenção, ou vice-versa.

2.6.4. Processos e procedimentos em que cabe a reconvenção

A reconvenção é própria do processo de conhecimento: não cabe em processos de execução, nem cautelares.

Dentre os de conhecimento, só nos de jurisdição contenciosa; nos de jurisdição voluntária, não.

Também **não é admissível nos de procedimento sumário**. Embora o art. 280 do CPC não mencione expressamente a reconvenção, a possibilidade de o réu formular pretensão em face do autor na contestação (o pedido contraposto, autorizado pelo CPC, art. 278, § 1º) afasta o interesse em apresentá-la. O art. 315, § 2º, do CPC, que foi revogado, trazia expressa proibição à reconvenção nas ações de procedimento sumário. Mas a sua revogação não a autorizou: a vedação é, agora, implícita e decorrente do caráter dúplice dessas ações.

Os procedimentos especiais podem ser de dois tipos: os que, com a apresentação de resposta do réu, passam a ser comuns; e os que permanecem especiais, mesmo depois da resposta, isto é, que têm peculiaridades ao logo de todo o curso. Só cabe reconvenção nas do primeiro tipo, como, por exemplo, nas monitórias, em que, oferecida a resposta, segue-se o procedimento comum. Nesse sentido, a súmula 292 do STJ: "A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário".

Não cabe reconvenção em embargos de devedor, nem nos processos de liquidação. Mas sim em ação rescisória, desde que a pretensão do réu

seja desconstituir a mesma sentença ou acórdão, embora por fundamentos diversos.

Por fim, não cabe reconvenção nas ações que corram no Juizado Especial Cível, uma vez que ela não se coaduna com a presteza do rito. Mas o art. 31 da Lei n. 9.099/95 admite que o réu formule, em sua contestação, pedido contraposto ao do autor.

2.6.5. Prazo

O art. 299 é expresso: "A contestação e a reconvenção serão oferecidas simultaneamente, em peças autônomas...".

Não basta que a reconvenção seja apresentada no prazo de contestação. **É preciso que seja oferecida simultaneamente**. Portanto, se o réu contestar sem reconvir, não poderá mais fazê-lo, porque terá havido **preclusão consumativa**. E vice-versa.

Mas isso não significa que o réu precise contestar para reconvir. É possível a reconvenção sem que o réu conteste, caso em que deverá ser apresentada no prazo que o réu teria para contestar. O que a lei manda é que, se o réu desejar apresentar as duas coisas, ele o faça simultaneamente, porque se apresentar apenas uma sem a outra, haverá preclusão consumativa.

Se o réu não contestar, mas reconvir, não será revel, porque terá comparecido ao processo, e se manifestado. Portanto, deverá ser intimado de todos os atos processuais subsequentes. Mas serão presumidos os fatos narrados na petição inicial? Depende. Se, ao reconvir, **o réu apresentou fundamentos incompatíveis com os do pedido inicial, estes não se presumirão verdadeiros. Mas naquilo em que não houver tal incompatibilidade, haverá a presunção**.

Como os prazos estão atrelados, sempre que o de contestação for estendido, como, por exemplo, nas hipóteses dos arts. 188 e 191, do CPC, o de reconvenção também o será.

2.6.6. Peças autônomas

O art. 299 exige que **a contestação e a reconvenção venham em peças separadas**. Mas a jurisprudência majoritária orienta-se no sentido de que, se vierem em uma peça única, haverá mera irregularidade, e a reconvenção poderá ser recebida e processada como tal, desde que na peça única seja indicado o necessário para que ela seja identificada, isto é, as pretensões do réu em face do autor, e os respectivos fundamentos. Nesse sentido, *RT* 806/139.

2.6.7. Requisitos da reconvenção

A reconvenção — nova ação que é — exige o preenchimento das condições comuns a todas elas. E os pressupostos processuais: os mesmos requisitos que seriam exigidos se a reconvenção assumisse a forma de ação e de processo autônomos deverão ser observados por quem a apresenta.

Mas há requisitos específicos, necessários para a sua admissibilidade, que serão estudados em um item específico.

2.6.7.1. Conexidade

Estabelece o art. 315, *caput*, que "o réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa". A reconvenção está ligada à economia processual e ao afastamento do risco de decisões conflitantes: isso pressupõe a conexidade exigida pelo art. 315, pois não se justificaria o processamento, a instrução e o julgamento conjuntos se ela não existisse.

A conexão vem tratada no art. 103, do CPC, e pressupõe que duas ou mais ações tenham o mesmo objeto ou a mesma causa de pedir.

O art. 315 admite que a conexão se dê entre a reconvenção e a ação principal, ou entre aquela e os fundamentos da defesa.

Caberá reconvenção se o pedido ou a causa de pedir apresentados pelo réu reconvinte estiver relacionado com os da ação principal. Por exemplo: em ação declaratória de inexigibilidade de título de crédito, o réu pode reconvir pedindo a condenação do autor ao pagamento da dívida. Há conexão, porque o objeto das duas ações está relacionado à mesma dívida. Ou então, um dos cônjuges pode pedir a separação judicial por culpa do outro, e este reconvir, postulando a separação por culpa do primeiro. Cabe reconvenção porque o pedido nela formulado é também o de separação, como o da ação principal.

Mas a reconvenção também será admitida se houver conexão com os fundamentos da defesa, isto é, se o seu pedido ou causa de pedir estiverem relacionados **com os fundamentos da contestação, com as razões de fato e de direito expostas pelo réu, para justificar que o pedido inicial seja desacolhido**.

Por exemplo: se o réu, em contestação, alegar que o valor já tinha sido pago, e que a nova cobrança era indevida, poderá reconvir, pedindo a condenação do autor a pagar em dobro o que cobrou, na forma do art. 940, do CC. Tanto a defesa quanto o pedido de condenação estarão fundados na cobrança indevida daquilo que foi pago.

2.6.7.2. Competência

Para que caiba reconvenção, é preciso que **o mesmo juízo tenha competência para julgar o pedido principal e o reconvencional**. Não será admitida se o juízo for incompetente para o julgamento da reconvenção, desde que a incompetência seja absoluta. A relativa não autoriza o indeferimento da reconvenção, que pressupõe a conexidade, causa de modificação de competência. Por força da conexidade, o juiz poderá julgar a ação principal e a reconvencional.

2.6.7.3. Compatibilidade de procedimentos

Como a ação e a reconvenção terão um só processo, e serão julgadas conjuntamente, **é preciso que tenham procedimentos compatíveis**. Não cabe reconvenção em procedimento sumário, nem em procedimento especial, a menos que este siga pelo ordinário, com a resposta. Assim, só caberá reconvenção se ela também seguir o procedimento ordinário, ou procedimento que possa converter-se nele. Nada obsta, por exemplo, que o réu reconvenha pelo procedimento ordinário, abrindo mão do sumário a que teria direito, para que haja compatibilidade.

2.6.7.4. Que o autor não seja legitimado extraordinário

Essa é uma exigência do art. 315, parágrafo único, do CPC: "Não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem".

Se o autor é legitimado extraordinário, está em nome próprio, mas postulando direito alheio. Portanto, o direito que o autor invoca não é de sua titularidade, mas de terceiro. Ora, a reconvenção consiste em um contra-ataque do réu contra o autor. Se este é substituto processual, o réu estaria contra-atacando não o eventual titular do direito discutido em juízo, mas o seu substituto.

2.6.8. Reconvenção e os limites subjetivos da demanda

A redação do art. 315 do CPC parece não deixar dúvidas: "o réu pode reconvir ao autor no mesmo processo...". Portanto não poderia dirigir a reconvenção a outras pessoas que não o autor, o que afastaria a possibilidade de incluir, no polo passivo da reconvenção, outras pessoas além daquelas que formularam o pedido inicial.

Conquanto haja respeitável corrente doutrinária que assim pensa, parece-nos que ao art. 315 não se poderá dar interpretação literal. **É possível que o réu e uma pessoa estranha ao processo reconvenham em face do autor; e que o réu reconvenha em face do autor e de uma terceira pessoa que não figurava no processo**.

É preciso que, na reconvenção, o polo ativo seja ocupado por um dos réus, e o polo passivo, por um dos autores. Mas não é necessário que, nem no polo ativo, nem no passivo, figurem apenas uns e outros. A economia processual e o risco de decisões conflitantes justificam que se dê ao art. 315 uma **interpretação ampliativa, permitindo a inclusão de pessoas que não figuravam originariamente**. Nem se alegue que isso poderia implicar retardamento do processo originário, pois, não sendo possível a reconvenção, o réu irá propor ação autônoma que, dada a conexidade, acabará sendo reunida à primeira, do que resultará igual demora.

As possibilidades, portanto, são as seguintes:

- que, havendo vários réus, apenas um deles ajuíze reconvenção, em face de um, ou de mais de um dos autores;
- que havendo um só réu e vários autores, a reconvenção seja dirigida por aquele, em face de apenas um ou alguns destes;
- que o réu, ou os réus, associem-se a um terceiro que não figurava no processo, para formular o pedido reconvencional;
- que o réu formule a reconvenção em face do autor e de outras pessoas que não figurem no processo.

O que não se admite é que a reconvenção seja formulada somente por quem não é réu, ou em face de quem não é autor.

2.6.9. Procedimento da reconvenção

A petição inicial da reconvenção deve preencher os requisitos do art. 282, do CPC, indicando as partes, o pedido com suas especificações, os fatos e fundamentos jurídicos que o embasam, o valor da causa, e o pedido de intimação do autor, para que, querendo, conteste a reconvenção.

O juiz fará um exame de admissibilidade. Se indeferi-la de plano, poderá o reconvinte interpor agravo de instrumento.

Se a reconvenção for recebida, o juiz mandará processar a respectiva anotação pelo distribuidor (art. 253, parágrafo único).

Como a reconvenção sempre correrá pelo procedimento ordinário, **o juiz mandará intimar o autor a, querendo, oferecer resposta no prazo de quinze dias**. A intimação é feita na pessoa do advogado do autor, por meio de publicação no *Diário Oficial*: sua natureza é de **verdadeira citação**, uma vez que a reconvenção tem natureza de ação, e serve para veicular uma nova pretensão, do réu em face do autor. Por isso, ela produz efeitos de citação, como interromper eventual prazo de prescrição, constituir o devedor em mora, induzir litispendência e fazer litigiosa a coisa.

Quando, porém, no polo passivo da reconvenção, for incluído alguém

que até então não figurava, haverá necessidade de promover-lhe citação, pois ele não terá advogado constituído.

O prazo de contestação à reconvenção deverá observar o disposto nos arts. 188 e 191. Assim, se a Fazenda Pública ou o Ministério Público figurarem no polo ativo da ação principal, terão prazo em quádruplo para contestar a reconvenção. E se houver litisconsortes com advogados diferentes, os prazos serão em dobro.

O reconvindo, além de contestar a reconvenção, poderá oferecer nova reconvenção. Tem-se admitido a possibilidade de **reconvenções sucessivas**. Por exemplo: A ajuíza ação de cobrança em face de B. O réu contesta, alegando compensação entre aquela dívida e uma outra, decorrente de contrato celebrado entre eles, e reconvém, cobrando diferenças em seu favor, decorrente da compensação. O autor pode oferecer, então, uma segunda reconvenção, postulando a anulação do contrato, gerador do débito em que se funda a primeira reconvenção. Também é possível que, ao contestar a reconvenção, o autor formule pedido de denunciação da lide ou chamamento ao processo.

Não cabe ao reconvindo apresentar exceção ritual, pois ele será o autor, ou um dos autores, do pedido inicial.

A falta de contestação à reconvenção pode ou não gerar os efeitos da revelia. É preciso distinguir: se o que foi alegado na reconvenção é incompatível com os fundamentos de fato e de direito da petição inicial, não haverá presunção de veracidade. Mas se o pedido reconvencional for conexo, por exemplo, com os fundamentos da defesa, e estes não forem rebatidos pelo autor, nem em réplica, nem em contestação à reconvenção, haverá a presunção.

A instrução e o julgamento da ação originária e da reconvenção serão feitas em conjunto.

2.6.10. Reconvenção e ações de natureza dúplice

Algumas ações, por força de lei, têm natureza dúplice, pois permitem que o réu formule pretensões novas em face do autor, sem precisar reconvir. São exemplos as possessórias, as de procedimento sumário, as que correm no Juizado Especial Cível, as de prestação de contas e a renovatória.

Nas ações dúplices, os pedidos formulados na contestação não implicam nova ação. Haverá uma só e um só processo; porém, tal como ocorre na reconvenção, **os pedidos contrapostos passam a gozar de autonomia, em relação aos principais:** havendo desistência ou extinção, sem julgamento de mérito, das pretensões iniciais, o processo prosseguirá em relação aos pedidos formulados na contestação.

2.7. Ação declaratória incidental

2.7.1. Introdução

É também uma forma de resposta do réu, embora não tenha sido prevista como tal, no art. 297, do CPC. O réu deve apresentá-la na oportunidade de oferecer a sua resposta.

Mas isso não significa que o réu seja o único legitimado para oferecê-la, pois o autor também pode fazê-lo, no prazo e na forma do art. 325, do CPC.

A ação declaratória incidental pode ser ajuizada por qualquer das partes. Mas, quando pelo réu, deve ser apresentada no prazo de resposta, e constituirá uma das formas de resposta possíveis.

2.7.2. Finalidade

Antes do mérito, o juiz deve examinar duas ordens de questões antecedentes, chamadas prévias. **São elas as preliminares e as prejudiciais**.

Das preliminares já se tratou no item 2.4.2.2 supra. São as questões processuais, cujo acolhimento impede o exame do mérito. Os exemplos estão enumerados no art. 301, do CPC.

Já as questões prejudiciais são os pontos controvertidos cujo deslinde repercutirá sobre o julgamento de mérito. Por exemplo: em ação de alimentos, de procedimento ordinário, a paternidade, desde que controvertida, é prejudicial; se o juiz, na fundamentação da sentença, entender que o réu é pai do autor, a sentença possivelmente será de procedência; se entender que não, será certamente de improcedência.

O acolhimento de uma preliminar impede o julgamento de mérito. Já o exame da questão prejudicial não impede, mas repercute sobre o teor da decisão, podendo levar ao acolhimento ou à rejeição dos pedidos formulados.

A questão prejudicial não constitui o mérito da demanda: não é sobre ela que o juiz decidirá no dispositivo da sentença. Mas, para chegar ao resultado final, ele terá de, previamente, passar pela questão prejudicial, e o que concluir repercutirá no resultado.

A questão prejudicial é uma espécie de premissa sobre a qual assenta o julgamento. É apreciada na fundamentação da sentença, e sobre ela não recai a autoridade da coisa julgada material, por força do que dispõe o art. 469, III, do CPC.

No exemplo da ação de alimentos, de procedimento ordinário, para o juiz decidir, no dispositivo, se condena o réu ou não ao pagamento de pensão, terá de enfrentar, na fundamentação, a questão prejudicial da

paternidade. **Mas o que decidir a respeito não se tornará definitivo, pois não se revestirá da autoridade da coisa julgada material**. A questão prejudicial é decidida incidentemente e pressupõe controvérsia sobre questão que repercute no julgamento de mérito.

A ação declaratória incidental presta-se a que qualquer dos litigantes **postule ao juiz que se pronuncie sobre a questão prejudicial com força de coisa julgada, para que haja uma decisão definitiva sobre o tema**.

Ela provocará uma extensão dos efeitos objetivos da coisa julgada: o juiz se pronunciará em caráter definitivo não só sobre os pedidos formulados originariamente mas sobre a questão prejudicial. No exemplo da ação de alimentos, ele declarará a paternidade do réu em relação ao autor, com força de coisa julgada material. A questão prejudicial deixa de ser decidida incidentalmente, e passa a ser julgada em caráter definitivo. **Aquilo que seria apreciado *incidenter tantum* será examinado no dispositivo da sentença, com todas as consequências daí decorrentes**.

A ação declaratória incidental não amplia os limites da cognição do juiz, mas os limites objetivos da coisa julgada. A questão prejudicial teria de ser decidida mesmo que ela não fosse ajuizada, por constituir premissa do julgamento de mérito. A diferença é que, com a declaratória, o juiz a decidirá em caráter definitivo, não mais incidental.

2.7.3. Natureza

É nova ação, mas não cria um novo processo. Será processada em conjunto com a ação principal, e ambas serão julgadas pela mesma sentença. Sob esse aspecto, tem semelhanças com a reconvenção, conquanto esta só possa ser ajuizada pelo réu, e aquela por qualquer dos litigantes. **Somente pretensões declaratórias poderão ser formuladas por quem as ajuizar, jamais condenatórias ou constitutivas**.

2.7.4. Ação declaratória incidental e reconvenção

No item anterior, foi observado que a reconvenção e a ação declaratória incidental têm semelhanças entre si, pois ambas são ações incidentes que formam com a principal um único processo.

As principais diferenças resultam de que a reconvenção só pode ser apresentada pelo réu, e pode conter pretensões de todas as espécies, ao passo que a ação declaratória incidental poderá ser aforada por qualquer dos litigantes, e só conterá pretensões declaratórias.

Há ainda uma outra: **é que a reconvenção pode ser apresentada mesmo que o réu não conteste; ao passo que a ação declaratória incidental**

pressupõe questão prejudicial, que é a controvertida, que repercutirá sobre o julgamento do mérito. Ora, para que seja controvertida, é preciso que o réu tenha contestado.

Afora isso, são evidentes as semelhanças entre a reconvenção e a ação declaratória incidental ajuizada pelo réu, já que esta também veicula um pedido do réu em face do autor. Poder-se-ia até dizer que ação declaratória incidental é uma forma específica de reconvenção, com conteúdo estritamente declaratório.

2.7.5. Legitimidade para o ajuizamento

Como a ação declaratória incidental pressupõe questão prejudicial, isto é, controvertida, que terá de ser examinada pelo juiz antes do mérito, e que terá repercussão sobre ele, qualquer das partes estará legitimada a ajuizá-la.

O art. 325 do CPC alude apenas ao requerimento feito pelo autor, porque está no capítulo das providências preliminares, em que se dá a ele oportunidade de manifestar-se sobre a resposta dada pelo réu, podendo oferecer réplica e apresentar a ação declaratória. Mas o art. 5º do CPC alude à possibilidade de que ela seja aforada por ambos os litigantes. Também poderá ser apresentada pelos opoentes. Mas não pelos assistentes simples, nem pelo Ministério Público fiscal da lei. Tampouco pelo curador especial, cuja atribuição restringe-se a defender o réu, sem legitimidade para formular pedidos em nome dele.

2.7.6. Prazo

O prazo para que o autor a apresente vem expresso no art. 325, do CPC: "Contestando o réu o direito que constitui o fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de dez dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide". Esse prazo corre da data em que o autor toma ciência da contestação. Afinal, só então poderá saber quais são as questões controvertidas.

A lei não previu o prazo para o réu apresentar a ação declaratória incidental. Mas, como, ao contestar, ele já saberá quais as questões controvertidas, **deverá aforá-la simultaneamente com a contestação**. A ação declaratória incidental ofertada pelo réu apresenta grandes semelhanças com a reconvenção, o que justifica a aplicação analógica do art. 299, do CPC.

2.7.7. Requisitos

São quatro os requisitos fundamentais para a admissibilidade da ação

declaratória incidental. Cada qual será examinado em um item separado.

2.7.7.1. A existência de questão prejudicial

Esse é o requisito por excelência. **É preciso que haja uma questão controvertida, cujo exame deve ser feito antes do mérito, e que repercuta sobre ele**. Não se trata de matéria preliminar, aquela que envolve questão processual, de cujo desfecho resultará a possibilidade ou impossibilidade de exame de mérito.

Há uma ordem a ser observada: ao proferir a sentença, o juiz deve, antes do exame do mérito, apreciar as preliminares. Conforme o que resultar desse exame, o mérito nem será apreciado e o processo será extinto. Mas, se as preliminares forem afastadas, o juiz passará ao mérito, e, ao fazê-lo, na fundamentação da sentença, terá de examinar as questões controvertidas de cujo deslinde depende o resultado final, como a questão da paternidade nas ações de alimentos, em que ela é contestada. Essas são as prejudiciais, que poderão ser objeto da declaratória incidental.

2.7.7.2. Que o réu ofereça contestação

Esse requisito é decorrência natural do anterior. **Uma questão só será prejudicial se for controvertida, e, para tanto, é indispensável que o réu tenha oferecido resposta**. Nisso, a ação declaratória incidental distingue-se da reconvenção, que pode ser oferecida mesmo que o réu não tenha contestado.

2.7.7.3. Que a questão prejudicial recaia sobre a existência ou inexistência da relação jurídica

A pretensão formulada só pode ser declaratória, o que justifica o nome dado a essa forma de resposta. Não se admite outro tipo de pretensão, como a condenatória ou constitutiva.

Ocorre que as ações declaratórias só podem ter por fim a declaração de existência ou inexistência de relação jurídica ou autenticidade ou falsidade de documento. Mas estas últimas **deverão ser objeto do incidente de falsidade documental**; do que resulta que, nas ações declaratórias, só se poderá **discutir se uma relação jurídica existe ou não**. É o que diz o art. 5º, do CPC: "Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença". Não cabe ação declaratória a respeito de fatos.

2.7.7.4. Que o juízo seja competente para conhecê-la

Sendo incidental, a ação declaratória será processada junto com a principal. Mas, para tanto, **é preciso que o juízo tenha competência para conhecê-la, como tem para a ação principal**.

Se o juízo for incompetente, mas a incompetência for relativa, não haverá óbice, pois esta pode ser modificada por força da conexão que há entre as duas ações. Mas se a incompetência for absoluta, estará inviabilizado o ajuizamento da ação. O interessado poderá valer-se de ação declaratória autônoma.

2.7.8. Procedimentos em que não cabe

O âmbito das ações declaratórias incidentais é o dos **processos de conhecimento**. Não se pode admiti-las em processos de execução ou cautelar, nem nas ações de procedimento sumário, por força do disposto no art. 280, do CPC. Nas de procedimento especial, caberá tão somente quando, com a apresentação de resposta, prossigam pelo ordinário, como as monitórias, mas não naquelas em que o procedimento continue apresentado peculiaridades depois. Não cabe nos procedimentos do Juizado Especial Cível, dada a incompatibilidade com a agilidade que se exige.

2.7.9. Procedimento

A ação declaratória incidental é processada em *simultaneus processu*s com a ação principal. O réu a apresentará junto com a contestação, embora em peças autônomas; e o autor, no prazo de dez dias a contar da data em que for intimado do oferecimento da contestação. A inicial deve preencher os requisitos dos arts. 282 e 283, do CPC.

Apresentada, o juiz fará um prévio juízo de admissibilidade; se indeferi-la de plano, **proferirá decisão interlocutória, pois não porá fim ao processo, ou à fase de conhecimento, em primeiro grau**. O recurso adequado será o de agravo.

Se admiti-la, mandará anotar no distribuidor, e intimará o adversário para, querendo, apresentar resposta no prazo de quinze dias. A lei não faz referência expressa ao prazo, mas como ela só cabe em ações de procedimento ordinário, e de procedimento especial, que se converte em ordinário, o prazo há de ser esse.

A instrução e o julgamento serão conjuntos. **Ao julgar a ação declaratória incidental, o juiz decidirá, em caráter definitivo, e com força de coisa julgada material, aquela questão prejudicial que, não fosse ela, seria julgada apenas *incidenter tantum***. Tal questão teria de ser examinada pelo juiz de qualquer forma, mas, por força da declaratória, será examinada no dispositivo, em caráter definitivo.

2.8. Impugnação ao valor da causa

2.8.1. Introdução

O autor, na petição inicial, está **obrigado** a atribuir valor à causa. O juiz deverá fiscalizá-lo, podendo determinar de ofício a alteração, quando violar as regras estabelecidas na lei a respeito.

Se não o fizer, o réu poderá impugná-lo, por meio do incidente previsto no art. 261, do CPC. Conquanto a lei não o diga expressamente, **essa também é uma forma de resposta do réu**.

2.8.2. Procedimento

A impugnação é um incidente processual, e não uma nova ação. Por isso, o ato judicial que a aprecia será decisão interlocutória, que desafia o recurso de agravo.

O art. 261 do CPC estabelece o procedimento desse incidente. O prazo é o da contestação. Somente o réu pode oferecê-lo, nunca o autor, que foi quem atribuiu o valor. Não há necessidade de que a impugnação seja oferecida junto com a contestação. É possível que seja apresentada antes; **mas nunca depois, porque, oferecida a contestação, haverá preclusão consumativa**. O juiz poderá indeferi-la, de plano, desde que não preencha os requisitos de admissibilidade. Se mandar processá-la, determinará que seja autuada em apenso, e que o autor seja ouvido no prazo de cinco dias.

A impugnação, ao contrário das exceções rituais, **não suspende o processo**. Depois de ouvido o autor, o juiz decidirá em dez dias. O dispositivo legal autoriza até mesmo que o juiz busque auxílio de um perito, mas é raro que isso aconteça, pois quase sempre o valor pode ser apurado desde logo.

No procedimento sumário, as regras serão um tanto diferentes. A impugnação será oferecida na audiência inicial, **sem necessidade de autuação em apenso**. O réu a apresentará antes da contestação, e o juiz, na própria audiência, decidirá. Isso é necessário porque, se acolhida, poderá resultar na elevação do valor da causa e na modificação do procedimento.

O parágrafo único do art. 261 estabelece que, na falta de impugnação, presume-se que o valor foi aceito pelo réu. Mas isso se o juiz, de ofício, não tiver determinado a alteração.

3. REVELIA

3.1. Introdução

O capítulo anterior foi dedicado às várias formas de resposta que o

réu pode apresentar. No presente, serão examinadas as consequências da omissão do réu em oferecê-las.

Desde que citado, o réu passou a integrar a relação processual. A citação não serve apenas para lhe dar ciência do processo, mas para dar-lhe oportunidade de se defender (art. 213, do CPC).

O réu tem o ônus de se defender. Não está obrigado a fazê-lo, pois pode optar por permanecer em silêncio. O juiz não o forçará a apresentar contestação, se não o desejar. Mas a falta dela poderá trazer consequências gravosas, contrárias aos seus interesses. Por isso, quando citado, ele é advertido das consequências que advirão da sua omissão (art. 285, do CPC).

Ao apresentar a petição inicial, o autor dará a sua versão dos fatos, que embasam a pretensão. O juiz não os conhece e dará oportunidade ao réu para apresentar a versão dele. Em sua resposta, poderá negar os fatos alegados pelo autor (defesa direta) ou admiti-los, apresentando fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor. Nesse último caso, este terá chance de se manifestar novamente, a respeito dos fatos alegados (réplica).

Há necessidade de que o juiz ouça ambas as partes, dando-lhes igual atenção. Se os fatos tornam-se controvertidos, e há necessidade de provas, ele determinará a instrução.

Haverá revelia se o réu, citado, não apresentar contestação. **O revel é aquele que permaneceu inerte, ou então aquele que ofereceu contestação, mas fora de prazo**. Ou ainda aquele que apresenta contestação, mas sem impugnar os fatos narrados na petição inicial pelo autor. Em contrapartida, não será revel o réu que, citado, deixa de oferecer contestação, mas apresenta reconvenção, cujos fundamentos não sejam compatíveis com os da pretensão inicial. Também será revel o réu que comparecer aos autos, constituindo advogado, se este não apresentar contestação.

3.2. Revelia e contumácia

A revelia é a omissão do réu, que não se contrapõe ao pedido formulado na inicial. Já a contumácia é a inércia de qualquer das partes, que deixa de praticar um ato processual que era ônus seu. Só o réu pode ser revel; jamais o autor. Mas contumaz pode ser qualquer das partes. **A revelia é uma espécie do gênero contumácia, específica para a hipótese de o réu não apresentar resposta**.

3.3. Efeitos da revelia

A revelia é a condição do réu que não apresentou resposta. Dela

poder-lhe-ão advir duas consequências de grande importância: **a presunção de veracidade dos fatos narrados na petição inicial e a desnecessidade de sua intimação para os demais atos do processo**.

Por isso, contestar no prazo, e impugnar especificamente os fatos que fundamentam a pretensão inicial, é um ônus do réu. O seu descumprimento poderá levá-lo a suportar consequências processuais gravosas.

Mas não se pode confundir a revelia, isto é, o estado processual daquele que não apresentou resposta, com os efeitos dela decorrentes, porque há casos em que a própria lei exime o revel das consequências.

Os dispositivos legais que tratam das consequências da revelia são os arts. 302 e 319, relacionados à presunção de veracidade, e o art. 322, à desnecessidade de intimação para os demais atos do processo.

3.3.1. Presunção de veracidade dos fatos

Na petição inicial, o autor exporá os fatos em que se fundamenta o pedido. A descrição dos fatos é indispensável, pois constituirá o elemento principal da causa de pedir e servirá para identificar a ação.

Cumpre ao réu contrapor-se a eles, manifestando-se precisamente. Não basta que o faça de maneira genérica. **O ônus do réu é de que impugne especificamente, precisamente, os fatos narrados na petição inicial. Os que não forem impugnados presumir-se-ão verdadeiros**.

Ora, se o réu é revel, não apresentou contestação válida, o juiz, em princípio, há de presumir verdadeiros todos os fatos narrados na petição inicial, e, se estes forem suficientes para o acolhimento do pedido, estará autorizado a julgar de imediato, conforme art. 330, II, do CPC. O art. 319 estabelece que, "se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor".

Necessária a seguinte distinção: o réu revel é aquele que não contestou de forma válida, não impugnando nenhum dos fatos narrados na inicial, que, salvo as exceções legais, presumir-se-ão verdadeiros. Há possibilidade de o réu não ser revel, por ter apresentado contestação, mas sem impugnar especificamente alguns dos fatos, caso em que somente estes serão reputados verdadeiros, e dispensarão a produção de provas a seu respeito; ou não se contrapor aos fatos narrados na petição inicial de forma direta, negando-os, mas de forma indireta, apresentando fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

Sendo a presunção de veracidade dos fatos consequência assaz gravosa, o juiz deve aplicá-la com cuidado. **Tal presunção não é absoluta, mas relativa, e sofre atenuações, que devem ser observadas**.

Ela só pode dizer respeito aos fatos, nunca ao direito: fará o juiz, em princípio, concluir que eles ocorreram na forma como o autor narrou, mas não o obrigará a extrair as consequências jurídicas pretendidas pelo autor.

Disso decorre que **a falta de contestação não levará sempre e automaticamente à procedência do pedido do autor**. Há casos, por exemplo, em que a questão de mérito é exclusivamente de direito, e a falta de contestação não repercutirá diretamente no resultado.

Além disso, é preciso que os fatos sejam verossímeis, e possam merecer a credibilidade do juiz. Ele não poderá, ao formar sua convicção, dar por verdadeiros os que contrariam o senso comum, ou que são inverossímeis.

Em síntese, só dará por verdadeiros os fatos que não contrariarem a sua convicção, como expressamente dispõe o art. 20, da Lei n. 9.099/95, que pode ser aplicado aos processos em geral.

Além disso, conquanto o réu não tenha apresentado contestação, pode ter, de alguma outra maneira, tornado controvertidos os fatos. É possível que tenha reconvindo, com fundamentos incompatíveis com os da petição inicial. Ou que tenha contestado ação cautelar preparatória ou incidental, em que tenha contrariado os fatos narrados pelo autor. Se isso ocorrer, não haverá a presunção de veracidade dos fatos que tenham sido contrariados.

Se, em caso de revelia, o juiz deixar de considerar verdadeiros um ou alguns dos fatos, deverá expor as razões de sua convicção, de forma fundamentada.

3.3.1.1. Hipóteses de exclusão legal da presunção de veracidade

Além de relativa a presunção, há hipóteses — nos arts. 302 e 320, do CPC — em que a lei a afasta expressamente.

Cada uma delas será estudada nos itens subsequentes.

3.3.1.1.1. Pluralidade de réus, quando um deles contesta a ação

Essa causa de exclusão está prevista no art. 320, I, do CPC. A redação do dispositivo poderia levar à falsa impressão de que, em qualquer espécie de litisconsórcio, a contestação apresentada por um dos réus poderia ser aproveitada pelos demais. Mas não é assim. Há dois regimes de litisconsórcio: o da independência entre os litisconsortes, em que os atos praticados por um deles não beneficiam os demais; e o da vinculação, em que, ainda que realizado por apenas um, o ato processual beneficiará a todos os demais.

Em princípio, no litisconsórcio simples, em que o julgamento pode

ser diferente para os vários réus, o regime é o da independência, e a contestação de um não aproveitará aos demais; já no unitário, o regime é o da vinculação, e basta que um conteste para que todos sejam beneficiados. Mas, no litisconsórcio simples, é necessário fazer uma distinção, lembrando que só se presumirão verdadeiros os fatos que não forem controvertidos.

Há fatos que tem **cunho genérico**, e dizem respeito a todos os réus. Se apenas um deles contestar, contrariando-os, a presunção de veracidade será afastada em relação a todos, porque o fato terá se tornado controvertido. Mas é possível que haja um fato **específico**, que diga respeito tão somente a um dos réus. E se só este contestar, os demais não serão beneficiados.

Por exemplo: uma ação de reparação de danos por acidente de trânsito, ajuizada em face do suposto proprietário do veículo, e da pessoa que o dirigia no momento do acidente. Se só o suposto proprietário contestar a ação, alegando a inexistência de dano, ou de culpa de quem dirigia o seu veículo, o juiz não poderá presumir a existência do dano, ou da culpa, em relação ao corréu, que ficou revel, porque conquanto ele não tenha contestado, os fatos foram controvertidos por quem contestou. Mas, se ele apenas impugnar a sua condição de proprietário, sem impugnar os demais fatos, estes presumir-se-ão verdadeiros em relação àquele que não contestou.

Portanto, não haverá presunção de veracidade quando: **a) houver contestação de um litisconsorte unitário; b) houver contestação de um litisconsorte simples, que alegue fato comum, que também diga respeito ao revel**.

3.3.1.1.2. Litígio que versa sobre interesse indisponível

A hipótese vem tratada no art. 320, II, do CPC: se da revelia pudesse resultar a presunção de veracidade dos fatos, estaria aberta a via para que o réu pudesse dispor de direitos, ainda que indisponíveis, deixando de apresentar contestação. Afinal, **por meio da sua omissão, poderia alcançar resultado equivalente ao que obteria com o reconhecimento jurídico do pedido**.

Não há vedação a que, em processos que versem sobre litígios dessa natureza, o réu seja revel. **A restrição é à presunção de veracidade dos fatos, decorrente da revelia**.

São indisponíveis, em regra, os direitos extrapatrimoniais ou públicos, sobre os quais não se admite confissão. E são disponíveis os direitos patrimoniais e privados, sobre os quais se pode transigir.

Há controvérsia sobre a aplicação da presunção nas ações de

separação judicial, e naquelas em que a ré é a Fazenda Pública.

Parece-nos que, em relação à separação judicial, é preciso distinguir. Há aspectos da separação que são disponíveis, como os relativos às causas da dissolução da sociedade conjugal; e há aspectos indisponíveis, como os que dizem respeito à guarda e educação dos filhos. Só haverá revelia em relação àquilo que disser respeito aos aspectos disponíveis. É o que ficou decidido nos acórdãos publicados em *RSTJ* 124/273 e *RT* 672/199.

Quanto à Fazenda Pública, prevalece o entendimento de que não se aplicam os efeitos da revelia, mas com ressalvas. Como ficou decidido no REsp 635.996-SP, publicado no *DJU* de 17 de dezembro de 2007, Rel. Min. Castro Meira: "A não aplicação dos efeitos da revelia à Fazenda Pública não pode servir como um escudo para que os entes públicos deixem de impugnar os argumentos da parte contrária, não produzam as provas necessárias na fase de instrução e, apesar disso, busquem reverter as decisões em sede recursal. Precedentes: REsp 541.239-DF, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 05.05.2006 e REsp 624.922-SC, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* de 07.11.2005".

3.3.1.1.3. A petição inicial desacompanhada de instrumento público que a lei considere indispensável à prova do ato

A hipótese vem mencionada no art. 320, III e no art. 302, II, do CPC. O juiz não poderá presumir verdadeiros atos jurídicos **que só podem ser provados por documentos**, como, entre outros, os contratos de venda de bens imóveis, que dependem de escritura pública, da própria substância do negócio. Por isso, o art. 366, do CPC estabelece que "quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta".

Sem o instrumento público, a existência do negócio que o exige não poderá ser demonstrada, porque ele não terá se aperfeiçoado.

3.3.1.2. Hipóteses em que não há presunção de veracidade ainda que não haja impugnação especificada dos fatos narrados na inicial

Nos itens anteriores, foram examinadas as hipóteses em que, mesmo não tendo o réu apresentado contestação, não se presumiam verdadeiros os fatos narrados na inicial. São as situações tratadas no art. 320, do CPC.

O art. 302 e seu parágrafo único versam sobre a necessidade de que a contestação impugne de forma precisa, específica, os fatos narrados na inicial, e sobre a presunção de veracidade daqueles que não forem contrariados. Os ônus impostos nos arts. 302 e 319 são semelhantes: se o réu não contestar, presumir-se-ão verdadeiros todos os fatos narrados na inicial,

já que nada terá sido contrariado (salvo as exceções do art. 320). Se o réu contestar, mas impugnar especificamente somente alguns fatos, os demais presumir-se-ão verdadeiros, ressalvadas as exceções do art. 302 e incisos, e seu parágrafo único.

O primeiro e o segundo incisos do art. 302 tratam de fatos que não admitem confissão, ou que só podem ser provados por instrumento que a lei considere da substância do ato. Trata-se das mesmas situações já examinadas nos itens anteriores.

O terceiro inciso alude aos fatos que estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Às vezes, o réu deixa de impugnar especificamente um fato, mas a resposta apresentada, seja em contestação, seja em reconvenção, o contraria. A rigor, esse inciso seria dispensável, já que o fato que está em confronto com a defesa como um todo é controvertido e não incontroverso.

Por fim, o parágrafo único alude a determinados entes que estão dispensados do ônus de impugnação específica dos fatos, o que será examinado no item seguinte.

3.3.1.2.1. Entes que não têm o ônus da impugnação especificada

O art. 302, parágrafo único do CPC, estabelece que "esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público".

Esses entes poderão apresentar contestação por negativa geral, o que será suficiente para afastar a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial.

A razão para o benefício é a dificuldade que eles poderiam enfrentar, se obrigados à impugnação específica. O curador especial, nomeado em favor do réu revel citado fictamente, por exemplo, dificilmente terá condições de conhecer os fatos, já que, em regra, não tem contato com o réu. Na mesma situação podem estar o defensor dativo e o Ministério Público que, ademais, age em favor de interesses públicos.

3.3.2. Desnecessidade de intimação do revel

Da revelia decorrem dois efeitos principais: a presunção de veracidade, examinada nos itens anteriores, e a desnecessidade de intimação do revel.

Prevê o art. 322 do CPC que "contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada decisório". O parágrafo único acrescenta que "O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em

que se encontrar".

Para que a intimação seja desnecessária, não basta a revelia do réu, sendo imprescindível que ele não tenha patrono nos autos. Pode ocorrer que ele tenha constituído advogado que não tenha apresentado contestação, ou o tenha feito fora do prazo. Haverá revelia, mas o réu continuará sendo intimado, por meio do seu advogado, dos demais atos do processo.

Pela mesma razão, se o réu constituir advogado posteriormente, a partir de então passará a ser intimado.

Mas, sendo revel e não tendo advogado constituído, os prazos correrão para ele **independentemente de intimação**, pois demonstrou desinteresse pelo processo. A publicação, a que se refere o art. 322, a partir da qual correrão os prazos será **a da decisão em cartório**, já que, não tendo advogado, o réu não será intimado pela imprensa (há decisões no sentido de que o prazo correria a partir da publicação na imprensa intimando a parte contrária, mas não nos parecem acertadas).

Esse dispositivo assume ainda maior importância, diante da instituição do chamado "processo sincrético", em que as fases de conhecimento e de execução constituem partes de um único todo. **Não haverá necessidade de que o executado seja novamente intimado, na fase executiva**. Tendo permanecido revel na fase de conhecimento, sem advogado, não será intimado dos atos processuais nem na de conhecimento, nem na de execução.

Mas poderá a qualquer tempo ingressar no processo, e participar dos atos processuais que se realizem daí em diante, passando a ser intimado desde que constitua advogado. **A dispensa de intimação decorrente da revelia não é definitiva, podendo o réu, a qualquer tempo, participar**.

Essa é a razão da súmula 231, do Supremo Tribunal Federal: "O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno".

3.3.3. Revelia e processo de execução e cautelar

No processo de execução não se pode falar em revelia, porque o réu não é citado para apresentar contestação, controvertendo os fatos narrados na inicial, mas para pagar, entregar alguma coisa, fazer ou deixar de fazer algo. O juiz, na execução, não proferirá sentença de mérito, mas, verificando que há título executivo, determinará as providências executivas postuladas, contra as quais o devedor poderá opor-se, por meio da ação autônoma de embargos.

No processo cautelar, o réu será revel se não contestar, e disso

advirão as mesmas consequências que no processo de conhecimento. É o que diz o art. 803, do CPC: Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelos requerentes (arts. 285 e 319).

■ 4. QUESTÕES

1. (Juiz do Trabalho — 3ª Região — 2004) Assinale a alternativa correta.

a) A manifesta ilegitimidade de parte importa em inépcia da petição inicial.
b) Os pedidos cumulados em cumulação eventual não podem ser incompatíveis entre si, sob pena de inépcia da inicial.
c) A teoria utilizada em relação à petição inicial pela lei brasileira é a de substanciação.
d) A petição inicial e a contestação devem ter, respectivamente, coerência interna, não podendo sustentar teses contraditórias sob pena de, no caso da inicial, inépcia, e no caso da contestação, confissão ficta.

Resposta: "c".

2. (Juiz de Direito — TJ/MG — 2004-2005) Considera-se proposta a ação:

a) tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara;
b) tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente levada ao protocolo, onde houver mais de uma vara;
c) assim que a petição inicial for levada ao protocolo, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara;
d) tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz ordenando a citação do réu, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara;
e) tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz ordenando a citação do réu, ou simplesmente levada ao protocolo, onde houver mais de uma vara.

Resposta: "a".

3. (Ministério Público/SP — 2010) Assinale a alternativa incorreta.

a) A petição inicial deve indicar o juiz ou tribunal a que é dirigida.
b) A petição inicial deve indicar o fato e os fundamentos jurídicos do pedido.
c) Nas ações declaratórias, deve constar na petição inicial o respectivo pedido de condenação.
d) Na petição inicial, é indispensável o requerimento de citação do réu.

e) A petição inicial poderá conter pedidos alternativos.

Resposta: "c".

4. (Juiz de Direito/SP — 2008) Em relação à citação, considere:

I. O mandado deve conter também a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, do CPC, se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

II. Realizada a citação com hora certa, o prazo para contestar tem início com a juntada do mandado aos autos, e não do recebimento da carta de ciência referida no art. 229 do CPC;

III. Nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça poderá efetuar citações ou intimações em qualquer delas;

IV. Como dispõe o inc. IV do art. 221 do CPC, incluído pela Lei n. 11.419, de 19.12.2006, a citação poderá ser feita ao réu por meio eletrônico, sendo obrigatória somente a presença de todos os elementos dos autos a ensejar o seu exame e consequente defesa.

Estão corretas as assertivas:

a) I e II.
b) III e IV.
c) I, II e III.
d) II e III.

Resposta: "d".

5. (Juiz de Direito/SP — 2008) Assinale a alternativa incorreta.

a) Na duplicidade de intimação válida da sentença, o prazo para a interposição de recurso de apelação deve fluir da primeira.
b) As intimações efetuam-se de ofício, em processos pendentes, salvo disposição em contrário.
c) A intimação dos atos processuais no Distrito Federal, capitais dos estados e dos territórios, considera-se realizada somente com a publicação no órgão oficial, tanto no que diz respeito à intimação dos advogados como das partes.
d) Se a parte a ser intimada possuir vários procuradores constituídos nos autos, e a publicação mencionar o nome de apenas um deles, de todo eficaz será o ato citatório.

Resposta: "c".

6. (Juiz de Direito/SP — 2008) Assinale a alternativa incorreta.

a) O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial. Sua extinção pressupõe a inatividade do autor quanto à tomada de quaisquer providências referentes ao seu prosseguimento.
b) Considera-se proposta a citação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu,

os efeitos mencionados no art. 219 do CPC, depois que for validamente citado.

c) É de se considerar ressalva do art. 264 do CPC quando, apresentada a petição inicial, se lhe altera a causa de pedir, não se opondo o réu ao seu fundamento, consentindo implicitamente com a alteração proposta.

d) Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. A alteração do pedido, porém, será pedida após o saneamento do processo.

Resposta: "d".

7. (Juiz de Direito/SP — 2008) Assinale a alternativa incorreta.

a) Em consonância com o moderno princípio da instrumentalidade processual, que recomenda o desprezo a formalidades desprovidas de efeitos prejudiciais, aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica, realizada por aquele que se apresenta como seu representante legal.

b) Ao proceder à citação da pessoa jurídica, é dever do oficial de justiça exigir prova da representação legal ou contratual da empresa para reputar válida e eficaz diligência efetuada.

c) Na hipótese por incapacidade por doença mental comprovada por laudo técnico, o suprimento da incapacidade processual independe de sentença declaratória de interdição e curatela.

d) Como ato essencial que é ao devido processo legal, sua garantia e segurança, a citação deve obedecer aos requisitos legais, sob pena de nulidade a ser arguida em qualquer grau de jurisdição.

Resposta: "b".

8. (Juiz de Direito/MG — 2007) Conforme disposto no CPC, comparecendo o réu apenas para arguir a nulidade da citação e sendo esta decretada, é CORRETO afirmar que a citação válida considerar-se-á feita:

a) quando efetivada nova citação, pelo oficial de justiça, na forma e com os requisitos legais;

b) na data em que o réu ou seu advogado for intimado da decisão que decretou a nulidade;

c) com o só comparecimento do réu aos autos, apenas para arguir a nulidade, através de procurador devidamente habilitado;

d) na data em que for juntado aos autos o mandado de nova citação, devidamente cumprido, com os requisitos legais.

Resposta: "b".

1 Nelson e Rosas Nery, *Código de Processo Civil comentado*, p. 559, nota 4 ao art. 292.

2 Cássio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado*, op. cit., v. 2, t. I, p. 80.

3 Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*, nota 6ª ao art. 306.

3

FASE ORDINATÓRIA

3.1. Introdução

3.2. Revelia e contumácia

3.3. Efeitos da revelia

4. Questões

1. INTRODUÇÃO

Concluída a fase postulatória, com o término do prazo de contestação (se houver reconvenção ou ação declaratória incidental, com o término do prazo de resposta a ela) terá início a segunda fase do processo de conhecimento, que é a **ordinatória**.

Nesse momento, de acordo com o art. 323, do CPC, os autos deverão vir conclusos ao juiz para que, no prazo de dez dias, verifique qual a providência a tomar, em prosseguimento.

São várias as possibilidades:

- se o réu não oferecer resposta, e a revelia produzir os seus efeitos, deverá julgar antecipadamente a lide, na forma do art. 330, II, do CPC;
- se o réu não oferecer resposta, e a revelia não produzir os seus efeitos, o juiz determinará as provas necessárias para a apuração dos fatos;
- se o réu contestar, controvertendo os fatos narrados na petição inicial, o autor terá prazo de dez dias para ajuizar a ação declaratória incidental;
- se o réu contestar, alegando fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor, este terá prazo de dez dias para réplica;

- se o réu contestar, alegando qualquer das preliminares enumeradas no art. 301, o autor terá prazo de dez dias para manifestar-se, e o juiz, verificando alguma irregularidade ou nulidade sanável, mandará suprila, no prazo de até trinta dias.
- se o réu contestar, sem alegar os fatos acima mencionados, e a questão de mérito for exclusivamente de direito, ou, sendo de direito e fato, não houver necessidade de produção de provas em audiência, o juiz promoverá o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC);
- se o réu contestar, e não for o caso de julgamento antecipado da lide, o juiz designará audiência de tentativa de conciliação, saneamento, fixação dos pontos controvertidos e decisão sobre as provas necessárias, na forma do art. 331, do CPC.

Cada uma dessas hipóteses será examinada nos itens subsequentes.

2. A REVELIA E O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

Como visto no capítulo anterior, a revelia pode ou não gerar a presunção de veracidade dos fatos narrados na petição inicial. Tendo transcorrido *in albis* o prazo de resposta, o juiz deverá verificá-lo.

Em caso afirmativo, não havendo controvérsia sobre os fatos, **proferirá desde logo a sentença, em julgamento antecipado da lide** (art. 330, II, do CPC). Não havendo a presunção (hipóteses do art. 320 do CPC), determinará que o autor especifique as provas necessárias para formar a sua convicção. O art. 324 estabelece que "se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência". Se não são aplicáveis os efeitos da revelia, todos os fatos narrados na inicial reputar-se-ão controvertidos, cabendo ao autor prová-los.

Além das provas requeridas pelo autor, o juiz pode determinar outras, que entenda proveitosas (art. 130, do CPC).

3. A AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL

A ação declaratória incidental pode ser apresentada por qualquer das partes. Se pelo réu, o prazo será o de contestação (a apresentação deve ser simultânea), caso em que o autor será intimado para contestá-la.

Mas também o autor pode ajuizá-la, e o seu prazo será o de dez dias, a contar a data em que tiver ciência da contestação do réu. O prazo do autor só pode ser contado a partir da ciência da contestação, porque só então ele terá conhecimento de quais questões tornaram-se prejudiciais, por terem sido controvertidas.

4. RÉPLICA

Quando o réu apresentar contestação, o juiz verificará a necessidade de dar ao autor nova oportunidade de se manifestar, o que ocorre quando ele alega preliminares do art. 301, ou apresenta fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor. São as hipóteses previstas nos arts. 326 e 327 do CPC.

O que justifica a réplica é a exigência do contraditório, pois, nas hipóteses mencionadas, o réu traz ao processo questões novas, sobre as quais o autor não teve ainda oportunidade de falar: no caso das preliminares, questões processuais que poderão levar à extinção do processo sem julgamento do mérito; no das defesas indiretas, fatos novos, contra os quais o autor poderá se contrapor.

Essa oportunidade o autor deverá exercer no prazo de dez dias, a contar da data em que intimado da contestação. **A manifestação do autor tem sido chamada de réplica, embora a lei não use essa expressão**.

Nem sempre o juiz dará ao autor a possibilidade de réplica: se o réu tiver se limitado, na contestação, a negar os fatos narrados na inicial, ela será desnecessária.

O conteúdo da réplica deverá ficar restrito às preliminares e aos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor alegados na contestação.

Não há previsão legal de tréplica. Depois da réplica, o juiz não dará nova oportunidade de manifestação ao réu, porque o autor não pode nela inovar, formulando novos pedidos ou causas de pedir. Mas, excepcionalmente, poderá mandar ouvir o réu, ainda uma vez, se, na réplica, o autor juntar documentos novos, ou suscitar questões processuais que ainda não tinham sido arguidas.

Os dois artigos que tratam da réplica — o 326 e o 327 — autorizam o autor à produção de prova documental, o que poderia trazer dúvida sobre a possibilidade de outras provas das preliminares e das defesas indiretas.

Parece-nos que, com a réplica, só podem ser produzidas provas documentais. Mas, se ela tornar controvertidas quaisquer das matérias alegadas nos dois dispositivos, e a controvérsia não puder ser dirimida por prova documental, **o juiz abrirá a fase de instrução, autorizando todos os tipos de prova necessários**.

5. REGULARIZAÇÃO

A parte final do art. 327 do CPC determina que "verificando a

existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará suprilas, fixando à parte prazo nunca superior a trinta dias".

Ao longo de todo o processo, o juiz exerce função fiscalizadora e saneadora. O dispositivo poderia trazer a impressão falsa de que só após a contestação do réu, o juiz poderia determinar o saneamento de eventuais vícios, mas, sempre que eles forem constatados, deverá fazê-lo.

Mas, concluída a fase postulatória, a intervenção saneadora é especialmente importante, porque o processo chega a um ponto decisivo, em que **ou o juiz já estará apto para julgar, ou verificará a necessidade de provas e as determinará** — em qualquer dos casos, exige-se que o processo esteja regular. É importante, ainda, porque a decisão saneadora estabilizará definitivamente a demanda. **O art. 264, parágrafo único, veda, em qualquer circunstância, a alteração do pedido ou da causa de pedir, após o saneamento do processo**.

Se houver vício ou irregularidade insanável, o juiz extinguirá o processo sem resolução de mérito. Se sanável, determinará as providências necessárias. Seria impossível enumerar aqui todas as possibilidades. Há vícios que se sanam pela intervenção judicial tão somente; há outros, que dependem da atuação de uma das partes. Por exemplo, constatando o juízo que é absolutamente incompetente, bastará que remeta os autos ao juízo competente; verificando que falta a procuração do advogado de uma das partes, concederá prazo para regularização. Pode ocorrer que a solução do vício exija que o processo retroaja a fase anterior. Por exemplo, se o juiz constatar que há vício de citação de um dos réus, ou que falta um litisconsorte necessário, que precisa ser citado.

■ 6. ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS

O Código de Processo Civil só alude à especificação das provas no art. 324, **quando o réu não contesta, mas a revelia não produz o efeito de fazer presumir verdadeiros os fatos narrados na inicial**.

Mesmo quando o réu contesta, têm sido comuns, na prática, os casos em que o juiz determina às partes que especifiquem provas, seja na audiência preliminar, seja antes dela. Antes dessa fase as partes ainda não sabiam quais os fatos controvertidos: o autor, porque ainda não havia contestação; e o réu, porque ainda não tinha sido dada ao autor a possibilidade de réplica. Por isso, os protestos de provas na inicial e na contestação são frequentemente genéricos. As partes costumam manifestar interesse em todas as provas autorizadas em direito.

Mas, uma vez que a lei não impõe a especificação de provas, exceto

na hipótese do art. 324, o juiz poderá, salvo nesse caso, dispensá-la, determinando, ele mesmo, após leitura atenta dos autos, as provas necessárias para formar a sua convicção. Se não a dispensar, as partes deverão informar as provas que pretendem produzir, esclarecendo a necessidade de cada uma. **A especificação não vincula nem as partes, nem o juiz:** ainda que uma das partes tenha requerido o julgamento antecipado, caso o juiz venha marcar audiência de instrução e julgamento, poderá requerer, no prazo legal, prova oral.

O juiz poderá indeferir as provas desnecessárias, bem como determinar aquelas que, embora não requeridas, possam contribuir para a sua convicção.

7. JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Sanadas eventuais irregularidades, o juiz, depois de ler as manifestações das partes, terá de verificar se o processo está ou não em condições de ser julgado desde logo. Há casos em que, concluída a fase postulatória e saneados eventuais vícios, todos os elementos necessários para o julgamento estarão nos autos; e há outros em que há necessidade de produção de provas.

Quando ele julga logo após a conclusão da fase postulatória, sem abrir a fase instrutória, diz-se que há o julgamento antecipado do pedido.

Há três possibilidades:

- de que o juiz extinga o processo, nas hipóteses dos arts. 267 e 269, incs. II a V;
- de que promova o julgamento antecipado do mérito;
- de que, verificando a necessidade de provas, determine a abertura da fase de instrução, depois de realizar a audiência preliminar.

Cada uma será examinada em item separado.

7.1. Extinção do processo

Vem mencionada no art. 329, do CPC: "Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, nos II e V, o juiz declarará extinto o processo".

Os dispositivos mencionados abrangem a resolução sem julgamento de mérito (art. 267), e a resolução de mérito, quando o juiz não aprecia o pedido das partes (no caso das chamadas "falsas sentenças de mérito"). São as hipóteses de renúncia do direito, transação, reconhecimento jurídico do pedido ou reconhecimento de prescrição ou decadência.

O disposto no art. 329 poderia trazer a falsa impressão de que, somente na fase ordinatória, o juiz poderia extinguir o processo, com fulcro nas causas mencionadas. Mas não é assim: **ele o fará sempre que essas causas se apresentarem**. Se com a apresentação da inicial, verificar que falta uma das condições da ação, determinará o seu indeferimento, com fulcro no art. 267, I. Ou, se na fase de instrução, houver transação, ou reconhecimento do pedido, os homologará, e extinguirá o processo, com julgamento de mérito.

Portanto, a aplicação do art. 329 não está restrita a essa fase do processo, mas se estende a qualquer uma em que as causas de extinção se apresentem.

7.2. Julgamento antecipado do mérito

Concluída a fase postulatória, cumprirá ao juiz verificar se já há nos autos elementos suficientes para o julgamento do pedido, ou se há necessidade de produção de provas em audiência.

No primeiro caso, promoverá o **julgamento antecipado do mérito**, que pressupõe a desnecessidade de outras provas. Nesse caso, não haverá necessidade de designar audiência preliminar (art. 331, do CPC). Nada obsta, no entanto, que ele o faça, quando verificar, por exemplo, que há fortes possibilidades de conciliação.

A expressão "julgamento antecipado da lide" fica restrita à hipótese em que o juiz examine o pedido do autor, proferindo sentença de procedência ou de improcedência (art. 269, I, do CPC).

Há três situações em que caberá o julgamento antecipado. Em todas, como não há necessidade de instrução, passa-se diretamente da fase postulatória e ordinatória para a decisória, sem que, entre elas, haja a fase instrutória. As hipóteses são:

- quando o réu não contestar, e a revelia fizer presumir verdadeiros os fatos narrados na inicial (art. 330, II, do CPC);
- quando a questão controvertida for exclusivamente de direito (art. 330, I);
- quando a questão de mérito for de direito e de fato, mas não houver necessidade de produção de provas em audiência (art. 330, I).

No primeiro caso, as provas são desnecessárias em razão da **presunção de veracidade decorrente da revelia**. O juiz estará habilitado a julgar, uma vez que, ante a falta de contestação, os fatos resultaram incontroversos.

No segundo caso, as provas são desnecessárias, porque só há

controvérsia sobre o direito aplicável, ou sobre as consequências jurídicas que se quer extrair dos fatos. Ora, as provas são destinadas à comprovação dos fatos, nunca do direito, que é conhecido do juiz. Quando muito, **este poderá exigir a prova documental da vigência de lei estrangeira, ou de legislação estadual, municipal ou consuetudinária (art. 337, do CPC)**.

Na última hipótese, conquanto haja controvérsia sobre fatos, estes não precisarão ser comprovados (por exemplo, porque são notórios ou presumidos) ou poderão sê-lo por documentos.

Há, em nosso ordenamento, uma hipótese, em que o julgamento de mérito será ainda mais antecipado do que nas do art. 330, do CPC. Trata-se da improcedência de plano, em que o juiz, valendo-se de paradigmas anteriores, julgará o pedido totalmente improcedente, sem nem mesmo mandar citar o réu (art. 285-A). **Tal situação não se confunde com as do art. 330, que pressupõem que o réu já tenha sido citado**.

Proferido o julgamento antecipado do art. 330, a parte inconformada poderá apelar, suscitando no recurso, entre outras coisas, eventual cerceamento de defesa, por não lhe ter sido dada a possibilidade de produção de provas em audiência.

7.3. Audiência preliminar

Vem prevista no art. 331, do CPC: "Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitem transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de trinta dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir".

Essa audiência tem sido chamada, habitualmente, de tentativa de conciliação. Mas essa designação faz referência a apenas um dos atos nela praticados: **não havendo acordo, o juiz determinará uma série de providências, saneará o processo, fixará os pontos controvertidos e decidirá a respeito das provas necessárias**.

7.3.1. Casos de dispensa

Nem sempre o juiz designará audiência preliminar. Ele a dispensará:

- **Quando houver causa de extinção do processo ou de julgamento antecipado da lide**. A audiência, em princípio, será designada quando for necessária a fase de instrução, estando entre suas finalidades a de fixar os pontos que serão objeto de prova, e decidir quais serão produzidas. Mas nada impede que o juiz a designe quando, tendo verificado que não há mais provas a produzir, conclua que há boas

possibilidades de conciliação. Se a conciliação não sair, ele promoverá o julgamento antecipado, que poderá ocorrer na mesma audiência. **Do fato de o juiz designar, portanto, a audiência preliminar, não decorre a impossibilidade de que venha a proferir o julgamento antecipado**. Eventualmente, ele a designará, porque tem dúvidas sobre a necessidade das provas, que poderão ser dirimidas no contato pessoal com as partes. Pode ocorrer que elas informem que não têm provas a produzir, o que autorizará o juiz ao julgamento antecipado.

- **Quando o objeto do litígio não permitir a transação**. É certo que a audiência não serve apenas para a tentativa de conciliação. Mas apenas ela exige a presença das partes: se impossível, os demais atos, como o saneamento, a fixação dos pontos controvertidos e a decisão sobre provas pode ser dada fora da audiência.

- **Quando as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a sua obtenção**. Não há razão para a dispensa da audiência apenas porque as partes controvertem, ou porque as pretensões estão distantes. O juiz só a dispensará se ficar evidenciada a improbabilidade da transação, ou porque qualquer das partes já tenha expressado que é impossível o acordo, ou se verifique um tal grau de litigiosidade, uma tal animosidade, que não justifique a tentativa.

7.3.2. Obrigatoriedade da audiência preliminar

A redação do art. 331 indica a **obrigatoriedade** da audiência preliminar, nos casos previstos. Ao menos como regra, o juiz terá de designá-la, salvo nos casos excepcionais em que ela é dispensada. A questão não fica, portanto, ao seu alvedrio.

Mas se ele não a designar, eventual nulidade daí decorrente dependerá da demonstração de prejuízo. Não nos parece que se trate de nulidade absoluta, em que o prejuízo é presumido: haverá, ao longo do processo, e na audiência de instrução, outras oportunidades de aproximação das partes, em que se tentará a conciliação.

A designação deve ser feita no prazo de trinta dias. Mas não haverá nulidade se, em casos excepcionais, em decorrência de acúmulo de pauta, o juiz ultrapassar esse prazo.

7.3.3. Comparecimento ou ausência das partes

As partes serão intimadas, por seus advogados, para comparecer à audiência preliminar, na qual poderão fazer-se representar por preposto ou por procurador com poderes para transigir.

São várias as situações possíveis:

- pode comparecer a parte e seu advogado;
- pode comparecer a parte sem o advogado, caso em que a conciliação poderá ser tentada, já que, **sendo negócio jurídico civil, a transação pode ser homologada ainda que sem a presença dele**;
- pode comparecer o advogado com poderes para transigir, sem a parte. A conciliação será tentada, já que o advogado tem poderes;
- pode comparecer o advogado sem poderes para transigir e sem a parte. Nesse caso, a conciliação ficará prejudicada, prosseguindo-se com o saneamento e demais atos da audiência;
- a parte e o advogado podem não comparecer, caso em que ficará prejudicada a conciliação; os demais atos da audiência serão realizados, e a parte ausente reputar-se-á intimada do saneamento, fixação dos pontos controvertidos e provas: ciente da audiência, reputa-se intimada de todos os atos nela praticados, próprios dela. **Se o juiz, porém, praticar algum ato atípico (por exemplo, o julgamento antecipado da lide), haverá necessidade de intimação do ausente, que não pode ser surpreendido com um ato não típico daquele tipo de audiência**.

7.3.4. A tentativa de conciliação

O primeiro ato da audiência preliminar é a tentativa de conciliação. E, de certa forma, é o ato que justifica a sua realização, tanto que a lei a dispensa nos casos em que o objeto litigioso é indisponível.

O juiz pode, a qualquer momento do processo, tentar conciliar as partes (art. 125, IV). Mas, nela, a tentativa adquire especial importância. Foi concluída a fase postulatória, e agora as partes conhecem a versão dos fatos e as alegações do adversário. Já têm melhores condições de avaliar quais as suas chances e os riscos que advirão do prosseguimento. Além disso, a audiência marca o **fim da fase ordinatória e início da instrutória**, que poderá exigir novas despesas, como as relacionadas a uma eventual perícia, por exemplo.

O juiz deve designar a audiência mesmo que, em princípio, as partes tenham manifestado desinteresse na conciliação, salvo se a manifestação for de ordem tal que resulte evidente que ela é improvável (hipótese do art. 331, § 3º, do CPC). Isso porque as circunstâncias em que ela se realiza, com as partes e seus procuradores presentes — e o juiz que tentará mediar as negociações —, são muito mais favoráveis a um acordo. O juiz deverá esforçar-se para tentar obter a solução amigável que, obtida, ensejará a extinção do processo, com resolução de mérito, na forma do art. 269, III, do CPC.

Não só a transação será homologada. Pode ocorrer que o autor renuncie ao direito em que se funda a ação ou desista, e que o réu

reconheça juridicamente o pedido, o que, preenchidos os requisitos, será igualmente homologado.

7.3.5. Saneamento do processo

O art. 331, do CPC, não menciona, entre as atribuições do juiz na audiência preliminar, a de sanear o processo, examinando eventuais preliminares e corrigindo nulidades e irregularidades sanáveis.

Em princípio, ele só designará a audiência preliminar "se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes", isto é, se não era caso acolher alguma das preliminares e julgar extinto o processo (art. 329, do CPC) nem de determinar a regularização (art. 327).

Se o juiz designou a audiência, é de supor que não estavam presentes tais hipóteses. Ainda assim, pode ocorrer que alguma preliminar ou questão referente à regularidade do processo tenha ficado por apreciar, e essa será a oportunidade para o juiz o fazer. **Por isso, o art. 331, § 2º, menciona que, não obtida a conciliação, o juiz decidirá as questões processuais ainda pendentes**.

7.3.6. Fixação dos pontos controvertidos e determinação de provas

Não sendo o caso de julgamento antecipado da lide, o processo prosseguirá, com a instrução. É importante que o juiz indique quais os pontos controvertidos, para que os litigantes **saibam sobre quais fatos versará a prova**. Mas essa decisão **não tem caráter definitivo**, podendo o juiz, no curso da instrução, ampliar ou reduzir o âmbito da prova, conforme verifique a necessidade para formar a sua convicção.

Na mesma ocasião, ele determinará quais provas serão produzidas. Se houver necessidade de perícia, as partes sairão intimadas da nomeação do perito, e do prazo para formular quesitos e indicar assistentes técnicos. Se não, mas for necessária a colheita de prova oral, designará audiência de instrução e julgamento. Em contato com as partes, na audiência, o juiz poderá indagar da necessidade desta ou daquela prova que tenha sido requerida, verificando se há efetivo proveito na realização.

4

FASE INSTRUTÓRIA

1. Introdução

2. FASE POSTULATÓRIA

1. Petição inicial

1.1. Introdução

1.2. Requisitos da petição inicial

1.3. Pedido

1.4. Indeferimento da inicial

1.5. O juízo de admissibilidade positivo

2. Resposta do réu

2.1. Introdução

2.2. As variadas formas de resposta

2.3. Prazo de resposta no procedimento ordinário

2.4. Da contestação

2.5. Exceções rituais

2.6. Reconvenção

2.7. Ação declaratória incidental

2.8. Impugnação ao valor da causa

3. REVELIA

3.1. Introdução
3.2. Presunção e ficção jurídica
3.3. Efeitos da revelia
4. Questões
3. FASE ORDINATÓRIA
1. Introdução
2. A revelia e o julgamento antecipado da lide
3. Ação declaratória incidental
4. Réplica
5. Regularização
6. Especificação de provas
7. Julgamento conforme o estado do processo
7.1. Extinção do processo
7.2. Julgamento antecipado do mérito
7.3. Audiência preliminar
4. FASE INSTRUTÓRIA
1. Introdução
2. Natureza jurídica das provas
3. Classificação das provas
4. Objeto da prova
5. Fatos que não precisam ser comprovados
6. Presunções e indícios
6.1. Presunções simples ou hominis
7. Ônus da prova
8. O juiz e a produção da prova

6. PRESUNÇÕES E INDÍCIOS

No item anterior, foi visto que não há necessidade de provar os fatos, ainda que relevantes, a respeito dos quais milite presunção legal de existência ou veracidade.

As presunções podem ser divididas em duas categorias:

- **as legais**, que podem ser relativas ou absolutas, conforme admitam ou não prova em contrário, como visto no item anterior;
- as que decorrem da observação do que normalmente acontece, chamadas ***presunções simples ou hominis***, como a de culpa daquele que, dirigindo um veículo, colide contra a traseira do carro que segue à frente.

As presunções, que pertencem ao tema da dispensa de provas, não se confundem com os **indícios, que são começos de prova**. São sinais indicativos da existência ou veracidade de um fato, mas que, por si só, seriam insuficientes para prová-lo. No entanto, somados a outras circunstâncias ou a outros indícios, podem fazê-lo.

PRESUNÇÕES	INDÍCIOS
São pressuposições da existência ou veracidade de um fato, estabelecidas	São sinais indicativos d existência o veracidade de um determinad

9. Ônus da prova
9.1. A prova como ônus
9.2. Ônus da prova — aspecto subjetivo e objetivo
9.3. Distribuição do ônus da prova
9.4. Inversão do ônus da prova
10. Hierarquia das provas
11. Provas ilícitas
11.1. A gravação e a interceptação telefônica
12. Meios de prova
13. Da prova documental
13.1. Introdução
13.2. Conceito de documento
13.3. Classificação dos documentos
13.4. Exibição de documento ou coisa
13.5. Força probante dos documentos
13.6. Eficácia das reproduções
13.7. O incidente de falsidade documental
13.8. Produção da prova documental
14. Prova pericial
14.1. Introdução
14.2. Espécies de perícia
14.3. Admissibilidade da prova pericial
14.4. O perito
15. Inspeção judicial
15.1. Introdução
15.2. Procedimento

por lei, ou como decorrência da observação do que ocorre normalmente. Havendo presunção, dispensa-se a produção da prova. As decorrentes de lei podem ser relativas ou absolutas, conforme admitam ou

fato que, pc si sós, não são suficientes para demonstrá-l No entanto, somados a outras circunstânci ou indícios, podem fazê lo.

16. Prova testemunhal
16.1. Introdução
16.2. Admissibilidade e valor da prova testemunhal
16.3. A testemunha
17. Depoimento pessoal
17.1. Introdução
17.2. Quem pode requerê-lo e prestá-lo
17.3. Pena de confissão
17.4. Procedimento
18. Interrogatório das partes
18.1. Introdução
18.2. Procedimento
19. Confissão
19.1. Introdução
19.2. Espécies de confissão
19.3. Eficácia da confissão
19.4. Perda de eficácia da confissão
19.5. Indivisibilidade da confissão
20. Audiência de instrução e julgamento
20.1. Introdução
20.2. Procedimento da audiência de instrução e julgamento
20.3. Adiamento da audiência
21. Questões

não prova em contrário

6.1. Presunções simples ou *hominis*

Vêm mencionadas no art. 335 do CPC, que autoriza o juiz a decidir com **base nas regras de experiência comum, que resultam da observação do que normalmente acontece, e das regras de experiência**.

Tem aplicação subsidiária, na falta de normas jurídicas particulares que tratem do assunto. Constituem o corpo de conhecimento que resulta da experiência e do senso comum. Incluem, além disso, conhecimentos específicos que são acessíveis às pessoas em geral, como os relativos a fatos históricos, ou, por exemplo, a cálculos aritméticos, que dispensem conhecimento especializado.

O Código Civil, no art. 230, exclui a aplicação das presunções simples aos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.

7. PROVA DE FATO NEGATIVO

É tradicional no direito a afirmação de que os fatos negativos não podem ser provados, mas apenas os afirmativos. Só seria possível demonstrar a existência de um fato, e não o contrário, razão pela qual os fatos negativos não precisam ser provados (*negatio non sunt probanda*).

Por exemplo: é condição da usucapião especial que o possuidor não tenha nenhum outro imóvel, urbano ou rural, no país. Não lhe seria possível fazer tal prova, o que exigiria certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóveis no Brasil. Mas o adversário do possuidor pode provar que ele tem algum imóvel, juntando a certidão do cartório correspondente.

Mas há fatos negativos que podem ser provados: é possível que eu prove não ter imóveis em determinada circunscrição imobiliária, ou que não fui a determinada festa, porque estava em outro local, ou que não viajei em determinado período, pois estive trabalhando.

Não se pode exigir prova dos fatos negativos quando eles forem imprecisos: não é possível provar que uma pessoa não tenha nenhum outro imóvel, ou de que nunca tenha ido a uma festa, ou de que nunca tenha viajado; mas é possível a prova de que não tenha imóvel em determinada circunscrição, ou não tenha ido a uma festa específica, ou feito certa viagem.

1. INTRODUÇÃO

Na petição inicial, o autor precisa expor os fundamentos de fato e de direito, que embasam o seu pedido (causa de pedir). Com a apresentação da

8. O JUIZ E A PRODUÇÃO DA PROVA

A prova é destinada a convencer o juiz, a respeito dos fatos controvertidos. Em uma controvérsia pode ser exclusivamente de direito ou também de fato. No primeiro caso não há necessidade de provas (exceto os casos excepcionais do art. 337, em que o juiz pode exigir a comprovação da vigência, o teor do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário). Mas se houver fatos controvertidos, ele dará às partes a oportunidade de comprová-los.

Provas são os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo. Cumpre àquelas, na petição inicial, contestação, fase ordinatória e fase instrutória requerer as provas por meio das quais pretendem convencer o juiz. E a este decidir quais são efetivamente necessárias, e quais podem ser dispensadas, podendo determinar prova que não tenha sido requerida, ou indeferir prova postulada cuja realização não lhe pareça necessária.

O art. 130 do Código de Processo Civil atribui ao juiz poderes para de ofício determinar as provas necessárias. Ele deve valer-se desse poder para esclarecer os fatos relevantes para o julgamento da causa. **É dever do juiz proferir a melhor sentença possível, e para isso é indispensável que os fatos sejam aclarados.** Se as partes não requereram ou produziram provas suficientes e o juiz verifica que há outras que, realizadas, poderão esclarecer os fatos, permitindo-lhe julgar com mais confiança, deve determiná-las, ainda que o processo verse interesse disponível. **A disponibilidade do direito não afasta a exigência válida para todos os processos de interesse público de que o juiz realize sempre o melhor julgamento possível.**

Há casos em que, ainda que todas as provas tenham se esgotado, os fatos não se esclararam. A lei apresenta regras de julgamento que devem ser aplicadas para que o juiz, apesar disso, possa sentenciar, obrigação da qual ele não se exime: **são as regras do ônus da prova**[1], aplicáveis apenas se os fatos não foram elucidados, e não há outras provas. Se houver outra que possa trazer luz sobre o ocorrido, o juiz deve determiná-la, ainda que não tenha sido requerida por nenhum dos litigantes.

Ao fazê-lo, o juiz não perderá a imparcialidade. Antes, mostrar-se-á devotado ao seu ofício, e diligente na busca da verdade real. O princípio dispositivo é mitigado no que concerne à produção de provas: sendo possível, o juiz deve buscar a verdade real, determinando de ofício as provas necessárias à formação do seu convencimento.

2. NATUREZA JURÍDICA DAS PROVAS

É tradicional e antiga a controvérsia a respeito da natureza jurídica das normas sobre provas. A lei substancial trata, em alguns dispositivos, da forma dos negócios jurídicos, **que podem servir tanto como solenidade indispensável à sua constituição (forma *ad solemnitatem*) quando para provar-lhes a celebração (forma *ad probationem*).**

Parece-nos que a lei substancial não trata propriamente da questão das provas, mas das formas dos negócios jurídicos. Nos casos em que a lei diz que o contrato, para ter-se por celebrado, precisa respeitar determinada forma, somente a comprovação de que esta foi obedecida servirá para demonstrar-lhe a existência. É isso o que diz o art. 366 do CPC, ao estabelecer que quando a lei exigir o instrumento público como da essência do negócio, não se admitirá nenhuma outra prova para suprir-lhe a falta. Mas o problema da prova é aqui reflexo, ou indireto: **não se admite outra prova, porque sem ela obedecida aquela forma, o negócio não se terá por celebrado.**

Nesse sentido, a lição de Hermenegildo de Souza Rego, para quem as formas *ad solemnitatem* relegam ao tema da prova o estão associadas ao da própria formação do negócio jurídico[2].

A disciplina das provas hoje é, acertadamente, feita pelo Código de Processo Civil, que as considera como **formas de convencimento do juiz, a respeito de fatos controvertidos**. Daí resulta a conclusão de que deva prevalecer o caráter processual das normas jurídicas que tratam das provas.

3. CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

a) Quanto ao objeto podem ser diretas ou indiretas:

- **diretas:** aquelas que se ligam diretamente ao fato que se pretende

9. ÔNUS DA PROVA

Documental, como o recibo ao pagamento ou o instrumento ao contrato;

■ **indiretas:** aquelas que não se prestam a demonstrar diretamente o fato a ser provado, mas algum outro fato a ele ligado e que, por meio de induções ou raciocínios, poderá levar à conclusão desejada. Exemplo: testemunhas de que, em determinada data, o litigante estava viajando, e que não podia ser o autor da conduta lesiva.

b) Quanto ao sujeito a prova pode ser pessoal ou real:

■ **prova pessoal** é aquela prestada por uma pessoa a respeito de um fato, como a ouvida de testemunhas ou o depoimento pessoal das partes;

■ **prova real** é a obtida pelo exame de determinada coisa, como a inspeção judicial ou perícia feita sobre ela.

c) Quanto à forma, pode ser oral ou escrita:

■ **oral** é a colhida verbalmente, como os depoimentos das partes e das testemunhas;

■ **escrita** é a que vem redigida, como os documentos e perícias.

4. OBJETO DA PROVA

O objeto da prova são os fatos controvertidos relevantes para o julgamento do processo.

Para que o juiz profira o julgamento, é preciso que forme sua convicção a respeito dos fatos e do direito controvertidos. Para que se convença do direito, não é preciso que as partes apresentem provas, porque ele o conhece (*jura novit curia*), salvo as hipóteses do art. 337, em que pode exigi-las quanto à vigência de direito estadual, municipal, estrangeiro ou consuetudinário, o que será feito por meio de certidões ou pareceres de juristas estrangeiros ou locais.

As partes não são obrigadas a produzir provas a respeito do que alegarem. Elas terão o ônus de fazê-lo. **O ônus distingue-se da obrigação, porque esta é a atividade que uma pessoa faz em benefício da outra**. O devedor, por exemplo, tem a obrigação de pagar ao credor. **O ônus é a atividade que a pessoa desempenha em favor de si mesma, e não da parte contrária**. O litigante tem o ônus de contestar, o que lhe trará o benefício de tornar controvertidos os fatos; sem isso, sofrerá a consequência desfavorável decorrente da revelia.

9.1. A prova como ônus

Quem tem o ônus da prova é aquele que sofrerá as consequências negativas que advirão da ausência daquela prova no processo.

A prova é uma espécie de ônus reflexo, decorrente de um ônus primário, que é de alegar. Cada uma das partes tem o ônus de apresentar a

5. FATOS QUE NÃO PRECISAM SER COMPROVADOS

No item anterior foi visto que somente os fatos relevantes para a causa precisam ser comprovados. Assim, dispensam prova aqueles que não terão nenhuma repercussão no desfecho do processo e os irrelevantes.

Mas da mesma maneira os fatos relevantes, há alguns que não precisam ser comprovados. O art. 334 do CPC os enumera:

O juiz não se exime de sentenciar, alegando que os fatos não foram esclarecidos. Não há possibilidade do *non liquet*, em que ele se recusa a julgar, aduzindo que não conseguiu formar a sua convicção.

Há casos em que, esgotadas as provas possíveis, os fatos não ficaram suficientemente esclarecidos. A situação não é incomum: há fatos controvertidos, a respeito dos quais cada litigante tem uma versão, e dos quais não há provas, pois ninguém os presenciou ou documentou. Porém, o juiz precisa decidir.

A lei processual formula uma série de regras aplicáveis somente na hipótese de, no momento do julgamento, os fatos não terem ficado suficientemente esclarecidos. São as regras do ônus da prova, **cuja função é indicar qual dos litigantes sofrerá as consequências negativas advindas da falta de comprovação**.

Se o juiz, concluída a instrução, formou o seu convencimento sobre os fatos, não terá necessidade de socorrer-se delas. Bastará extrair as consequências jurídicas pertinentes ao caso. Não aclarados os fatos, o juiz, para proferir sentença, verificará a quem cabia o ônus de prová-los: será esse o litigante que sofrerá as consequências negativas da falta ou insuficiência de provas.

A aplicação das regras do ônus da prova deve ficar reservada à hipótese de terem sido esgotadas as possibilidades de esclarecimento dos fatos. Se ainda houver prova que o auxilie, deverá o juiz mandar produzi-la, de ofício, na forma do art. 130, do CPC. As regras do ônus da prova vêm formuladas no art. 333 do CPC.

sua versão dos fatos: o autor o fará na petição inicial, o réu na contestação. Aqueles que se tornaram controvertidos precisarão ser comprovados, em regra por quem os alegou: ao menos em geral, ao autor cumprirá provar os fatos constitutivos de seu direito; e ao réu os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor (CPC, art. 333).

9.2. ônus da prova — aspecto subjetivo e objetivo

As regras do ônus da prova podem ser examinadas em dois aspectos: **subjetivo e objetivo**.

Do ponto de vista objetivo, elas são regras de julgamento, dirigidas ao juiz da causa, que devem orientá-lo ao proferir sentença na hipótese de os fatos não terem ficado suficientemente esclarecidos. Não devem ser utilizadas em qualquer circunstância, mas apenas na de terem sido esgotadas as possibilidades de elucidação dos fatos controvertidos. Ao aplicá-las, o juiz imporá àquele que tinha o ônus de provar as consequências negativas da insuficiência ou falta de provas.

Como decorrência do aspecto objetivo, deflui o subjetivo. A lei, ao estabelecer quem sofrerá as consequências negativas decorrentes da falta de provas, **norteará os litigantes a respeito daquilo que compete a cada um deles demonstrar**. Quando o art. 333 estabelece que cumpre ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, diz, ao mesmo tempo, ao juiz e ao autor, quem sofrerá as consequências negativas da falta de prova desses fatos.

O juiz as aplicará ao proferir o julgamento; e o autor se orientará, no curso do processo, sobretudo na fase instrutória, com a consciência de que cabe a ele essa prova.

Os aspectos objetivo e subjetivo do ônus da prova são indissociáveis: ao indicar como o juiz deverá se orientar no julgamento, em caso de falta de provas, a lei também indica como cada uma das partes deve comportar-se a respeito da instrução. **Os ônus da prova, conquanto regras de julgamento, interessam diretamente às partes, que sofrerão as consequências negativas ou positivas da sua distribuição.**

9.3. Distribuição do ônus da prova

O art. 333 do CPC dispõe que:

- cumpre ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito;
- cumpre ao réu a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Essas duas regras podem ser condensadas em uma única, assim

Fatos notórios São aquele conhecime geral da comunidad que o proc tramita. Nã preciso que sejam de conhecime global, bastando c sejam sabi pelas pess da região. exemplo: q no Rio de Janeiro, há

resumida:

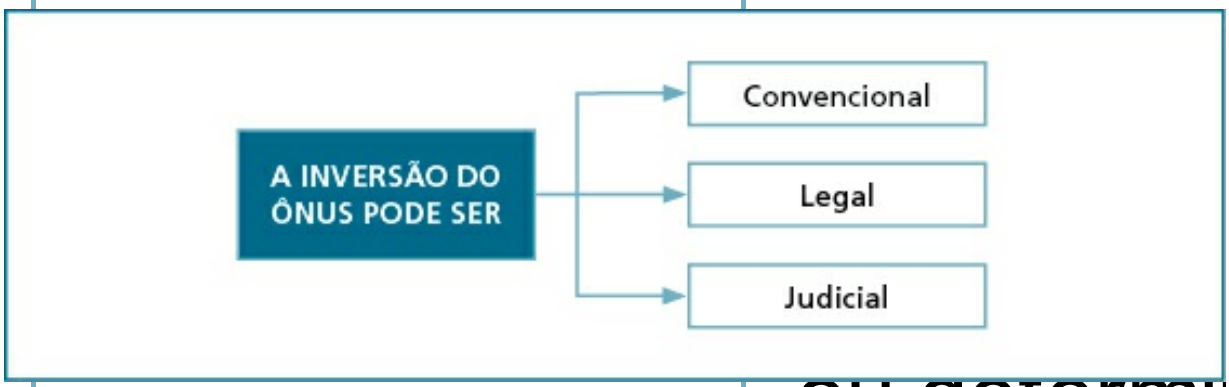
O ônus da prova, em regra, cabe a quem alega determinado fato.

Isso vale não apenas para as partes, mas para todos aqueles que intervenham no processo.

9.4. Inversão do ônus da prova

No item anterior, foram indicadas as regras do ônus da prova.

Inversão consiste na modificação da regra natural de distribuição dos ônus da prova.



Essa classificação leva em conta a causa da inversão, **se a vontade dos litigantes, determinação legal ou judicial**.

Ela terá relevância tanto para as partes quanto para o juiz e repercutirá no aspecto subjetivo e objetivo do ônus da prova.

Do ponto de vista objetivo, se o juiz verificar, na sentença, que determinado fato não ficou comprovado, carreará as consequências negativas não para o litigante a quem elas seriam normalmente atribuídas, **mas para quem for mais prejudicado**. Do ponto de vista subjetivo, o autor não terá mais de provar os fatos constitutivos de seu direito, cumprindo ao réu fazer prova contrária; e o réu não terá mais o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, cabendo ao autor a prova contrária.

Cada uma das hipóteses de inversão será examinada em itens separados.

9.4.1. Inversão convencional

Podem as partes, por convenção, alterar as regras naturais de distribuição do ônus da prova? O parágrafo único do art. 373, do CPC, o autoriza, ao estabelecer: "é nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I — recair sobre direito indisponível da

grande aflu
de turistas
estrangeirc
ou que em
determinac
ou determi
região.
O que foi
confessado
pela parte
contrária, s
expressam
seja por fa
de impugna

Os afirmados por uma das partes e confessados pela outra

parte; II — tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito".

Se o dispositivo impede a inversão nos casos a que alude, por exclusão a autoriza nos demais casos. Se o processo versa sobre interesse disponível, no qual as partes podem renunciar aos seus direitos, reconhecer juridicamente o pedido do adversário ou transigir, não há óbice a que convencionem a modificação do ônus.

A primeira condição é que o processo verse **interesse disponível**, porque inverter o ônus da prova consiste em uma forma de disposição.

Além disso, é indispensável que não torne a uma das partes excessivamente difícil o exercício do direito. Do contrário, a fase instrutória tornar-se-ia praticamente inútil, dada a dificuldade de o interessado provar os fatos a respeito dos quais recai o ônus que lhe foi atribuído. A parte pode até mesmo renunciar ou reconhecer o pedido; mas não pode promover a inversão de forma a dificultar em demasia a prova de um fato, o que obrigaria o juiz a abrir a fase instrutória, embora já saiba de antemão que o fato não pode ser provado, ou só o pode com muita dificuldade. Isso implicaria transtornos que não se coadunam com a natureza pública do processo.

O Código de Defesa do Consumidor **veda expressamente a inversão do ônus da prova em detrimento do consumidor** (art. 51, VI).

9.4.2. Inversão legal

A lei brasileira estabelece numerosos casos de presunção. Ao fazê-lo, torna dispensável a prova do fato alegado, que se presume verdadeiro, podendo ou não admitir prova contrária, conforme o grau de intensidade da presunção. **Há aquelas que admitem prova contrária — são as presunções relativas; e as que não a admitem — presunções absolutas**.

No item 6 deste capítulo, foi visto que as presunções podem decorrer de lei ou da observação do que normalmente acontece. No primeiro caso, serão legais; no segundo, simples ou *hominis*.

Havendo presunção legal ou simples, a parte fica dispensada de provar o fato cuja existência ou veracidade é presumida.

Também a presunção simples encontra amparo legal, uma vez que o art. 335, do CPC, estabelece: "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial".

Alguns exemplos ajudarão a esclarecer de que forma as presunções

específica, se tornou controvertid apenas sob que há controvérsi exige-se pr Pressupõe- que o fato admita confissão. Essa hipóte assemelha- anterior, po pressupõe também a incontrover

Os admitidos no processo como incontroversos

invertem o ônus da prova.

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal estabelece a presunção de culpa das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público pelos danos que, no exercício de suas atividades, causarem a terceiros.

Em regra, a vítima de danos que ajuíza ação postulando o ressarcimento tem o ônus de provar a culpa do réu, fato constitutivo do seu direito (art. 333, do CPC). Mas se o réu for uma das pessoas jurídicas mencionadas no dispositivo constitucional, a culpa será presumida, o autor ficará dispensado de prová-la, incumbindo àquela a prova contrária, de que o acidente deu-se por caso fortuito, força maior, culpa da vítima ou de terceiro. Há uma presunção legal que redunda em inversão do ônus da prova.

Um outro exemplo: a vítima de um acidente ajuíza ação de ressarcimento contra o causador, aduzindo que houve colisão traseira. Ora, as regras de experiência comum indicam que a colisão traseira é, quase sempre, provocada porque o veículo que está atrás não manteve a distância mínima, ou não atentou para o fluxo dos veículos à frente. Ainda que a lei nada mencione, as regras de experiência (presunção simples ou *hominis*) fazem concluir que a culpa é daquele que colidiu na traseira, cumprindo a este demonstrar o contrário (por exemplo, que houve uma marcha à ré do carro da frente).

Em cujo fator milita presunção legal de existência ou de veracidade

9.4.3. Inversão judicial

Pressupõe a existência de lei, que a autorize. Não decorre direta e automaticamente da lei, que atribui ao juiz a poder de determiná-la, nos casos concretos, desde que verificadas determinadas circunstâncias.

Distingue-se da presunção legal, em que a lei preestabelece os requisitos, não deixando ao juiz nenhuma margem de avaliação; na judicial, a lei condiciona a inversão a que, a critério do juiz, estejam presentes determinadas circunstâncias.

O exemplo mais importante de inversão judicial é o autorizado pelo art. 6º, VIII do Código do Consumidor, que assegura, entre os direitos básicos do consumidor: "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência".

São duas as hipóteses que autorizam a inversão. Basta que uma delas esteja presente, para que o juiz a autorize:

que dispen
instrução. A
há um
consenso e
os litigante
respeito de
determinad
fato.
Há dois tipo
de presunç
que podem
estabelecid
por lei: a
absoluta (*ju*
et de jure)
relativa (*jur*
tantum). Se

houver a
primeira,
nenhuma p
se admitirá
seja contrá
ao fato
alegado; se
a segunda,
aquele que
alegou o fa
não precisa
comprová-
mas o seu
adversário
poderá faz
prova contr
A revelia é

- **Quando for verossímil a alegação:** O Código do Consumidor busca a facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Para tanto, estabelece que o juiz pode considerar provado um fato não em um juízo de certeza, mas de verossimilhança ou de probabilidade. Cumprirá ao juiz, no caso concreto, examinar se isso é suficiente para formar-lhe o convencimento, dispensando então a prova do fato plausível.
- **Quando o consumidor for hipossuficiente:** há dois tipos de hipossuficiência, e ambas podem levar à inversão. A **econômica**, quando o consumidor tiver dificuldade de comprovar o alegado por força de dificuldades materiais, que o impedem, por exemplo, de se defender adequadamente, ou de conseguir as provas necessárias; e a **técnica**, quando a comprovação de fatos relacionados à coisa fornecida ou ao serviço prestado demande conhecimento técnico de que o consumidor não dispõe, mas que pode ser facilmente obtido pelo fornecedor, **que conhece os aspectos técnicos do produto ou serviço que colocou no mercado**.

9.4.4. O problema do momento em que o juiz deverá promover a inversão do ônus

Nos casos de inversão convencional e legal, a dificuldade não se coloca. Os litigantes saberão desde logo que há a inversão, seja porque transigiram a respeito, seja porque existe lei estabelecendo a presunção em favor de um deles.

Mas a inversão judicial pode trazer alguns problemas porque depende de uma decisão judicial, que pode ou não deferi-la.

Como visto, o ônus da prova tem um aspecto subjetivo, uma vez que orienta as partes, serve de norte, **para que elas saibam quem sofrerá as consequências negativas, caso os fatos não sejam elucidados**.

Ora, se o juiz só fizesse a inversão do ônus na sentença, o litigante prejudicado por ela seria surpreendido. Ele poderia ter deixado de produzir provas na fase de instrução, sabendo que o ônus era do adversário. **Com a inversão na sentença, ele terá sido prejudicado sem ter tido a oportunidade de requerer e produzir as provas que, se tivesse sabido de antemão, teria postulado**.

Por isso, embora o ônus da prova seja, antes de mais nada, regra de julgamento, tem-se entendido que a inversão deverá ser determinada antes da sentença, para evitar ofensa ao princípio do contraditório e eventual cerceamento de defesa daquele que ficaria por ela prejudicado. **Ela será apreciada em momento processual tal que permita àquele a quem o ônus for carreado socorrer-se das provas necessárias**.

O momento apontado como oportuno é o **da audiência preliminar**, quando o juiz, em contato com as partes, fixará os pontos controvertidos e decidirá as provas que serão produzidas. Antes, porém, o juiz deverá apreciar a inversão, dando às partes a possibilidade de comportar-se na fase instrutória, de acordo com a nova distribuição dos ônus.

As consequências da falta de provas do fato só serão aplicadas na sentença, mas o juiz alertará as partes, de antemão, a quem elas serão carreadas, para que possam diligenciar no sentido de obtê-las.

exemplo er
que há
presunção
relativa dos
fatos alega
na petição
inicial.

9.4.5. A inversão do ônus da prova e a responsabilidade com as despesas

As regras do ônus da prova, fixadas no art. 333, do CPC, são dirigidas, principalmente, ao juiz; sua função é possibilitar o julgamento, ainda que os fatos não tenham ficado suficientemente esclarecidos, ordenando, ainda que reflexamente, o comportamento das partes.

Os arts. 19 e 33 do CPC tratam da responsabilidade pelas despesas que a produção das provas pode causar. **A regra é de que o vencido as suporte, mas há as que precisam ser antecipadas**, quando não se sabe quem serão os vencedores e vencidos. **Manda a lei que seja quem requereu a prova; se tiver sido o Ministério Público fiscal da lei ou houver, de ofício, sido determinada pelo juiz, cumprirá ao autor antecipá-las**. Quando o Ministério Público é autor, como nas ações civis públicas, por exemplo, tem-se entendido que cumpre a ele, na forma da súmula 232 do STJ.

Têm sido frequentes, na prática, os casos em que um dos litigantes não postula, propriamente, a inversão do ônus da prova, mas da responsabilidade pela antecipação das despesas com a sua produção, alegando ou que uma coisa se confunde com a outra, ou que uma coisa decorre da outra.

Conquanto ainda haja grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito, **tem prevalecido o entendimento de que a inversão do ônus da prova não se confunde com a da responsabilidade pela antecipação dessas despesas**.

Já foi decidido que, pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1073.688, Rel. Min. Teori A. Zavascki, publicado em *DJU* de 20 de maio de 2009, que:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. COBERTURA PELO FCVS. **INVERSÃO** DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/90. ADIANTAMENTO DAS **DESPESAS PROCESSUAIS**. 1 "A simples

inversão do ônus da prova, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, não gera a obrigação de custear as **despesas** com a perícia, embora sofra a parte ré as consequências decorrentes de sua não produção. (...) O deferimento da **inversão** do ônus da prova e da assistência judiciária, pelo princípio da ponderação, impõe que seja beneficiado o consumidor, com o que não cabe a orientação jurisprudencial sobre o custeio da prova pericial nos termos da Lei n. 1.060/50" (REsp 639.534, 2ª Seção, Min. Menezes Direito, *DJ* de 13.02.2006). Precedentes das Turmas da 1ª e 2ª Seções. 2. Recurso especial provido.

Como deixa claro o acórdão, a inversão do ônus não gera a responsabilidade pela antecipação de despesas. Mas pode fazer com que a prova, que seria requerida por um dos litigantes, passe a sê-lo pelo adversário a quem o ônus foi carreado, com o que cumprirá a este antecipá-las.

10. HIERARQUIA DAS PROVAS

Entre os princípios fundamentais do processo civil referentes às provas, destaca-se o da persuasão racional, ou livre convencimento fundamentado, consagrado no art. 131, do CPC. O juiz as aprecia livremente, devendo apresentar os motivos que o levaram à decisão. Como regra, a lei processual não estabelece hierarquia entre as provas: **em princípio, nenhuma tem valor superior à outra, cabendo ao juiz sopesá-las ao formar o seu convencimento**.

Não se acolheu entre nós o princípio da prova legal, segundo o qual cada uma tem um valor previamente fixado por lei, cabendo ao juiz decidir de acordo isso, sem sopesá-la. A adoção desse princípio implicaria restrição completa ao do livre convencimento, uma vez que o juiz não teria possibilidade de avaliar as provas colhidas, previamente ponderadas pelo legislador. Não poderia, por exemplo, julgar com base em prova testemunhal, desconsiderando as conclusões da pericial, se a lei dissesse que esta deve sobrepor-se àquela; ao passo que no sistema da persuasão racional, ele as avaliará livremente.

Existem resquícios, em nosso ordenamento, do sistema de prova legal: o art. 366, por exemplo, dá valor absoluto ao instrumento público, como prova do ato cuja celebração o exige. Mas mais do que prova, o instrumento público é necessário para a própria formação e constituição do negócio jurídico, cuja existência se pretende demonstrar. Outro exemplo é do art. 401, do CPC, que impede a comprovação de negócios jurídicos de valor superior a dez salários mínimos por meio exclusivamente testemunhal.

O sistema da persuasão racional — acolhido entre nós — é intermediário entre o da prova legal, já mencionado, e o da convicção íntima, pelo qual o juiz teria liberdade absoluta para avaliar as provas, sem necessidade de nem mesmo fundamentar a sua decisão: o que valeria é a sua impressão pessoal, sendo desnecessário que indique quais as provas que a sustentam. O juiz poderia julgar apenas com base na ciência privada ou na opinião que tem dos fatos. O Tribunal do Júri é o único exemplo, em nosso sistema, da adoção do princípio da convicção íntima.

O sistema da persuasão racional exige que o juiz indique as razões pelas quais formou o seu convencimento, expondo fundamentos e provas que o sustentam. Conquanto haja o livre convencimento, é preciso que seja motivado e racional, amparado nos elementos dos autos, e que deles resulte, como consequência lógica.

■ 11. PROVAS ILÍCITAS

A Constituição Federal, no art. 5º, LVI, **veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, sem fazer nenhuma ressalva**. O art. 332, do CPC, por sua vez, estabelece que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". *A contrario sensu*, são vedadas a provas ilegais ou moralmente ilegítimas.

A ilicitude da prova pode decorrer de duas causas: da **obtenção por meios indevidos** (exs.: emprego de violência ou grave ameaça, tortura, entre outras); **e do meio empregado para a demonstração do fato** (exs.: as interceptações telefônicas, a violação de sigilo bancário, sem autorização judicial, a violação de sigilo de correspondência).

A proibição da prova ilícita suscita importantes questões: se é ou não absoluta, se admite mitigações, decorrentes do princípio da proporcionalidade; se atinge tão somente a própria prova, ou se também macula as dela derivadas (teoria dos frutos da árvore contaminada).

Embora haja enormes controvérsias doutrinárias a respeito, existe posição firmada do Supremo Tribunal Federal, de que **a prova obtida por meios ilícitos e as provas dela derivadas não podem ser admitidas no processo, salvo por razões de legítima defesa**.

Houve a adoção da teoria dos frutos da árvore contaminada: **a ilicitude de uma prova impedirá que não só ela mas também as provas dela derivadas sejam utilizadas**. Por exemplo, se forem apreendidos ilicitamente livros de contabilidade de uma empresa, uma perícia que venha a ser

realizada neles também não poderá ser empregada.

A teoria da proporcionalidade, desenvolvida, sobretudo, pelo direito alemão, autoriza a utilização da prova ilícita, **quando os bens jurídicos que se pretende proteger são mais elevados do que aqueles que se pretende preservar com a vedação**. Assim, se a prova foi colhida com violação ao direito de intimidade, mas serve para preservar, por exemplo, a vida ou a saúde da coletividade, seria autorizada.

Embora não acolhido, entre nós, o princípio da proporcionalidade, tem-se admitido a utilização da prova ilícita, quando obtida para legítima defesa, própria ou de terceiro: a interceptação telefônica de uma ligação feita por sequestrador, por exemplo.

11.1. A gravação e a interceptação telefônica

A gravação telefônica é a feita por um dos participantes da conversa, ao passo que a interceptação é feita por um terceiro, que não a protagonizava. A gravação pode ser validamente utilizada como prova, mesmo sem o consentimento do outro participante. Se um dos protagonistas grava uma conversa que tem com outro ao telefone, a gravação pode ser por ele utilizada como prova, ainda que o outro não consinta. Não há violação ao direito de intimidade, porque feita por um dos participantes.

Diferente é a interceptação, em que há afronta ao direito de intimidade: a conversa está sendo gravada sem o conhecimento e o consentimento dos envolvidos. Não pode ser usada como prova, salvo nos casos especiais previstos em lei.

No Brasil, **a interceptação só poderá ser usada como prova quando autorizada pelo juiz, para instrução em processo crime**. É o que estabelece o art. 5º, XII, da CF, regulamentado pela Lei n. 9.296/96, que trata da interceptação telefônica por ordem judicial para instrução processual penal.

12. MEIOS DE PROVA

Os meios de prova são os mecanismos **que podem ser usados no processo, para investigação e demonstração dos fatos**. São os tipos genéricos de provas que se admitem no processo. Não se confundem com as **fontes de prova que são os elementos específicos, concretos, que servem para a comprovação de um fato em um determinado processo**.

Um exemplo ajudará a clarificar a diferença: a prova testemunhal é um meio de prova; uma determinada testemunha, que tenha presenciado um fato relevante para o processo é uma fonte de prova. Deve haver uma

correlação direta entre uma fonte e um meio de prova. Uma informação só poderá ser obtida de uma fonte se isso se enquadrar entre os meios de prova.

A respeito destes, vigora a regra geral do art. 332, do CPC, que tem grande relevância, por sua generalidade:

> "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

São meios de prova:

- A confissão.
- O depoimento pessoal das partes.
- A prova testemunhal.
- A prova documental.
- A prova pericial.
- A inspeção judicial.

Esse rol não pode ser considerado taxativo, diante do caráter genérico do art. 332. Além dos meios acima elencados, qualquer outro será admitido, desde que não viole a lei ou a moral.

13. DA PROVA DOCUMENTAL

13.1. Introdução

A prova documental tem se tornado cada vez mais comum, diante da tendência moderna de documentar todas as relações jurídicas, ainda que a lei não exija forma escrita. Quando ela o exige, o documento deixa de ser apenas um mecanismo de prova, e se torna da essência do próprio negócio jurídico, que não pode ser provado por outras maneiras. É o que ocorre na hipótese do art. 366 do CPC.

Afora essas situações, em que o documento é da essência do negócio, **a prova documental é apenas um meio de prova, que, conquanto muito prestigiado, não pode ser considerado, *a priori*, como de maior valor do que os outros**. Não se acolheu no Brasil o princípio da prova legal, em que o legislador prefixa o valor de cada uma, retirando do juiz o poder de apreciá-las consoante a sua livre convicção. Entre nós, foi acatado o princípio do livre convencimento motivado, e a prova documental deve ser examinada em conjunto com as demais, podendo o juiz preteri-la, caso se convença, por outros meios, que o documento não retrata a realidade.

Feitas essas considerações, é forçoso admitir que a prova documental tem sido o meio preferido entre os contratantes, para demonstrar a

existência de um negócio jurídico. São raros os contratos celebrados verbalmente — ainda que a lei o autorize. O legislador processual favoreceu essa tendência, ao restringir a utilização de prova exclusivamente testemunhal a contratos de pequeno valor, até dez salários mínimos, exigindo, no caso dos de maior montante, que haja, ao menos, um início de prova documental.

13.2. Conceito de documento

A ideia de documento sugere, em um primeiro momento, a de prova escrita, de um conjunto de palavras e expressões que usam o papel como suporte. Mas não se restringe a isso, e abrange outras formas de representação material, como a mecânica, a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica e outras (CPC, art. 383). Além dessas, pode-se acrescentar o documento eletrônico, disciplinado pela Lei n. 11.419/2006.

O que há de comum entre todos esses meios, para que possamos qualificá-los de documentos? **O fato de utilizarem um suporte material, que não precisa ser necessariamente o papel, mas que deverá ser anexado aos autos, para apreciação o juiz**. Esse suporte pode ter as mais variadas formas: fotografias, gravações eletrônicas, CDs ou DVDs, filmagens. O que distingue a prova documental das demais é que **ela constitui sempre uma fonte de prova passiva**, a informação que ela contém pode ser obtida da coisa em si, sem que haja necessidade de ser extraída pelo juiz, ou por quem quer que seja. É diferente do que ocorre, por exemplo, com a prova testemunhal e com a pericial, em que há necessidade de participação do juiz e das partes.

13.3. Classificação dos documentos

São várias as formas pelas quais os documentos podem ser classificados. É possível usar como critérios de distinção a autoria, conteúdo e forma.

13.3.1. Quanto à autoria

Os documentos podem ser **autógrafos ou heterógrafos**. Os primeiros são produzidos pelo próprio autor da declaração de vontade nele contida. Contém, portanto, uma declaração de próprio punho, daquele que emite a sua vontade; já os segundos são aqueles redigidos por outrem, que não o autor da declaração de vontade.

Um contrato particular é geralmente autógrafo, porque redigido e assinado pelos próprios contratantes; já uma escritura pública é heterógrafo, porque redigida por um tabelião, que dela faz constar a vontade dos

declarantes.

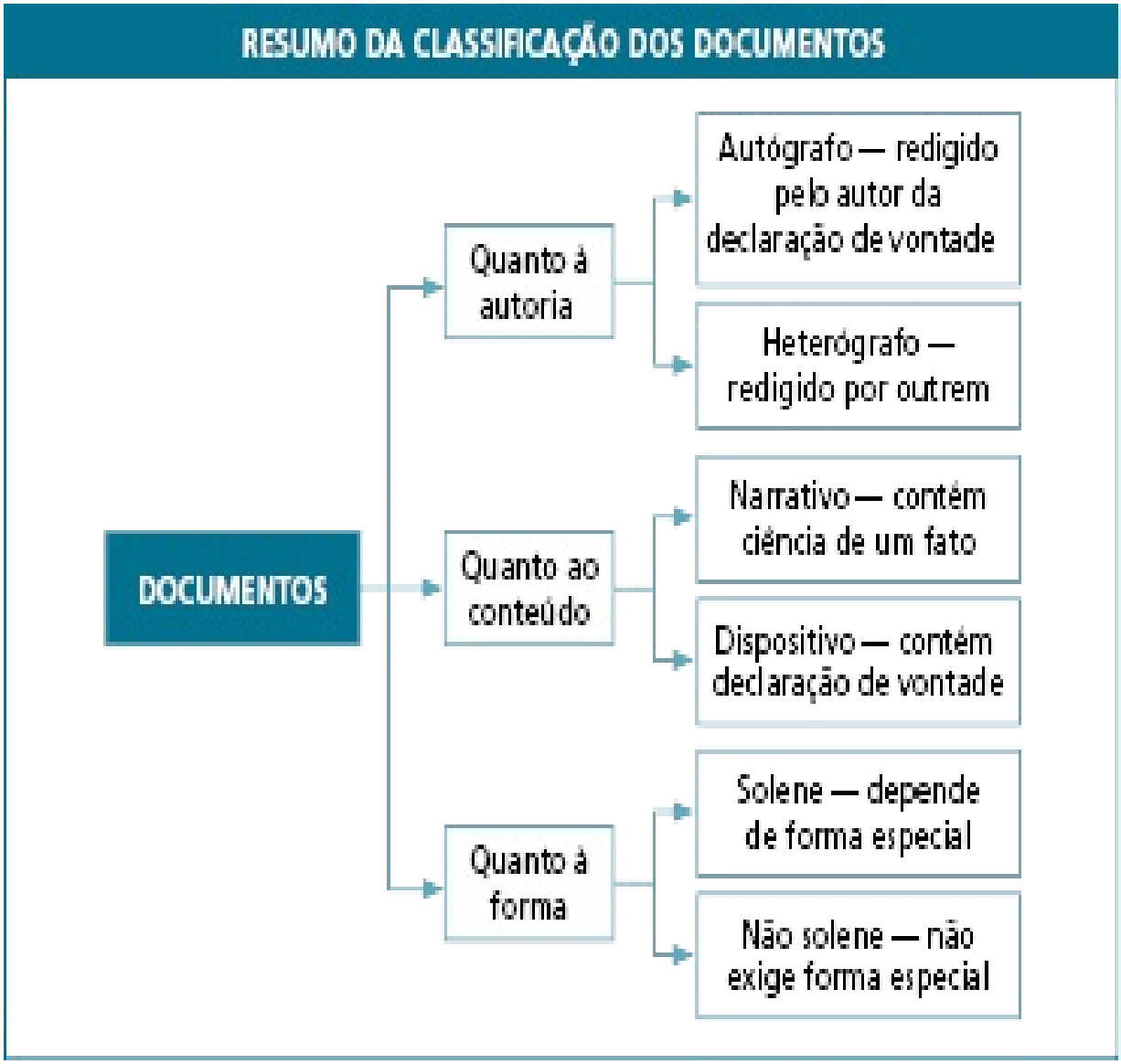
Ainda quanto à autoria, os documentos podem ser **públicos ou privados**, conforme expedidos por funcionários públicos em geral (art. 364, do CPC) ou por particulares.

13.3.2. Quanto ao conteúdo

Os documentos podem ser **narrativos ou dispositivos**. Os primeiros são aqueles que contêm declarações referentes a um fato, do qual o subscritor tem conhecimento. Os segundos contêm uma declaração de vontade, e se prestam a constituir, extinguir ou modificar as relações jurídicas. Os contratos são exemplos de documentos dispositivos.

13.3.3. Quanto à forma

Os documentos podem ser **solenes**, quando exigirem forma especial para sua validade, como as escrituras públicas nos contratos de compra e venda de imóveis, ou **não solenes**, quando não exigem forma especial.



13.4. Exibição de documento ou coisa

Nem sempre o documento que se pretende usar como prova está em poder do interessado. **Há casos em que está com o adversário, ou com terceiro. Em determinados casos, a lei concede à parte interessada o poder de exigir daquele que tem consigo o documento, que o apresente em juízo, seja ele a parte contrária, seja alguém de fora do processo**.

Há duas maneiras pelas quais se pode conseguir a vinda dos documentos aos autos: a requisição judicial e a exibição de documento.

13.4.1. A requisição judicial (CPC, art. 399)

Será cabível quando o documento estiver em poder de repartições públicas, obrigadas a cumprir a ordem do juiz de que o apresentem.

De acordo com o art. 399, do CPC, o juiz "requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição: I — as certidões

necessárias à prova das alegações das partes; II — os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta".

A requisição será feita pelo juiz **de ofício, ou a requerimento da parte interessada no documento**, sempre que este for relevante para a apuração dos fatos, e não puder ser obtido sem a intervenção judicial.

As requisições judiciais têm sido cada vez mais usadas nos processos em geral, seja para a obtenção de documentos, seja de informações relevantes, como o endereço do réu ou de alguma testemunha fundamental, ou a existência de bens ou contas bancárias do devedor, que permitam tornar eficaz a execução.

Conquanto o art. 399 aluda apenas as repartições públicas, nada impede que as requisições sejam dirigidas às entidades particulares, que terão de cumpri-las. Por exemplo, as de prontuários médicos a hospitais, ainda que particulares, ou a órgãos de proteção de crédito.

13.4.2. O incidente de exibição de documentos

O CPC prevê dois mecanismos pelos quais é possível que um dos litigantes exija do outro, ou de terceiro, a apresentação de documentos que estejam em poder deles: a ação cautelar preparatória, prevista nos arts. 844 e 845, e o incidente probatório, previsto nos arts. 355 a 363.

Ambos têm por fim obrigar aquele que detém o documento — seja parte ou terceiro — a apresentá-lo. **Mas enquanto o primeiro tem natureza de ação autônoma, o segundo constitui mero incidente, no bojo do processo de conhecimento**.

Neste capítulo, interessa-nos o incidente de exibição, já que a ação cautelar deve ser examinada em capítulo próprio.

Só existirá o incidente quando a exibição do documento for requerida por uma das partes, esteja ele em poder da outra ou de terceiro. **O juiz pode, de ofício, determinar a apresentação de documentos em juízo. Mas não se estará diante do incidente de exibição**.

A circunstância de o documento estar em mãos do adversário ou de terceiro fará diferença, quando do julgamento do incidente, porque, de acordo com a lei, **o adversário não tem propriamente o dever de apresentar o documento que tenha consigo, mas tão somente o ônus de fazê-lo, se o juiz o determinar**. É o que resulta da leitura do art. 359, do CPC: "Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar".

Se o juiz determinar a exibição de documento a um dos litigantes,

este não estará propriamente obrigado a apresentá-lo, mas se não o fizer, sofrerá as consequências negativas da sua omissão: os fatos que se pretendia comprovar por meio dos documentos sonegados reputar-se-ão verdadeiros.

Mas, se o documento estiver em mãos de terceiro, terá este a obrigação de cumprir a determinação judicial de apresentá-los, e não somente o ônus. O descumprimento implicará desobediência e o juiz tomará as providências necessárias para que a sua ordem seja cumprida. Os arts. 14, parágrafo único, e 461, do CPC, estabelecem as medidas que podem ser tomadas em caso de desrespeito, pelo terceiro, da determinação judicial.

Diante das distinções acima mencionadas, é preciso examinar, em capítulos separados, a exibição dirigida em face da parte e em face de terceiro.

13.4.2.1. Exibição dirigida em face da parte

A exibição será requerida pela parte interessada — **autor ou réu** — em petição que individualizará, da maneira mais completa possível, o documento, para que o adversário possa defender-se ou entregá-lo, se entender que é o caso.

É indispensável que o autor do incidente esclareça a **finalidade da prova**, indicando os fatos que se relacionam ao documento, porque, caso o juiz o acolha, e ele não seja apresentado, haverá a **presunção de veracidade dos fatos que com ele se pretendia comprovar**.

Por fim, é fundamental que se esclareçam as circunstâncias em que o requerente se funda para afirmar que o **documento existe e se acha em poder do adversário**. Para o acolhimento do incidente é indispensável que fique demonstrada a posse do documento pelo adversário. O juiz não pode determinar que alguém apresente um documento que não possui.

Não cumpridas as exigências mencionadas, previstas no art. 356 do CPC, o juiz indeferirá de plano o incidente. Do contrário, mandará intimar o requerido para, querendo, oferecer **resposta no prazo de cinco dias**.

Este poderá tomar uma entre várias atitudes. Poderá:

- apresentar o documento solicitado, caso em que o incidente será encerrado;
- oferece resposta, no prazo de cinco dias. São duas as defesas de que poderá valer-se: **a de que não tem o documento consigo, ou de que não está obrigado a apresentá-lo, podendo escusar-se**. Se negar a posse, o juiz "permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade" (art. 357, do CPC). O ônus da prova, como evidencia o dispositivo legal, é do requerente. O requerido

pode ainda escusar-se de apresentar o documento, nas hipóteses do art. 363, do CPC, quando concernente a negócios da própria vida da família; a sua apresentação puder violar dever de honra; a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou a terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representar perigo de ação penal; se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição. Mas a escusa não será admitida nas hipóteses do art. 358, se o requerido tiver obrigação legal de exibir; se ele aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; ou se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes;

- silenciar, deixando transcorrer *in albis* o prazo de cinco dias, caso em que o juiz presumirá a posse do requerido, e a inexistência de causas de recusa.

Em qualquer das situações acima mencionadas, o juiz julgará o incidente, acolhendo-o ou rejeitando-o. No primeiro caso, admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar (art. 359, do CPC). Ele não imporá a apresentação do documento, sob pena de desobediência, nem utilizará meios coercitivos para forçar a entrega, mas se valerá do disposto no art. 359, do CPC. E mesmo a presunção de veracidade decorrente da omissão **não deverá ser tida por absoluta**, mas apenas relativa, não podendo admitir-se como verdadeiros fatos que sejam contrariados por outros elementos de convicção dos autos.

Como a exibição dirigida contra a parte contrária tem natureza de mero incidente, a solução será dada por decisão interlocutória, contra a qual o recurso adequado será o de agravo.

13.4.2.2. Exibição requerida em face de terceiro

Se o documento estiver em poder de terceiro, o juiz pode determinar a sua apresentação **de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes**.

Se for a requerimento, não constituirá um mero incidente (nem poderia, pois o terceiro não é parte no processo originário), **mas terá a natureza de uma nova ação, que implicará a formação de um processo incidente**.

Disso decorrem importantes consequências. Como o requerimento tem natureza de ação (*actio exhibendum*), deverão ser observados os requisitos da petição inicial, previstos nos arts. 282 e 283, do CPC. O terceiro figurará como réu do processo incidente. Por isso, não basta que seja intimado a responder, devendo ser **citado**, como determina o art. 360, para

oferecer resposta no prazo de dez dias.

Ao defender-se, poderá apresentar as mesmas alegações que o adversário poderia oferecer, se o pedido de exibição fosse oferecido contra ele, mencionadas no item anterior: que não tem o documento ou a coisa consigo, ou que estão presentes as causas de escusa, previstas no art. 363 do CPC.

O juiz, se houver necessidade de provas, designará audiência, na qual poderá ouvir as partes, e eventuais testemunhas, e em seguida proferirá o julgamento. **Como houve a formação de um processo autônomo, o ato judicial que o julga terá natureza de sentença, contra a qual o recurso adequado será o de apelação**.

O art. 362, do CPC, enumera as consequências ao terceiro que não cumpre a determinação judicial de apresentar os documentos: o juiz concederá prazo de cinco dias para que os apresente em cartório ou em outro lugar designado; se a ordem for descumprida, será emitido mandado de apreensão, com requisição de força policial se necessário, sem prejuízo de responsabilidade por crime de desobediência. O juiz poderá ainda valer-se de outros meios de coerção, previstos nos arts. 461 e 14, parágrafo único, do CPC.

13.4.2.3. Esquema da exibição de documento

REQUISIÇÃO	EXIBIÇÃO CONTRA A PARTE
É a determinação, feita pelo juiz,	A exibição é sempre requerida por

às repartições públicas, para que apresentem em juízo documentos relevantes para o processo. Vem tratada no art. 399 do CPC. Admite-se que o juiz ainda possa requisitar documentos

uma das partes. Pode ter natureza de ação cautelar ou d simples incidente de exibição (art. 355 e do CPC). O suscitante deverá precisar o documento, o fato que se pretende provar por

de entidades particulares, como, por exemplo, prontuários médicos de internações hospitalares.

seu intermédio e as razões pelas quais se supõe que ele esteja com o suscitado. O juiz o ouvirá em cinco dias. Ele poderá apresentar o documento, oferecer escusa nos casos

autorizados por lei, ou demonstrar que não o tem consigo. Se acolhido o incidente (por decisão interlocutória) o juiz considerará provados os fatos que com ele se pretendia demonstrar.

13.5. Força probante dos documentos

O CPC trata da força probante dos documentos em subseção que se estende dos arts. 364 a 389. Diante do princípio do livre convencimento motivado, o juiz deve considerar a prova documental em conjunto com as

demais, salvo na hipótese em que a escritura pública seja da essência do negócio (CPC, art. 366). Mas o que provam os documentos juntados aos autos? A lei processual, para responder a essa pergunta, distingue entre os **públicos e os particulares**.

De acordo com o art. 364, do CPC, os documentos públicos fazem prova "não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença". Isto é, de sua própria regularidade formal e da regularidade na sua formação, mas não da veracidade de seu conteúdo.

Por exemplo, um boletim de ocorrência, documento público, faz prova de que o particular compareceu à Delegacia de Polícia ou ao Posto Policial e prestou as declarações ali contidas, mas não que os fatos ocorreram na forma por ele declarada. Nesse sentido: "O boletim de ocorrência faz com que, em princípio, se tenha como provado que as declarações dele constantes foram efetivamente prestadas, mas não que seu conteúdo corresponde à verdade. O art. 364 do CPC não estabelece a presunção 'juris tantum' da veracidade das declarações prestadas ao agente público, de modo a inverter o ônus da prova" (STJ *RT* 726/206).

A eficácia probante dos documentos particulares vem tratada no art. 368, do CPC: "As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário". Mas a presunção **é relativa, pois cede se o subscritor comprovar, por exemplo, que não o assinou livremente**.

13.6. Eficácia das reproduções

A respeito da força probante das reproduções, é preciso distinguir quatro espécies de documentos: os públicos, os particulares, as peças do processo e os digitalizados.

Sobre as cópias de documentos públicos, dispõe o art. 365, III, do CPC, que fazem a mesma prova que os originais: "As reproduções de documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais".

A regra a respeito dos documentos particulares vem estabelecida no art. 385, que assim dispõe: "A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original". O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, se o documento particular está autenticado, tem a mesma força probante que o original; se não está, o seu valor dependerá de eventual impugnação do adversário. Se este não a apresentar, presumir-se-á a autenticidade. Nesse sentido, *RSTJ*

87/310.

O art. 365, IV, do CPC, trata das cópias de peças do processo, aduzindo que fazem a mesma prova que os originais, "as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade".

Por fim, o art. 365, VI, introduzido pela Lei n. 11.419/2006, atribui o mesmo valor que ao original "às reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos de Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização".

13.7. O incidente de falsidade documental

Vem disciplinado nos arts. 390 a 395, do CPC, que atribuem às partes a possibilidade de, **a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição**, suscitar a falsidade de documento contra elas produzido. A sua finalidade é obter a declaração judicial, **com força de coisa julgada**, da falsidade de documento juntado aos autos.

13.7.1. Natureza jurídica do incidente de falsidade

Conquanto ainda possa haver alguma controvérsia doutrinária ou jurisprudencial, predomina amplamente o entendimento de que **o incidente de falsidade tem natureza de verdadeira ação incidente, de cunho declaratório**. Trata-se de ação declaratória incidental, cujo objeto é obter do juízo uma declaração definitiva sobre a falsidade ou autenticidade do documento. O art. 4º, II, do CPC, autoriza o ajuizamento das ações declaratórias com essa finalidade.

Ajuizado o incidente, haverá uma nova ação, mas de natureza incidente, **que não implica a formação de um novo processo**.

13.7.2. O incidente de falsidade, o reconhecimento incidental da falsidade de documento e as ações declaratórias autônomas de falsidade

É preciso fazer uma distinção importante. A parte contra quem o documento foi produzido pode arguir a sua falsidade, no curso processo, sem valer-se do incidente de falsidade. Por exemplo: em sua contestação, o réu poderá qualificar de falso um documento juntado com a inicial, sem suscitá-lo.

Se a questão for relevante, o juiz poderá determinar as provas necessárias para apurar a falsidade ou autenticidade do documento, mas, se não foi suscitado o incidente, a questão só poderá ser decidida *incidenter tantum*, **sem força de coisa julgada**. Será decidida **na fundamentação da sentença, não no dispositivo**.

Diferentemente, se a parte valer-se do incidente, haverá ação declaratória incidental, em que o juiz **declarará, no mesmo processo e com força de coisa julgada, a falsidade ou autenticidade do documento**.

Por fim, há ainda a possibilidade de a parte interessada valer-se de uma ação autônoma de declaração de falsidade, com fulcro no art. 4º, II, do CPC: haverá uma nova ação e um novo processo. Distingue-se do incidente, porque este não forma um novo processo, prestando-se a declarar a falsidade ou autenticidade de um documento juntado a um processo em curso, para nele servir de prova dos fatos.

13.7.3. O objeto do incidente de falsidade

Podem ser objeto da ação incidental de falsidade **os documentos públicos e os particulares, juntados aos autos**. De acordo com o art. 387, do CPC, a falsidade pode consistir em formar documento não verdadeiro, ou em alterar documento verdadeiro.

Existe grande controvérsia a respeito do tipo de falsidade que pode ser objeto do incidente, se só a material ou também a ideológica. A material é a que diz respeito ao suporte material do documento e a ideológica, ao seu conteúdo.

Como o art. 392 do CPC estabelece que, não havendo a sua retirada, nem o reconhecimento da falsidade, será determinada prova pericial, **tem predominado o entendimento de que somente a falsidade material pode ser discutida, já que só ela pode ser apurada por perícia**. A falsidade do conteúdo do documento não pode ser constatada, em regra, por prova técnica, mas por outros meios, o que afasta a possibilidade do incidente.

Há, no entanto, numerosos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que têm admitido o incidente de falsidade ideológica, mas não de maneira generalizada. Em regra, o permitem quando o conteúdo do documento é meramente narrativo, e não constitutivo de situações jurídicas. Nesse sentido, o AgRg 204.657, rel. Min. Sálvio de Figueiredo. E, mais recentemente, o AgRg no REsp 1024640/DF, de 16 de dezembro de 2008, Rel. Min. Massami Uyeda, no qual ficou decidido:

> "Esta Corte assentou que, na via do incidente de falsidade documental, somente se poderá reconhecer o falso ideológico quando tal não importar

desconstituição de situação jurídica. Nesse sentido, confira-se:
'INCIDENTE DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. (...)
I — A jurisprudência da egrégia Segunda Seção tem admitido o incidente de falsidade ideológica, quando o documento tiver caráter declaratório e o seu reconhecimento não implicar desconstituição de situação jurídica.' (AgRg no Ag 354.529/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, *DJ* 03.06.2002). E, ainda: Ag 989512/MS, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 09.05.2008; REsp 579215/DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, *DJ* 04.12.2006; REsp 167.726/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 18.10.1999.
In casu, a ora recorrente busca, por meio do incidente de falsidade, o reconhecimento de que o recibo apresentado pelos agravados foi fruto de uma simulação e, por conseguinte, a declaração de nulidade do negócio. Para tanto, ele requer 'a quebra do sigilo bancário do emitente do cheque a que faz referência o recibo, a expedição de ofícios aos cartórios a fim de esclarecer os imóveis dados em pagamento e realização de audiência para colher depoimento pessoal dos signatários do recibo cuja falsidade se investiga' (fl. 427). Como se vê, a intenção do recorrente é a desconstituição de situação jurídica por meio do reconhecimento de uma falsidade ideológica, o que, à luz do entendimento acima (acompanhado pela Corte *a quo*), não é viável."

As decisões que autorizam tais incidentes, fundados em falsidade ideológica, baseiam-se na permissão, concedida pelo art. 391, parte final, do CPC, de que outras provas, além da pericial, sejam produzidas.

13.7.4. Procedimento do incidente de falsidade

De acordo com o art. 390, do CPC, o incidente pode ser suscitado a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Mas há um prazo para ajuizá-lo: se o documento tiver sido juntado com a petição inicial, o réu o formulará no prazo de contestação; se for juntado posteriormente, em dez dias, a contar da ciência da juntada, à parte contra quem foi produzido.

O prazo é preclusivo. Se ultrapassado, a parte interessada não mais poderá aforá-lo. Nada impede, porém, que suscite a questão *incidenter tantum*, a ser resolvida sem força de coisa julgada material. Nem que se valha de ação autônoma de declaração de falsidade.

O procedimento do incidente variará conforme o estágio em que o processo se encontre, no momento em que ele for suscitado. Se antes do encerramento da instrução, será o previsto nos arts. 391 e 392, do CPC; se depois, o do art. 393.

13.7.4.1. Incidente aforado antes do encerramento da instrução

Correrá nos mesmos autos do processo da ação originária, e será

suscitado por petição dirigida ao juiz da causa, na qual o suscitante arguirá o documento de falso, expondo os motivos em que funda a sua pretensão, e os meios com que provará o alegado.

O juiz poderá indeferi-lo de plano, se, por exemplo, verificar que não foram preenchidos os requisitos de admissibilidade, que é intempestivo, ou que o tipo de falsidade não permite a declaração incidental.

Se não o fizer, intimará o suscitado para manifestar-se **no prazo de dez dias**. O suscitado pode concordar em retirá-lo dos autos, reconhecendo-lhe a falsidade, caso em que, não havendo oposição do suscitante, será dispensado o exame pericial, e o juiz julgará extinto o incidente.

Se ele for impugnado, o juiz ordenará a realização de prova pericial. Apesar dos termos peremptórios do art. 392, do CPC, parece-nos que o incidente pode admitir outros tipos de provas (tanto que a parte final do art. 391 determina que o suscitante informe as provas que pretende produzir), e que, em determinados casos, pode até ser dispensada a perícia, quando se verificar que, por outro meio mais eficiente, a falsidade pode ser comprovada.

13.7.4.2. Incidente aforado após o encerramento da instrução

O incidente pode ser suscitado a qualquer tempo, uma vez que sempre podem ser juntados novos documentos aos autos. Até mesmo em grau de recurso, caso em que se processará perante o relator.

A única diferença em relação ao incidente ajuizado antes do encerramento da instrução é que **se processará em apenso**, e não nos mesmos autos (art. 393, do CPC). De resto, todo o procedimento é o mesmo.

13.7.4.3. A suspensão do processo

Determina o art. 394 que, assim que suscitado o incidente, o juiz determine a suspensão do processo principal, o que vale tanto para os suscitados antes como depois do encerramento da instrução.

A razão é que a decisão sobre a falsidade ou autenticidade do documento poderá repercutir no julgamento: o juiz não poderia sentenciar sem decidir se o documento é ou não falso.

Mas, apesar dos termos peremptórios da lei, **a suspensão não deverá atingir todos os atos do processo, mas apenas o julgamento**. Enquanto não decidido o incidente, o juiz não poderá proceder ao julgamento do pedido, porque o resultado daquele poderá interferir neste.

13.7.4.4. Natureza do ato que aprecia o incidente

O art. 395 do CPC alude à **sentença que julga o incidente**, aduzindo que deverá declarar a falsidade ou autenticidade do documento.

Mas nem sempre esse ato terá natureza de sentença. Não há dúvidas de que o incidente tem natureza de ação declaratória incidental, mas só pode ser considerado sentença o ato que põe fim ao processo ou à fase de conhecimento, em primeiro grau.

Podem ocorrer duas situações:

a) que o juiz julgue o incidente de falsidade antes de julgar o processo principal. Realizada a perícia e colhidas eventuais outras provas, ele decide o incidente, declarando a falsidade ou autenticidade do documento, e o processo principal prossegue. Se assim for, o ato judicial terá natureza de decisão interlocutória, contra a qual a parte insatisfeita poderá apresentar agravo. Não se pode falar em sentença, porque a decisão não põe fim ao processo;

b) que o juiz julgue a ação declaratória incidental de falsidade junto com a principal, em uma única sentença. Ele colhe as provas relativas ao incidente, mas não o julga de imediato, deixando para decidi-lo com a ação principal. Nesse caso, indiscutível que terá havido sentença, contra a qual cabe apelação.

13.8. Produção da prova documental

O tema vem tratado nos arts. 396 a 399 do CPC. O primeiro desses dispositivos determina que as partes apresentem os documentos **com a petição inicial e a contestação**. O segundo acrescenta que, posteriormente, poderão ser juntados novos documentos, desde que para fazer prova de fatos supervenientes, ou para contrapô-los aos que foram juntados aos autos.

Ambos poderiam levar à conclusão de que a lei não permite a juntada de documentos novos, após a fase postulatória, salvo se referentes a fatos supervenientes. Mas a eles tem sido dada interpretação muito mais elástica. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que os documentos que devem ser juntados com a inicial **são apenas os indispensáveis para a propositura da demanda, uma vez que, sem eles, o juiz nem sequer a receberia**. Por exemplo, a certidão imobiliária, nas ações reivindicatórias de bens imóveis.

Outros documentos, que não esses, **podem ser juntados a qualquer tempo, mesmo em fase recursal, cabendo ao juiz apenas dar ciência ao adversário, permitindo-lhe que se manifeste no prazo de cinco dias**.

14. PROVA PERICIAL

14.1. Introdução

Prova pericial é o meio adequado para a comprovação de fatos cuja apuração depende de conhecimentos técnicos, que exigem o auxílio de profissionais especializados.

No curso do processo, podem surgir fatos controvertidos, cujo esclarecimento exija **conhecimentos especializados**. Por exemplo, de medicina, de engenharia, de contabilidade, entre outros.

Quando isso ocorrer, tornar-se-á necessária a nomeação do perito, profissional que detém o conhecimento técnico necessário. O juiz, ainda que o detenha, não pode utilizá-lo para apuração dos fatos. Afinal, é necessário que as partes tenham oportunidade de participar da produção da prova, formulando ao perito suas questões, e as dúvidas pertinentes ao caso.

14.2. Espécies de perícia

De acordo com o art. 420, do CPC, a perícia consiste em exame, vistoria ou avaliação:

- O exame consiste na análise ou observação de **pessoas ou coisas**, para delas extrair as informações desejadas. O perito médico examinará a pessoa, para verificar se ficou incapacitada, em virtude de acidente que sofreu, por exemplo.
- A vistoria é a análise de **bens imóveis**, que objetiva constatar se eles foram ou estão danificados.
- A avaliação é a **atribuição de valor a um determinado bem**.

14.3. Admissibilidade da prova pericial

Só será determinada perícia quando houver um fato controvertido, cuja apuração depende de conhecimento técnico ou científico (art. 145, do CPC).

O art. 420, parágrafo único, enumera as hipóteses em que o juiz deverá indeferi-la:

- a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico. Há certos conhecimentos que são gerais, e que fazem parte do repertório das pessoas comuns, como os básicos de matemática ou de biologia. Quando apenas esse tipo de conhecimento for exigido, a perícia não será cabível. Mas, se houver necessidade de noções que fogem ao comum das pessoas, o juiz nomeará o perito, ainda que ele próprio detenha tais conhecimentos;
- for desnecessária em vista de outras provas produzidas. A perícia é frequentemente de realização demorada e onerosa. Se os fatos

puderem ser provados por outros meios, o juiz deverá preferi-los;

- a verificação for impraticável. Há casos em que a perícia não se viabiliza, ou porque a pessoa ou coisa a ser examinada está inacessível, ou porque os conhecimentos técnicos que seriam necessários não estão à disposição da ciência da época.

A primeira hipótese suscita a interessante questão relacionada às consequências da recusa, por uma das partes, de submeter-se a exame ou inspeção. O tema é relevante, porque não há como coagir alguém a, contra a sua vontade, submeter-se a exame físico ou médico, como ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF — Pleno, HC 71.373 — RS, Rel. Min. Marco Aurélio). **Mas, se a submissão ao exame não pode ser considerada uma obrigação, deve ao menos ser considerada um ônus**, pois quem se recusar sofre as consequências negativas da sua omissão. Os arts. 231 e 232 do Código Civil tratam do tema. O primeiro estabelece que "aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa" e o segundo dispõe que "a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter como exame".

Ambos mostram que da recusa pode-se extrair uma **presunção de veracidade do fato que se queria demonstrar, por intermédio da perícia**. Mas apenas relativa, podendo ser afastada pelo exame do contexto e das circunstâncias em que a recusa se deu, e em consonância com as demais provas colhidas.

Os dois dispositivos do Código Civil ganharam reforço com a Lei n. 12.004, de 29 de julho de 2009, que acrescentou o art. 2º-A, à Lei n. 8.560/92, assim dispondo: "Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético — DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório". Esse dispositivo nada mais fez do que cristalizar o que a jurisprudência há muito vinha estabelecendo.

14.4. O perito

14.4.1. Requisitos para a nomeação

O perito é um dos auxiliares da justiça, que assistirão o juiz, quando a prova depender de conhecimento técnico ou científico.

Os requisitos para a sua nomeação são:

- **que se trate de pessoa física**, já que a lei alude à nomeação de profissionais habilitados. Não se admite pessoa jurídica. É possível que

ele integre entidade especializada, como o IMESC, mas será sempre o profissional que assina o laudo, nunca a entidade;

- que seja escolhido entre profissionais **de nível universitário**, devidamente inscrito no órgão de classe competente, o que deve ser comprovado por certidão do órgão. Mas essa exigência não é absoluta e se justifica diante da necessidade de que ele tenha conhecimentos técnicos especializados; poderá ser contornada se não existir ninguém, na comarca, que tenha tais qualificações, ou se esse tipo de formação não for indispensável para assegurar os conhecimentos necessários.

14.4.2. Deveres do perito

Ele não presta mais compromisso. Quando da entrada em vigor, o CPC o determinava, mas desde 1992 isso foi dispensado, pois do simples fato de aceitar o encargo presume-se o seu comprometimento em bem realizar as suas funções.

De acordo com o art. 146, "o perito tem o dever de cumprir o ofício, no prazo que lhe assina a lei, empregando toda a sua diligência; pode, todavia, escusar-se do encargo alegando motivo legítimo". A escusa deverá ser apresentada em cinco dias, a contar da data em que tem ciência de sua nomeação, salvo impedimento superveniente. Se o perito deixar transcorrer *in albis* o prazo, reputar-se-á renunciado o direito de alegar a escusa. Ele pode escusar-se nos casos de impedimento ou suspeição, que são os mesmos que se aplicam ao juiz. Ou por outra razão fundamentada, como por exemplo, se não detiver os conhecimentos técnicos exigíveis para o bom desempenho da função. Havendo impedimento ou suspeição, se ele não se escusar, qualquer interessado poderá suscitá-lo (art. 138, III), caso em que se observará o procedimento do art. 138, parágrafo único: o incidente será processado em apenso, sem suspensão do processo, ouvindo-se o perito no prazo de cinco dias. Se necessário, o juiz autorizará provas e em seguida decidirá.

O art. 147 apresenta as sanções aplicáveis ao perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas. Além das penais cabíveis, ele ficará inabilitado por dois anos a atuar em outras causas.

Além disso, o art. 424 prevê a possibilidade de substituição do perito, quando ele carecer do conhecimento necessário, ou sem motivo legítimo deixar de cumprir o encargo, no prazo que foi estabelecido. Nesta última hipótese, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional a que ele pertence e poderá aplicar multa, na forma do parágrafo único do art. 424.

O perito deve limitar-se a esclarecer as questões técnicas que interessem à causa, e que lhe sejam submetidas, não podendo enveredar por questões jurídicas, nem emitir opinião sobre o julgamento. O seu papel

é apenas o de fornecer subsídios técnicos para que o juiz possa melhor decidir.

14.4.3. Poderes do perito

A lei processual mune o perito de poderes que são necessários para o exercício de sua função e que estão resumidos no art. 429 do CPC: "Para o desempenho de sua função, podem o perito e os assistentes técnicos utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder de parte ou repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças".

Como o perito, por si, não tem poderes de requisição, se for necessário algum documento, solicitará que o juiz o requisite.

14.4.4. Nomeação de mais de um perito

O art. 431-B, introduzido pela Lei n. 10.358/2001, afastou qualquer dúvida quanto à possibilidade de nomeação de mais de um perito, quando a apuração dos fatos exigir conhecimentos técnicos relacionados a mais de uma área de especialização: "Tratando-se de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico".

14.4.5. Assistentes técnicos

Determinada a perícia, e nomeado o perito, as partes poderão, no prazo de cinco dias, indicar assistentes técnicos. **Sua função é assisti-las na prova pericial, acompanhando a produção e apresentando um parecer, a respeito das questões técnicas que são objeto da prova**.

O assistente técnico, ao contrário do perito, não é da confiança do juízo, mas das partes, sendo por elas contratado. **Por isso, não está sujeito às causas de impedimento e de suspeição**.

Ao apresentar o seu parecer, ele pode concordar com o laudo, ou divergir, em manifestação fundamentada na qual buscará demonstrar os equívocos cometidos. Sobre as críticas, o juiz poderá ouvir o perito, que poderá manter ou não as suas conclusões.

Para o exercício de suas funções, o assistente tem os mesmos poderes que o perito (CPC, art. 429).

14.4.6. O papel do juiz na prova pericial

O juiz nomeia o perito de sua confiança, que detém os conhecimentos especializados para a produção da prova. Além disso, preside e fiscaliza a atuação dele, podendo solicitar esclarecimentos e

formular indagações a respeito dos pontos controvertidos. Ao determinar a prova, deve ainda delimitar a respeito do que ela versará, isto é, qual a questão técnica controvertida, sobre a qual o perito prestará esclarecimentos. Deve ainda fixar o prazo para a apresentação do laudo, fazendo-o cumprir.

Cumpre-lhe ainda fiscalizar a atuação das partes, indeferindo quesitos impertinentes, e vedando que elas, de alguma forma, possam atrapalhar a atuação do perito.

Por fim, cabe-lhe verificar se ele prestou a contento os esclarecimentos, podendo substituí-lo a qualquer tempo, e determinar a realização de outra perícia, quando necessário.

14.4.7. O procedimento da prova pericial

Ela pode ser determinada a requerimento das partes, do Ministério Público, ou de ofício pelo juiz. Ele nomeará o perito, e concederá às partes e ao Ministério Público o prazo de **cinco dias para formular quesitos e indicar assistentes técnicos**. Ele próprio poderá complementar os formulados, se entender necessário algum esclarecimento. Em regra, a determinação de perícia é feita na audiência preliminar, quando o juiz saneia o processo, fixa os pontos controvertidos, e determina as provas necessárias. Se não for realizada audiência preliminar, o juiz decidirá sobre a perícia quando sanear o processo.

Os quesitos são as indagações que as partes formulam ao perito. Cumpre ao juiz fiscalizá-los, indeferindo os impertinentes, que não tenham relevância ou que extrapolem os limites técnicos especializados.

O prazo de cinco dias estabelecido por lei **não tem sido considerado, pela jurisprudência, preclusivo**. Há inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça considerando que, enquanto ainda não iniciada a prova pericial, as partes podem ainda formular quesitos, complementar os já formulados, indicar ou substituir os assistentes técnicos.

Após a entrega do laudo, as partes, o Ministério Público e o juiz poderão solicitar esclarecimentos e formular quesitos suplementares ao perito. Sempre que forem apresentados por uma das partes, o juiz dará ciência à outra (art. 425, do CPC).

A lei não fixa prazo para a apresentação do laudo, deixando a tarefa ao juiz, conforme seu prudente arbítrio, conforme a complexidade das questões suscitadas. Cumpre ao perito respeitar o prazo fixado, podendo, no entanto, solicitar, por uma vez, prorrogação, que será concedida se a demora decorrer de motivo justificado (CPC, art. 432).

O art. 433 do CPC determina que o laudo seja entregue com, pelo menos, vinte dias de antecedência da audiência de instrução e julgamento. Isso mostra que a perícia é sempre realizada antes dela, pois as partes poderão formular requerimento de ouvida do perito na audiência, para eventuais esclarecimentos sobre o laudo (art. 435).

Na prática, no entanto, tem sido mais comum que os juízes só designem audiência de instrução e julgamento depois de concluída a prova pericial, pois as possibilidades de atraso podem fazer com que a audiência originalmente marcada fique prejudicada. Cumpre ao juiz, portanto, designá-la com, pelo menos, vinte dias de distância da apresentação do laudo.

Caso as partes queiram ouvir o perito, ou os assistentes técnicos, em audiência, devem requerê-lo ao juiz, apresentando as questões que lhes serão submetidas. **As partes não podem formular, na audiência, questionamentos que não tenham sido previamente apresentados:** como a prova versa sobre questões técnicas, o perito e os assistentes podem ter necessidade de se preparar. Por essa razão, o art. 435, parágrafo único, determina que eles sejam intimados dos quesitos e da data da audiência com, pelo menos, cinco dias de antecedência.

Para que as partes e seus assistentes possam acompanhar a produção da prova, o art. 431-A determina que eles sejam **intimados** da data e do local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para início da produção da prova.

Apresentado o laudo, as partes serão intimadas e terão o prazo de dez dias para apresentar os pareceres de seus assistentes técnicos. Estes não são intimados, cabendo às partes comunicar-lhes o início do prazo.

Diante do princípio do livre convencimento motivado, **o juiz não fica adstrito ao laudo, podendo julgar de acordo com outros elementos de convicção**.

Se a coisa ou pessoa a ser examinada estiver em outra comarca, a prova pericial será realizada por carta precatória, podendo o juiz deprecante solicitar ao deprecado que nomeie o perito incumbido da tarefa.

14.4.8. Segunda perícia

Se a perícia não for suficientemente esclarecedora, o juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de uma segunda, que terá por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira, e que servirá para corrigir eventuais omissões ou inexatidões.

14.4.9. Perícia informal

O art. 421, § 2º, introduzido pela Lei n. 8.455/92, buscou acelerar o andamento do processo, trazendo importante novidade: "quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado".

14.4.10. Despesas com a perícia

A prova pericial é, em regra, onerosa. A qual das partes as despesas devem ser carreadas? A regra é que o vencido as suporte, inclusive os honorários do perito e do assistente técnico da parte contrária. É o que estabelece o art. 20, do CPC: "A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou...".

Com frequência, há necessidade de que os honorários do perito sejam, ao menos em parte, antecipados, uma vez que há despesas com a realização da prova. Ora, a quem caberá tal antecipação, uma vez que não se sabe, antes da sentença, quem será o vencido e o vencedor? A resposta é dada pelo art. 33 do CPC: "Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz". **Aquele que antecipou poderá reaver do vencido o que despendeu, se ao final sair vencedor**.

O valor dos honorários do perito será fixado pelo juiz, que pode solicitar a ele que os estime. Sobre a estimativa serão ouvidas as partes; em seguida, o juiz fixará o valor que lhe parecer adequado. Se for determinada a antecipação dos honorários, e a parte que solicitou a prova não os recolher, o juiz considerará prejudicada a perícia. **Não há razão para que julgue extinto o processo: a falta do recolhimento repercute apenas sobre a perícia, não sobre o processo todo**.

Se não tiver havido antecipação e o vencido não recolher os honorários, será expedida certidão em favor do perito, que valerá como título executivo extrajudicial (CPC, art. 585, IV).

Um problema de difícil solução ocorrerá quando a parte que requerer a perícia for beneficiária da justiça gratuita. Em casos assim, não haverá antecipação dos honorários: se ela afinal sair vencedora, o valor dos honorários poderá ser cobrado do vencido; mas se este for o beneficiário, como fará o perito para receber os seus honorários? Quando possível, tem sido determinado que a perícia seja realizada por integrantes de órgãos públicos que prestem assistência judiciária gratuita (como o IMESC), para que o problema seja evitado.

15. INSPEÇÃO JUDICIAL

15.1. Introdução

É um meio típico de prova, tratado nos arts. 440 a 443 do CPC. **Consiste no exame feito direta e pessoalmente pelo juiz, em pessoas ou coisas, com a finalidade de aclarar fatos que interessam à causa**. Difere de outros tipos de prova, porque o juiz não obtém a informação desejada de forma indireta, por meio de outras pessoas ou de um perito dotado de conhecimentos técnicos, mas diretamente, pelo exame imediato da coisa, sem intermediários.

15.2. Procedimento

A inspeção judicial pode ser feita **em qualquer fase do processo, de ofício ou a requerimento das partes, e terá por objeto o exame de pessoas ou de coisas**, com o intuito de esclarecer o juiz a respeito de um fato que tenha relevância para o julgamento.

O mais comum é que o juiz faça a inspeção quando, produzidas as provas, persista em seu espírito alguma dúvida, que possa ser esclarecida pelo exame direito da coisa ou da pessoa. Daí se dizer, com frequência, que a inspeção **tem natureza complementar**, servindo para auxiliar na convicção do juiz, quando as outras provas não tiverem sido suficientemente esclarecedoras. Mas não é necessário que ela seja determinada apenas no final, depois das outras provas, podendo o juiz marcá-la a qualquer tempo, sobretudo quando isso possa dispensar outros meios mais onerosos.

O art. 441 do CPC autoriza que o juiz, na inspeção, seja assistido por um ou mais peritos. Isso não altera a natureza da prova, nem a faz confundir-se com a pericial: nesta, é o perito quem examina as pessoas ou coisas, e por seu intermédio as informações são prestadas ao juiz; na inspeção, o exame é feito diretamente por este, sem intermediários. Os peritos que o acompanham servirão apenas para assisti-lo, auxiliá-lo com eventuais informações técnicas, a respeito da coisa ou da pessoa, que estará sendo examinado *ictu oculi*, pelo próprio magistrado.

O juiz designará a data e o local em que a inspeção será realizada, para que as partes possam acompanhá-la, prestando esclarecimentos e fazendo as observações que reputem de interesse para a causa. A coisa ou pessoa poderá ser apresentada em juízo, para que o juiz a examine; ou ele poderá deslocar-se até onde estão, nas hipóteses do art. 442, do CPC.

Concluída a diligência, será lavrado auto circunstanciado, que mencionará tudo o que for de interesse para o julgamento da causa (CPC, art. 443).

16. PROVA TESTEMUNHAL

16.1. Introdução

É um dos meios de prova mais comumente utilizados. **Consiste na inquirição, pelo juiz, de pessoas estranhas ao processo, a respeito dos fatos relevantes para o julgamento**.

Com alguma frequência, a prova testemunhal tem sido criticada, sob o fundamento de que a memória humana é falha, e que circunstâncias de ordem emocional ou psicológica podem influenciar a visão ou as lembranças das testemunhas. Os críticos sugerem que a ela seja dado um valor menor que às outras provas.

Mas ela continua sendo fundamental, e, à exceção das hipóteses em que a lei a restringe, não há razão para considerá-la de menor valor. O juiz dará à prova testemunhal o valor que merecer, em cotejo com os demais elementos de convicção, observado o livre convencimento motivado.

É possível, por exemplo, que, ouvidas várias testemunhas, o juiz se baseie no depoimento de apenas uma ou de algumas delas, que lhe parecerem mais verossímeis e em harmonia com os demais elementos de convicção.

16.2. Admissibilidade e valor da prova testemunhal

Ela só será admitida para a comprovação de fatos controvertidos, que tenham relevância para o julgamento. Nisso, não se encontra nenhuma novidade, já que a mesma regra aplica-se a todos os tipos de provas. Não se podem ouvir testemunhas a respeito de questões jurídicas ou técnicas, nem sobre fatos que não sejam controvertidos.

O art. 400, do CPC, estabelece a regra a respeito da admissibilidade: "A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso". Esse dispositivo traduz a regra da admissibilidade genérica, mas autoriza a lei a estabelecer restrições.

O parágrafo único do art. 400 apresenta duas: quando o fato sobre o qual a testemunha seria inquirida já estiver provado por documento ou confissão da parte; ou quando só por documentos ou por exame pericial puder ser provado.

Outra é a do art. 401 do CPC: "A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados". Esse dispositivo praticamente repete o art. 227, do Código Civil, e deve ser complementado com o que vem disposto no art. 402 do CPC: "Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando: I —

houver começo de prova por escrito, reputando-se como tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova; II — o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel".

A respeito do art. 401, tem a jurisprudência entendido que a restrição à prova testemunhal **não se estende aos efeitos pretéritos do contrato**. Se uma pessoa celebra com outra um contrato de prestação de serviços de elevado valor, não se admitirá a prova exclusivamente testemunhal para demonstrar eventual cláusula da avença, como, por exemplo, a que estabeleça multa por inadimplemento. Mas por meio dela se poderá demonstrar **que o serviço contratado foi efetivamente prestado**. Nesse sentido: "Prestação de serviços pode ser provada por testemunhas (...) seja qual for o seu valor, independentemente de começo de prova escrita" (*RT* 715/179).

O começo de prova escrita a que se refere o inc. I do art. 402 há de ser, diante dos termos peremptórios da lei, documento escrito, não podendo ser substituído por fotografias ou gravações. E deve ter sido produzido pelo adversário, e trazer indícios da existência do contrato. Se for um documento que, por si só, basta para comprová-lo, nem será necessária a prova testemunhal. Mas se trouxer apenas indícios, poderá ser complementado por ela. O disposto nos arts. 401 e 402 do CPC estende-se ao pagamento e à remissão da dívida.

A prova testemunhal não poderá ser utilizada para comprovar a existência daqueles contratos que exigem instrumento público, como da substância do ato (art. 366); mas poderá, para comprovar simulação em contrato e vícios de consentimento (CPC, art. 404).

16.3. A testemunha

É a pessoa que comparece a juízo, para prestar informações a respeito dos fatos relevantes para o julgamento.

Somente as **pessoas físicas** podem ser testemunhas, nunca as jurídicas. É preciso que sejam alheias ao processo. As partes podem ser ouvidas em depoimento pessoal ou interrogatório, nunca como testemunhas.

Elas serão ouvidas diretamente pelo juiz da causa, salvo nas hipóteses do art. 410, do CPC, e terão o dever de colaborar com o juízo, prestando informações verdadeiras.

16.3.1. Restrições à ouvida de testemunhas

Em princípio, qualquer pessoa pode ser ouvida como testemunha, não

se exigindo nenhuma qualificação especial. Há, no entanto, três circunstâncias que obstam a sua ouvida: **a incapacidade, o impedimento e a suspeição**.

O art. 405 do CPC enumera quando essas circunstâncias estão presentes. De acordo com o § 1º, são incapazes de testemunhar:

- o interdito por demência;
- o que, acometido por enfermidade ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;
- o menor de dezesseis anos;
- o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

Nos dois primeiros casos, faltará à testemunha o discernimento para discorrer sobre os fatos. No terceiro, a maturidade necessária, e no quarto, a aptidão para ter informações a respeito dos fatos. A capacidade para ser testemunha, que se inicia aos dezesseis anos, **não coincide com a capacidade civil geral**, que só se torna plena aos dezoito. A exigência dos dezesseis anos é à data do depoimento em juízo, não na dos fatos a respeito dos quais se deve testemunhar.

Os impedidos de depor estão enumerados no art. 405, § 2º. As causas de impedimento são objetivas, e estão associadas **à participação no processo, em qualquer qualidade, ou à relação direta com algum dos participantes**. Os impedidos são:

- o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;
- o que é parte na causa;
- o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal das pessoas jurídicas, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido às partes.

O juiz que tenha conhecimento direto dos fatos da causa, antes de impedido de testemunhar, está impedido de julgar, devendo transferir a condução do processo para o seu substituto automático, caso em que poderá ser ouvido como testemunha. Quando, na condução do processo, for arrolado como testemunha, deverá proceder na forma do art. 409, do CPC: **se efetivamente tiver ciência do ocorrido, dar-se-á por impedido, caso em**

que será defeso à parte, que o incluiu no rol, desistir de seu depoimento; se nada souber, mandará excluir o seu nome. Embora a lei não o mencione expressamente, a união estável entre a testemunha e a parte também a torna impedida de depor.

As hipóteses de suspeição estão previstas no art. 405, § 2º:

- o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença;
- o que, por seus costumes, não for digno de fé;
- o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;
- o que tiver interesse no litígio.

Exceto a primeira hipótese, as demais têm certo grau de subjetividade, cumprindo ao juiz examinar o caso concreto. A simples amizade ou inimizade não é suficiente para tornar suspeita a testemunha, exigindo-se que uma e outra sejam de tal ordem que possam comprometer a isenção das declarações.

O interesse no litígio pode provir das mais variadas razões. Pode ocorrer, por exemplo, que a testemunha esteja litigando com uma das partes, em causa semelhante; ou que possa vir a ser demandada em via de regresso. Com frequência, testemunhas são contraditadas como suspeitas, por manterem com uma das partes relação de emprego. **Mas isso, por si só, não é suficiente para torná-la suspeita**, sendo indispensável que se constate, no caso concreto, a existência de uma circunstância que possa afastar a sua isenção.

16.3.2. Da possibilidade de ouvir testemunhas suspeitas e impedidas

O art. 405, § 4º, traz importante disposição a respeito da ouvida das testemunhas: "Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas, mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer".

Há casos em que o juiz pode, apesar das causas de impedimento ou suspeição, ouvir uma testemunha, seja porque ela presenciou diretamente os fatos, seja porque não há outra que deles tenha conhecimento. Ele avaliará essa prova no caso concreto, cotejando-a com os demais elementos de convicção e verificando, no contato com a testemunha, a verossimilhança de suas alegações.

16.3.3. A contradita

Antes do início do depoimento, a testemunha é **qualificada**, na forma

do art. 414 do CPC. O juiz indagará se ela tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo.

Nessa ocasião, que precede o depoimento, a parte pode contraditar a testemunha, **arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição**. Quem pode suscitar a contradita é a parte contrária à que arrolou a testemunha.

Ao apresentá-la, oferecerá as razões pelas quais entende que a testemunha não pode ser ouvida. A contradita deverá ser sempre fundamentada, sob pena de ser indeferida de plano.

Sobre os fatos alegados, o juiz indagará a própria testemunha. Se esta os negar, o juiz dará ao suscitante a possibilidade de comprovar o alegado, com documentos ou testemunhas, até três, apresentadas no ato e inquiridas em separado.

Por essa razão é sempre indispensável que a testemunha, ainda que seja trazida independentemente de intimação, **seja arrolada com antecedência e devidamente qualificada**. Afinal, a parte contrária tem o direito de conhecer-lhe o nome e qualificação de antemão, para poder contraditá-la, e trazer eventuais testemunhas ou documentos que comprovem as causas de incapacidade, impedimento ou suspeição.

A lei não exige que a parte que arrolou a testemunha seja ouvida na contradita, mas o princípio constitucional do contraditório recomenda que isso ocorra, sobretudo quando há necessidade de instrução do incidente.

O juiz só admitirá a contradita **se a testemunha ainda não foi advertida nem começou a depor**. Depois disso, será intempestiva.

Ouvida a testemunha sobre o alegado e colhidas eventuais provas, o juiz decidirá. Se a testemunha confirmar os fatos ou a contradita ficar demonstrada, o juiz dispensará o depoimento, ou então o colherá na forma do art. 405, § 4º, do CPC.

16.3.4. Direitos e deveres das testemunhas

A lei considera o depoimento prestado pela testemunha como **serviço público** (art. 419, parágrafo único). Por isso, ela não pode, quando sujeita ao regime da legislação trabalhista, sofrer perda de salário nem desconto no tempo de serviço, por comparecer à audiência. Se necessário, ser-lhe-á dado um atestado de comparecimento, para que possa apresentar ao empregador. Além disso, pode ressarcir-se das despesas que teve para o comparecimento, cabendo à parte que arrolou pagá-las logo que arbitradas, ou depositar o valor em cartório, no prazo de três dias, na forma do art. 419, do CPC.

Os deveres das testemunhas são três:

Comparecer na data para a qual foi intimada. Ela deve comparecer para ser ouvida diretamente pelo juiz da causa, salvo nas hipóteses do art. 410 do CPC: a) quando prestar depoimento antecipadamente, nos casos de produção antecipada de provas; quando residir em outra comarca ou país, em que será ouvida por carta; quando, por doença ou outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer a juízo, caso em que, se possível, o juiz poderá deslocar-se até o lugar em que ela está; d) nas hipóteses do art. 411. Esse dispositivo enumera as pessoas que, em razão do cargo ou função que ocupam, têm o direito de ser inquiridos em sua residência, ou onde exercem a sua função, caso em que o juiz lhes solicitará que designem dia, hora e local em que poderão ser ouvidas, remetendo-lhes cópia da petição inicial e da defesa da parte que a tenha arrolado como testemunha.

Além das pessoas indicadas no art. 411, também os juízes de direito e promotores de justiça têm a prerrogativa de indicar dia, hora e local para sua ouvida, conforme as respectivas leis orgânicas.

Caso a testemunha, intimada a comparecer, não o faça, o juiz determinará a **condução coercitiva**, condenando-a ao pagamento das custas decorrentes do adiamento, sem prejuízo de eventual sanção penal por desobediência.

Prestar depoimento, não podendo recusar-se a falar. O art. 415, parágrafo único, esclarece que o juiz, ao início do depoimento, advertirá a testemunha das sanções penais imputáveis a quem prestar declaração falsa, e a quem calar ou ocultar a verdade. O art. 406 enumera as hipóteses em que a testemunha pode escusar-se. Ela não é obrigada a depor sobre fatos que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; ou a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. São exemplos de sigilo profissional os do sacerdote, do advogado a respeito do que lhe contou o cliente; do médico ou do psicólogo, a respeito do que lhe informou o paciente.

A testemunha deve prestar as suas declarações — oralmente, não por escrito — que devem versar sobre os fatos relevantes para a causa. **Não pode emitir opiniões pessoais sobre a causa, ou sobre a matéria jurídica discutida**. Mas nada impede que o juiz a questione sobre as suas impressões dos fatos, como, por exemplo, se a parte parecia embriagada ou se aparentava nervosismo.

dizer a verdade. Antes de iniciar o depoimento, a testemunha

prestará compromisso, devendo o juiz adverti-la das penas do falso testemunho (art. 415). A obrigação existe ainda que o juiz, por um lapso, esqueça de tomá-lo e fazer a advertência, já que a omissão constitui **mera irregularidade**. Se a testemunha for menor de dezoito anos, o juiz não a advertirá pelo crime de falso testemunho (art. 342, do CPC), mas de ato infracional, que poderá sujeitá-la às medidas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

16.3.5. Produção de prova testemunhal

16.3.5.1. Requerimento da prova

A prova testemunhal deve ser requerida pelo autor na inicial, e pelo réu, na contestação. **Mas eventual omissão não torna preclusa a possibilidade de requerê-la oportunamente**.

Afinal, só depois da resposta do réu o autor poderá saber os fatos que se tornaram controvertidos, e se a prova testemunhal é necessária.

Após a resposta do réu, ou o juiz julgará antecipadamente a lide, ou designará audiência preliminar, caso entenda necessária a instrução. Nela, as partes poderão manifestar o interesse em ouvir testemunhas; se o juiz deferir a prova, designará audiência de instrução e julgamento.

16.3.5.2. O arrolamento das testemunhas

As testemunhas devem ser arroladas pelas partes. Para que o juiz defira a prova, não é necessário que elas já estejam arroladas e especificadas. Basta que ele verifique que é pertinente.

Ao designar a audiência de instrução, **ele poderá fixar a antecedência com a qual o rol deve ser apresentado. Se não o fizer, será de dez dias**, isto é, cumprirá às partes arrolar as testemunhas até dez dias antes da audiência, sob pena de preclusão.

O prazo é retroativo, contando-se da audiência para trás: exclui-se o dia da própria audiência, e passa-se a contar o prazo retroativamente, a partir do primeiro dia útil, anterior à data marcada. O término do prazo inclui o dia de vencimento, que deve ser útil.

O prazo, seja o fixado pelo juiz, seja o de dez dias, é para que o rol de testemunhas seja apresentado **em cartório**. Não atende a exigência legal a apresentação no protocolo integrado, pois não haverá tempo hábil para que elas sejam intimadas (art. 407, do CPC). O prazo deve ser observado, **ainda que a testemunha compareça independentemente de intimação**, pois é preciso que a parte contrária conheça o seu nome e qualificação para, querendo, oferecer contradita.

Ao arrolar a testemunha, a parte deve qualificá-la, apresentando o seu nome, profissão, residência e local de trabalho, para que possa ser identificada. No entanto, tem-se entendido que a falta de um ou mais elementos da qualificação constitui mera irregularidade, não constituindo óbice para que seja ouvida, salvo se ficar comprovado prejuízo.

16.3.5.3. Substituição das testemunhas

Depois de arroladas, as testemunhas só poderiam ser substituídas em caso de falecimento, enfermidade que as incapacite de depor, ou mudança de residência, que impeça a localização (art. 408, do CPC).

Mas a jurisprudência tem ampliado a possibilidade, **permitindo que qualquer testemunha seja substituída, desde que dentro do prazo para arrolá-la**. Assim, se uma das partes apresenta o rol antes do prazo, pode livremente substituir as suas testemunhas, desde que o faça antes de ele se findar.

16.3.5.4. Número de testemunhas

O art. 407, parágrafo único, do CPC **limita o número de testemunhas a dez**. Havendo litisconsórcio, cada qual poderá oferecer o seu rol, com esse número.

Mas, caso sejam oferecidas mais de três para a prova de um fato, o juiz poderá dispensar as restantes.

Além das arroladas, o juiz pode determinar, de ofício, ou a requerimento da parte, a inquirição de outras, **que tenham sido referidas no depoimento das partes ou das testemunhas**.

16.3.5.5. Acareação

O art. 418, II, do CPC, autoriza ao juiz determinar, de ofício ou a requerimento das partes, "a acareação de duas ou mais testemunhas ou de algumas delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações".

Aqueles que prestaram os depoimentos divergentes serão colocados frente a frente, e indagados a respeito da divergência ocorrida; o juiz pode advertir novamente as testemunhas das penas do falso. Em seguida, indagará se os depoentes mantêm as suas declarações, ou se têm retificação a fazer. De tudo, será lavrado termo.

16.3.5.6. Intimação das testemunhas

A parte que arrola a testemunha **pode comprometer-se a promover o comparecimento dela independentemente de intimação, ou pode**

requerer que seja intimada. No primeiro caso, se ela faltar, **reputa-se que a parte desistiu de ouvi-la**, salvo se demonstrar que a ausência decorreu de caso fortuito ou força maior.

No segundo caso, a testemunha será intimada, por carta, se a parte não requereu por oficial de justiça. Quando residente em outra comarca, será ouvida por carta precatória.

Para que esteja obrigada a comparecer, a intimação deve ser feita com antecedência de pelo menos 24 horas da audiência.

Se a testemunha for funcionário público civil ou militar, além de intimada, **deverá ser requisitada ao chefe da repartição ou comando do corpo em que servir** (art. 412, § 2º).

16.3.5.7. Inquirição das testemunhas

A inquirição é feita diretamente pelo juiz da causa, salvo nas hipóteses do art. 410, do CPC. **Ele as inquirirá separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, providenciando para que umas não ouçam o depoimento das outras**. Se o processo versar sobre interesse disponível, e as partes concordarem, a ordem poderá ser invertida.

Depois da qualificação, resolvidas eventuais contraditas e tomado o compromisso, o juiz passará a indagar da testemunha sobre os fatos articulados, que sejam controvertidos. As partes, por seus advogados, têm o direito de formular perguntas, por intermédio do juiz. Primeiro, quem arrolou a testemunha, e, depois, o adversário. Por fim, o Ministério Público, que atua como fiscal da lei.

Cumpre ao juiz fiscalizar as perguntas das partes, indeferindo as impertinentes, capciosas ou vexatórias, que serão transcritas no termo de audiência.

O depoimento será reduzido a termo, na forma do art. 417, e depois assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores. **A lei faculta às partes gravar o depoimento**.

No caso de processo eletrônico, deve-se observar o disposto nos §§ 2º e 3º, do art. 169, do CPC.

17. DEPOIMENTO PESSOAL

17.1. Introdução

É um meio de prova, pelo qual o juiz, a requerimento de uma das partes, colhe as declarações do adversário dela, com a finalidade de obter

informações a respeito de fatos relevantes para o processo.

Só quem pode prestá-lo são as partes, autores e réus, jamais um terceiro. E só quem poderá requerê-lo é a parte contrária. **Ninguém pode requerer o próprio depoimento pessoal, mas somente o do adversário**. O juiz pode, a qualquer momento, ouvir, de ofício às partes. **Mas não haverá depoimento pessoal, mas interrogatório**.

A finalidade do depoimento pessoal é fazer com que a parte preste informações a respeito de fatos, que possam contrariar os seus interesses. **É obter a confissão a respeito de fatos relevantes para a causa**, o reconhecimento de fatos que contrariem as suas pretensões. Por essa razão é que só o adversário pode requerê-lo.

Mas o juiz, ao examinar as declarações prestadas no depoimento pessoal, deve considerá-las em conjunto. Não pode levar em conta apenas aquilo que a parte confessou, mas as informações todas que foram prestadas, dando-lhes o valor que possam merecer.

17.2. Quem pode requerê-lo e prestá-lo

O art. 343 do CPC contém uma impropriedade, ao mencionar que, se não for determinado de ofício, o depoimento pessoal deverá ser requerido pela parte contrária. **O depoimento pessoal sempre dependerá do requerimento do adversário**. O que pode ser determinado de ofício é o interrogatório, que não se confunde com o depoimento pessoal; as diferenças serão examinadas em capítulo próprio.

Tem-se admitido que, além do adversário, possa **o Ministério Público, na condição de fiscal da lei**, requerer o depoimento pessoal.

Quem o presta é sempre pessoa física que figura como parte no processo. Se for pessoa jurídica, o depoimento será prestado **por seus representantes legais**.

Discute-se sobre a possibilidade de o depoimento pessoal ser prestado por procurador, e não pela parte propriamente dita. Embora haja controvérsia, tem prevalecido o entendimento de que isso é possível, desde que tenha **poderes especiais para confessar**, finalidade precípua do depoimento.

Também admite-se que deponham em nome da pessoa jurídica prepostos por ela indicados, desde que tenham poderes para confessar e conhecimento dos fatos. De nada adiantaria ouvir os representantes legais de uma empresa se estes não participaram dos fatos que têm interesse para o deslinde da causa, sendo de admitir-se a ouvida de funcionários e prepostos

que efetivamente possam prestar esclarecimentos úteis.

Se a parte for absolutamente incapaz, o depoimento será prestado por seu representante legal; se relativamente incapaz, por ele mesmo.

17.3. Pena de confissão

A finalidade principal do depoimento pessoal é a confissão da parte a respeito de fatos que contrariem os seus interesses. Por isso, o art. 343, § 1º, do CPC, estabelece que ela deverá ser **intimada pessoalmente** para a audiência, devendo constar do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor.

A presunção é relativa, e deverá ser considerada em conjunto com os demais elementos de convicção.

O art. 347 do CPC dispensa a parte de depor sobre: a) fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados; b) fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Mas essas hipóteses não se aplicam às ações de filiação, separação judicial, divórcio ou anulação de casamento.

17.4. Procedimento

Havendo o requerimento de depoimento pessoal, que pode ser feito na inicial, na contestação ou no momento de especificação de provas, o juiz determinará a intimação da parte, na forma do art. 343, § 1º, do CPC, sob pena de confissão.

O depoimento pessoal é colhido diretamente pelo juiz, em audiência de instrução e julgamento, salvo nas hipóteses do art. 410 que, conquanto versem sobre a prova testemunhal, aplicam-se também a ele.

De acordo com o art. 344 do CPC, **o depoimento e o interrogatório da parte serão colhidos na forma prescrita para a inquirição de testemunhas**.

Assim, se forem requeridos os depoimentos de ambas as partes, primeiro serão ouvidos os autores e depois os réus. Aquele que ainda não depôs não pode assistir ao interrogatório da outra parte. **Enquanto o autor estiver depondo, o réu deverá aguardar fora do recinto em que se realiza a audiência**. Mas isso se o réu for depor em seguida. Caso ele não vá prestar depoimento, desnecessária a sua retirada. Também desnecessário que o autor que já depôs saia da sala, enquanto o réu depõe.

Depois de o juiz formular as suas perguntas à parte, terão possibilidade de o fazer o **advogado da parte contrária e o Ministério Público. Não há oportunidade de reperguntas do advogado do próprio**

depoente.

Ao prestar o depoimento, as partes responderão oralmente às perguntas formuladas, não podendo apresentar as respostas por escrito. A lei faculta apenas a consulta a notas breves, com finalidade de complementar os esclarecimentos.

18. INTERROGATÓRIO DAS PARTES

18.1. Introdução

É um meio de prova, de caráter complementar, no qual o juiz ouve as partes, para delas obter esclarecimentos a respeito de fatos que permaneçam confusos ou obscuros.

Não se confunde com o depoimento pessoal, por vários razões:

DEPOIMENTO PESSOAL	INTERROGA
É sempre requerido pela parte contrária.	É determinad juiz, de ofício requerimento partes.
É prestado na audiência de instrução e	Pode ser determinado juiz a qualqu

julgamento, para a qual a parte é intimada sob pena de confissão.	tempo.
Tem por finalidade principal obter, do adversário, a confissão a respeito de fatos contrários aos seus interesses.	Tem finalidad complementa sendo determ pelo juiz para das partes, informações respeito de f que permane confusos ou obscuros. Po é mais comu

se realize ao
da instrução,
quando ainda
restarem dú
ao juiz.

18.2. Procedimento

O juiz designará a data para o interrogatório da parte, e a intimará para a audiência. Não poderá haver condução coercitiva, em caso de recusa, pois ela não tem obrigação de comparecer. **Tampouco haverá pena de confesso, prevista exclusivamente para a recusa em prestar depoimento pessoal**.

No entanto, como o interrogatório serve para que o juiz possa obter esclarecimentos de fatos ainda obscuros, a ausência da parte poderá prejudicá-la, já que o juiz possivelmente não considerará provado o fato, tudo de acordo com o princípio do livre convencimento motivado.

Os advogados de ambas as partes e o Ministério Público, nos casos em que intervenha, serão intimados para participar, e poderão formular perguntas.

19. CONFISSÃO

19.1. Introdução

Confissão é a declaração da parte que reconhece como verdadeiros fatos que são contrários ao seu próprio interesse e favoráveis aos do adversário.

Existe acesa controvérsia na doutrina a respeito da natureza da confissão, se seria ou não meio de prova. **Parece-nos que ela não pode ser considerada como tal, já que não constitui mecanismo para que as partes obtenham informações a respeito de fatos relevantes para o processo**. Ela é declaração unilateral da parte, e pode, eventualmente, tornar dispensáveis as provas de determinado fato.

Embora não seja uma declaração de vontade, mas de ciência de um

fato, a lei a considera negócio jurídico, permitindo que seja anulada, na forma do art. 352, do CPC.

A confissão só pode ter por objeto **fatos, jamais as consequências jurídicas que deles possam advir**, e que serão extraídas pelo juiz. Cumpre-lhe dar a ela o valor que possa merecer, em conformidade com as demais provas colhidas, e com o princípio do livre convencimento. Não se pode negar que a confissão costuma ter forte influência na convicção do juiz, já que prestada por alguém cujos interesses são por ela contrariados.

Não se confunde a confissão com a renúncia ao direito ou com o reconhecimento jurídico do pedido, já que estes envolvem não apenas os fatos controvertidos, mas o direito discutido. A renúncia e o reconhecimento implicam a extinção do processo com julgamento de mérito, ao passo que a confissão é só mais um elemento, para que o juiz forme a sua convicção e profira sentença.

19.2. Espécies de confissão

São duas as principais classificações da confissão.

Pode ser **judicial ou extrajudicial**. Ambas podem ser feitas pela própria parte, ou por procurador com poderes especiais.

- A judicial é a feita, por qualquer meio, **no curso do processo**. Pode ser escrita ou oral, durante o depoimento pessoal. A escrita pode ser feita em qualquer manifestação no curso do processo, como a contestação, réplica ou petição juntada aos autos.

A judicial pode ser, por sua vez, de duas espécies:

- Espontânea: apresentada pela parte fora do depoimento pessoal, em manifestação por ela apresentada no processo.
- Provocada: que se faz em depoimento pessoal, quando a parte responde às perguntas formuladas.
- A extrajudicial é **feita fora do processo**, e precisará ser comprovada, seja por documentos, seja por testemunhas. Pode ser feita por escrito ou verbalmente, caso em que só terá eficácia quando a lei não exija prova literal.

- Além disso, pode ser expressa ou ficta:

- A expressa é manifestada pela parte, por escrito ou verbalmente.
- A ficta é sempre consequência de omissão da parte, que ou não apresentou contestação, ou não compareceu à audiência para a qual foi intimada para prestar depoimento pessoal, ou compareceu mas se recusou a prestá-lo.

19.3. Eficácia da confissão

A consequência principal da confissão é mencionada no art. 334, II, do CPC: "Não dependem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária". Essa regra deve ser interpretada em consonância com o princípio do livre convencimento motivado. **O juiz não está obrigado a dar valor absoluto à confissão, devendo cotejá-la com os demais elementos de convicção**. A presunção de veracidade dos fatos dela decorrente é **relativa, não absoluta**. Não se há de considerá-la, como antes, superior a todas as outras provas, "a rainha das provas". O princípio do livre convencimento motivado exige que seja confrontada com os demais elementos.

Há algumas restrições à eficácia da confissão. Entre elas:

- **Não se admite confissão em juízo de fatos relativos a direitos indisponíveis** (art. 351). Essa regra está em consonância com a que afasta a presunção de verdade decorrente da revelia, quando o processo versar sobre esse tipo de interesse (art. 320, II). Permitir a confissão seria autorizar que o litigante dispusesse dos direitos que não são disponíveis. Por isso, ainda que haja confissão, o juiz não considerará os fatos incontroversos, determinando as provas necessárias para demonstrá-lo.
- **A confissão não supre a exigência da apresentação de instrumento público**, para comprovar a existência de negócio jurídico que o exige, como de sua substância (CPC, art. 366). Ele é indispensável para que o negócio se repute celebrado.
- **Quando houver litisconsórcio, a confissão de um não poderá prejudicar os demais**. Se o litisconsórcio for simples, a confissão será eficaz em relação ao próprio confitente, mas não em relação aos demais; se for unitário, nem mesmo para ele, pois o resultado terá de ser o mesmo para todos.
- **Nas ações que versarem sobre bens imóveis, a confissão de um dos cônjuges não valerá sem a do outro** (art. 350, parágrafo único).

19.4. Perda de eficácia da confissão

O art. 352 se refere à possibilidade de revogação da confissão. **Não se trata, porém, de revogá-la, mas, ou de apresentar retratação, ou de declará-la ineficaz**.

A parte que confessou pode, no curso do processo, retratar-se, apresentando outra versão dos fatos. O juiz, ao proferir sentença, **apreciará livremente a confissão e a retratação, dando-lhes o valor que possam merecer**.

Pode ainda ocorrer que a confissão provenha de erro, dolo ou coação

(art. 352, II, do CPC), caso em que será possível declarar-lhe a ineficácia. O art. 214 do Código Civil alude apenas a erro e coação, mas continua sendo possível em caso de dolo, que nada mais é que um erro provocado.

Se o processo em que a confissão foi feita ainda estiver pendente, será necessário ajuizar ação declaratória de ineficácia (o art. 352, II, **alude à ação anulatória, mas parece-nos que a verdadeira natureza é de declaração de ineficácia**, já que a confissão não é propriamente um negócio jurídico, mas uma declaração de ciência de um fato). Se já estiver concluído, com sentença transitada em julgado, a solução será ajuizar **ação rescisória**. Para tanto, é preciso que a confissão tenha sido o fundamento determinante para o resultado. A finalidade da rescisória, nesse caso, mais do que desconstituir a confissão, **é rescindir a sentença baseada nela**.

19.5. Indivisibilidade da confissão

É decorrência do art. 354 do CPC: "A confissão é, de regra, indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Cindir-se-á, todavia, quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção".

A indivisibilidade implica em que, se a parte confessar fatos contrários aos seus interesses e, ao mesmo tempo, se pronunciar sobre fatos que lhe são favoráveis, o juiz não possa considerar isoladamente apenas os primeiros, **mas o conjunto das declarações**.

O ato de confissão deve ser considerado como um todo. O que for desfavorável ao confitente deve ser apreciado em consonância com as suas outras alegações.

Poderá haver cisão se a parte aduzir fatos novos que constituam fundamento de defesa. Por exemplo: se o réu, em sua contestação, confessar que contraiu a dívida, mas aduzir que houve compensação, a existência do débito será incontroversa, mas a compensação deverá ser provada.

20. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

20.1. Introdução

A última etapa do processo de conhecimento se concluirá com a audiência de instrução e julgamento, **necessária quando houver prova oral**. Se não houver necessidade de ouvir o perito, colher depoimentos pessoais ou ouvir testemunhas, a audiência será dispensada.

No procedimento ordinário, poderão ser realizadas duas audiências, quando não for o caso de julgamento antecipado da lide: a preliminar, tratada no art. 331, do CPC, em que o juiz, depois de tentar a conciliação, saneará o processo, fixará os pontos controvertidos e decidirá sobre as provas; e a de instrução e julgamento.

Nela, antes da prova oral e do julgamento, se fará **nova tentativa de conciliação**. Em seguida, o juiz ouvirá o perito e os assistentes técnicos, se as partes tiverem requerido esclarecimentos e apresentado, com a antecedência necessária, os quesitos para serem respondidos; em seguida, colherá os depoimentos pessoais requeridos, e ouvirá as testemunhas arroladas.

Por fim, encerrada a instrução, concederá oportunidade para que as partes se manifestem, em alegações finais, e proferirá sentença.

É nessa audiência, portanto, que será colhida toda a prova oral, não havendo outra oportunidade, ressalvadas as hipóteses do art. 410, do CPC.

A audiência é considerada um ato processual complexo, em razão dos numerosos atos que são praticados durante o seu desenrolar.

20.2. Procedimento da audiência de instrução e julgamento

O juiz, verificando a necessidade de prova oral, designará data para a audiência, determinando que sejam intimados os advogados e as testemunhas. As partes não são pessoalmente intimadas, a menos que os adversários tenham requerido o seu depoimento pessoal, na forma do art. 343, § 1º.

Não tendo sido requerido o depoimento pessoal, e tendo o advogado poderes para transigir, nem é necessária a presença da parte.

A audiência é pública e deverá ser realizada de portas abertas (art. 444, do CPC), ficando ressalvadas as hipóteses de segredo de justiça, nas quais ela só poderá ser acompanhada pelas partes, seus procuradores e Ministério Público, quando este intervém.

O juiz tem o poder de polícia, cabendo-lhe manter a ordem e o decoro na audiência. Para tanto, pode determinar que se retirem da sala os que não se comportarem adequadamente, requisitando, se necessário, força policial.

No dia e hora designados, o juiz declarará aberta a audiência e mandará apregoar as partes e seus advogados. Se houver intervenção do Ministério Público, este também deverá ser avisado. Em seguida, serão praticados os atos processuais, que serão examinados nos itens seguintes.

20.2.1. Tentativa de conciliação

Ressalvada a hipótese de o processo versar sobre interesses indisponíveis, o juiz tentará mais uma vez a conciliação. Tendo sido designada anteriormente audiência preliminar, ela já deve ter sido tentada, mas é preciso que o juiz a proponha mais uma vez, pois as partes podem, nessa fase, estar mais abertas à solução consensual.

Mesmo que os advogados estejam ausentes, a conciliação deve ser tentada, porque, como negócio jurídico civil, pode ser celebrada sem a participação deles, bastando que as partes sejam capazes.

Da mesma forma, se as partes estiverem ausentes, mas comparecerem advogados com poderes de transigir, a conciliação será tentada.

20.2.2. Os pontos controvertidos

O art. 451 do CPC estabelece que o juiz, ao iniciar a instrução, fixará os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova. Esse dispositivo perdeu boa parte de sua utilidade, porque o art. 331, § 2º, do CPC, manda que o juiz os fixe na audiência preliminar. Caso ele não o tenha feito, ou, entre a audiência preliminar e a de instrução, algumas questões fáticas tenham deixado de ser controvertidas, ele poderá redefinir os pontos controvertidos. Essa fixação não o vincula: a qualquer tempo, poderá voltar atrás, e incluir entre os pontos controvertidos alguns que não tinham sido incluídos.

20.2.3. Prova oral

A função primordial da audiência de instrução e julgamento é a colheita de prova oral, que se iniciará desde logo, caso a tentativa de conciliação resulte infrutífera. Há uma sequência a ser observada pelo juiz. Podem-se distinguir três etapas: **a ouvida do perito e dos assistentes técnicos; a colheita dos depoimentos pessoais das partes; e a ouvida das testemunhas**.

20.2.3.1. A ouvida do perito e dos assistentes técnicos

As partes, caso ainda tenham alguma dúvida a respeito das conclusões do laudo pericial, podem pedir ao juiz que, na audiência de instrução e julgamento, ouça o perito e os assistentes técnicos.

O procedimento é o previsto no art. 435 do CPC. **O perito só é obrigado a responder aos quesitos que lhe tenham sido previamente apresentados, com antecedência de, pelo menos, cinco dias da audiência.**

20.2.3.2. Depoimentos pessoais

Depois de ouvidos o perito e os assistentes técnicos, o juiz colherá os

depoimentos pessoais que tiverem sido requeridos, primeiro do autor, depois do réu. A respeito do procedimento de colheita dos depoimentos pessoais, ver item 17 supra.

20.2.3.3. Ouvida das testemunhas

Somente depois de colhidos os depoimentos pessoais, o juiz ouvirá as testemunhas (ver item 16 supra), primeiro as do autor, na ordem que este desejar, e depois as do réu, também conforme a ordem que ele solicitar. As partes podem desistir da ouvida de uma ou de todas as testemunhas arroladas, **não havendo necessidade de consentimento do adversário**. Se possível, o juiz deverá ouvir todas as testemunhas em uma única ocasião, preservando a sua incomunicabilidade. Por isso, têm sido comuns as audiências adiadas porque uma ou mais de uma testemunha estão ausentes, embora outras tivessem comparecido, **para que não haja cisão da prova**.

Mas haverá casos em que não será possível ouvir todas as testemunhas na mesma ocasião, seja porque uma precisa ser ouvida antecipadamente ou por carta (art. 410, do CPC), seja porque o número é tal que não é possível concluir a audiência no mesmo dia. Disso não advirá nenhuma nulidade para o processo, devendo o juiz marcar data próxima para concluí-la (CPC, art. 455).

20.2.4. Debates

Finda a colheita de prova oral, o juiz dará a palavra às partes, para que apresentem alegações finais orais, na própria audiência. Primeiro falará o advogado do autor, depois o do réu, e por fim, o Ministério Público, que intervenha na condição de fiscal da lei. O prazo para a manifestação de cada um é de vinte minutos, que podem ser prorrogados por mais dez, a critério do juiz (CPC, art. 454).

Havendo litisconsórcio, o prazo inicial e de prorrogação será um só para todos, e deverá ser divido entre eles, salvo se ficar convencionado de modo diverso.

Se a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, os debates poderão ser substituídos por memoriais, cabendo ao juiz fixar o dia e hora para a sua entrega.

20.2.5. Sentença

Apresentadas as alegações finais orais, o juiz poderá, na própria audiência, proferir a sentença, razão pela qual é denominada "de instrução e **julgamento**". Se, porém, ele não estiver em condições de o fazer de imediato, poderá determinar que os autos venham conclusos para julgamento, devendo sentenciar no prazo de dez dias. Caso a sentença seja

proferida na audiência, as partes sairão intimadas, passando a correr o prazo de apelação; do contrário, serão intimadas pela imprensa.

20.2.6. Decisões proferidas na audiência

A audiência é ato complexo, em que são praticados diferentes atos. É comum que o juiz profira, antes da sentença, decisões interlocutórias, a respeito de questões que surgem no seu curso. Por exemplo, contraditas das testemunhas, requerimentos das partes, pedidos de adiamento, e outros.

Contra as decisões interlocutórias proferidas na audiência, **o recurso adequado será o de agravo, em regra retido, que deve ser interposto de imediato e oralmente** (CPC, art. 523, § 3º), salvo nos casos que admitem o de instrumento (art. 522, *caput*).

Não se admite que a parte interessada impugne as decisões interlocutórias proferidas na audiência, por meio de apelação contra a sentença nela proferida. Esta não se confunde com aquelas, devendo ser interposto, contra cada qual, o recurso apropriado.

20.2.7. Termo de audiência

Todos os principais acontecimentos da audiência deverão constar de um termo, que será lavrado pelo escrivão sob ditado do juiz (CPC, art. 457). Do termo constarão, em resumo, os principais fatos ocorridos, quem compareceu e quem esteve ausente, se foi ouvido o perito, se foram colhidos depoimentos pessoais e ouvidas testemunhas, se houve interposição de agravo retido, e outros atos relevantes. Além disso, constarão por extenso as decisões proferidas e a sentença, caso dada no ato.

O termo de audiência deverá ser assinado pelo juiz, pelo Ministério Público, pelos advogados e pelo escrivão. Não há necessidade de que as partes o assinem. Em seguida, será encartado aos autos.

20.3. Adiamento da audiência

A possibilidade de adiamento da audiência vem prevista no art. 453 do CPC, que a admite em duas situações:

por convenção das partes, o que só será admissível uma vez;

se não puderem comparecer, por motivo justificado, o perito, as partes, as testemunhas ou os advogados. São variados os motivos que podem justificar a ausência na audiência, como problemas de saúde, viagem inadiável marcada anteriormente, a necessidade de o advogado comparecer, na mesma data, a outra audiência, marcada anteriormente, não havendo, naquele processo, nenhum outro advogado que possa substituí-lo. O impedimento deve ser comprovado pelo advogado antes da abertura

da audiência (CPC, art. 453, § 1º), sob pena de ser realizada a instrução. Essa exigência, no entanto, só poderá ser atendida quando a causa de adiamento tiver se verificada com antecedência. Há casos em que não será possível alertar o juiz antes do início, como, por exemplo, o de um mal súbito que acomete o advogado a caminho do Fórum. Em casos assim, a justificativa poderá ser **posterior e a instrução, se tiver se realizado, terá de ser renovada**. A situação poderá se complicar se o juiz, na audiência, proferir sentença, caso em que o advogado ausente terá de apelar, pedindo a nulidade da audiência e da sentença.

Se a parte ou o advogado não comparecerem, nem justificarem a sua ausência, haverá alguma sanção? Se a parte tiver sido intimada para depoimento pessoal, haverá a pena de confesso, já examinada. Do contrário, a sua ausência não traz nenhuma consequência, uma vez que a sua presença só é necessária para a tentativa de conciliação — e pode ser suprida se o advogado tiver poderes para transigir — e para o depoimento pessoal. Apesar disso, **é direito da parte, se o desejar, assistir à audiência, de forma que, se houver algum motivo justificado para o não comparecimento, poderá postular o seu adiamento**.

A ausência injustificada do advogado pode fazer com o que o juiz **dispense a produção das provas requeridas pela parte defendida por ele** (CPC, art. 453, § 2º). Não haverá extinção do processo, nem aplicação de efeitos da revelia, mas apenas a dispensa das provas, que ainda assim é apenas **facultada ao juiz**. Ele poderá colhê-las, se o preferir, apesar da ausência do advogado, se isso o ajudar a elucidar os fatos.

A ausência do perito e das testemunhas ensejará o adiamento, se a parte que requereu insistir em que sejam ouvidos. Não havendo razão fundada para a ausência, o juiz determinará a condução coercitiva, e determinará que o ausente arque com as despesas decorrentes do adiamento.

O rol de hipóteses de adiamento do art. 453 não é taxativo, e podem existir outras causas, como a ausência do Ministério Público ou do juiz, ou ainda a não observância do prazo mínimo de vinte dias entre a entrega do laudo pericial e a sua realização.

■ 21. QUESTÕES

1. (Juiz de Direito — TJ/MG — 2004-2005) Havendo antecipação da audiência de instrução e julgamento, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, mandará intimar:

a) pessoalmente as partes para ciência da nova designação;

b) os advogados, pela imprensa, para ciência da nova designação;
c) pessoalmente os advogados para ciência da nova designação;
d) as partes e os advogados, pela imprensa, para ciência da nova designação;
e) os advogados, por correspondência simples, para ciência da nova designação.

Resposta: "c".

2. (Juiz de Direito — TJ/MG — 2004-2005) Quando a citação for por edital, o prazo para o réu contestar a ação no rito ordinário começa a correr:

a) finda a publicação no órgão oficial;
b) finda a primeira publicação, ainda que em jornal local;
c) após a afixação na sede do juízo;
d) finda a dilação assinada pelo juiz;
e) após a juntada aos autos do edital.

Resposta: "d".

3. (Juiz de Direito — TJ/SP — 175°) Considere essas afirmações sobre prazos processuais:

I. Não havendo fixação na lei e nem assinação pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte;
II. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar, e em dobro, para recorrer, quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores e a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público;
III. No procedimento ordinário, o prazo para contestar, dentro do qual o réu também poderá ofertar exceção e reconvenção, é de 15 (quinze) dias;
IV. O prazo para apelação é de 15 (quinze) dias; para o agravo de instrumento, de 10 (dez) dias; para o agravo retido e os embargos de declaração, de 5 (cinco) dias.

Pode-se concluir que não são integralmente verdadeiras:
a) I e III, apenas.
b) II e IV, apenas.
c) III e IV, apenas.
d) I, II e III, apenas.

Resposta: "b".

4. (Juiz de Direito — TJ/SP — 176°) "F" propõe ação de indenização contra "S", pedindo a condenação deste ao pagamento de indenização por danos patrimoniais no montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Pessoalmente citado, o réu não contestou a ação. Chamado a se manifestar, o autor requereu aditamento de seu pedido para nele

incluir o de condenação do réu à reparação de dano moral, no valor estimado de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). O juiz deverá:

a) deferir o aditamento e sanear o processo, designando audiência para permitir, ao autor, a prova do dano moral alegado;
b) indeferir o pedido, porquanto não pode haver modificação do pedido após a citação;
c) deferir o aditamento e, considerando a revelia, julgar desde logo a demanda;
d) deferir o pedido, determinando nova citação do réu.

Resposta: "d".

5. (Juiz de Direito — TJ/SP — 176°) Analise as proposições elencadas.

I. A audiência poderá ser adiada por convenção das partes, caso em que só será admissível duas vezes.
II. O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como *custus legis*, desde que não tenha havido recurso voluntário das partes ou de terceiro interessado, ou se tais recursos não ultrapassarem o juízo de admissibilidade.
III. A testemunha que tiver residência certa poderá ser intimada pelo correio, sob registro ou com entrega em mão própria.
IV. Quem pretender a coisa sobre a qual controvertem autor e réu poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos.

a) I e II.
b) III e IV.
c) II e III.
d) I e IV.

Resposta: "b".

6. (Juiz de Direito — TJ/SP — 176°) Analise as seguintes proposições.

I. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em quádruplo o prazo para contestar e em dobro o prazo para recorrer.
II. Podem as partes, de comum acordo, prorrogar ou reduzir o prazo dilatório, mas a convenção só terá eficácia se for requerida antes do vencimento do prazo.
III. Suspenso o processo em razão da morte de qualquer das partes, o prazo para a prática de algum ato pelo *de cujus,* que estava em curso, será restituído ao sucessor desde o termo inicial.
IV. Ainda que todas estejam de acordo, às partes é defeso reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios.

As únicas proposições verdadeiras são:

a) II e III.
b) I e II.
c) II e IV.

d) I e IV.

Resposta: "c".

7. (Juiz de Direito — TJ/SP — 176°) Assinale a alternativa correta.

a) Em se tratando de relação jurídica continuativa, a superveniência de modificação no estado de fato permite que a parte peça a revisão do que foi estatuído na sentença.
b) Quando a lei prescreve determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.
c) Nos procedimentos de jurisdição voluntária, o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar conveniente ou oportuna.
d) Na hipótese de substituição processual ativa, o réu só poderá reconvir para postular direito que julgue ter contra o substituído processual.

Resposta: "d".

8. (Juiz de Direito — TJ/PR — 2003) É correto afirmar que se visa, na ação declaratória incidental:

a) decidir questão prejudicial, com força de coisa julgada;
b) decidir incidente processual do processo principal;
c) ao conhecimento de questão prejudicial;
d) decidir questões preliminares;

Resposta: "a".

9. (Ministério Público/SP/86° — 2009) Assinale a alternativa correta.

a) O Ministério Público e a Fazenda Pública contam com prazo em quádruplo para reconvir.
b) A extinção da demanda inicial conduz necessariamente à extinção da reconvenção, que não pode isoladamente seguir adiante.
c) A reconvenção desacompanhada de contestação deve ser indeferida.
d) Diante de demanda possessória, o réu pode ofertar reconvenção para que se reconheça seu domínio sobre a área litigiosa.
e) É inadmissível reconvenção para cobrança de dívida em resposta a ação declaratória.

Resposta: "a".

10. (OAB/SP — 2005) Relativamente à produção da prova documental, no procedimento ordinário, é INCORRETO afirmar:

a) É lícito às partes, em qualquer tempo juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.
b) O autor deverá indicar na petição inicial a prova documental que

pretende produzir, podendo juntar aos autos, independentemente de autorização do juiz, quaisquer documentos, referentes a fatos supervenientes ou antigos.

c) Sempre que umas das partes requerer a juntada de documentos aos autos, o juiz ouvirá, ao seu respeito a outra, no prazo de cinco dias.

d) O juiz requisitará, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, as certidões necessárias à prova das alegações das partes.

Resposta: "b".

11. (Juiz Federal — 4ª Região — 2004) Assinalar a alternativa correta.

a) Se o autor desistir da ação quanto a algum réu ainda não citado, o prazo para a resposta não correrá antes da intimação do despacho que deferir a desistência.

b) O ato que indefere a petição de reconvenção é sentença e desafia apelação.

c) Reconhecida a incompetência, suspeição ou impedimento, os autos serão remetidos para o juízo competente, para que, lá, o feito prossiga e seja julgado.

d) A exceção e a reconvenção importam na suspensão do processo principal até que se decidam os incidentes.

Resposta: "a".

12. (Juiz de Direito/PR — 2006) Sobre a prova, no Processo Civil, assinale a alternativa correta.

a) O ordenamento jurídico-processual brasileiro admite, em determinadas hipóteses, a prova exclusivamente testemunhal.

b) Nas situações em que há necessidade de demonstrar no processo algum fato dependente de conhecimento técnico, a parte poderá requerer a produção de prova pericial; nesses casos o juiz deverá acatar o pedido de produção da prova pericial, não podendo dispensá-la nem sequer com a apresentação de documentos elucidativos que considere suficientes.

c) Mesmo que não conste do mandado de intimação que se presumirão confessados os fatos contra ele alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor, o juiz pode aplicar a pena de confissão a qualquer uma das partes.

d) Se o juiz determinar a produção de prova pericial, nomeando perito de confiança do juízo, ficará vinculado a essa prova para formar o seu convencimento no momento de prolatar a sentença.

Resposta: "a".

13. (Juiz de Direito/SP — 2004) Analise as proposições.

I. A prova testemunhal é admitida, qualquer que seja o valor do contrato, desde que haja começo de prova escrita.

II. A complementação de prova, na hipótese de perplexidade probatória, poderá ser feita em qualquer fase, uma vez que a iniciativa probatória do juiz não se sujeita à preclusão.
III. A parte ou o terceiro que se recusa a exibir o documento ou coisa, pratica crime de desobediência.
IV. O julgamento antecipado da lide pode ocorrer quando houver necessidade somente da realização de prova pericial.

Está correto o contido somente nas proposições:

a) I e II.
b) I e III.
c) II e III.
d) III e IV.

Resposta: "a".

14. (OAB/SP — maio 2005) Considera-se suspeita a testemunha:

a) que possua interesse no litígio, que possua relação de parentesco com as partes ou que já foi condenada por falso testemunho;
b) o cônjuge, os parentes e o indigno por fé, por seus costumes;
c) que seja casada com a parte ou que já tenha sido mandatária da parte;
d) já condenada por falso testemunho, que tenha interesse no litígio e que seja inimiga capital de uma das partes.

Resposta: "d".

15. (OAB/SP — agosto 2005) Relativamente à audiência preliminar de conciliação, prevista no artigo 331 do Código de Processo Civil, pode-se afirmar corretamente:

a) Se versar a causa sobre direitos que permitam transação é obrigatória a audiência preliminar de conciliação.
b) Deve ser realizada posteriormente ao saneamento do feito, no qual o juiz fixa os pontos controvertidos e fixa as questões processuais pendentes.
c) Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser impossível sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção de provas.
d) É obrigatória em todos os litígios, ainda que as circunstâncias da causa evidenciem sua improbabilidade. A sua não realização, mesmo quando não admita a transação, constitui grave ofensa ao princípio do devido processo legal.

Resposta: "c".

16. (Ministério Público/SP — 2010) Assinale a alternativa correta.

a) O juiz deve indeferir o pedido de produção de prova testemunhal quando já houver prova documental apta a provar a veracidade da

alegação de fato feita pela parte.

b) Não é lícito à parte inocente provar com testemunhas, nos contratos em geral, os vícios de consentimento.
c) As declarações constantes em documento particular geram presunção absoluta de veracidade em relação aos signatários.
d) Dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal absoluta de existência ou de veracidade.
e) Nenhuma delas é verdadeira.

Resposta: "a".

1 Hermenegildo de Souza Rego, *Natureza das normas sobre provas*, p. 143-145.

5

FASE DECISÓRIA

1. Sentença

1.1. Introdução

1.2. A conceituação atual de sentença

1.3. Espécies de sentença

1.4. Requisitos essenciais da sentença

1.5. As sentenças meramente terminativas

1.6. As sentenças de improcedência de plano

1.7. Oportunidades em que a sentença poderá ser proferida

1.8. Defeitos da sentença

1.9. Possibilidade de correção da sentença

1.10. Efeitos da sentença

1.11. A sentença que condena à declaração de uma emissão de vontade

1.12. Sentença condicional?

1.13. Os capítulos da sentença

1.14. A sentença e os fatos supervenientes

1.15. Efeitos secundários da sentença

2. Coisa julgada

2.1. Introdução

2.2. A coisa julgada não é efeito da sentença

2.3. As formas de manifestação da coisa julgada

2.4. Os tipos de sentença (ou acórdão) que se revestem da autoridade da coisa julgada

2.5. Limites objetivos da coisa julgada

2.6. Limites subjetivos da coisa julgada

2.7. Mecanismos pelos quais se pode afastar a coisa julgada

2.8. Relativização da coisa julgada

3. Da ação rescisória

3.1. Introdução

3.2. Outros mecanismos de impugnação das sentenças transitadas em julgado

3.3. Outras situações em que não cabe a rescisória

3.4. Ação rescisória contra decisão interlocutória?

3.5. Juízo rescindente e juízo rescisório

3.6. Natureza jurídica da ação rescisória

3.7. Requisitos de admissibilidade

3.8. Hipóteses de cabimento (CPC, art. 485)

3.9. Procedimento da ação rescisória

3.10. Prazo

4. Questões

1. SENTENÇA

1.1. Introdução

O CPC de 1973, na redação originária, definia sentença como o ato que põe fim ao processo (art. 162, § 2º); isso constituiu importante inovação, uma vez que a legislação anterior a conceituava pelo conteúdo, que foi saudada por doutrinadores e operadores do direito, pois eliminava as antigas

dificuldades e controvérsias: **bastava verificar se o ato tinha ou não aptidão para encerrar o processo, em primeiro grau de jurisdição**. Em caso afirmativo, era qualificado como sentença.

A sistemática originária também se pautava por considerar o processo de conhecimento, em que havia sentença condenatória e o de execução subsequente como processos autônomos e distintos. O réu era citado para um e outro.

A Lei n. 11.232/2005 modificou o sistema originário, ao estabelecer que **o processo, desde a apresentação da petição inicial até a satisfação do credor, é um só**. Deixou de haver um processo autônomo e independente de execução de sentença condenatória. O que antes constituía o processo de conhecimento e o posterior de execução, foi substituído por um único processo, com fases distintas, nas quais se pode identificar a cognitiva e a executiva, apelidado pela doutrina de **"processo sincrético", por conter em seu bojo fases processuais de natureza distinta**. Com isso, o réu é citado uma vez só.

Por força dessas modificações, o legislador viu-se obrigado a modificar o conceito de sentença, do art. 162, § 1º. Ela não podia mais ser definida sempre como o ato que põe fim ao processo, pois, sendo condenatória, ele havia de prosseguir, com a fase executiva, de cumprimento de sentença.

O mencionado dispositivo passou a conceituar sentença da seguinte maneira: "A sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei".

Ela tornou a ser definida **por seu conteúdo, e não mais pela sua aptidão de por fim ao processo**, o que, de imediato, gerou intensa controvérsia doutrinária.

1.2. A conceituação atual de sentença

Diante das reformas introduzidas pela Lei n. 11.232/2005, parte da doutrina passou a sustentar que a sentença passara a ser definida somente pelo seu conteúdo, sem qualquer referência à sua aptidão para pôr fim ao processo. Mas se isso fosse admitido, surgiria a possibilidade de o juiz proferir mais de uma sentença, na fase de conhecimento. Enquanto ela era definida por sua aptidão de pôr fim ao processo, **havia de ser sempre única, já que o processo não pode ter mais de um fim**. Perdendo essa qualidade, poder-se-ia sustentar a possibilidade de cindir-se o julgamento, com mais de uma sentença no mesmo processo. Por exemplo, sendo formulados dois pedidos na inicial, um incontroverso e outro controvertido, o juiz proferiria

uma sentença inicial, acolhendo o primeiro, e determinaria o prosseguimento do processo, para instrução e posterior julgamento do segundo. **Mas isso quebraria o nosso tradicional sistema de sentença única, e traria graves dificuldades do ponto de vista recursal**. Afinal, o CPC continua estabelecendo que, contra sentença, cabe apelação. Se fosse possível a sentença interlocutória (que não põe fim ao processo), o prejudicado teria de interpor apelação, mas ela não poderia subir, dada a necessidade de o processo prosseguir, para instrução do segundo pedido. Daí surgirem teses sugerindo a adoção de apelações de instrumento, interpostas diretamente do Tribunal, ou retidas, que ficariam aguardando a sentença que, ao final, pusesse fim ao processo.

Já passados alguns anos da vigência da Lei n. 11.232/2005, parece-nos que a ideia de admitir mais de uma sentença na mesma fase de conhecimento não se coaduna com a nossa sistemática processual e recursal. O legislador retirou do conceito de sentença a aptidão para pôr fim ao processo, pois, em caso de condenação, há necessidade de prosseguir-se com a execução. Mas se a sentença não porá fim ao processo, deve, ao menos, encerrar a fase condenatória, em primeira instância.

Parece-nos, portanto, que a sentença deve ser definida por duas características:

> **a) por seu conteúdo**, que deve estar em consonância com o disposto nos arts. 267 e 269, do CPC;
> **b) por sua aptidão ou de pôr fim ao processo**, nos casos de extinção sem julgamento de mérito ou em que não há necessidade de execução; **ou à fase cognitiva**, nos casos de sentença condenatória, que exige subsequente execução.

Não terá natureza de sentença o ato judicial que, embora analise algum dos pedidos, não ponha fim, se não ao processo, ao menos à fase condenatória. Havendo dois pedidos, um incontroverso e outro controvertido, **os dois terão de ser julgados conjuntamente, podendo o juiz, se for o caso, conceder tutela antecipada em relação ao primeiro, mas não julgá-lo antecipadamente**.

Correta, mais uma vez, a lição de Nelson e Rosa Nery: "Não foi apenas o conteúdo do ato (CPC, art. 162, par. 1º) que o CPC levou em conta para definir os pronunciamentos do juiz, mas igualmente considerou a finalidade (CPC, arts. 162, par. 2º e 3º) do ato como critério classificatório... Essas são as razões pelas quais não se pode definir sentença apenas pelo que estabelece o CPC art. 162, par. 1º, literal e isoladamente, mas sim levando-se em conta o sistema do CPC... O pronunciamento do juiz só será sentença

se a) contiver uma das matérias previstas no CPC 267 ou 269 (CPC 162, par. 1º) e, cumulativamente, b) extinguir o processo (CPC art. 162, par. 2º, 'a contrario sensu') porque se o pronunciamento for proferido 'no curso do processo', isto é, sem que se lhe coloque termo, deverá ser definido como decisão interlocutória, impugnável por agravo (CPC 522), sob pena de instaurar-se o caos em matéria de recorribilidade desse mesmo pronunciamento"[1].

Feitas essas considerações, pode-se formular o seguinte conceito:

> Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC e que põe fim ao processo, ou à fase cognitiva condenatória.

Se, para conceituá-la, bastasse o seu conteúdo, seria forçoso reconhecer que o ato judicial que julga a liquidação tenha natureza de sentença, pois o juiz, ao acolher o pedido, age em conformidade com o art. 269 do CPC, e declara líquida a obrigação, em determinado valor. No entanto, não tem essa natureza, mas de decisão interlocutória, porque, conquanto tenha o conteúdo mencionado, não põe fim ao processo, nem à fase condenatória.

1.3. Espécies de sentença

O art. 162, § 2º, do CPC, ao indicar os conteúdos possíveis de uma sentença, permite distinguir duas espécies: **as que extinguem o processo sem julgamento de mérito (hipóteses do art. 267) e aquelas em que o juiz resolve o mérito, pondo fim ao processo ou à fase condenatória (art. 269)**.

O mérito é a pretensão posta em juízo. Há casos em que o processo há de ser extinto sem que o juiz a aprecie. Ele se limitará a pôr fim ao processo, sem examiná-la, caso em que a sentença será chamada **terminativa** (art. 267).

E há casos em que ele resolve o mérito, caso em que a sentença será **definitiva** (art. 269).

A distinção é de grande relevância, pois **só as últimas se revestem da autoridade da coisa julgada material, e podem ser objeto de ação rescisória**. E só as terminativas, que não decidem a pretensão posta em juízo, podem ser concisas, na forma do art. 459, parágrafo único, do CPC.

Não há diferença entre as duas espécies de sentença, no que concerne ao tipo de recurso adequado: contra ambas caberá a apelação.

A rigor, só haveria sentença de mérito nos casos de acolhimento ou rejeição do pedido do autor (art. 269, I, do CPC). No entanto, o legislador

também considerou como sentença definitiva aquela em que o réu reconhece a procedência do pedido, a que homologa transação; aquela em que o juiz reconhece a prescrição ou decadência, e a dada quando o autor renuncia ao direito em que se funda a ação.

Embora nestas últimas não haja propriamente exame do pedido, o legislador as considerou como de mérito, para que pudessem tornar-se definitivas, revestidas da autoridade da coisa julgada material. Daí alguns doutrinadores as considerarem **"falsas sentenças de mérito"**.

1.4. Requisitos essenciais da sentença

Como ato culminante do processo, por meio do qual o juiz pode conceder ou não a tutela jurisdicional postulada, a sentença deve observar determinados requisitos essenciais, enumerados no art. 458 do CPC. São três, examinados nos itens seguintes.

1.4.1. Relatório

Antes de passar à exposição dos fundamentos e à decisão propriamente dita, o juiz fará um **relatório, que deverá conter os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo**.

Trata-se de exigência que visa assegurar que ele tenha tomado conhecimento do que há de relevante para o julgamento, garantia do devido processo legal, que deverá ser observada sob pena de nulidade.

1.4.2. Motivação

A sentença deverá ser fundamentada, como manda o art. 93, IX, da Constituição Federal. **O juiz deve expor as razões pelas quais acolhe ou rejeita o pedido formulado na petição inicial, apreciando os seus fundamentos de fato e de direito (causas de pedir) e os da defesa**.

A falta de fundamentação tornará nula a sentença, cabendo ao juiz pronunciar-se sobre todas as questões essenciais que possam repercutir sobre o resultado, sob pena de ser *citra petita*.

Nem sempre será necessário que o juiz se pronuncie sobre todas as causas de pedir e fundamentos de defesa. Se uma das causas de pedir ficar desde logo demonstrada e for, por si só, suficiente para o acolhimento do pedido, o juiz proferirá sentença de procedência, sem precisar examinar as demais. Por exemplo: se alguém postula a anulação de contrato porque firmado por incapaz sem assistência, e porque foi coagido a assiná-lo, haverá um só pedido, mas duas causas de pedir, cada qual suficiente, por si só, para o acolhimento do pedido. Se uma ficar demonstrada desde logo, o

juiz poderá julgar, sem examinar as demais; o mesmo em relação aos fundamentos da defesa: se um só ficar provado, e for suficiente para levar à improcedência do pedido, o juiz poderá sentenciar, afastando a pretensão inicial, sem examinar os demais. **O que não é possível é o juiz rejeitar a pretensão do autor, sem examinar todos os fundamentos de fato e direito por ele invocados; ou acolher, sem examinar todos os fundamentos da defesa**.

Também não há necessidade de examinar questões de somenos, que não guardam relação com as pretensões formuladas, ou que nenhuma repercussão terão sobre o resultado final.

A sentença deverá apreciar todas as **questões preliminares** que ainda não tenham sido examinadas, bem como as **prejudiciais**. As preliminares são aquelas de cujo deslinde depende o julgamento do mérito ou a extinção sem exame do mérito. São as matérias enumeradas no art. 301, do CPC. Por exemplo, a falta de condições da ação ou de pressupostos processuais. As prejudiciais são aquelas cujo deslinde repercute no acolhimento ou rejeição do pedido, por exemplo, a paternidade, nas ações de alimentos.

Cumpre ao juiz atentar para que a fundamentação mantenha estreita correlação com o dispositivo. A atividade judicial é silogística: aplicação da lei ao fato concreto, extraindo disso as consequências adequadas. **O dispositivo deve ser decorrência lógica da fundamentação**.

O que foi decidido como motivação não faz coisa julgada material, e pode ser rediscutido em outros processos.

1.4.3. Dispositivo

É a parte final da sentença, em que o juiz decide se acolhe, rejeita o pedido, ou se extingue o processo, sem examiná-lo.

É a conclusão do silogismo judicial, em que se examina se a pretensão formulada pelo autor na petição inicial pode ou não ser apreciada e, em caso afirmativo, se pode ou não ser acolhida.

Todos os pedidos formulados na petição inicial (e na contestação, nos casos de ação dúplice) devem ser examinados pelo juiz, sob pena de a sentença ser *citra petita*. Se houver mais de uma ação, embora único o processo, a sentença, também única, deverá examinar todas as pretensões formuladas. **É o que ocorrerá havendo reconvenção, ação declaratória incidental, oposição e denunciação da lide, por exemplo**.

Em contrapartida, o juiz não pode examinar pretensões não formuladas.

Ao promover o julgamento, **deve ficar adstrito à ação que foi**

proposta, observando as partes, as causas de pedir e os pedidos, elementos identificadores da ação.

Sob pena de a sentença ser *extra* ou *ultra petita*, não pode conceder pretensões em relação a pessoas que não foram parte; nem fundamentar a sua pretensão em causas de pedir não formuladas ou conceder algo diferente ou a mais do que foi postulado.

Além disso, é preciso que haja coerência entre o dispositivo e a fundamentação.

Somente o dispositivo da sentença de mérito se revestirá da autoridade da coisa julgada material.

O art. 459, parágrafo único, do CPC estabelece que "quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida". Mas o Superior Tribunal de Justiça tem mitigado essa regra. São numerosos os acórdãos em que se decidiu que, não estando o juiz convencido da extensão do dano, pode remeter a apuração do *quantum* a uma futura liquidação.

Nesse sentido: "Segundo jurisprudência desta Corte, não estando o juiz convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação. Interesse recursal em arguir a nulidade da decisão restrito ao demandante" (STJ — 4ª Turma REsp 162.194-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* 20.03.2000). A Súmula 318 do Superior Tribunal de Justiça estabelece: "Formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida".

1.5. As sentenças meramente terminativas

A parte final do art. 459 do CPC estabelece que: "Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, o juiz decidirá em forma concisa". Por concisa pode-se entender a sentença resumida, abreviada, mas que deve conter todos os elementos estruturais de uma decisão judicial. O juiz deve indicar o nome das partes, os fundamentos de fato e de direito que justificam a extinção do processo, e a conclusão final. Em suma, há de ter um breve relatório, fundamentação suficiente para que se compreendam as causas da extinção, e um dispositivo concluindo pela extinção do processo sem o exame de mérito.

As mesmas regras podem ser aplicadas às sentenças de mérito que não acolhem ou rejeitam a pretensão do autor, como aquelas indicadas no art. 269, incs. II a V, do CPC (chamadas por alguns de "falsas sentenças de mérito").

1.6. As sentenças de improcedência de plano

A Lei n. 11.277/2006 introduziu a possibilidade de o juiz proferir sentenças de plano, sem que o réu tenha sido citado. Isso se dá na hipótese do art. 285-A, quando houver reiteração de causas idênticas, anteriores, em que o juiz tiver dado pela total improcedência. Sobre o assunto, ver o Livro VI, Capítulo 2, item 1.5.2 supra.

1.7. Oportunidades em que a sentença poderá ser proferida

Em que fase do processo uma sentença pode ser proferida? **É preciso verificar de que tipo de sentença se trata**. As terminativas podem ser proferidas **a qualquer tempo**, bastando que o juiz verifique que não há condições de prosseguir, pois o pedido não poderá ser apreciado. Pode ser que ele o perceba desde logo, e indefira a petição inicial; ou em qualquer outra fase, quando o vício que impede o prosseguimento se evidencie.

Quanto às sentenças de mérito, é preciso distinguir aquelas em que o juiz acolhe ou rejeita o pedido (art. 269, I, do CPC), das demais (art. 269, II a V).

Ele proferirá sentença de extinção com julgamento de mérito por reconhecimento jurídico do pedido ou por renúncia ao direito em que se funda a ação, quando o réu ou o autor assim dispuser, o que pode ocorrer em qualquer momento. A transação, que põe fim ao processo com julgamento de mérito, também pode ocorrer a qualquer tempo, e será homologada assim que comunicada ao juízo. O reconhecimento de prescrição e decadência pode ser feito desde a data da propositura da demanda, e ensejará o indeferimento da inicial, e a extinção do processo com julgamento de mérito.

Já as sentenças de acolhimento ou rejeição do pedido podem ser proferidas em quatro oportunidades distintas:

- **de início**, antes que o réu seja citado, nas hipóteses do art. 285-A do CPC;
- nos casos de revelia, em que haja presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial, **desde o momento em que ela tenha-se configurado** (julgamento antecipado da lide — art. 330, II, do CPC);
- **após a contestação ou a réplica do autor**, quando a questão de mérito for exclusivamente de direito, ou sendo de direito e fato, não houver necessidade de produção de provas em audiência (julgamento antecipado da lide — art. 330, I, do CPC);
- **após a conclusão da fase de instrução**, depois de as partes apresentarem suas alegações finais, na audiência de instrução e julgamento, nos casos em que houver necessidade de provas a respeito

dos fatos controvertidos.

1.8. Defeitos da sentença

A sentença é um dos atos do processo, e, como tal, deve preencher os requisitos de validade e de existência.

No Livro IV, Capítulo 2, item 4 supra, foram estudados os defeitos dos atos processuais em geral. Eles podem ser **nulos ou inexistentes, conforme a gravidade do vício**. E as nulidades podem ser absolutas ou relativas. Os mesmos defeitos dos atos processuais, em geral, podem também afetar as sentenças, não sendo necessário repetir aqui o que ficou dito a respeito.

Mas há alguns defeitos que são típicos, específicos das sentenças, e merecem ser examinados.

Há os **defeitos estruturais, como a falta ou deficiência do relatório, da fundamentação ou do dispositivo**. Em regra, disso decorrerá a sua nulidade, mas a ausência completa do exame de uma das pretensões gerará a inexistência parcial, ao menos no que concerne ao que não foi examinado.

Parece-nos que, se o autor formula vários pedidos, e o juiz se esquece de examinar um deles, havendo o trânsito em julgado, não será propriamente o caso de ação rescisória, **mas de nova ação, para reformular a pretensão não apreciada**. Afinal, só há coisa julgada em relação àquilo que foi examinado em caráter definitivo. O que nem sequer chegou a ser apreciado, não pode gerá-la, cumprindo ao interessado formular novamente o pedido.

Também será viciosa a sentença quando não houver estrita correlação entre as pretensões postas em juízo e aquilo que se decidiu. O juiz, por força do princípio da inércia, fica adstrito a julgar as pretensões postas em juízo, observados os fundamentos de fato indicados na inicial, e respeitadas as partes. Ele só pode julgar a ação que foi proposta. Se a sentença não mantiver essa correlação, poderá haver nulidade. **A sentença pode ser *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita***.

1.8.1. Sentença "extra petita"

É aquela em que o **juiz julga ação diferente da que foi proposta, sem respeitar as partes, a causa de pedir ou pedido, tais como apresentados na petição inicial**. Dispõe o *caput* do art. 460: "É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida (...) ou em objeto diverso do que lhe foi demandado". **O juiz só pode inovar em relação aos fundamentos jurídicos do pedido, já que ele os conhece (*jura novit curia*),**

mas não em relação aos fáticos, nem em relação aos pedidos.

Se o fizer, a sentença será *extra petita*. Há grande discussão a respeito do tipo de vício que a acomete, se nulidade absoluta ou inexistência. Para aqueles que admitem esta última, a diferença seria que o vício não se sana nem mesmo com o transcurso *in albis* do prazo da ação rescisória, ao passo que naquela, ultrapassado o prazo, o vício teria sido sanado.

A questão é controvertida, embora **prevaleça o entendimento de que haverá nulidade, sanável por ação rescisória, caso haja o trânsito em julgado. Há, no entanto, forte corrente doutrinária que sustenta a inexistência de sentença, que padecerá de um vício insanável**.

Há casos, excepcionais, em que a lei autoriza o juiz a conceder algo que não corresponde exatamente àquele que foi pedido, sem que sua sentença possa ser considerada *extra petita*. Nas ações possessórias, consideradas fungíveis pelo o art. 920 do CPC, permite-se que o juiz defira um remédio possessório diferente daquele que foi postulado. O art. 461, *caput* do CPC, também o autoriza a, se não for possível o cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer, conceder providência que assegure o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Mas essas hipóteses são excepcionais: a regra determina que ele se atenha à pretensão formulada.

1.8.2. Sentença "ultra petita"

É aquela em que o juiz julga a pretensão posta em juízo, mas condena o réu em quantidade superior à pedida. O art. 460 do CPC veda que ele o faça.

O vício é menos grave que o anterior, porque o juiz proferiu sentença da natureza que foi pedida, e concedeu o objeto postulado. Apenas o fez em quantidade superior. Por isso, se houver recurso, não haverá necessidade de o tribunal declará-la nula, bastando-lhe que reduza a condenação aos limites do que foi postulado. Se houver trânsito em julgado, caberá ação rescisória, cujo objeto será apenas desconstituir a sentença, naquilo que ela contenha de excessivo.

1.8.3. Sentença "infra" ou "citra petita"

Não há uniformidade de nomenclatura a respeito. Por sentença *infra* ou *citra petita* denominamos **aquela em que o juiz deixa de apreciar uma das pretensões postas em juízo, não aprecia um dos pedidos, quando houver cumulação**.

Cumpre ao juiz, ao proferir a sua sentença, examinar todas as

pretensões formuladas pelo autor, na inicial, e pelo réu, em reconvenção ou na própria contestação, nas ações de natureza dúplice.

Se não o fizer, quais serão as providências que o prejudicado deve tomar? São várias as possibilidade. A providência mais adequada será opor embargos de declaração, nos quais se pedirá ao juiz que supra a omissão, e se pronuncie a respeito da pretensão, sanando o vício.

Se o prejudicado não opuser embargos de declaração, mas apelação, invocando a omissão da sentença, o tribunal poderá:

a) anulá-la, e determinar a restituição dos autos à instância de origem, para que profira outra, desta feita completa;
b) valer-se por analogia do art. 515, § 3º, do CPC, e, em vez de anular a sentença, julgar o pedido não apreciado, desde que todos os elementos para tanto estejam nos autos.

Se não houver interposição de recurso, e a sentença transitar em julgado, surgirá um problema. Qual a providência adequada a ser tomada pelo interessado, que deseja que o pedido a respeito do qual a sentença foi omissa seja apreciado?

Parece-nos, como já dito, que não será caso de ação rescisória, que serve para rescindir o que foi decidido, e não para que se decida o que não foi. Tampouco parece ser necessário ajuizar ação declaratória de inexistência. O correto será o interessado ajuizar nova ação, reapresentando o pedido não apreciado.

Embora as expressões *infra* e *citra* tenham sido usadas como sinônimas, há aqueles que as distinguem, denominando *infra* a sentença que condenou o réu em quantia inferior à que foi postulada, o que não gera nenhuma nulidade, porque o juiz pode fazê-lo, se achar que a pretensão inicial é apenas parcialmente procedente.

1.9. Possibilidade de correção da sentença

O tema vem tratado no art. 463 do CPC, que contém duas regras fundamentais:

- **Depois que o juiz publica a sentença, ela não mais pode ser alterada**. A publicação a que se refere a lei não é aquela feita no *Diário Oficial*, para intimação das partes, mas em cartório, quando restitui os autos, com sentença. E, quando ela é proferida em audiência de instrução e julgamento, à medida que vai ditando ao escrevente.
- a de que, mesmo depois de publicada, **a sentença poderá ser alterada quando**:

a) houver necessidade de lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, **inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo**.

Há sentenças que contêm erros materiais evidentes — equívocos no nome das partes, inversão manifesta na condenação nas verbas de sucumbência, erro na indicação de um artigo de lei, equívocos datilográficos — ou erros de conta. Esses vícios podem ser corrigidos de ofício ou a requerimento das partes, e a qualquer tempo, independentemente da interposição de recurso. Podem ser sanados mesmo depois do trânsito em julgado, sem necessidade de ação rescisória ou qualquer outra medida.

Essa forma de correção não suspende nem interrompe o prazo para interposição de outros recursos. Nada impede que esse tipo de erro seja objeto ainda de embargos de declaração, que, embora desnecessários, poderão ser utilizados.

b) forem opostos embargos de declaração. É o recurso adequado quando a sentença padecer de omissão, contradição ou obscuridade. Ao saná-las, pode ocorrer que o juiz altere a sentença. Mas não se admite que eles sejam usados para modificar a sentença, sem que ela padeça dos vícios acima mencionados (salvo para eventual correção de equívoco evidente), para que o juiz possa reapreciar a prova, ou reavaliar as questões de mérito.

Esses são os mecanismos para que a sentença possa ser corrigida ou alterada pelo próprio juiz que a prolatou. Há outros mecanismos que permitem que ela seja corrigida ou alterada por órgão distinto, como os recursos em geral, e a ação rescisória.

1.10. Efeitos da sentença

A coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade desses efeitos. Denominam-se "efeitos" as consequências jurídicas que da sentença podem advir, e que dependerão do tipo de tutela postulada pelo autor, pois a sentença deve ficar adstrita a tal pretensão.

Pode-se dizer que há três tipos de tutela nos processos de conhecimento: **a declaratória, a constitutiva e a condenatória**. Pontes de Miranda acrescenta mais duas espécies, a mandamental e a executiva *lato sensu* que não podem ser consideradas categorias autônomas, mas subespécies de tutela condenatória. Cada uma delas será examinada em apartado, nos itens seguintes.

1.10.1. Tutela declaratória

É aquela em que a pretensão do autor se limita **a que juiz declare a existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou a autenticidade ou**

falsidade de um documento (CPC, art. 4º).

Com razão se diz que, em todas as sentenças, ainda que condenatórias ou constitutivas, há sempre certo conteúdo declaratório, porque é preciso, antes de tudo, que o juiz declare quem tem razão.

Mas a ação será declaratória quando a pretensão do autor **limitar-se ao pedido de declaração**. Nos demais tipos, conquanto haja algum conteúdo declaratório, o juiz vai além, impondo uma condenação, ou constituindo uma relação jurídica.

A tutela declaratória tem por finalidade afastar uma crise de incerteza. Há dúvida entre os litigantes quanto à existência ou inexistência de uma relação, ou sobre a autenticidade ou falsidade de um documento: ao proferir sentença, o juiz irá apenas decidir se a relação existe ou não, e se o documento é verdadeiro ou falso, afastando a dúvida, que gerava insegurança.

O juiz não imporá obrigações aos contendores, não criará uma relação jurídica que até então não existia, nem desconstituirá uma relação que havia.

A tutela declaratória não produz nenhuma modificação, nem de uma situação fática, nem de uma relação jurídica. O que ela faz é solucionar uma incerteza, uma dúvida.

Um exemplo são as ações de investigação de paternidade. Não é a sentença que vai criar a relação de paternidade, pois ela já existe. Ela apenas vai decidir, havendo dúvida, se o réu é ou não o pai do autor, declarando-o.

A declaração não pode ter como objeto fatos. Não é possível, por exemplo, ajuizar ação declaratória com a finalidade de solucionar dúvida se determinada pessoa esteve ou não em determinado lugar. O seu objeto limita-se às já mencionadas hipóteses do art. 4º, do CPC. Mas o parágrafo único desse dispositivo traz regra importante: "É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido violação do direito".

Por exemplo: uma dívida, que não foi paga pelo réu. O credor poderia ajuizar ação de cobrança, de conteúdo condenatório. Mas o dispositivo legal reconhece interesse em que ele ajuíze apenas ação declaratória, caso haja dúvida sobre a existência da relação de crédito-débito. Pode ser que o credor não queira, por ora, a condenação do devedor, mas apenas que sejam afastadas as dúvidas sobre a existência da dívida.

Proferida sentença declaratória, apenas não se poderá mais negar que o débito existe. Mas o credor não terá título executivo, não promoverá a execução do débito, o que dependerá do ajuizamento da ação condenatória.

Uma vez que a tutela declaratória não cria relações jurídicas, mas apenas declara se elas existem ou não, **a sua eficácia é *ex tunc***. Por exemplo: na hipótese já citada, declarada a paternidade, a eficácia retroagirá ao nascimento do autor.

Todas as sentenças de improcedência são declaratórias negativas, declararam que o autor não tinha razão em sua pretensão.

1.10.2. Tutela constitutiva

É aquela que tem por objeto a constituição ou desconstituição de relações jurídicas. Não se limitam a declarar se uma relação jurídica existe, como no item anterior, mas visam alterar as relações jurídicas indesejadas.

Haverá interesse para postulá-la se o autor quiser constituir ou desconstituir uma relação jurídica, sem o consentimento do réu.

As sentenças podem ser constitutivas positivas ou negativas, também chamadas desconstitutivas, conforme visem criar relações até então inexistentes, ou desfazer as que até então existiam.

As sentenças constitutivas têm eficácia *ex nunc*, produzem efeitos a partir de então, do momento em que se tornam definitivas, sem eficácia retroativa. Assim, em ação de divórcio, o casamento considerar-se-á desfeito somente após a sentença, com trânsito em julgado.

Elas não precisam ser executadas, já que produzem efeitos por si mesmas.

1.10.3. Tutela condenatória

A sentença condenatória impõe ao réu uma obrigação, consubstanciada em título executivo judicial. A partir dela abre-se ao autor a possibilidade de valer-se de uma sanção executiva, para obter o seu cumprimento. **Ela é aquela que impõe uma obrigação que precisa ser cumprida**. As demais sentenças, quando declaram ou constituem relações jurídicas, não impõem obrigações, nem exigem medidas de cumprimento, já que se efetivam por si mesmas.

Ao proferi-la, o juiz declara que o autor tem razão, e constitui o título executivo em seu favor, concedendo-lhe a possibilidade de valer-se de meios executivos, para fazer cumprir a obrigação imposta.

Ao contrário das demais, **ela exige uma atividade do devedor, para alcançar a sua finalidade**, exige que ele a cumpra. Se não o fizer voluntariamente, a lei mune o credor para fazê-la cumprir e tornar concreto o seu comando.

As sentenças condenatórias **têm eficácia *ex tunc*, pois retroagem à data da propositura da ação**. Em regra, a execução só poderá ter início a partir do momento em que se tornem definitivas, mas a eficácia retroage à data da propositura, tanto que os juros de mora são devidos desde a citação, se o devedor não tiver sido constituído em mora anteriormente.

Os arts. 461 e 461-A do CPC estabelecem que, nas condenações em obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa, a tutela será, em regra, **específica**, concedido ao credor exatamente aquilo de que ficou privado, por força da ação ou omissão do devedor; ou medida que assegure a ele resultado prático equivalente ao do adimplemento.

A lei busca dar ao juiz mecanismos para tornar efetivas as determinações judiciais, que devem atribuir ao credor exatamente aquilo que ele obteria se o devedor cumprisse a sua obrigação (ou, pelo menos, algo equivalente, ou que traga resultados próximos). Daí os §§ 4º e 5º do art. 461, aplicáveis ao art. 461-A, fazerem alusão a numerosos meios de coerção, para impor o cumprimento.

A conversão em perdas e danos fica restrita às hipóteses em que não for possível o cumprimento específico, ou quando o credor preferir.

1.10.3.1. Tutela mandamental

Não constitui categoria autônoma, mas uma subespécie das tutelas condenatórias. A sentença mandamental é aquela em que o juiz emite uma ordem, um comando, que deve ser cumprido pelo réu. Cabe à lei estabelecer as sanções aplicáveis para o descumprimento da ordem, e os mecanismos de que o juiz pode se utilizar para torná-la efetiva. São exemplos as sentenças proferidas em mandado de segurança, e nas ações que tenham por objeto obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa (arts. 461 e 461-A, do CPC).

1.10.3.2. Tutelas executivas "lato sensu"

Também são espécies de tutela condenatória, que se distinguem por prescindirem de uma fase de execução. Se a obrigação não for cumprida pelo devedor, o Estado tomará as providências necessárias para que o seja, independentemente dele. É o que ocorre nas ações de despejo ou nas possessórias, em que o juiz determina a retomada de bem. Ele determinará a expedição de mandado de despejo ou de reintegração de posse, sem necessidade de instauração de fase executiva, nem do uso de meios de coerção.

1.11. A sentença que condena à declaração de uma emissão de

vontade

Os arts. 466-A a 466-C tratam das sentenças proferidas nos processo em que a pretensão do autor é de que o réu emita uma declaração de vontade, que ele se recusa a lançar.

Imagine-se que o réu tenha-se comprometido a, passado algum tempo ou verificadas determinadas circunstâncias, celebrar com o autor um contrato, ou emitir uma declaração. Cumprido o termo ou as condições impostas, o réu se recusa a prestar a declaração prometida.

Para a satisfação específica da pretensão, a lei determina que **a sentença, sendo possível, produzirá os mesmos efeitos que a declaração de vontade não emitida, ou que o contrato não firmado**.

Se o réu se compromete, por exemplo, a transferir ao autor um veículo, e, na ocasião aprazada, não assina o termo, o autor poderá postular judicialmente que o juiz profira sentença que produza os mesmos efeitos, isto é, que promova a transferência postulada.

A situação é muito frequente nos contratos de compromisso de compra e venda, em que, com o pagamento da última parcela, o compromissário comprador tem o direito de obter do promitente vendedor a escritura pública do imóvel adquirido. Feitos os pagamentos, o vendedor nega-se a outorgar a escritura. Cumpre ao comprador ajuizar a ação de adjudicação compulsória, na qual, provando a existência do compromisso e o pagamento de todas as prestações, obterá do juiz uma sentença que substituirá a escritura pública negada, produzindo os mesmos efeitos, inclusive o de permitir o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Mas, conforme estabelece o art. 466-C do CPC, é preciso que fique demonstrado que o adquirente cumpriu a sua prestação.

1.12. Sentença condicional?

O art. 460, parágrafo único, exclui a possibilidade de o juiz proferir sentença condicional, quando aduz que "a sentença deve ser certa...". Esse dispositivo mantém correspondência com o *caput* do art. 286, que determina que o pedido também seja certo.

No entanto, **admite-se que a sentença possa decidir relação jurídica condicional**, que depende da verificação de evento futuro e incerto.

Não se confunde sentença condicional, em que a procedência ou improcedência do pedido fica condicionada à verificação de evento futuro e incerto, com sentença que decide relação jurídica condicional. Nesta, o juiz acolherá ou rejeitará o pedido, mas a execução dependerá do implemento da condição.

Imagine-se um contrato, em que o devedor se compromete a entregar ao autor os peixes que caírem em sua rede, em determinado período. O juiz pode reconhecer o direito do autor de haver os peixes já pescados, e os que venham a ser pescados nos meses subsequentes. É evidente que a entrega destes últimos ficará condicionada a que o resultado da pesca seja favorável, devendo aplicar-se o art. 572 do CPC, que condiciona o início da execução à prova de que a condição se verificou.

1.13. Os capítulos da sentença

A sentença forma um todo, um conjunto único. Porém, é possível decompô-la em capítulos, cada qual contendo o julgamento de uma pretensão distinta. É essa a conceituação dos capítulos da sentença formulada por Cândido Rangel Dinamarco, para quem os capítulos são "as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta"[2].

Uma sentença pode examinar numerosas pretensões. O autor pode formular mais de uma contra o réu; ou pode haver mais de um autor, cada qual com uma pretensão em relação ao réu; ou mais de um réu, contra o qual cada autor tem uma pretensão. Pode ainda haver pretensões em reconvenção, ação declaratória incidental, denunciação da lide, oposição, chamamento ao processo etc. O juiz, na sentença única que profere, examinará todas elas.

Mesmo quando há um único autor contra um único réu, sem pedidos cumulados, a sentença deverá examinar a pretensão principal e a verba de sucumbência.

A possibilidade de considerar a sentença decomponível em capítulos pode repercutir sobre inúmeras questões. Por exemplo, sobre a das nulidades. **Se ela for considerada um todo único, vício que a macule comprometerá o todo. Mas, se for possível decompô-la em capítulos, eventual vício que afete um deles não prejudicará os demais.**

Será possível então recorrer apenas daquele capítulo determinado; ou, em caso de trânsito em julgado, postular a rescisão parcial da sentença.

A teoria dos capítulos da sentença permite analisá-la com mais clareza, e mapear melhor os eventuais vícios. Mas isso não faz com que o processo tenha mais de uma sentença; ela será sempre uma só, dada a sua aptidão de por fim ao processo, ou à fase condenatória. **O poder ser decomposta em capítulos não implica perda de sua unicidade**.

É a teoria dos capítulos que permite preservar uma sentença,

transitada em julgada, na qual o juiz tenha deixado de apreciar uma das pretensões. Aquilo que ele apreciou é válido e será preservado; a omissão quanto ao restante não contamina o que foi validamente apreciado, cabendo ao interessado ajuizar nova demanda, reiterando o pedido a respeito do qual não houve pronunciamento.

O mais importante nessa teoria não é que a sentença contenha numerosos capítulos, **mas que eles possam ser considerados autônomos, estanques, para fins de recursos, ação rescisória, nulidades etc...**

1.14. A sentença e os fatos supervenientes

O art. 462 do CPC contém norma importante: "Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença".

Esse dispositivo trata do ***jus supervenientes:*** a superveniência de fato ou direito, que possa interferir no julgamento.

Um exemplo poderá ajudar a esclarecer a aplicação do art. 462. O CPC determina que, no julgamento das ações possessórias, o juiz conceda ao autor a medida possessória mais adequada para o caso concreto. Pode ocorrer que, no curso da ação, o tipo de agressão à posse se altere: o que antes era ameaça ou turbação se convola em esbulho. Compete ao juiz, no momento da sentença, de ofício ou a requerimento do autor, levar em consideração as alterações fáticas supervenientes, concedendo a medida judicial mais adequada.

Da mesma forma, eventuais alterações legislativas, que possam ser aplicadas desde logo, devem ser consideradas pelo juiz, com a observação das ressalvas constitucionais de que a lei nova não pode retroagir em detrimento do ato jurídico perfeito e dos direitos adquiridos.

1.15. Efeitos secundários da sentença

Nos itens anteriores, foram examinados os efeitos principais da sentença: condenatórios, constitutivos ou declaratórios.

Mas dela podem decorrer outras consequências, não diretamente relacionadas à pretensão formulada.

Por exemplo, em caso de improcedência, as liminares concedidas em favor do autor no curso do processo serão revogadas, ainda que não tenha havido manifestação expressa do juiz a respeito, uma vez que aquilo que foi decidido em caráter provisório não pode subsistir ao definitivo. Haverá revogação, ainda que seja apresentada apelação com efeito suspensivo, já

que a suspensão afeta apenas o cumprimento ou execução da tutela concedida, mas não os efeitos reflexos, como os relativos às liminares.

Outro efeito reflexo é **a condenação do vencido nas verbas de sucumbência**; ou a fixação do termo inicial para a incidência de correção monetária sobre o valor fixado a título de indenização por danos morais, nos termos da Súmula 362 do STJ (que a determina a partir do arbitramento do valor, o que normalmente ocorre na sentença).

Um outro efeito secundário é a hipoteca judiciária, examinada no próximo item.

1.15.1. Hipoteca judiciária

Vem prevista no art. 466 do CPC: "A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada na forma prescrita na Lei de Registros Públicos".

A hipoteca é um direito real de garantia, e tem por finalidade atribuir ao credor hipotecário direito de preferência sobre o produto da excussão do bem gravado. Normalmente, é fruto de convenção, mas pode ser também judicial ou legal. **A prevista como efeito secundário das sentenças condenatórias é a judicial**, que tem sido pouquíssimo usada.

São seus pressupostos:

- **que haja sentença condenatória em dinheiro ou coisa**, ainda que a condenação seja genérica, ou esteja pendente arresto de bens do devedor, ou ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença; a sentença de improcedência, em princípio, não gera direito à hipoteca judiciária, mas ela pode ser constituída para assegurar o pagamento da verba de sucumbência em que o autor vencido tenha sido condenado;
- **que haja o registro, na forma da Lei de Registros Públicos**. A hipoteca é direito real, e, como recai sobre imóveis, só se considera constituída com o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Só assim ela adquire eficácia *erga omnes*.

Como a hipoteca precisa recair sobre bem determinado, é preciso a especialização, isto é, a indicação, pelo credor, do bem sobre o qual o gravame deverá recair. O devedor será ouvido a respeito, e o juiz, acolhido o pedido, determinará o registro, assegurando ao credor o direito de preferência.

2. COISA JULGADA

2.1. Introdução

A coisa julgada é mencionada na Constituição Federal como um dos direitos e garantias fundamentais. O art. 5º, XXXVI, estabelece que a lei não poderá retroagir, em prejuízo dela.

Essa garantia decorre da necessidade de que as decisões judiciais não possam mais ser alteradas, a partir de um determinado ponto. Do contrário, **a segurança jurídica sofreria grave ameaça**. É função do Poder Judiciário solucionar os conflitos de interesse, buscando a pacificação social. Ora, se a solução pudesse ser eternamente questionada e revisada, a paz ficaria definitivamente prejudicada.

A função da coisa julgada é assegurar que os efeitos decorrentes das sentenças judiciais não possam mais ser modificados, se tornem definitivos. É fenômeno diretamente associado à segurança jurídica, quando o conflito ou a controvérsia é definitivamente solucionado.

2.2. A coisa julgada não é efeito da sentença

A sentença produz numerosos efeitos. Pode condenar o réu, constituindo um título executivo; constituir ou desconstituir uma relação jurídica ou declarar algo, afastando uma incerteza que existia entre os litigantes. E, ainda, produzir efeitos secundários, já examinados.

Ora, **a coisa julgada não é um dos efeitos da sentença, mas uma qualidade deles: a sua imutabilidade**. Foi a partir dos estudos de Liebman que se delineou com maior clareza a distinção entre a eficácia da sentença e a imutabilidade de seus efeitos.

O trânsito em julgado está associado à impossibilidade de novos recursos contra a sentença, o que faz com que ela se torne definitiva, não podendo mais ser modificada. Há casos em que ela já produz efeitos, pode ser executada, mas não há ainda o trânsito em julgado, pois eventuais recursos ainda pendentes não são dotados de eficácia suspensiva. **A eficácia da sentença não está necessariamente condicionada ao trânsito em julgado, mas à inexistência de recursos dotados de efeito suspensivo**.

2.3. As formas de manifestação da coisa julgada

É comum que se diga que há duas espécies de coisa julgada: a formal e a material. Mas isso não é tecnicamente exato, **porque ela é um fenômeno único**. A material e a formal não são propriamente dois tipos, espécies de coisa julgada, **mas duas formas de manifestação do mesmo fenômeno. A formal é a imutabilidade dos efeitos da sentença no próprio processo em que foi proferida; e a material, em qualquer outro processo**.

Nos itens seguintes serão examinadas essas duas manifestações.

2.3.1. A coisa julgada formal

É a manifestação da coisa julgada no próprio processo em que a sentença ou o acórdão foi proferido. É fenômeno interno ao processo a impossibilidade de modificar-se a sentença ou acórdão, quando já não caibam mais recursos, seja porque foram esgotadas as possibilidades recursais, seja porque o recurso adequado não foi interposto no prazo legal.

Todas as sentenças e acórdãos, em determinado momento, tornar-se-ão imutáveis, pois é limitado o estoque de recursos no ordenamento jurídico. Chegará o momento em que eles se esgotarão: todo processo há de ter um fim. Quando isso ocorrer, e não couberem mais recursos, ou porque se esgotaram, ou porque transcorreu o prazo de interposição, haverá a coisa julgada formal.

Ela guarda semelhança com a preclusão, tanto que alguns a denominam "preclusão máxima". A preclusão também consiste na impossibilidade de modificação do ato judicial, contra o qual não caibam mais recursos. A diferença é que a coisa julgada pressupõe o encerramento do processo. Nenhuma outra modificação poderá ser feita, e o que ficou decidido não será mais discutido naquele processo, que já se encerrou. **Mas o aspecto formal da coisa julgada não esclarece sobre a possibilidade de repropositura de idêntica ação, porquanto se restringe ao processo em que a sentença ou acórdão foi proferido**.

Todos os tipos de sentença, os que resolvem o mérito, e os que extinguem o processo sem examiná-lo, ficam sujeitos à coisa julgada formal, seja no âmbito da jurisdição voluntária, seja no da contenciosa.

2.3.2. A coisa julgada material

A coisa julgada pode ainda manifestar-se por um outro aspecto, que a doutrina denomina coisa julgada material. **Consiste não mais na impossibilidade de modificação da sentença no processo em que foi proferida, mas na projeção externa dos seus efeitos, que impede que a mesma ação, já decidida em caráter definitivo, volte a ser discutida em outro processo**. É, sobretudo, essa manifestação da coisa julgada que se presta a trazer segurança jurídica aos litigantes, aos quais não basta apenas que o processo se encerre, mas que a questão litigiosa seja definitivamente dirimida, não podendo mais ser discutida, em nenhum outro processo, assegurada a pacificação do conflito. De outro modo, a todo momento os litigantes poderiam tornar à questão, e as decisões judiciais pouco valor teriam. A vedação a que se rediscuta o objeto litigioso exige que tenha

havido decisão judicial a respeito da pretensão posta em juízo, pois, se o juiz extinguiu o processo sem julgamento de mérito, a renovação da demanda não implicará rediscussão do que foi decidido, mas nova tentativa de obter do Judiciário um exame do pedido. **A coisa julgada material pressupõe sentença de mérito, que aprecie a pretensão posta em juízo, favorável ou desfavoravelmente ao autor**.

Ela impede que seja renovada a mesma ação que, por isso mesmo, precisa ser identificada. Nisso, ela guarda estreita relação com o fenômeno da litispendência, que também pressupõe duas ações idênticas, mas em curso, ao passo que, na coisa julgada, uma delas já foi julgada em caráter definitivo.

A compreensão do tema pressupõe que se conheça e se saiba identificar, com clareza, os elementos da ação: partes, causa de pedir e pedido. **A coisa julgada material constitui óbice à nova ação, que tenha os mesmos três elementos que a anterior, já julgada. A alteração de qualquer das partes, autor ou réu, dos fatos em que se fundamenta o pedido, e do objeto da ação, tanto o imediato (provimento jurisdicional postulado) quanto o mediato (bem da vida), modifica a ação e a afasta**.

2.4. Os tipos de sentença (ou acórdão) que se revestem da autoridade da coisa julgada

Todas as sentenças ou acórdãos tornar-se-ão imutáveis nos processos em que foram proferidos, quando não houver mais a possibilidade de recurso. **Todos estão sujeitos à coisa julgada formal**.

Mas nem todos impedirão a renovação de idêntica ação, nem todos estão sujeitos à coisa julgada material.

A primeira condição é que a sentença tenha examinado o mérito: só as sentenças definitivas, nunca as de extinção sem julgamento de mérito, meramente terminativas.

Além disso, ela diz respeito ao processo de conhecimento, pois só nele o juiz profere sentença decidindo, de vez, a pretensão. **Não há falar-se em coisa julgada material da sentença que encerra o processo de execução, porque ela não é de mérito**. O mérito na execução consiste na pretensão em obter satisfação a um direito, não uma sentença. A sua função, na execução, é apenas dar por terminado o processo, sem dar uma resposta à pretensão posta em juízo.

Também não há coisa julgada material nas sentenças que julgam os processos cautelares, ainda que tenham examinado a pretensão cautelar. Essa pretensão não é a definitiva, mas apenas a de obter do juízo alguma

forma de proteção, de resguardo, de segurança da pretensão definitiva.

A coisa julgada material pressupõe também que se esteja no campo da jurisdição contenciosa. O art. 1.111 do CPC, que trata da voluntária, não deixa dúvidas a respeito: "A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes".

2.4.1. Coisa julgada "rebus sic stantibus"

A expressão *rebus sic stantibus* traduz a ideia de as coisas permanecerem iguais, idênticas. Em regra, havendo coisa julgada material, não é mais possível rediscutir a questão já definitivamente julgada.

Mas há certas situações, expressamente previstas em lei, em que **a imutabilidade dos efeitos da sentença só persiste enquanto a situação fática que a ensejou permanecer a mesma**, ficando autorizada a modificação, desde que haja alteração fática superveniente.

Os exemplos mais esclarecedores são as ações de alimentos, e as indenizatórias por ato ilícito, em que há fixação de pensão alimentícia de cunho indenizatório (art. 475-Q, § 3º, do CPC). A regulamentação do direito material é de ordem tal a impedir que a questão fique definitivamente julgada, uma vez que o valor da pensão está sempre condicionado à capacidade do devedor, e à necessidade do credor, podendo ser revisto sempre que uma ou outra se alterarem. Diante disso, a coisa julgada deve adaptar-se, adquirindo o caráter *rebus sic stantibus*.

A sentença que examina a pretensão a alimentos é definitiva, enquanto não sobrevier alteração fática, que justifique a sua revisão. A todo tempo, mesmo depois da sentença definitiva, há possibilidade de rediscutir e rever o valor, desde que haja alteração fática. Não é possível modificá-la, mantidas as circunstâncias originárias.

O art. 471, I, do CPC estende essa solução às demais situações em que haja relações jurídicas continuativas: "Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença".

2.4.2. Coisa julgada "secundum eventum litis"

A coisa julgada material pressupõe sentença de mérito, seja de procedência ou de improcedência. Mas há casos em que o legislador a exclui, conforme o fundamento utilizado pelo juiz, ainda que ele tenha examinado a pretensão posta em juízo.

Os exemplos mais relevantes são os da ação civil pública e da ação

popular, em que não haverá coisa julgada material, quando houver improcedência por insuficiência de provas (art. 16 da Lei n. 7.347/85 e art. 18 da Lei n. 4.717/65); mas haverá, se houver sentença de procedência, ou de improcedência por qualquer outro fundamento, que não a insuficiência ou deficiência de provas.

2.5. Limites objetivos da coisa julgada

Consiste no problema de identificar o que efetivamente não pode mais ser discutido em outros processos. A princípio, a coisa julgada é qualidade dos efeitos da sentença ou do acórdão, e não das decisões interlocutórias. É o que decorre do disposto no art. 467 do CPC.

Mas nem todo o conteúdo da sentença tornar-se-á indiscutível, mas tão somente aquilo que ficar decidido a respeito da pretensão formulada.

A sentença tem três partes: o relatório, a fundamentação e o dispositivo. É neste que o juiz acolhe ou rejeita a pretensão, e só isso ficará acobertado pela autoridade da coisa julgada material.

A fundamentação, mesmo no que concerne às questões prejudiciais, que repercutem no teor da decisão, não.

O art. 469 do CPC dispõe que não fazem coisa julgada:

- os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

As três hipóteses são repetitivas. Todas dizem respeito àquilo que contém a fundamentação da sentença. Por mais relevantes que as questões examinadas sejam para a apreciação do pedido, não ficam acobertadas pela coisa julgada material. Essa é uma das maiores dificuldades que, às vezes, se tem para a compreensão do tema: a possibilidade de, em outro processo, se rediscutir aquilo que o juiz examinou na fundamentação da sua sentença.

Por exemplo: é possível que, em ação ordinária de alimentos, o juiz conclua, em caráter incidente e como questão prejudicial, que o réu é pai do autor, e acolha a pretensão de alimentos. Só haverá coisa julgada sobre o dispositivo, não sobre a fundamentação. **Portanto, a questão da paternidade não terá sido decidida em caráter definitivo, mas incidental**. Nada impede que em posterior ação de investigação de paternidade a pretensão seja desacolhida. Não haverá conflitância de coisas julgadas, porque, no primeiro processo, a paternidade era apenas prejudicial, incidental, não

tendo sido decidida em caráter definitivo.

O sistema processual brasileiro admite, e convive com a possibilidade de que isso ocorra.

2.5.1. A eficácia preclusiva da coisa julgada

A coisa julgada material impede que aquilo que foi decidido no dispositivo da sentença venha a ser rediscutido em outros processos. O art. 474 do CPC contém importante regra, que dá a extensão daquilo que não mais poderá ser rediscutido: "Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido". Isto é, **reputar-se-ão apreciadas não apenas as matérias deduzidas, mas as dedutíveis pelas partes**.

Na petição inicial, o autor tem de fundamentar o seu pedido, apresentando os fatos em que se baseia. O fato que motiva a pretensão constitui a causa de pedir, um dos elementos da ação.

A sentença que rejeita o pedido, fundado em um determinado fato, não pode mais ser rediscutida, depois do trânsito em julgado. Mas é possível formular o mesmo pedido, com fundamento em outro fato, distinto daquele anterior, pois, sendo a causa de pedir distinta, não haverá reiteração de ações, mas uma nova. Por exemplo: se uma pessoa propuser ação reivindicatória, aduzindo que é titular do bem porque o usucapiu, o fundamento de fato em que se baseia o pedido é a propriedade decorrente do usucapião. Se o juiz julgar improcedente o pedido, não haverá empecilho para que, tempos depois, o autor formule a mesma pretensão, contra o mesmo invasor, aduzindo que agora adquiriu o bem, pois o fato que agora a sustenta é a propriedade decorrente da aquisição do bem.

Mas, mantida a mesma causa de pedir, e os demais elementos, reputam-se afastados todos os argumentos que o autor poderia trazer, para convencer o juiz a acolher a sua pretensão.

Os fatos que o réu apresentar para fundamentar o seu pedido de que a pretensão inicial seja desacolhida não constituem um dos elementos da ação. São elementos identificadores da ação os fatos em que se baseia a pretensão do autor, mas não aqueles em que a defesa está fundada. **Por isso, caso acolhida a pretensão do autor, reputam-se repelidas todas as defesas que o réu apresentou, como as que ele poderia ter deduzido e não o fez**.

Por exemplo: em ação de cobrança, o réu defende-se alegando que fez o pagamento. O juiz repele a alegação e julga procedente a demanda, condenando-o. Ele não poderá, mais tarde, ajuizar ação declaratória de inexistência do débito, por força de compensação, pois sendo esta matéria

de defesa, reputa-se repelida ainda que o réu não a tenha deduzido.

2.5.2. Os limites objetivos da coisa julgada e a ação declaratória incidental

A ação declaratória incidental não amplia os limites objetivos da lide, não traz à cognição do juiz nenhuma questão que ele já não fosse ter de apreciar, mas amplia os limites objetivos da coisa julgada, porque a questão prejudicial que seria decidida incidentalmente, na fundamentação da sentença, passa a ser decidida no dispositivo, e em caráter definitivo.

Essa ação tem o condão não de aumentar a extensão das matérias que o juiz irá apreciar, mas o que ele decidirá em caráter definitivo, transformando a questão incidente em questão de mérito.

2.5.3. A coisa julgada e a justiça da decisão

Coisa julgada e justiça da decisão são coisas diferentes, embora ambas estejam relacionas à imutabilidade daquilo que ficou decidido na sentença.

A primeira é a imutabilidade do que ficou decidido no dispositivo. As partes são afetadas pela coisa julgada, não podendo mais rediscutir a decisão judicial em nenhum outro processo; **a justiça da decisão é a imutabilidade do que ficou decidido na fundamentação da sentença**, que não alcança as partes, conforme art. 469 do CPC.

A justiça da decisão está associada ao assistente simples, terceiro que ingressa no processo porque tem interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes. Ele não é, ao final, alcançado pela coisa julgada material, porque não é dele a relação jurídica que se discute o processo. Mas, nos termos do art. 55, do CPC, não poderá mais rediscutir, em processos futuros, a justiça da decisão, aquilo que o juiz tenha decidido na fundamentação da sentença, no processo em que ele interveio.

2.6. Limites subjetivos da coisa julgada

Dizem respeito às pessoas para quem a sentença torna-se indiscutível. É clássica a afirmação de que "a coisa julgada faz lei entre as partes", assertiva que encontra respaldo no art. 472 do CPC: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros".

A regra fundamental é que a coisa julgada alcança as partes, mas não terceiros. São várias as razões: ela impede a repropositura da mesma

demanda, e isso só ocorrerá se as partes forem as mesmas, pois elas são elementos identificadores da ação; não seria possível, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal e do contraditório, que alguém não pudesse mais discutir uma decisão judicial sem ter tomado parte no processo em que ela foi proferida.

Imagine-se que um empregado praticou um ilícito do qual resultaram danos para alguém. Houve processo criminal, e ele foi condenado. A vítima então propõe ação de reparação de danos, na esfera civil, não contra ele, mas contra o patrão, invocando a regra de que este responde pelos danos que aquele, no exercício de suas atividades, ocasionar. Poderia o patrão, na ação civil, rediscutir a questão da culpa do empregado, já condenado na esfera criminal?

A resposta há de ser afirmativa, por força dos limites subjetivos da coisa julgada: **o patrão não foi parte no processo criminal**. Não teve oportunidade, portanto, de se manifestar, apresentar argumentos e provas. A culpa só terá se tornado indiscutível para o empregado, mas o patrão poderá, em ação civil, rediscuti-la. Se isso não fosse possível, haveria grave ofensa ao princípio constitucional do contraditório.

As partes a que se refere o art. 472 do CPC abrangem o autor, o réu, o opoente, o denunciado, o chamado ao processo, mas não o assistente simples. O assistente litisconsorcial será examinado no próximo item.

2.6.1. A coisa julgada e a legitimidade extraordinária

Na legitimidade extraordinária, aquele que figura como parte não é o titular do direito alegado. Conquanto esteja em juízo em nome próprio, postula ou defende direito alheio, daí falar-se em substituição processual.

O substituído não é parte, pois não figura como autor ou réu (há quem lhe atribua a condição de parte material, já que, embora não figure em juízo, é dele o direito que está sendo discutido; mas no processo, ele não figura). Por isso, havendo sentença de mérito, será atingido diretamente pelos seus efeitos.

Haverá coisa julgada tanto para o substituto quanto para o substituído, embora este não tenha sido parte.

Por exemplo: dois ou mais proprietários de um imóvel em condomínio. Cada qual pode, sozinho, reivindicar a coisa toda, não só a sua fração ideal, mas a dos demais. Proferida sentença de mérito, serão atingidos pela coisa julgada material o autor da ação e os demais condôminos, já que as suas frações ideais eram também objeto da reivindicatória. Não será possível que, em caso de improcedência, os condôminos que não figuraram no processo originário proponham nova

reivindicatória.

Uma vez que o substituído será atingido pela coisa julgada, a lei faculta-lhe o ingresso como assistente litisconsorcial.

2.6.2. Os "terceiros" a que alude a parte final do art. 472 do CPC

A parte final do art. 472 gera perplexidade, ao estabelecer que, nas ações relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

A redação é bastante confusa. **Os interessados que devem ser citados como litisconsortes necessários não podem ser chamados "terceiros"**.

Se há um litisconsórcio necessário, todos os litisconsortes assumirão a condição de partes, e perderão a sua qualidade de terceiros. **O que não se admite é que aquele que não tenha participado do processo seja atingido pela coisa julgada**.

A extensão dos efeitos da coisa julgada a todos os litisconsortes necessários não é peculiaridade das ações relativas ao estado da pessoa. Em qualquer caso em que haja a admissão de terceiro como litisconsorte, a coisa julgada a ele se estenderá.

2.7. Mecanismos pelos quais se pode afastar a coisa julgada

A coisa julgada material impede a rediscussão daquilo que ficou decidido em caráter definitivo. Mas o CPC prevê mecanismos pelos quais se pode afastá-la, seja desconstituindo-a, seja declarando-lhe a inexistência.

Tais mecanismos são:

- ação rescisória, prevista no art. 485, do CPC;
- a impugnação à execução fundada em título judicial, quando o objeto for desconstituir ou declarar inexistente o título;
- a ação declaratória de inexistência (*querela nullitatis insanabilis*);
- embargos à execução para desconstituir ou declarar a inexistência de sentença proferida em face da fazenda pública.

Tais mecanismos são examinados em itens próprios. Antes, no entanto, convém tratar da possibilidade de a coisa julgada ser relativizada.

2.8. Relativização da coisa julgada

Um dos grandes dogmas do processo civil foi sempre o da coisa julgada. São conhecidas as frases: "coisa julgada transforma o certo no errado", ou "faz existente o inexistente".

Durante dois anos a contar do trânsito em julgado, há possibilidade de ajuizamento da ação rescisória, quando ainda haverá a possibilidade de desconstituí-la. Mas, ultrapassado esse prazo, não haveria mais como afastá-la, nem mesmo naquelas situações em que manifesto o equívoco na decisão judicial, ou evidentes os danos que poderiam dele decorrer.

Esse dogma, que durante muitos anos permaneceu inatacável, tem sofrido alguns abalos nos últimos anos. Não se discute que o fenômeno da coisa julgada deve ser preservado e que, sem ele, haveria grave comprometimento da função pacificadora das decisões judiciais. **Mas isso não afasta o risco de, por meio da coisa julgada, poderem ser eternizadas situações tão nocivas, ou ainda mais, que aquelas que adviriam da rediscussão posterior da decisão**.

Por isso, já há alguns anos, por força das lições sobretudo do Ministro José Augusto Delgado e de Humberto Theodoro Junior, às quais foram acrescentados novos argumentos por Cândido Rangel Dinamarco, tem-se falado na **relativização da coisa julgada**.

Trata-se da possibilidade de, em situações excepcionais, afastar a coisa julgada, mesmo que já tenha sido ultrapassado o prazo de rescisória.

O fundamento teórico é a existência de direitos e garantias fundamentais tão ou mais importantes do que a coisa julgada, que não poderia prevalecer se confrontada com eles.

Como ensina Cândido Dinamarco: "Não há uma garantia sequer, nem mesmo a coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam. Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e intangibilidade do corpo etc... É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica, mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável"[3].

Dois exemplos podem ilustrar situações em que a coisa julgada deverá ser afastada, ainda que ultrapassado o caso da ação rescisória.

- o das ações de investigação de paternidade, quando posterior realização de exame científico de material genético comprova que o resultado do processo não retrata a verdade dos fatos. Se, de um lado, há o direito à segurança jurídica, de outro, há o direito individual das pessoas de figurarem como filhos ou pais de quem efetivamente o são. Nesse caso, mesmo que já ultrapassado o prazo da ação rescisória, será possível rediscutir a questão;

- outro exemplo, conhecido entre nós, é das indenizações a que foi condenada a Fazenda Pública, em relação a imóveis desapropriados, tendo sido constatada a superestimação dos valores, do que decorreria prejuízo aos cofres públicos.

Esses são apenas alguns exemplos. Haverá outros que, tendo havido flagrante erro no julgamento, **possam trazer prejuízos a valores constitucionalmente garantidos, de importância tão grande ou maior do que a segurança jurídica**, o que deverá ser examinado em cada caso concreto.

Parece-nos que os remédios jurídicos mais adequados para afastar a coisa julgada nesses casos serão a **ação rescisória**, que, verificadas as condições já mencionadas, poderá ser ajuizada mesmo depois do prazo normal de dois anos; ou a **ação declaratória de inexistência da sentença ou acórdão**.

3. DA AÇÃO RESCISÓRIA

3.1. Introdução

Esgotados os recursos, a sentença transita em julgado. Não é mais possível rediscuti-la nos mesmos autos, pois haverá coisa julgada formal, que afeta todas as sentenças, terminativas ou definitivas. Se o julgamento for de mérito, haverá também a coisa julgada material, que projeta seus efeitos fora do processo e impede que as partes rediscutam em qualquer outro aquilo que tenha sido decidido sobre os pedidos.

Em casos excepcionais, porém, a lei permite a **utilização de ação autônoma de impugnação, cuja finalidade é desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado**. Nela, ainda é possível postular a reapreciação daquilo que foi decidido em caráter definitivo. Trata-se da ação rescisória.

Não se trata de um recurso, pois pressupõe que todos já se tenham esgotado. Exige que tenha havido o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão. **Consiste em uma ação cuja finalidade é desfazer o julgamento já tornado definitivo**.

Ela não cabe em qualquer circunstância. O art. 485 enumera as hipóteses de cabimento. Pode-se dizer, de maneira geral, que **é o veículo adequado para suscitar nulidades absolutas que contaminaram o processo ou a sentença**. O rescindido é a sentença (*rectius*, o seu dispositivo). Mas, como o processo se caracteriza por ser uma sequência de atos interligados e

coordenados, que se sucedem no tempo e visam ao provimento jurisdicional, a existência de um vício no seu curso pode contaminar todos os atos subsequentes e, por conseguinte, a sentença.

A rescisória só servirá para desconstituí-la quando o vício de que ela ou o processo padecem persistir mesmo depois do trânsito em julgado. Há nulidades que não sobrevivem ao final do processo. Quando ele se encerra, elas se sanam. Por exemplo: se o processo for conduzido por um juiz suspeito, cumpre às partes reclamar, por meio de exceção; ou ela é acolhida, o que ensejará o refazimento dos atos decisórios, se necessário, ou não é acolhida, ou nem mesmo suscitada, caso em que o vício desaparece.

Quando o vício é daqueles que desaparecem quando o processo se encerra, não cabe a ação rescisória. Ela exige que a nulidade seja absoluta, que se prolongue para além do processo.

3.2. Outros mecanismos de impugnação das sentenças transitadas em julgado

3.2.1. Ações anulatórias ou declaratórias de nulidade (art. 486, do CPC)

Há dois outros mecanismos, além da rescisória, pelos quais se pode impugnar uma sentença transitada em julgado. Um deles é a ação anulatória ou declaratória de nulidade, prevista no art. 486, do CPC, que cabe contra os atos judiciais que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória. **Sempre que a sentença for apenas de homologação, como ocorre quando há acordo entre os litigantes, a ação rescisória não será o mecanismo adequado para impugnação, mas as ações anulatórias ou declaratórias de nulidade, previstas para os atos jurídicos em geral**.

O que torna obrigatória a transação não é a homologação judicial, mas o acordo de vontades. A sentença é proferida apenas para extinguir o processo, mas não é ela que confere obrigatoriedade ao acordo. Por isso, **o que deve ser rescindido não é a sentença, mas o negócio jurídico homologado**. Ou seja, o objeto da rescisão é a transação, o negócio celebrado entre os litigantes. Como a transação é negócio jurídico civil, **a rescisão opera-se na forma da lei civil, que prevê hipóteses de nulidade ou anulabilidade dos atos jurídicos em geral**. Em caso de nulidade, caberá a ação declaratória, e em caso de anulabilidade, ação anulatória.

São elas as adequadas para impugnar acordo em separação consensual, partilha de bens ou a transação.

3.2.1.1. Sentenças que reconhecem prescrição e decadência

Elas põem fim ao processo, com resolução de mérito; no entanto, não julgam a pretensão do autor. Por isso, são chamadas falsas sentenças de mérito: a lei as considera de mérito para que possam revestir-se da coisa julgada material.

A cassação de tais sentenças, depois do trânsito em julgado, exige ação rescisória, e não a anulatória ou declaratória, porque estas só cabem quando a intervenção do juízo é meramente homologatória, sem conteúdo decisório. O reconhecimento da prescrição ou da decadência decorre de um pronunciamento judicial, em que o juízo verifica os prazos, e examina a existência de causa suspensiva ou interruptiva. **Não há apenas manifestação de vontade das partes, mas efetiva decisão judicial**. Daí o cabimento da rescisória.

3.2.2. Ações declaratórias de inexistência

A ação rescisória cabe quando o processo ou a sentença contiver uma nulidade absoluta. Superado o prazo, o vício que os contamina estaria sanado, **pois até as nulidades absolutas têm um limite para serem alegadas**.

Mas tem-se admitido uma categoria de vícios mais graves, que não se sanariam nem com o transcurso *in albis* do prazo das ações rescisórias. Os processos e sentenças que os contenham **seriam inexistentes**. Não se trata de inexistência física ou material, pois a sentença foi proferida e pode estar produzindo efeitos. A inexistência é jurídica, decorrente de um vício insanável, o que enseja não a ação rescisória, **mas a declaratória de inexistência, a *querela nullitatis insanabilis,*** que, diferentemente daquela, não tem prazo. É proposta em primeiro grau de jurisdição, e não no tribunal, como a rescisória.

Como não há unanimidade doutrinária sobre a admissão da ação declaratória, nem sobre os atos inexistentes, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido certa fungibilidade entre as duas ações, isto é, tem autorizado o ajuizamento da rescisória, mesmo naquelas situações em que se poderia concluir pela falta de um pressuposto processual de existência, desde que ajuizada dentro do prazo decadencial.

3.3. Outras situações em que não cabe a rescisória

Além das situações mencionadas, em que a ação adequada para cassar a sentença é a anulatória, a declaratória de nulidade (art. 486) ou a *querela nullitatis insanabilis*, há outras situações em que não será possível a ação rescisória, **porque não há coisa julgada material**.

A primeira é a das **sentenças meramente extintivas**, que põe fim ao processo, sem o julgamento de mérito. Há falta de interesse para a rescisória, porque não há coisa julgada, e a demanda pode ser reproposta.

A segunda é das **proferidas nos processos de jurisdição voluntária**, por força do disposto no art. 1.111 do CPC, que permite que elas sejam modificadas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes, o que leva à conclusão de que inexiste coisa julgada material.

Mais complexa é a questão do cabimento da rescisória nas ações de alimentos. A sentença que julga o pedido decide **relação continuativa**, que se prolonga no tempo. Por isso, está sujeita a modificações, alteradas as circunstâncias fáticas que ensejaram a fixação originária dos alimentos. Há a todo tempo a possibilidade de postular-se a revisão ou exoneração dos alimentos, desde que ocorra algum fato que o justifique. Daí dizer-se que a coisa julgada é *rebus sic stantibus*, que persiste enquanto permaneceram as condições que ensejaram a fixação dos alimentos originariamente. Em princípio, não seria de admitir-se a rescisória, já que a sentença pode ser revista. Mas há um caso em que não há como afastá-la: se não ocorrer nenhuma modificação dos fatos — o que impediria a propositura da revisão — mas a sentença originária tiver sido proferida com um vício ou em alguma das circunstâncias do art. 485, do CPC.

Não cabe ação rescisória contra **as sentenças que julgarem as ações civis públicas improcedentes por insuficiência de provas**, ou **improcedentes as ações populares**, porque nesses casos não há coisa julgada material (são hipóteses de coisa julgada *secundum eventum litis*).

Tampouco contra sentenças em **ações cautelares**, porque proferidas em cognição superficial, sem coisa julgada material. E as **que extinguem a execução**, já que não são sentenças de mérito, mas se limitam a dá-la por finda.

3.4. Ação rescisória contra decisão interlocutória?

A dicção do *caput* do art. 485 do CPC afasta, em princípio, a rescisória contra decisões interlocutórias, pois alude expressamente às sentenças de mérito. Efetivamente, não cabe rescisória contra elas.

No entanto, em circunstâncias excepcionais, **em que a decisão adquire força de verdadeira sentença de mérito, será possível admiti-la**.

Questiona-se, por exemplo, sobre a possibilidade de rescisória contra as que não admitem o processamento de recursos. Por exemplo: o juiz indeferiu o processamento da apelação ou o Tribunal não a conheceu, por

intempestividade ou falta de preparo. Com isso, a sentença transitou em julgado. Caberia ação rescisória contra a decisão que negou seguimento ao recurso ou não o conheceu? A resposta, em princípio, seria negativa, porque, se o recurso não foi admitido ou conhecido, prevaleceu a sentença de primeiro grau e a rescisória só poderia ter por objeto a sentença, e não a decisão de inadmissão do recurso. No entanto, pode ser que a sentença não contenha nenhum dos vícios elencados no art. 485, que não seja possível encaixá-la em nenhuma das hipóteses de cabimento. É possível que o vício esteja não na sentença, mas na decisão que indeferiu ou não conheceu do recurso. Pode ser que a sentença não esteja fundada em erro de fato, mas a decisão que não admitiu o recurso sim, porque o considerou intempestivo ou sem preparo quando não o era. Não há outra solução senão admitir a rescisória não da sentença, mas da decisão interlocutória que não admitiu o recurso, **permitindo-se agora que o recurso seja processado e a sentença reexaminada pelo Tribunal**.

Nesse sentido: "Precedentes da Corte considerando admissível a rescisória quando não conhecido o recurso por intempestividade, autorizam o mesmo entendimento em caso de não conhecimento da apelação por deserção" (STJ — 3ª Turma, REsp 636.251, Rel. Min. Menezes Direito).

Ou ainda:

> "Comprovada a tempestividade do recurso por certidão, cujo conteúdo foi admitido pelo réu, caracteriza-se o erro de fato, autorizando a rescisão do julgado" (*RSTJ* — 3ª Turma, REsp 122.413).

Além dessa hipótese, é possível cogitar a existência de julgamento de mérito por decisões interlocutórias. Há casos, por exemplo, em que o juiz aprecia um dos pedidos, pelo mérito, sem pôr fim à fase de conhecimento. Não haverá sentença, que tem de ter ao menos a aptidão de pôr fim à fase condenatória ou ao processo. Se o ato judicial tiver conteúdo decisório sem pôr fim a uma ou outra, deverá ser considerado como decisão interlocutória, desafiando a interposição de agravo e não de apelação.

Imagine-se que o autor formule na inicial dois pedidos autônomos. Em relação a um deles, verifica-se a prescrição ou decadência, mas não em relação ao outro. O juiz as reconhecerá em relação a um dos pedidos e determinará o prosseguimento do processo em relação ao outro. Se não couber mais recurso contra a decisão que reconheceu a prescrição, caberá ação rescisória?

Parece-nos que sim, pois não haverá outro mecanismo de que o prejudicado possa valer-se. **Se a decisão interlocutória examina um dos pedidos pelo mérito, cabe ação rescisória**.

Nesse sentido, a lição de Flávio Yarshell, monografista do tema: "... pode ser extraída a conclusão de que o elemento decisivo para que caiba desconstituição por ação rescisória — além do trânsito em julgado — não é propriamente o veículo, isto é, o ato judicial, mas sim o respectivo conteúdo. Vale dizer: o que determina a possibilidade de cassar um ato por ação rescisória (do que poderá decorrer novo julgamento) é a circunstância de o mesmo apreciar o mérito (isto é, o pedido) ou, de alguma forma, prover sobre bem da vida, projetando efeitos substanciais para fora do processo"[4].

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco: "Uma sentença que não for de mérito não comportará ação rescisória, porque seus efeitos não são suscetíveis de ficar cobertos pela autoridade da coisa julgada material. Uma decisão interlocutória também não, desde que proferida nos limites que a lei lhe reservou (temas incidentes ao processo, art. 162, par. 2º). Mas a decisão interlocutória que solucionar o mérito, ou uma questão de mérito tão relevante como é a prescrição, será uma decisão de mérito e como tal deverá ser tratada. Ser interlocutória significa somente ser proferida no curso do processo, sem pôr fim à fase cognitiva nem determinar o exaurimento do procedimento em primeiro grau jurisdicional; não significa não ser de mérito, embora o legislador não houvesse cogitado de decisões interlocutórias de mérito"[5].

3.5. Juízo rescindente e juízo rescisório

O art. 494, do CPC, ao estabelecer que "julgando procedente a ação, o tribunal rescindirá a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento...", aponta para a existência de dois momentos: **o juízo rescindente, aquele em que o órgão julgador rescinde a sentença ou acórdão impugnado; e o juízo rescisório, em que, se for o caso, procede-se a novo julgamento**.

Por meio do juízo rescindente, o órgão julgador vai desconstituir aquilo que, da sentença ou do acórdão, foi alcançado pela coisa julgada material: **o dispositivo da sentença de mérito, já transitada em julgado**. Não podem ser objeto de ação rescisória as outras partes da sentença, elencadas no art. 469, do CPC (os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação de questão prejudicial; em síntese, a fundamentação). Não havendo coisa julgada sobre elas, não existe interesse para a rescisória. Só o dispositivo é que se torna imutável, e pode ser objeto dela.

O juízo rescisório pressupõe que tenha sido acolhida, ao menos em parte, a pretensão rescindente. Afinal, se nenhuma parte do dispositivo tiver sido desconstituída, não haverá razão para uma nova sentença. Se apenas uma parte for desconstituída, o novo julgamento referir-se-á tão

somente a ela; se todo o julgamento anterior for desconstituído, o órgão julgador promoverá novo julgamento, que abrangerá integralmente os limites objetivos e subjetivos da lide originária, mas que deles não poderá desbordar. **Os limites do novo julgamento na ação rescisória são os limites da lide originária. Ainda que a decisão rescindida seja uma sentença, o tribunal que julgar a ação rescisória terá competência para promover o novo julgamento, em substituição ao anterior.**

3.6. Natureza jurídica da ação rescisória

A sua natureza primordial é desconstitutiva. Isso porque toda ação rescisória tem de ter o juízo rescindente, o pedido de desconstituição total ou parcial do julgamento anterior transitado em julgado. Mas, além dele, quando for o caso, a rescisória poderá ter também o juízo rescisório, em que o tribunal proferirá novo julgamento da questão anteriormente decidida. O juízo rescisório pode ter qualquer tipo de natureza: condenatória, constitutiva ou declaratória. E, sendo condenatória, pode ainda ter natureza mandamental ou executiva *lato sensu*.

3.7. Requisitos de admissibilidade

A ação rescisória vem tratada no art. 485, do CPC, que enumera variados requisitos de admissibilidade, que poderiam ser agrupados em duas grandes categorias: os comuns a todas as ações, como o preenchimento das condições da ação rescisória — possibilidade jurídica do pedido, interesse e legitimidade; e os requisitos específicos. Cada um deles será objeto de um item específico.

3.7.1. As condições da ação rescisória

3.7.1.1. O interesse

Só tem interesse em propô-la aquele que puder auferir algum proveito da rescisão, alguma melhora de sua situação, caso o julgamento anterior seja rescindido, e outro seja proferido em seu lugar.

Para isso, é preciso que o autor da ação rescisória não tenha obtido o melhor resultado possível no processo cujo julgamento se quer rescindir. Flávio Yarshell ensina que "é também a partir do que foi julgado no dispositivo da sentença que se determina o interesse de agir na ação rescisória, havendo grande afinidade desse tema com o do interesse recursal: o que justifica a impugnação, de um modo geral, é o julgamento desfavorável e cuja modificação possa levar, por alguma forma, a situação mais favorável do que aquela imposta à parte 'sucumbente'"[6].

É possível que ambos os litigantes tenham interesse em ajuizá-la,

havendo sucumbência recíproca. E ambos poderão postular a rescisão com o mesmo fundamento. Assim, por exemplo, se a sentença é *extra petita*, tanto o autor quanto o réu podem requerer a rescisão por essa razão.

3.7.1.2. O trânsito em julgado como condição indispensável para o ajuizamento da ação rescisória

Enquanto não há trânsito em julgado, a sentença deverá ser impugnada por meio do recurso adequado. Só quando não for mais possível a interposição do recurso, após o trânsito, surgirá o interesse de agir para a ação rescisória.

Mas não é necessário que se tenham esgotado todos os recursos possíveis, enquanto o processo ainda estava pendente, bastando que ele tenha se encerrado, exaurindo-se, por preclusão, as oportunidades para recorrer.

É possível a rescisória de uma sentença, ainda que contra ela, no prazo apropriado, não tenha sido interposto recurso nenhum. Basta apenas que tenha havido o trânsito em julgado. Sem ele, falta interesse de agir, porque por meio dos recursos ainda é possível obter a cassação da sentença.

Mas Flávio Yarshell lembra que "partindo-se da premissa de que o julgamento de mérito é passível de decomposição em capítulos, e suposto que esses capítulos guardem autonomia entre si, é perfeitamente possível admitir a propositura de ação rescisória ainda na pendência da relação processual em que originalmente editada a decisão rescindenda. A preclusão desta, portanto, não coincide necessariamente com a extinção do processo em que editada"[7].

Tal hipótese pressupõe que tenha havido recurso parcial, que um capítulo da sentença seja objeto do recurso e outro não. **Sendo autônomos, o segundo transitará em julgado e permitirá, desde logo, o ajuizamento da ação rescisória**.

Não haverá interesse para a ação rescisória se as partes, por força de negócio jurídico subjacente, modificaram a situação jurídica decorrente da sentença. Como em regra, ela regula situações que dizem respeito a direitos disponíveis, nada impede que as partes, depois dela e mesmo do trânsito em julgado, transijam, **caso em que a relação jurídica passará a ser regulada pelo acordo e não mais pela sentença**.

3.7.2. A legitimidade

Vem estabelecida no art. 487, do CPC: "Tem legitimidade para propor a ação: I — quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular; II — o terceiro juridicamente interessado; III — o

Ministério Público: a) se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção; b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei".

Cada um merece exame em item específico:

3.7.2.1. Quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular

As partes são os principais legitimados da ação rescisória. Por partes entende-se o autor e o réu da ação originária e aqueles que, em razão de intervenção de terceiros, assumiram essa qualidade. É o caso do opoente, do denunciado e dos chamados ao processo. Nessas três hipóteses, a intervenção de terceiro adquire natureza de verdadeira ação. O opoente figurará como autor da oposição, e o denunciado e os chamados figurarão como litisconsortes do denunciante e do chamante.

As partes da ação rescisória não ocuparam necessariamente os mesmos polos que ocuparam na ação originária: **é possível que o autor da rescisória tenha figurado como réu desta, e vice-versa**.

Salvo a hipótese de que o dispositivo da sentença possa ser cindido em capítulos autônomos, haverá necessidade de citação de todos aqueles que figuraram no polo oposto, na ação originária. Se o réu desta for o autor da rescisória, no polo passivo deverá incluir todos os autores, porque eles serão atingidos pela desconstituição da sentença; a menos que pretenda tão somente a desconstituição de um capítulo autônomo, que diga respeito só a um dos autores, caso em que só ele será incluído.

Quanto aos sucessores, não há nenhuma novidade. Em caso de falecimento, alienação ou cessão dos direitos decorrentes da sentença, a rescisória será proposta pelos ou em face dos sucessores.

3.7.2.2. A legitimidade do terceiro juridicamente prejudicado

O terceiro que tem interesse jurídico é aquele que poderia ter ingressado no processo, na qualidade de assistente.

Há dois tipos de assistência: a simples e a litisconsorcial. Na simples, o terceiro não é titular da relação jurídica discutida em juízo, mas de relação a ela interligada ou conexa. Por isso, o assistente simples não é atingido pela coisa julgada material, o que, em princípio, afastaria o seu interesse para ingressar com a ação rescisória.

Mas se a sentença lhe for desfavorável, será atingido pela justiça da decisão, que, conquanto não se confunda com a coisa julgada, impede que as questões decididas na fundamentação da sentença sejam reexaminadas em outros processos. Ou seja, em relação ao assistente

simples, **a sentença projeta seus efeitos para fora do processo, não sob a forma de imutabilidade decorrente da coisa julgada, mas da justiça da decisão** (CPC, art. 55). Por isso, parece-nos que terá interesse e legitimidade para a rescisória. Em contrapartida, se o terceiro interessado não ingressou como assistente simples, não é atingido pela justiça da decisão, e não tem interesse em ajuizá-la.

Aquele que poderia ingressar como assistente litisconsorcial será alcançado pela coisa julgada, ingressando ou não, razão pela qual estará legitimado a propor a ação rescisória.

3.7.2.3. O Ministério Público

O art. 487, III, letras *a* e *b,* enumera as hipóteses de legitimidade do Ministério Público: se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção; quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.

Elas referem-se à situação em que ele não atuou como parte, pois se foi autor ou réu poderá valer-se do art. 487, I. Não o tendo sido, poderá ajuizar a rescisória em razão de nulidade do processo, exatamente por sua não intervenção, nos casos em que ela é obrigatória; e mesmo quando a sua participação como fiscal da lei não era necessária, mas verifica-se que houve colusão, **que as partes se uniram para obter, por meio do processo, um resultado ilegal ou fraudulento**.

Em ambos os casos, deverão figurar no polo passivo da rescisória os autores e réus da ação originária, já que todos serão afetados.

Já foi decidido que "as hipóteses do art. 487, III, do CPC não são exaustivas; o MP também está legitimado a pedir a rescisão de sentença em que há comprometimento de interesses públicos indisponíveis" (*RSTJ* 98/23).

3.7.3. Possibilidade jurídica do pedido

Não há peculiaridades quanto à possibilidade jurídica da ação rescisória, que é cabível contra sentenças ou decisões que julguem o mérito, transitadas em julgado.

As hipóteses de cabimento estão previstas no art. 485; se elas estão ou não presentes constituirá questão de mérito da ação rescisória.

3.8. Hipóteses de cabimento (CPC, art. 485)

O art. 485 enumera os fundamentos em que deve se embasar a ação rescisória. O rol é taxativo e não comporta ampliações, nem utilização da analogia, para hipóteses não expressamente previstas. Nos próximos itens, cada uma das situações será examinada separadamente.

3.8.1. Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz prolator da sentença

A prevaricação é o ato de "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal" (CP, art. 319). A concussão consiste em "exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida" (CP, art. 316). E a corrupção passiva em "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar a promessa de tal vantagem" (art. 317).

Não é preciso que o juiz tenha sido condenado em processo crime. A existência do ilícito pode ser demonstrada na própria rescisória. Não haverá incompatibilidade entre sentença penal absolutória e a procedência da ação rescisória por esse fundamento. Mas, se o juiz tiver sido condenado na esfera criminal, o ilícito não mais poderá ser rediscutido na rescisória.

Se for perpetrado por juiz integrante de órgão colegiado, a rescisória só será acolhida se o voto dele afetou o resultado.

3.8.2. Impedimento do juiz ou incompetência absoluta do juízo

Para que o processo e a sentença sejam válidos é preciso que o juízo seja competente e o juiz imparcial. Mas só haverá nulidade em caso de incompetência absoluta ou de impedimento, pois se a incompetência foi relativa ou o juiz suspeito, o vício terá se sanado no curso do processo. **A rescisória será admitida, ainda que a nulidade não tenha sido suscitada no seu curso**.

Se o juiz impedido participou do julgamento em órgão colegiado, a rescisória será cabível se o seu voto repercutiu sobre o julgamento, se o influenciou. Se foi voto isolado, cuja alteração não afetaria o resultado, não há razão para cogitar da rescisão.

Se, no julgamento da rescisória, for reconhecida a incompetência absoluta do juízo ou Tribunal que prolatou a decisão, haverá a cassação da sentença ou do acórdão por eles proferidos, com a determinação de remessa dos autos ao juízo ou Tribunal competente. Parece-nos que, nessa hipótese, não haverá a possibilidade de se proceder ao juízo rescisório, desde logo, porque cumprirá que, primeiro, haja a decisão do órgão competente.

3.8.3. Sentença que resulta de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei

Haverá dolo da parte vencedora quando ela engana o juiz ou a parte contrária para influenciar o resultado do julgamento. **Para que possa ensejar a rescisória, é preciso que isso tenha sido determinante para o resultado e que aquele que violou o dever de lealdade e boa-fé, ou fez uso de ardis para induzir a erro o adversário, tenha saído vitorioso**.

Barbosa Moreira formula os seguintes exemplos: "o autor obstou a que o réu tomasse conhecimento real da propositura da ação, ou de qualquer modo o levou a ficar revel; o litigante vitorioso criou empecilhos, de caso pensado, à produção de prova que sabia vantajosa para o adversário, subtraiu ou inutilizou documento por este junto aos autos. Não basta a simples afirmação de fato inverídico, sem má-fé, nem o silêncio acerca de fato desfavorável relevante, nem a abstenção de produzir prova capaz de beneficiar a parte contrária"[8].

Acolhido o pedido de rescisão da sentença ou acórdão, cumprirá ao órgão julgador verificar se já é possível formular o juízo rescisório, proferindo nova decisão, que substitua a primeira, o que nem sempre ocorrerá: por exemplo, se o dolo foi usado para impedir que o réu tomasse conhecimento real da ação, será necessário que o processo retome da fase de citação, prosseguindo a partir daí. Se o dolo foi usado para obstar a produção de provas, o processo reiniciará a partir dessa fase.

A colusão é o conluio entre as partes, que utilizam o processo para fins ilícitos. Vem tratada no art. 129 do CPC: "Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste os objetivos das partes". Imagine-se, por exemplo, que alguém queira fugir da obrigação de pagar seus credores, e se conluie com um amigo para que ajuíze ação como credor preferencial, para ter prioridade no recebimento. O juiz, descoberta a colusão, extinguirá o processo sem julgamento de mérito.

Se ele não conseguiu obstar a colusão, **qualquer prejudicado ou o Ministério Público poderão ajuizar a rescisória. Mas não as partes**, por faltar-lhes interesse, já que eram envolvidas na fraude.

Em regra, não haverá juízo rescisório, porque bastará que o órgão julgador casse a sentença, sem que profira outra no lugar.

3.8.4. Sentença que ofender a coisa julgada

Não pode haver novo pronunciamento judicial sobre pretensão já examinada por sentença transitada em julgado e acobertada pela autoridade da coisa julgada material. Nem mesmo a lei pode retroagir para

prejudicá-la. Por isso, uma nova decisão, que reforme o decidido pela anterior, poderá ser rescindida. Se ela reafirmar a anterior, o problema, em princípio, não se colocará, pois não haverá ofensa à coisa julgada.

É bastante controversa a questão de qual das sentenças deva prevalecer, **caso não haja rescisão da segunda**. Vicente Greco Filho suscita interessante questão: "... o da validade da sentença proferida com ofensa à coisa julgada e que não foi rescindida porque se passaram os dois anos de decadência da ação rescisória". A solução dada por ele é: "Não rescindida, a despeito de ofender a coisa julgada, a segunda sentença terá eficácia como título autônomo, mesmo que seja contraditória com a primeira sentença. Portanto, será executada, sem que o juiz da execução possa evitar a sua eficácia, porque o trânsito em julgado da segunda impede que se discuta a sua validade"[9]. Essa opinião é partilhada, entre outros, por Flávio Yarshell[10].

Não nos parece, porém, que seja a melhor solução: **em caso de coisas julgadas antagônicas, há de prevalecer a primeira, pois a segunda foi prolatada quando já havia decisão definitiva a respeito**. Essa a solução sugerida por Nelson e Rosa Nery: "Ultrapassado o prazo do CPC 495 e havendo conflito entre duas coisas julgadas antagônicas, prevalece a primeira sobre a segunda, porque esta foi proferida com ofensa àquela (CPC 471)"[11].

Situação interessante de rescisória por ofensa ao inc. IV do art. 485 é do acórdão prolatado em apelação intempestiva. Se já havia sido ultrapassado o prazo de recurso, a sentença estava transitada em julgado. Se o acórdão o apreciou, ofende a coisa julgada e enseja a rescisória.

Outra situação é a da sentença penal condenatória, posterior à sentença civil de improcedência transitada em julgado. Não há conflito de coisas julgadas, porque as pretensões e as partes são diferentes, nas duas ações. Mas haverá a questão da possibilidade de executar a primeira apesar da segunda. **A questão é bastante controvertida, mas parece-nos que, enquanto não for rescindida a sentença civil, não será possível promover a execução civil da sentença penal condenatória**.

3.8.5. Violar literal disposição de lei

Não se admite a rescisão por injustiça da sentença ou por inadequado exame das provas. É indispensável que haja afronta direta e induvidosa à lei (ou a princípio geral do direito). A expressão "lei" foi usada em sentido amplo, como referência às normas jurídicas em geral, de natureza constitucional ou infraconstitucional.

A ofensa pode ser à lei material (*error in judicando*) ou à lei processual (*erro in procedendo*), o que em regra terá influência decisiva sobre o juízo rescisório. Se o erro foi de julgamento, será, em princípio, possível que o órgão julgador já profira a nova decisão, em substituição à anterior; mas se o erro for processual, haverá necessidade de que o processo originário seja retomado, no ponto em que foi perpetrado o erro capaz de influir no julgamento. **Caberá rescisória se o *error in procedendo* for cometido na própria sentença, ou em fase anterior, desde que sobre ela repercuta**. Por exemplo, no indeferimento de provas que a lei autorizava, e que poderiam ter influído no resultado.

Não se considera violação literal a disposição de lei a decisão que deu a ela uma interpretação razoável, ainda que não predominante, ou ainda que divergente de outras dadas pela doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, a Súmula 343, do STF: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais". **É preciso que a sentença seja incompatível com a norma jurídica, não podendo haver coexistência lógica das duas**.

Mas caberá a ação rescisória, se a decisão não der ao texto de lei interpretação razoável, isto é, der uma interpretação que absolutamente não se conforma com o texto literal da lei ou com o seu espírito. Nesse sentido, já foi decidido: "O que o art. 485, V, do CPC, reclama para a procedência da rescisória é que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa (portanto, ao fazer incidir sobre o litígio norma legal escrita), tenha violado seu sentido, seu propósito: sentido e propósito que, como não pode deixar de ser, admitem e até mesmo impõem variada compreensão do conteúdo do imperativo legal, ao longo do tempo e ao sabor de circunstâncias diversas da ordem social, que a jurisprudência não pode simplesmente ignorar ou mesmo negligenciar" (*RSTJ* 27/247).

Vale lembrar que a lei afrontada tinha de estar em vigor no momento em que a decisão foi proferida. **Não cabe rescisória se a decisão é incompatível com lei superveniente, embora estivesse em consonância com a lei vigente à época de sua prolação**.

Também se exige que a afronta à lei tenha influenciado o julgamento, pois, do contrário, faltará interesse para postular a rescisão.

3.8.6. Se fundar em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória

É indispensável que a prova falsa tenha sido determinante do

resultado, que este não possa subsistir sem ela. Se o julgamento está fundado em vários elementos ou provas variadas, e a falsidade de uma delas não seja decisiva para o resultado, não haverá razão para a rescisória.

A lei processual **não distingue entre falsidade material e ideológica**. Considera-se irrelevante que ela pudesse ter sido detectada no processo de conhecimento no qual foi proferida a sentença que se quer rescindir.

A falsidade pode dizer respeito a todos os tipos de prova — documental, pericial ou testamental — e sua apuração será feita em processo criminal, ou na própria ação rescisória. Se no primeiro, a sentença que reconhecer a falsidade deverá estar transitada em julgada, o que torna a hipótese rara, diante do prazo de dois anos. Mas, mesmo que seja absolutória, a falsidade poderá ser demonstrada na rescisória.

Formulado o juízo rescindente, caberá ao órgão julgador verificar se já é possível promover outro julgamento, em substituição ao primeiro, afastada a prova cuja falsidade se apurou. Haverá situações em que não será possível. Por exemplo, se o juiz julgou antecipadamente a lide, considerando desnecessárias outras provas, já que havia prova documental suficiente. Apurada falsidade, pode tornar-se necessária a abertura de instrução, o que impedirá o juízo rescisório.

3.8.7. Depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável

O autor, a que alude o dispositivo legal, não é o da ação originária, cuja sentença se pretende rescindir, mas o da própria rescisória, que pode ter figurado como autor ou réu daquela.

O documento novo não é aquele cuja constituição operou-se após a decisão transitada em julgado, **mas cuja existência, embora anterior, era ignorada pelo autor da ação rescisória, ou de que ele não pôde fazer uso, por circunstâncias alheias à sua vontade**. Se deixou de ser apresentado por culpa da parte, que agiu com desídia ou negligência, porque ele era acessível, não cabe a rescisória. É preciso ainda que o documento **seja tal que possa assegurar, por si só, pronunciamento favorável**.

A lei, que não admite aqui interpretação analógica, faz referência a documento e não a fato novo. **Não enseja a propositura de ação rescisória fato novo, que não foi alegado durante o processo, por desconhecimento da parte**.

3.8.8. Houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença

A redação do dispositivo é confusa, e tem gerado grandes controvérsias. A confissão é um meio de prova, que pode ser invalidado, na forma do art. 352. Se ainda estiver pendente o processo no qual foi feita, cabe ação anulatória. Se tiver havido o trânsito em julgado, deverá ser ajuizada ação rescisória. **Mas esta só será acolhida se ficar demonstrado que a confissão foi determinante para a solução do processo**. Se a sentença estiver sustentada por outros fundamentos, e a anulação da confissão não puder alterar o resultado, não será deferida a rescisão.

A redação sugere que a ação rescisória teria por finalidade invalidar a confissão. Mas não é assim: ela se presta a rescindir a sentença que se baseou na confissão inválida. A invalidade é reconhecida *incidenter tantum*. Não será buscada em ação própria, mas discutida incidentalmente na ação rescisória.

A hipótese de "desistência" foi incluída por equívoco, porque, quando o autor desiste, o processo é extinto sem julgamento de mérito, e não há coisa julgada material, o que impede o ajuizamento da rescisória.

Infeliz também a alusão à transação, porque a sentença que se limita a homologá-la, embora de mérito, não deve ser rescindida, mas anulada, na forma da lei civil, nos termos do art. 486, do CPC.

3.8.9. Fundada em erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa

De acordo com os parágrafos do art. 485, **haverá erro quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido**. Para que caiba a rescisória, é indispensável que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato, e que o erro tenha sido decisivo no julgamento, determinante para o resultado.

É indispensável que ele possa ser apurado pelo exame dos atos ou documentos da causa. Não se admite, na ação rescisória fundada no inc. IX, sejam produzidas novas provas do erro. Este já deve estar comprovado de plano.

A rescisória fundada em erro de fato não autoriza ao órgão julgador que reexamine as provas dos autos, para verificar se a decisão foi ou não a mais adequada: "O erro autorizador da rescisória é aquele decorrente da desatenção ou omissão do julgador quanto à prova, não, pois, o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela" (Bol. *AASP* 1678/Supl., p. 6).

Só cabe a rescisória se a existência ou inexistência do fato não tiver

sido expressamente apreciada pela sentença. Se o juiz, no julgamento, concluiu pela existência, ou inexistência do fato, equivocadamente, isso não enseja a rescisória. O que a enseja é o erro que passou despercebido do juiz, seja quando ele não reconheceu na sentença um fato que, de acordo com os elementos dos autos, comprovadamente ocorrera; ou quando reconheceu um fato que, de acordo com os mesmos elementos, comprovadamente não ocorrera.

É preciso que **o juiz não tenha se pronunciado e levado em conta elementos dos autos por si sós suficientes para comprovar que um fato que ele considerou existente, não ocorreu, ou vice-versa**.

3.9. Procedimento da ação rescisória

3.9.1. Competência

A ação rescisória de sentença deve ser proposta perante o Tribunal que teria competência para julgar recursos contra ela; se de acórdão, a competência será do mesmo Tribunal que o proferiu, mas o julgamento será feito por um órgão mais amplo. Por exemplo: para rescindir acórdão proferido por três desembargadores, a ação rescisória deverá ser julgada por turma composta de cinco; se o acórdão foi proferido por cinco, a rescisória será julgada por sete.

3.9.2. Petição inicial

A petição inicial deve conter os requisitos do art. 282, do CPC, e indicar os três elementos da ação: as partes, o pedido e a causa de pedir.

Ao formular o pedido, o autor poderá **cumular a pretensão ao "juízo rescindente" e ao "juízo rescisório", se caso**. Nem sempre será o caso de cumulação das duas coisas. Haverá aqueles em que bastará rescindir o julgado, sem necessidade de proferir outro em substituição, como no caso de segunda sentença proferida quando já havia outra anterior, transitada em julgado; há outros, ainda, em que o juízo rescisório não poderá ser feito pelo mesmo órgão que fez o rescindente, como no caso da rescisão por incompetência absoluta do juízo.

Mas, como ensina Flávio Yarshell, "conquanto a lei diga que ao autor compete, na elaboração da petição inicial, cumular ao pedido de desconstituição o de novo julgamento da causa, é de se reputar como implícito o pedido relativo ao chamado juízo rescisório, na exata medida da procedência do juízo rescindente. Não haveria sentido em se desconstituir a decisão de mérito e, a pretexto de que não teria havido pedido de novo julgamento, o tribunal interromper aí seu julgamento"[12]. **O pedido do juízo**

rescisório está implícito no do juízo rescindente, quando for o caso, apesar da redação do art. 488, I, do CPC.

A rescisão pode englobar a sentença toda, ou apenas um dos seus capítulos, caso em que somente estes serão substituídos pela nova decisão.

A causa de pedir deve corresponder a uma ou mais das hipóteses do art. 485.

3.9.3. Caução

O art. 488, II, obriga o autor a "depositar a importância de 5% sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou julgada improcedente". Sem o depósito, a inicial será indeferida.

Essa exigência torna relevante a fixação do valor da causa, que deverá corresponder ao proveito econômico que se obterá com a desconstituição do provimento judicial. É possível, mas nem sempre certo, que coincida com o valor da causa antecedente, com o acréscimo de correção monetária. Se o interessado pretender rescindir integralmente uma sentença condenatória, o valor da rescisória coincidirá com o da condenação corrigida. Mas, se quiser rescindir apenas a parte referente aos honorários advocatícios fixados na sentença, o valor deverá ser o deles.

Caso a rescisória venha a ser julgada procedente, o dinheiro será restituído ao autor. Também haverá restituição se o resultado lhe for desfavorável, mas não por unanimidade de votos. Mas não haverá restituição em caso de desistência, ou de extinção por abandono.

Quando o autor for o Ministério Público, pessoa jurídica de direito público ou beneficiário da justiça gratuita, não haverá necessidade de caução. A súmula 175 do STJ estabelece: "Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS". Tal solução estende-se às demais autarquias e pessoas jurídicas de direito público.

3.9.4. Indeferimento da inicial

O art. 490, do CPC, autoriza o indeferimento da inicial nas mesmas situações em que isso ocorre nos outros processos (CPC, art. 295). **Também haverá o indeferimento se não for recolhida a caução exigida pelo art. 488, II, do CPC**.

O relator tem poderes para indeferir a inicial, cabendo agravo interno ou regimental para o órgão que seria o competente para julgar a ação. Nesse sentido, é a decisão publicada em *RSTJ* 148/511. Discute-se sobre a possibilidade de algum recurso contra o indeferimento da inicial. Não cabe apelação, porque não houve sentença, mas acórdão, pois se trata de ação de

competência originária do tribunal. Só se admitirão eventuais recursos nos regimentos internos do tribunal.

3.9.5. Tutela antecipada

O art. 489 passou a regulamentar expressamente o assunto, ao determinar que "o ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvadas a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela".

A concessão da tutela de urgência há de ser excepcional, uma vez que há sentença ou acórdão transitado em julgado.

Para o deferimento é indispensável **a plausibilidade do pedido de rescisão e o risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, caso o cumprimento da sentença não seja suspenso**. Cumpre ao relator da ação rescisória apreciar o pedido de liminar.

3.9.6. Citação e defesa

Estando em termos a inicial, o relator determinará a **citação** dos réus, assinalando-lhes o prazo nunca inferior a quinze nem superior a trinta dias. Questão altamente controversa é a da aplicação dos arts. 188 e 191 do CPC, que determinam a quadruplicação do prazo quando os réus forem o Ministério Público ou a Fazenda Pública, e a duplicação quando houver litisconsortes com advogados diferentes. A redação do art. 491 dá a impressão de que não se aplicam, pois o dispositivo já concede ao juiz certo arbítrio na fixação do prazo, facultando-lhe ampliá-lo, conforme o caso, até trinta dias. Mas o STF, por sua primeira turma, decidiu que o art. 188 é aplicável à ação rescisória, sob o fundamento de que o prazo do art. 491 é legal, e não judicial (STF, 1ª Turma, RE 94.960-7-RJ, Rel. Min. Rafael Mayer).

Não há peculiaridade quanto à citação, que poderá ser feita pelos meios previstos em lei. **Se os réus forem revéis, não haverá a presunção de veracidade decorrente da revelia, uma vez que já existe sentença transitada em julgado**. Ainda que o réu não conteste, o autor não se exime do ônus de comprovar as hipóteses do art. 485.

Além da contestação, o réu poderá apresentar exceções rituais, que se processarão na forma do regime interno.

Admite-se a reconvenção, desde que presentes os requisitos do art. 315 do CPC. É possível, por exemplo, que uma das partes ajuíze a rescisória para desconstituir os capítulos da sentença que lhe foram desfavoráveis, e que seu adversário reconvenha, postulando a desconstituição dos demais.

Apresentada ou não a resposta, o processo seguirá pelo procedimento ordinário. Se houver necessidade de provas, o órgão julgador expedirá carta de ordem, determinando ao juiz da comarca onde a prova deva ser produzida, a sua realização, com prazo de 45 a 90 dias para a devolução.

Concluída a instrução, será aberta vista, sucessivamente, ao autor e ao réu pelo prazo de dez dias, para razões finais. Em seguida, os autos subirão ao relator, procedendo-se ao julgamento (CPC, art. 493).

3.9.7. A intervenção do Ministério Público

O Ministério Público intervém em todos os processos de ação rescisória, ainda que não tenha intervindo no processo originário, porque há um interesse público que, pela natureza da lide, se manifesta sempre nesse tipo de ação. Quando não for parte, o Ministério Público atuará como fiscal da lei, manifestando-se na forma do art. 83, do CPC.

3.9.8. O julgamento

Depois de colhidas as manifestações das partes e do Ministério Público, a ação rescisória será julgada, na forma do art. 494, do CPC. Cumprirá ao tribunal, em caso de procedência, rescindir a sentença (juízo rescindente) e, se for o caso, promover o novo julgamento (juízo rescisório). A caução será restituída ao autor. Também o será, caso haja improcedência, ou a rescisória seja considerada inadmissível, mas não por unanimidade de votos. Se a improcedência ou rejeição for unânime, o autor perderá em favor do réu a caução, a título de multa, nos termos do art. 488, II, do CPC.

3.9.9. O juízo rescisório — a quem cabe fazer

O julgamento da ação rescisória pode ser dividido em dois momentos: aquele em que o tribunal verificará se é caso de rescindir a sentença ou o acórdão; e o posterior, que depende do acolhimento do primeiro, **em que se decidirá se é caso de promover o novo julgamento, passando-se a ele, em caso afirmativo**.

A rescisória pode ter por objeto sentença ou acórdão. Se contra a sentença não foi interposto recurso, ou os recursos interpostos nem foram conhecidos, é ela que transita em julgado, e a rescisão será dela; se foi interposto recurso, conhecido, o acórdão a substituirá, tenha ele mantido ou reformado a sentença de primeiro grau. Por isso, é ele que transita em julgado e será objeto de rescisão.

Cumpre ao órgão julgador da ação rescisória proferir o novo julgamento quando for o caso, isto é, quando isso for necessário e possível.

Por exemplo: quando ela tem por fundamento a existência de coisa

julgada, em processo anterior (art. 485, IV), rescindida a sentença, não será proferida outra. Da mesma forma, sendo objeto da rescisória a incompetência absoluta será preciso verificar se tal incompetência é do tribunal que prolatou o acórdão (no processo originário), caso em que o órgão julgador da rescisória, depois de rescindir a sentença enviará os autos ao tribunal competente; ou se é do juízo de primeiro grau, caso em que, após a rescisão da sentença, remeterá os autos ao juízo de primeiro grau competente, para que profira nova decisão.

A competência para proferir o juízo rescisório é do mesmo órgão que fez o juízo rescindente, não importando que a rescisão seja de sentença ou de acórdão.

Rescindida a sentença, não será o juízo que a prolatou quem proferirá outra no seu lugar, mas o Tribunal que a rescindiu. Não há ofensa ao duplo grau de jurisdição, pois se está diante de um caso de competência originária do tribunal.

Ficam ressalvados os casos de rescisão por incompetência, em que haverá necessidade de remessa ao Tribunal ou ao juízo competentes.

3.9.10. Cabe recurso do acórdão que julgar a rescisória?

Se ele padecer de obscuridade, omissão ou contradição, cabem embargos de declaração; se julgar procedente a ação e não for unânime, cabem embargos infringentes. E eventual recurso extraordinário ou ordinário, nos casos dos arts. 102, III, e 105, III, da CF.

3.9.11. E rescisória de rescisória?

Se a ação rescisória for julgada pelo mérito, e o acórdão padecer de algum dos vícios enumerados no art. 485, do CPC, será possível ajuizar rescisória da rescisória. Um exemplo: pode ocorrer que, por em equívoco, o Tribunal reconheça a existência de decadência, e julgue a rescisória extinta, com julgamento de mérito. Mais tarde, se verifique que houve erro na contagem do prazo. Será possível rescindir o acórdão proferido na primeira rescisória.

3.10. Prazo

O art. 495, do CPC, estabelece que "o direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos, contratos do trânsito em julgado da decisão". A Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça acrescenta que "o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial".

O prazo se justifica por razões de segurança jurídica: não seria razoável que, por tempo indefinido, se pudesse desconstituir decisão

transitada em julgado.

Ele tem natureza decadencial, pois a ação é desconstitutiva dos julgados anteriores. Aplica-se a regra geral do art. 219 do CPC: a citação interrompe o prazo, mas, se feita dentro do período estabelecido em lei, a eficácia interruptiva retroage à data da propositura da ação. Também retroage se houver atraso na citação, por fato que não possa ser imputado ao autor.

O termo inicial é o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão. Quando o recurso for conhecido, o acórdão substitui a sentença e ele é que será rescindido. Assim, o prazo começará a partir do dia seguinte ao último dia que as partes tinham para interpor outros recursos contra ele.

Se o recurso não for admitido ou conhecido, o que transita em julgado é a sentença. Por essa razão, seria de contar-se o trânsito em julgado desde o momento em que se verificou a causa que tornou o recurso inadmissível. Por exemplo: se era intempestivo, desde o término do prazo legal para interposição; se não foi recolhido o preparo, desde o momento em que se tornou deserto.

No entanto, a aplicação desse princípio poderia trazer graves problemas, pois, às vezes, o Tribunal poderá levar mais de dois anos para proferir o acórdão. Se este for de não conhecimento — e considerando que o recurso não admitido equivale a não interposto — o trânsito em julgado retroagiria mais de dois anos, o que impediria a parte prejudicada de valer-se da rescisória.

Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido: "Segundo entendimento que veio a prevalecer no Tribunal, o termo inicial para o prazo decadencial da ação rescisória é o primeiro dia após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, salvo se se provar que o recurso foi interposto por má-fé do recorrente" (*RSTJ* 102/330). Mesmo que o recurso não seja conhecido, o termo inicial do prazo da rescisória não retroagirá, mas será contado depois do trânsito em julgado da última decisão, salvo demonstrada má-fé. É o que estabelece a já mencionada Súmula 401 do STJ.

Em síntese, **se o recurso não é conhecido, a rescisória terá por objeto a sentença, mas o seu prazo só contará a partir do trânsito em julgado do acórdão de não conhecimento**.

A contagem do prazo traz problemas quando partes distintas da sentença transitarem em julgado em momentos diferentes, em caso de apelação parcial. O objeto do recurso não transita em julgado, mas a parte incontroversa sim. Tem decidido o STJ que: "Se as partes distintas da

sentença transitarem em julgado em momentos também distintos, a cada qual corresponderá um prazo decadencial próprio" (STJ, 6ª Turma, REsp 212.286, Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Se o objeto da rescisória é decisão interlocutória que examina o mérito, o prazo de dois anos correrá a partir do momento em que ela transite em julgado, e não somente após o julgamento final do processo.

Reconhecida a decadência, o processo da ação rescisória será julgado extinto com julgamento de mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC.

■ 4. QUESTÕES

1. (Juiz Federal — 4ª Região — 2004) Assinalar a alternativa correta.

a) Sentença *ultra petita* é nula, devendo ser cassada se interposto o recurso próprio, para que outra seja proferida pelo juízo de primeiro grau.
b) A sentença *citra petita* é a que concede à parte menos do que foi pedido.
c) O princípio da congruência exige que tenha havido pedido para o juiz conceder a hipoteca judiciária.
d) O fato superveniente deve ser considerado pelo órgão julgador na sentença ou no acórdão ou em qualquer grau de jurisdição.

Resposta: "d".

2. (Juiz de Direito/MG — 2006) O ato do juiz que acolhe ou rejeita o pedido do autor consiste:

a) em sentença que resolve o mérito;
b) em sentença que extingue o processo com julgamento do mérito;
c) em sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito;
d) em mera decisão interlocutória.

Resposta: "a".

3. (Juiz de Direito — TRF/3ª Região — 2010) Em relação à ação rescisória, prevista no artigo 485 do CPC, é correto afirmar:

a) O STF não admite o julgamento monocrático de ação rescisória, ainda que já decidida a controvérsia jurídica por seu órgão plenário.
b) A Súmula 343 do STF obsta a propositura de ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão questionada se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, mesmo que se trate de matéria de natureza constitucional.
c) A ação rescisória pode ter por objetivo sentença de mérito ou decisão definitiva de mérito, desde que transitada em julgado, sendo

irrelevante, para fins de admissibilidade da ação rescisória, que se tenha ou não esgotado todos os recursos contra a decisão rescindenda.

d) É cabível ação rescisória objetivando a desconstituição de sentença de improcedência prolatada em ação popular, por deficiência de prova.

Resposta: "c".

4. (Ministério Público/SP — 2010) Assinale a alternativa correta. José pretende a decretação de nulidade da decisão de primeiro grau que homologou a adjudicação:

a) Caberá ação anulatória ou de rescisão perante o juízo de primeiro grau que homologou a adjudicação.

b) Caberá ação rescisória perante o Tribunal de Justiça.

c) Caberá ação anulatória perante o Tribunal de Justiça.

d) Caberá ação rescisória perante o juízo de primeiro grau que homologou a adjudicação.

e) Caberá ação anulatória perante o juízo do local do imóvel adjudicado (*forum rei sitae*) se este for situado em comarca diversa daquela do juízo homologador.

Resposta: "a".

1 Nelson e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado*, 10. ed., p. 427.

2 Cândido Dinamarco, *Instituições*, v. III, p. 663.

3 Cândido Dinamarco, *Nova era do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 2. ed., 2007, p. 249.

4 Flávio Yarshell, *Ação rescisória*, p. 192.

5 Cândido Dinamarco, *Nova era do processo civil*, p. 292.

6 Flávio Yarshell, *Ação rescisória*, p. 129.

7 Flávio Yarshell, *Ação rescisória*, p. 132.

8 Barbosa Moreira, *Comentários ao CPC*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. 5, p. 147-148.

9 Vicente Greco Filho, *Direito processual civil*, v. 2, p. 408.

10 Flávio Yarshell, *Ação rescisória*, p. 317.

11 Nelson e Rosa Nery, *CPC comentada*, 10. ed., p. 699.

12 Flávio Yarshell, *Ação rescisória*, p. 634.

6

PROCEDIMENTO SUMÁRIO

1. Introdução

2. Hipóteses de admissibilidade

2.1. O valor da causa (art. 275, I, do CPC)

2.2. O procedimento sumário em razão da matéria

2.3. Procedimento

2.4. Panorama das principais diferenças entre o procedimento sumário e o ordinário

1. INTRODUÇÃO

Os capítulos anteriores deste livro VI versaram sobre o procedimento ordinário. Cumpre agora examinar a segunda espécie de procedimento comum: o sumário, tratado nos arts. 275 a 281 do CPC.

A seguir a disposição do CPC, teríamos tratado primeiro do procedimento sumário, que vem regulamentado antes do ordinário. Mas a sistemática aqui adotada tem vantagens, pois as regras deste aplicam-se supletivamente àquele. **Tudo aquilo que foi estudado nos capítulos anteriores, relacionado a postulação, saneamento, instrução e julgamento, será aplicável ao procedimento sumário, desde que não contrarie as disposições específicas do CPC a respeito**. É o que dispõe o art. 272, parágrafo único, do CPC: "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".

O CPC distingue entre o procedimento comum e os especiais. O comum, por sua vez, pode ser ordinário ou sumário.

As hipóteses de procedimento especial vêm previstas no Livro IV, do CPC, e em legislação extravagante. **Quando ausentes, o procedimento será o comum**.

O art. 275 do CPC enumera as causas que correrão pelo procedimento sumário. Aquelas que não tiverem rito especial nem puderem ser enquadradas nas hipóteses do art. 275 correrão pelo procedimento comum ordinário.

O que caracteriza o sumário **é uma maior concentração dos atos do processo**. A sua razão de ser é a maior rapidez na prestação jurisdicional. No entanto, a cognição não é superficial, mas exauriente. A sentença proferida pelo juiz será definitiva, se examinar o mérito, e se revestirá da autoridade da coisa julgada material. A particularidade é que o processo desenvolve-se de maneira mais concentrada do que no ordinário.

2. HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE

São dois os critérios de que se vale o legislador para enumerar as causas que seguem pelo procedimento sumário: **o valor da causa e a matéria discutida**, cada uma delas indicada em um dos incisos do art. 275. Correm pelo procedimento sumário:

- as causas cujo valor não exceda a sessenta vezes o valor do salário mínimo;
- aquelas que discutam matérias enumeradas nas alíneas do inc. II, do art. 275, independentemente do valor da causa.

Mas algumas considerações se fazem necessárias:

- A adoção do procedimento sumário pressupõe que **se esteja no âmbito do processo de conhecimento**, já que os processos de execução e cautelar têm os seus procedimentos próprios.
- Ainda que o valor da causa seja tal que o admita, será preciso verificar se não se trata de causa de procedimento especial, que prevalece, quando previsto para a hipótese.
- É possível ainda que, conquanto o procedimento possa ser o sumário, **o autor opte por propor a demanda no Juizado Especial Cível**, o que implicará a adoção de outro procedimento, ainda mais concentrado. Para tanto, é preciso que estejam presentes as hipóteses de competência do Juizado Especial, também dada pelo valor da causa e pela matéria. Há um grande campo de intersecção entre o cabimento do sumário e do Juizado Especial, no qual haverá a possibilidade de opção entre um e outro.

2.1. O valor da causa (art. 275, I, do CPC)

A todas as causas deve ser atribuído um valor, ainda que não tenham conteúdo econômico. Ele repercutirá sobre importantes questões, **inclusive sobre o procedimento**, pois a lei processual determina o sumário, para causas até sessenta salários mínimos. Por isso, o juiz deve fiscalizá-lo, determinando a correção de ofício, quando verificar que os critérios legais de fixação foram desrespeitados pelo autor, sobretudo quando isso possa repercutir no procedimento. Se o juiz não o fizer, o réu poderá impugná-lo. Caso a retificação implique em elevação do valor da causa para montante superior ao limite legal, o procedimento converter-se-á ao ordinário.

O parágrafo único do art. 275 traz importante exceção: "Este procedimento não será observado nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas", que deverão processar-se pelo rito ordinário. Por exemplo, as ações de investigação de paternidade, separação judicial e divórcio.

2.2. O procedimento sumário em razão da matéria

O art. 275, II, enumera as causas que, independentemente do valor da causa, processam-se pelo rito sumário. O critério utilizado nesse inciso é o da matéria discutida no processo. As hipóteses são as seguintes:

2.2.1. Arrendamento rural e parceria agrícola

Arrendamento rural é o "contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso ou gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e/ou finalidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da lei" (Decreto-Lei n. 59.566/66).

O CPC alude também à parceria, restringindo-a à agrícola, embora exista também a pecuária e a agroindustrial. Parece-nos que, apesar da restrição legal, não há óbice a que o procedimento sumário seja estendido às demais hipóteses de parceria, embora a questão seja controvertida.

2.2.2. Cobrança de condomínio

As ações propostas pelo condomínio em face do titular do imóvel, para cobrança de despesas condominiais não pagas, processam-se pelo procedimento sumário, seja qual for o valor da causa. A hipótese não se confunde com a do art. 585, IV, do CPC, que permite ao proprietário cobrar do locatário, por via executiva, as despesas condominiais que estão a cargo deste.

As despesas podem provir do condomínio tradicional ou do edilício, já que a lei não faz diferença, e pode incluir as ordinárias, extraordinárias e rateios extras.

2.2.3. Ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico

Abrange todas as ações de responsabilidade civil envolvendo danos em imóveis, independentemente de sua localização.

2.2.4. Ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre

Trata-se de hipótese das mais comuns de adoção de procedimento sumário, dada a frequência com que tais acidentes se verificam. A expressão "veículo terrestre" abrange os carros, ônibus, caminhões, motocicletas, bicicletas, trens, bondes, metrô. **Ficam excluídos os veículos aéreos, e os de transporte marítimo, fluvial ou lacustre**.

O inciso abrange todo o tipo de acidente com esse gênero de veículos, como colisões, abalroamentos, atropelamentos etc...

2.2.5. Cobrança de seguro relativamente a danos causados em acidente de veículo

O seguro de vida é título executivo extrajudicial, nos termos do art. 585, III, do CPC. Assim, em caso de morte decorrente de acidente de veículo, desnecessário o processo de conhecimento. Nos demais casos, ele será necessário, e terá rito sumário.

O dispositivo não alude a veículo terrestre, mas aos veículos em geral, o que abrange os aéreos e marítimos. Vale para seguros facultativos e obrigatórios, e abrange todos os danos previstos na apólice, seja beneficiário o próprio segurado, seja terceiro.

2.2.6. Cobrança de honorários profissionais liberais

O dispositivo faz referência às ações de cobrança, que tenham por objeto honorários de profissionais liberais, como advogados, médicos, dentistas, arquitetos, pintores, decoradores, fisioterapeutas etc. Aquele que não é profissional liberal, mas empregado, deve valer-se das vias trabalhistas adequadas, para cobrar o que lhe for devido.

Com relação ao advogado, o art. 24 da Lei n. 8.906/94 considera o contrato escrito que estipula os honorários como título executivo extrajudicial, o que dispensa processo de conhecimento. Mas, se não houver contrato escrito do qual conste o valor, **será necessário arbitrá-los, e, para tanto, observar-se-á o procedimento sumário**.

2.2.7. Revogação de doação

Foi acrescentada ao art. 275 do CPC pela Lei n. 12.122/2009, como alínea *g*. A revogação da doação é tratada pelo CC nos arts. 555 a 564. Pode decorrer de ingratidão do donatário ou inexecução de encargo. As hipóteses de ingratidão estão previstas no CC art. 557: se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; se cometeu contra ele ofensa física; se o injuriou gravemente ou o caluniou; ou se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava. O prazo para o ajuizamento da ação é de um ano, e a demanda só pode ser ajuizada pelo doador contra o donatário, nunca pelos seus herdeiros. No entanto, estes podem prosseguir na ação intentada pelo doador contra o donatário. Nem todas as doações são revogáveis por ingratidão. O art. 564 do CC enumera as que não podem.

A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, quando o donatário tiver incorrido em mora.

2.2.8. Demais casos previstos em lei

O último inciso do art. 275, II, abre a possibilidade de a lei criar outras hipóteses de matérias que autorizem o procedimento sumário. Efetivamente, há, em leis especiais, numerosas hipóteses, entre as quais a ação de adjudicação compulsória, revisional de aluguel, acidente de trabalho, discriminatórias, usucapião especial, retificação de erro de grafia no registro civil, as envolvendo representação comercial, entre outras.

2.3. Procedimento

2.3.1. Introdução

A adoção do sumário não depende da vontade do autor, mas da presença dos requisitos autorizadores previstos em lei. O procedimento é matéria de ordem pública, e não fica ao alvedrio das partes, não lhes cabendo escolher entre um e outro. Cumpre ao juiz fiscalizar se foi adotado o correto, determinando as retificações, no caso contrário. Mas, se o juiz não fizer isso, e o processo correr por procedimento diferente daquele previsto em lei, haverá alguma nulidade?

Se o correto era o sumário e foi observado o ordinário, não haverá nulidade, que depende da existência de prejuízo para as partes; a observância de procedimento mais amplo em detrimento do mais concentrado não traz nenhum. **Mas se ocorrer o contrário, haverá nulidade, pois as partes terão sido prejudicadas, com o procedimento mais concentrado, quando o mais amplo deveria ter sido observado**.

Nos itens seguintes, serão examinadas as várias etapas do procedimento sumário, naquilo que ele tem de diferente do ordinário. Não havendo regra específica, aplicam-se supletivamente as do ordinário.

2.3.2. Petição inicial

Deve obedecer aos requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC. Como peculiaridades, típicas desse tipo de procedimento, podem ser apontadas:

- **a necessidade de o autor arrolar as testemunhas**, já na inicial, e não alguns dias antes da audiência de instrução e julgamento, como no ordinário;
- **a necessidade de formular quesitos e indicar assistentes técnicos**, caso seja requerida a perícia.

No sumário, não basta o protesto genérico de provas na petição inicial, sendo necessário já indicá-las com precisão. Não havendo rol de testemunhas, estará preclusa a oportunidade de o autor o apresentar. O número de testemunhas será o mesmo do procedimento ordinário — dez — já que não há dispositivo específico a respeito. Mas o juiz pode dispensar as demais, se forem arroladas mais de três a respeito do mesmo fato.

Quanto aos quesitos e indicação de assistentes técnicos, tem prevalecido o entendimento de que a não observância do prazo legal não implica preclusão, podendo haver a apresentação até o início da prova (isso vale também para o procedimento ordinário, em que o prazo de apresentação é de cinco dias).

2.3.3. Recebimento da inicial

No procedimento ordinário, se a inicial estiver em termos, o juiz determina a citação do réu, para contestar em quinze dias. No sumário, a contestação é apresentada na audiência inicial. Assim, quando o juiz recebe a petição inicial, deve designar essa audiência, **da qual o réu será cientificado, tomando conhecimento, com as advertências exigidas em lei, de que a contestação deverá ser nela apresentada**.

2.3.4. Citação

Todas as espécies de citação previstas em lei são admitidas no procedimento sumário. Mas há um cuidado particular: **como o réu contesta na audiência inicial, ele deve ser citado com uma antecedência mínima de dez dias, para que tenha tempo hábil de contratar um advogado, e este possa preparar a defesa a tempo**. Não haveria esse tempo, se ele fosse citado muito próximo da audiência.

Há controvérsia se deve haver antecedência de dez dias entre a

citação e a audiência, ou entre ela e a juntada aos autos do aviso de recebimento ou do mandado de citação.

Predomina amplamente o entendimento de que **tal prazo deve existir entre a juntada aos autos do aviso de recebimento da carta ou do mandado de citação e a audiência**, já que é a partir daquela que os prazos processuais de resposta são contados, como mostra o art. 241, I e II, do CPC. Nesse sentido, *RSTJ* 174/399 e *RT* 788/273.

A contagem é regressiva da data da audiência para trás, excluindo-se o próprio dia da audiência, mas incluindo-se o último dia, devendo tanto o primeiro como o último serem úteis.

Por exemplo: se a audiência for designada para uma segunda-feira, o prazo de dez dias deve ser contado regressivamente a partir da sexta-feira anterior. Feita a contagem, terá sido respeitado o prazo se a juntada do aviso de recebimento ou do mandado tiver ocorrido até o 10º dia anterior à audiência, incluído esse mesmo dia.

Desrespeitado o prazo, o juiz não deverá realizar a audiência, e, se a realizar, será nula, exceto se não houver prejuízo; o que ocorrerá se o réu comparecer, e defender-se por advogado, sem alegar o descumprimento do prazo.

Ele será contado em dobro, se o réu for a Fazenda Pública, diz expressamente o art. 277. Havendo disposição específica no procedimento sumário, não prevalece aqui a regra geral do art. 188, do CPC, de que a Fazenda Pública teria prazo em quádruplo para responder.

Há controvérsia sobre a extensão do benefício também ao Ministério Público. **O art. 188 concede prazo maior a ambos, mas o art. 277 só fala em dobro para a Fazenda Pública, devendo prevalecer a norma especial sobre a geral**. Também não há necessidade de dobra de prazo quando houver réus com advogados diferentes, uma vez que o art. 277 se limita a determiná-la em benefício da Fazenda Pública.

2.3.5. Audiência inicial

Uma das características fundamentais do procedimento sumário é a maior concentração de atos. Diferentemente do que ocorre no ordinário, o réu não é citado para contestar em quinze dias, mas para comparecer à audiência inicial, onde poderá oferecer contestação. Essa audiência é fundamental para o procedimento, porque sem ela o réu não terá oportunidade de se defender. O art. 277 a denomina "audiência de conciliação", mas esse nome não revela adequadamente os numerosos atos processuais que nela serão realizados, sendo preferível denominá-la audiência inicial, para contrapô-la à de instrução e julgamento, que se

realizará caso haja necessidade de prova oral.

Manda o CPC que ela seja designada no prazo de trinta dias (art. 277), que deverá ser respeitado pelo juiz, a menos que haja justa causa para que ele faça a designação com mais distância, como, por exemplo, o acúmulo de pauta, ou a necessidade de realização de citações numerosas, ou por carta precatória ou rogatória.

Essa audiência é ato complexo, pois nelas são realizados numerosos atos processuais distintos.

O primeiro é a tentativa de conciliação, prevista no parágrafo único do art. 277. Eventual acordo será reduzido a termo e homologado por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. Não havendo, ele dará oportunidade para que o réu ofereça resposta. As diversas formas de resposta serão examinadas no item seguinte.

Se o réu não oferecer contestação, seja porque não compareceu à audiência, seja porque compareceu sem advogado, será revel, com as consequências daí decorrentes, inclusive a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial (CPC, art. 276, § 2º, do CPC), caso em que, presentes os requisitos, o juiz proferirá o julgamento antecipado da lide.

Controverte-se sobre as consequências do não comparecimento do autor a essa audiência, havendo opiniões no sentido de que o juiz deveria extinguir o processo sem julgamento de mérito, como ocorre no Juizado Especial Cível (art. 51, I, da Lei n. 9.099/95). O argumento dos defensores dessa teoria é que a ausência do autor, por força do princípio da isonomia, deve trazer-lhe consequências tão gravosas quanto às que serão imputadas ao réu ausente. E o equivalente seria a extinção sem julgamento de mérito.

No entanto, prevalece o entendimento contrário, já que não há previsão legal para a extinção do processo nessa hipótese, como existe para o Juizado Especial (nesse sentido, *RT* 692/100 e 813/279).

O § 3º do art. 277 estabelece: "As partes comparecerão pessoalmente à audiência, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir". Esse dispositivo poderia trazer a impressão de que a ausência da parte, ainda que tenha comparecido seu advogado e oferecido contestação, poderia implicar revelia. Mas não é assim: a ausência da parte significa apenas que ela não deseja transigir, pois somente para isso é indispensável a sua presença pessoal. E mesmo para isso ela poderá ser dispensada, se o advogado estiver munido de procuração com poderes para transigir.

Caso o réu pretenda impugnar o valor da causa, deve fazê-lo desde logo, antes mesmo de oferecer contestação. Sobre ela o juiz ouvirá o autor, e decidirá de imediato, na própria audiência. Se, do acolhimento, resultar

elevação que torne descabido o procedimento sumário, o juiz determinará a conversão para o ordinário. Nada impede que o réu já ofereça, se a tiver trazido consigo, a sua contestação, e que o processo prossiga como ordinário a partir daí, abrindo-se eventual prazo para a réplica.

Se na contestação forem alegadas preliminares, **o juiz ouvirá o autor na própria audiência, e decidirá**. Também apreciará a necessidade de outras provas. Em caso negativo, proferirá, desde logo, o julgamento antecipado da lide.

Em caso afirmativo, determinará a prova: se for pericial, nomeará o perito, fixando prazo para apresentação do laudo. Se houver necessidade de prova oral, designará audiência de instrução e julgamento, e intimará as partes cujo depoimento pessoal tenha sido requerido, e as testemunhas, da data designada.

Não é admissível que o juiz colha prova oral já nessa audiência inicial, porque o autor tem o direito de preparar-se para ouvir o adversário e suas testemunhas, oferecendo contradita e verificando quais as questões controvertidas. Ora, como a contestação é oferecida nessa audiência, o autor não teria tempo hábil para tal preparação, se a prova já fosse colhida.

Nessa audiência, o juiz examinará a impugnação ao valor da causa, a eventual necessidade de conversão do procedimento para o ordinário, as preliminares arguidas pelo réu em contestação, a exceção de incompetência por ele oferecida, e as provas necessárias.

Contra as decisões proferidas pelo juiz na audiência cabe recurso de agravo, que, em regra, será retido, exceto na hipótese de decisão que possa trazer perigo de lesão grave e de difícil reparação, caso em que se admitirá o de instrumento (art. 523). **Como não se trata de audiência de instrução, mas de audiência inicial, o agravo retido não precisará ser interposto oralmente e de imediato, na própria audiência** (art. 523, § 3º), podendo ser interposto, se o agravante o preferir, no prazo de dez dias, por escrito.

2.3.5.1. Possibilidade de haver, na audiência inicial, a conversão do procedimento para ordinário

Pode ocorrer, em três hipóteses, que o processo inicie-se pelo procedimento sumário, mas que se perceba, na audiência inicial, a necessidade de conversão para o ordinário:

- quando for acolhida impugnação ao valor da causa apresentada pelo réu, que o eleve a um montante incompatível com o rito sumário;
- quando o juiz perceber que houve equívoco do autor, na adoção do

rito sumário;

- quando verificar a necessidade de realização de prova pericial complexa, incompatível com a celeridade que se espera do procedimento sumário. Essa hipótese vem prevista no art. 277, § 5º, do CPC.

Nem sempre que houver necessidade de realização de prova pericial, o juiz determinará a conversão. Tanto que o art. 278, § 2º, determina que a audiência de instrução e julgamento, em caso de prova oral, seja designada em até trinta dias, salvo se houver determinação de perícia.

O que justifica a conversão **é que a perícia seja de maior complexidade**, cuja demora acabe tornando-a incompatível com a celeridade que se exige do procedimento sumário.

2.3.6. Resposta do réu

Há algumas formas de resposta do réu que são compatíveis com o procedimento sumário, e outras que não.

As compatíveis, que devem ser sempre apresentadas na audiência inicial, são:

2.3.6.1. A contestação

É, tal como no procedimento ordinário, **a peça que veicula a defesa do réu**. Mas tem algumas particularidades:

- é oferecida na audiência inicial, e não no prazo de quinze dias; pode ser trazida por escrito, ou ser oferecida oralmente;
- deve trazer o rol de testemunhas, caso seja requerida prova oral, sob pena de preclusão. Tal como o autor tem de o apresentar na petição inicial, o réu tem de o fazer na contestação;
- deve trazer os quesitos e indicar assistentes técnicos, caso seja requerida prova pericial. Mas tem havido tolerância, admitindo-se a apresentação posterior, antes que tenha início a produção da prova;
- permite ao réu formular **pedido contraposto**. Essa é, sem dúvida, a maior peculiaridade das contestações nas ações de procedimento sumário, e vem prevista no art. 278, § 1º, do CPC. **As ações de procedimento sumário têm natureza dúplice, já que o réu pode formular pedidos na contestação**;
- autoriza o réu a requerer a intervenção de terceiros (por exemplo, a denunciação da lide ou o chamamento ao processo), desde que fundada em contrato de seguro (art. 280, do CPC). Assim, poderá ser feita a denunciação da lide à seguradora, caso em que o juiz terá de designar nova data para a audiência inicial, pois a denunciada terá de ser citada para oferecer contestação.

2.3.6.1.1. O pedido contraposto

É aquele formulado pelo réu na contestação. No procedimento sumário, ela, além de veicular a defesa do réu, poderá conter ainda pedido deste contra o autor. Nos processos de procedimento ordinário e especial, em geral, não se admite pedido contraposto, já que a contestação é peça exclusivamente defensiva. Quando o réu tem alguma pretensão a formular, deve valer-se de reconvenção.

O pedido contraposto ampliará o objeto do processo, pois o juiz terá de decidir, na sentença, não apenas as pretensões formuladas na inicial, mas também as apresentadas pelo réu na sua contestação. Daí o caráter dúplice das ações de procedimento sumário.

Mas o pedido contraposto não tem a mesma extensão das reconvenções. Nestas, o réu está autorizado a formular, contra o autor, qualquer pretensão que seja conexa com a ação principal ou com os fundamentos da defesa. Ao passo que:

> O pedido contraposto tem de estar fundado nos mesmos fatos referidos na petição inicial, não podendo estar associado ao que consta da contestação, mas apenas na inicial.

Ainda que o autor desista do pedido principal, o processo poderá prosseguir em relação aos pedidos contrapostos, que adquirem autonomia.

Como não há limitação legal, o pedido contraposto poderá ter valor superior ao limite do procedimento sumário, já que a conexidade recomenda que seja julgado em conjunto com o pedido original.

Sobre o pedido contraposto, o juiz ouvirá o autor na própria audiência.

2.3.6.2. As exceções rituais

Podem ser apresentadas, no procedimento sumário, as exceções de incompetência relativa, impedimento e suspeição. A seu respeito, não há peculiaridades, com a ressalva de que **as primeiras devem ser oferecidas pelo réu até a data no prazo de resposta, portanto, até a data da audiência**. Sobre ela, que não será autuada em apenso, mas juntada no bojo dos autos do processo, o autor será ouvido na própria audiência e o juiz proferirá a sua decisão. Quanto às demais espécies de exceção, não há particularidades, valendo as regras examinadas a respeito do procedimento ordinário.

2.3.6.3. Reconvenção, ação declaratória incidental e intervenção de terceiros

Conquanto a lei não o diga expressamente, não cabe reconvenção em

procedimento sumário. Há duas razões para a vedação:

- ela é incompatível com a celeridade que se busca;
- há autorização legal para pedido contraposto, de sorte que o réu pode formular pedidos em face do autor na própria contestação, sem precisar reconvir. É certo que a amplitude da reconvenção é maior, mas a lei quis limitar a possibilidade de o réu formular pedidos àqueles que possam ser considerados contrapostos, fundados nos mesmos fatos descritos na inicial.

A esses dois argumentos, poder-se-ia acrescer um terceiro: a expressa vedação à ação declaratória incidental, prevista no art. 280, do CPC. Se a lei não a autoriza, com mais razão a reconvenção.

Quanto às formas de intervenção de terceiros, a lei é restritiva, admitindo apenas a **assistência e o recurso de terceiro prejudicado, bem com outras formas de intervenção, desde que fundadas em contrato de seguro**. Têm sido frequentes, por exemplo, as hipóteses de denunciação da lide às seguradoras, nas ações que versam sobre acidentes de trânsito.

2.3.7. Audiência de instrução e julgamento

Só será designada quando houver necessidade de prova oral. Na audiência inicial, o juiz decidirá. Sendo caso de ouvir testemunhas, designará audiência de instrução e julgamento. **De acordo com o art. 278, § 2º, do CPC, a audiência de instrução deve ser designada para data próxima, não superior a trinta dias, a contar da audiência inicial**, ressalvada a necessidade de perícia.

Nessa audiência, o juiz colherá a prova, observando as regras gerais, previstas para o procedimento ordinário, que se aplicam supletivamente. Ouvirá primeiro o perito, se for requerido; depois colherá depoimentos pessoais, e, por fim, ouvirá as testemunhas, primeiro as do autor, depois as do réu.

Em seguida, passará aos debates orais e, por fim, proferirá sentença, na própria audiência, ou no prazo de dez dias. Contra ela, caberá apelação, cuja única particularidade é não ter revisor (art. 551, § 3º, do CPC).

Os atos probatórios poderão ser documentados por taquigrafia, estenotipia, ou outro meio hábil (CPC, art. 279).

2.4. PANORAMA DAS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE O PROCEDIMENTO SUMÁRIO E O ORDINÁRIO

	PROCEDIMENT ORDINÁRIO
Petição inicial	Deve conter os requisitos do ar 282 e 283 do CPC.
Despacho inicial e citação	O juiz ordenará citação do réu para oferecer

	resposta, no prazo de quinze dias.
Respostas do réu	O réu poderá contestar, reconvir, oferec

ação declaratór
incidental; e ain
apresentar
exceção ritual e
impugnação ao
valor da causa,
que serão
autuadas em
apenso.

Audiências	O procedimento ordinário prevê

duas audiências possíveis: a preliminar, do a 331, do CPC, e de instrução e julgamento. Nenhuma delas se realizará, se for o caso de julgamento antecipado da lide (art. 330, d CPC). Não send o caso, o juiz designará audiência preliminar, na

	qual tentará a conciliação, saneará o processo, fixará os pontos controvertidos, determinará as provas necessárias, já designando a audiência de instrução e julgamento, cas haja necessidac de colheita de prova oral.
Intervenção	Em regra, não h

de terceiros	restrições às formas de intervenção de terceiros previstas em lei
Apelação	Em regra, as apelações, além do relator, têm um revisor, com as exceções do art. 551, § 3º, d

CPC.

LIVRO VII

DOS RECURSOS

1

TEORIA GERAL

1. Introdução

2. Conceito

3. Características dos recursos

   3.1. Interposição na mesma relação processual

   3.2. A aptidão para retardar ou impedir a preclusão ou a coisa julgada

   3.3. Correção de erros de forma ou de conteúdo

   3.4. Impossibilidade, em regra, de inovação

   3.5. O sistema de interposição

   3.6. A decisão do órgão *ad quem* em regra substitui a do *a quo*

   3.7. O não conhecimento do recurso e o trânsito em julgado

4. Atos processuais sujeitos a recurso

5. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos

6. Requisitos de admissibilidade dos recursos

   6.1. Requisitos de admissibilidade intrínsecos

   6.2. Requisitos extrínsecos

   6.3. Inexistência de súmula impeditiva de recurso

7. Modo de interposição dos recursos — o recurso principal e o adesivo

   7.1. Processamento do recurso adesivo

8. Princípios fundamentais do direito recursal

8.1. Introdução

8.2. Princípio da taxatividade

8.3. Princípio da singularidade ou da unirrecorribilidade

8.4. Princípio da fungibilidade dos recursos

8.5. Princípio da proibição da *reformatio in pejus*

9. Efeitos dos recursos

9.1. Introdução

9.2. Efeito devolutivo

9.3. Efeito suspensivo

9.4. Efeito translativo

9.5. Efeito expansivo

9.6. Efeito regressivo

1. INTRODUÇÃO

No livro VI examinamos o procedimento comum ordinário e sumário, até a sentença. Isto é, enquanto o processo corre em primeiro grau de jurisdição. Vimos que, ao longo do processo, o juiz pode proferir variadas decisões, de diferentes espécies. É comum que, contra elas, os litigantes, o Ministério Público ou terceiros interessados possam se insurgir, manifestando o seu inconformismo.

O tema deste livro são os recursos, **que pressupõem inconformismo, insatisfação com as decisões judiciais e que buscam outro pronunciamento do Poder Judiciário, a respeito das questões a ele submetidas**.

O nosso sistema jurídico permite, em regra, que as decisões judiciais sejam reapreciadas. Normalmente, isso é feito por um órgão diferente daquele que proferiu à decisão (embora haja exceções, como os embargos de declaração ou os embargos infringentes da Lei de Execução Fiscal).

2. CONCEITO

Recursos são os remédios processuais de que se podem valer as

partes, o Ministério Público e eventuais terceiros prejudicados para submeter uma decisão judicial à nova apreciação, em regra por um órgão diferente daquele que a proferiu, e que têm por finalidade modificar, invalidar, esclarecer ou complementar a decisão.

3. CARACTERÍSTICAS DOS RECURSOS

Cumpre examinar aquelas características dos recursos, que servem para distingui-los de outros atos processuais.

3.1. Interposição na mesma relação processual

Os recursos não têm natureza jurídica de ação, nem criam um novo processo. Eles são interpostos na mesma relação processual e têm o condão de prolongá-la. Essa característica pode servir para distingui-los de outros remédios, que têm natureza de ação e implicam na formação de um novo processo, como a ação rescisória, o mandadoF de segurança e o *habeas corpus*.

3.2. A aptidão para retardar ou impedir a preclusão ou a coisa julgada

Enquanto há recurso pendente, a decisão impugnada não se terá tornado definitiva. Quando se tratar de decisão interlocutória, não haverá preclusão; quando se tratar de sentença, inexistirá a coisa julgada. As decisões judiciais não se tornam definitivas, enquanto houver a possibilidade de interposição de recurso, ou enquanto os recursos pendentes não tiverem sido examinados.

Isso não significa que a decisão impugnada não possa desde logo produzir efeitos: há recursos que são dotados de efeito suspensivo, e outros que não. Somente no primeiro caso, a interposição do recurso implicará suspensão da eficácia da decisão.

Não havendo recurso com efeito suspensivo, a decisão produzirá efeitos desde logo, mas eles não serão definitivos, porque ela ainda pode ser modificada.

Podem surgir, a propósito, questões delicadas, sobretudo quando houver interposição de agravo de instrumento. É certo que, nos dias de hoje, a regra é que o agravo seja retido, mas não se exclui a possibilidade do agravo de instrumento, nas hipóteses previstas em lei.

Como eles não têm, ao menos em regra, efeito suspensivo, o processo prosseguirá, embora a decisão agravada não tenha se tornado definitiva. Disso resultará importante questão: o que ocorrerá com os atos

processuais posteriores à decisão agravada, se o agravo for provido. Tal questão torna-se ainda mais relevante porque, se o agravo tiver demorado algum tempo para ser julgado, pode ter havido até mesmo sentença.

Provido o agravo, todos os atos processuais supervenientes, incompatíveis com a nova decisão ficarão prejudicados, até mesmo a sentença.

Por exemplo: se o autor requereu a citação de alguém como litisconsorte necessário, e o juiz indeferiu, tendo sido interposto agravo de instrumento, o provimento do recurso fará com que o processo retroaja à fase em que foi proferida a decisão, ficando prejudicados todos os atos supervenientes, incluindo a sentença.

Como o agravo impede a preclusão, a eficácia dos atos processuais subsequentes à decisão agravada, e que dela dependam, fica condicionada a que ela seja mantida, porque, se vier a ser reformada, o processo retorna ao *status quo ante*. Isso faz com que alguns juízes, cientes da existência de agravo de instrumento pendente, suspendam o julgamento, aguardando o resultado do agravo. Mas tal conduta não é admissível, já que ele não tem efeito suspensivo, a menos que o relator o conceda.

3.3. Correção de erros de forma ou de conteúdo

Ao fundamentar o seu recurso, o interessado poderá postular a anulação ou a substituição da decisão por outra. Deverá expor quais as razões de sua pretensão, que podem ser de fundo ou de forma, ter por objeto vícios de conteúdo ou processuais.

Os primeiros são denominados ***errores in procedendo*** e os segundos, ***errores in judicando***. Aqueles são vícios processuais, decorrentes do descompasso entre a decisão judicial e as regras de processo civil, a respeito do processo ou do procedimento. Estes, a seu turno, são vícios de conteúdo, de fundo, em que se alega a **injustiça da decisão**, o descompasso com as normas de direito material.

Em regra, o reconhecimento do *error in procedendo* enseja a anulação ou declaração de nulidade da decisão, com a restituição dos autos ao juízo de origem para que outra seja proferida; e o *error in judicando* leva à reforma da decisão, quando o órgão *ad quem* profere outra, que substitui a originária.

Os embargos de declaração fogem à regra geral, porque sua finalidade é apenas aclarar ou integrar a decisão, e não propriamente reformá-la ou anulá-la.

3.4. Impossibilidade, em regra, de inovação

Em regra, não se pode invocar, em recurso, matérias que não tenham sido arguidas e discutidas anteriormente. Ou seja, não se pode inovar no recurso.

Mas a regra comporta exceções. O art. 462 do CPC autoriza que o juiz leve em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, fatos supervenientes, que repercutam sobre o julgamento. Esse dispositivo não tem aplicação restrita ao primeiro grau, mas pode ser aplicado pelo órgão *ad quem*, **que deve levar em consideração os fatos novos relevantes, que se verifiquem até a data do julgamento do recurso**.

Outra exceção é a do art. 517, que permite ao apelante suscitar questões de fato que não tenha invocado no juízo inferior, **quando provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior**.

Há ainda a possibilidade de alegar **questões de ordem pública**, que podem ser conhecidas a qualquer tempo. Ainda que não se tenha discutido em primeiro grau a falta de condições da ação, ou de pressupostos processuais, ou prescrição e decadência, elas poderão ser suscitadas em recurso.

3.5. O sistema de interposição

Salvo uma única exceção, **os recursos são interpostos perante o órgão *a quo* e não perante o órgão *ad quem*. A exceção é o agravo de instrumento**, interposto diretamente perante o Tribunal.

Há alguns recursos interpostos e julgados perante o mesmo órgão; não se pode falar, nesses casos, em órgão *a quo* e *ad quem*, como nos embargos de declaração e embargos infringentes da Lei de Execução Fiscal.

A razão para que os recursos sejam interpostos perante o órgão *a quo* é que lhes cumpre fazer um **prévio juízo de admissibilidade**, decidindo se eles têm ou não condições de ser enviados ao órgão *ad quem*.

O órgão de origem faz uma prévia análise da admissibilidade dos recursos interpostos, para decidir os que podem ou não seguir adiante. **Mas ela nunca pode ser definitiva**, pois, do contrário, se estaria dando ao órgão de origem a possibilidade de suprimir, em caráter definitivo, a reapreciação pelo órgão *ad quem*.

Por isso, contra a decisão do órgão *a quo* que indefere o recurso, cabe um outro, ao órgão *ad quem*. Por exemplo, se o juiz de primeiro grau indefere o processamento da apelação, caberá agravo de instrumento perante o Tribunal; se o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal indefere

o recurso especial ou extraordinário, cabe agravo nos autos para o STJ ou STF.

Mas se for positivo o juízo de admissibilidade, não caberá recurso, porque no órgão *ad quem* haverá um novo juízo de admissibilidade, quando do julgamento. Portanto, não haveria interesse em recorrer, porque o recurso terá de passar automaticamente por um novo juízo, perante o órgão *ad quem*.

Antes de examinar a pretensão recursal, esse órgão fará o novo juízo de admissibilidade, verificando se o recurso está ou não em condições de ser conhecido. **Em caso negativo, não conhecerá do recurso; em caso afirmativo, conhecerá, podendo dar-lhe ou negar-lhe provimento, conforme acolha ou não a pretensão recursal**.

3.6. A decisão do órgão ad quem em regra substitui a do a quo

Quando o órgão *ad quem* examina o recurso, são várias as alternativas, assim resumidas:

- **pode não conhecer do recurso**. Nesse caso, a decisão do órgão *a quo* prevalece, e não é substituída por uma nova;
- **pode conhecer do recurso, apenas para anular ou declarar a nulidade da decisão anterior, determinando o retorno dos autos para que seja proferida outra**;
- **pode conhecer do recurso, negando-lhe provimento**, caso em que a decisão anterior está mantida; **ou dando-lhe provimento, para reformá-la**. No caso de mantença ou reforma, a decisão proferida pelo órgão *ad quem* substitui a do órgão *a quo*, ainda que aquela tenha se limitado a manter, na íntegra, a anterior. **O que deverá ser cumprido e executado é o acórdão, e não mais a decisão ou sentença**.

3.7. O não conhecimento do recurso e o trânsito em julgado

Questão que sempre trouxe dificuldades ao julgador é a de saber a partir de quando pode considerar-se transitada em julgado uma sentença, quando a apelação não foi sequer conhecida pelo órgão *ad quem*. Se uma das partes apela, e o Tribunal não conhece do recurso, porque, por exemplo, não havia preparo, ou ela é intempestiva, terá a apelação tido o condão de impedir o trânsito em julgado?

O entendimento que prevalecia, anteriormente, era de que o recurso não conhecido equivalia a não interposto, sem aptidão para evitar a coisa julgada. Não conhecida a apelação, era considerada não apresentada, e o trânsito em julgado retroagia para o dia subsequente aos quinze dias que o apelante tinha para apresentá-la.

Mas esse entendimento não prevalece mais, porque gera insegurança. Afinal, ainda que o apelante tivesse interposto o recurso de boa-fé, nunca era possível, de antemão, saber se seria conhecido ou não. E, às vezes, ocorria de, entre a interposição do recurso e o seu julgamento, passar prazo superior a dois anos. Se o recurso não era conhecido, e o trânsito em julgado, retroagia para mais de dois anos antes, estava já perdida a oportunidade para a ação rescisória, cujo prazo conta do trânsito em julgado da sentença. Isso criava uma situação injusta, pois o interessado perdia o prazo, sem nunca ter tido a oportunidade de ajuizá-la.

Em razão disso, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento **de que o recurso, ainda que não venha a ser conhecido, impede o trânsito em julgado, salvo em caso de má-fé**. Ele só ocorrerá daí para diante, e não mais retroagirá, salvo má-fé. Nesse sentido: "Segundo entendimento que veio a prevalecer no Tribunal, o termo inicial para o prazo decadencial da ação rescisória é o primeiro dia após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, salvo se provar-se que o recurso foi interposto por má-fé do recorrente" (*RSTJ* 102/330).

Esse entendimento acabou pacificando-se com a edição da Súmula 401 do STJ, que assim estabelece: "O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial".

4. ATOS PROCESSUAIS SUJEITOS A RECURSO

Só cabe recurso contra ato do juiz, nunca do Ministério Público ou de serventuário ou funcionário da Justiça. E é preciso que tenha algum conteúdo decisório.

Não cabe, portanto, dos despachos, atos judiciais de mero andamento do processo.

Os recursos são cabíveis contra:

- **as sentenças**, atos do juiz que implicam alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269, do CPC, e têm o condão de pôr fim ao processo, ou à fase condenatória em primeiro grau. Contra elas caberá a apelação e, eventualmente, embargos de declaração;
- **as decisões interlocutórias**, atos judiciais de conteúdo decisório, que se prestam a resolver questões incidentes, sem pôr fim ao processo ou à fase condenatória; contra elas, o recurso será o de agravo, sem prejuízo também de embargos de declaração;
- **os acórdãos**, decisões dos Tribunais (art. 163); contra elas, além dos embargos de declaração, poderão caber embargos infringentes, se o

julgamento não for unânime e reformar a sentença de mérito; e recursos extraordinário e especial, em caso de ofensa à Constituição ou à lei federal. Também será admissível o recurso ordinário, nos casos previstos na Constituição Federal.

5. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO DOS RECURSOS

Da mesma forma como, antes de examinar o mérito, o juiz deve verificar se estão preenchidos os pressupostos processuais e condições da ação, antes de examinar a pretensão recursal, deve-se analisar os **requisitos de admissibilidade do recurso**.

O exame é feito em duas frentes (salvo o agravo de instrumento, interposto diretamente no órgão *ad quem*, e os embargos de declaração): pelo órgão *a quo* e pelo órgão *ad quem*. Os requisitos de admissibilidade constituem **matéria de ordem pública e, por isso, devem ser examinados de ofício**. Constituem os pressupostos indispensáveis para que o recurso possa ser conhecido. O não preenchimento leva a que a pretensão recursal nem sequer seja examinada.

6. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

Há vários critérios de classificação dos requisitos de admissibilidade dos recursos. Parece-nos que o mais completo é aquele sugerido por Barbosa Moreira, que os divide em duas grandes categorias: **os intrínsecos e extrínsecos**, sendo os primeiros aqueles que dizem respeito à relação entre a natureza e o conteúdo da decisão recorrida e o recurso interposto, e os segundos os que levam em conta fatores que não dizem respeito à decisão impugnada, mas que são externos a ela.

De acordo com essa classificação, os requisitos intrínsecos são o cabimento, a legitimidade para recorrer e o interesse recursal; e os extrínsecos são a tempestividade, o preparo, a regularidade formal, e a inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer. A estes poder-se-ia acrescentar ainda a inexistência de súmula impeditiva de recurso.

Esses requisitos são os gerais. Alguns recursos vão exigir, além deles, outros específicos, que serão examinados com os recursos em espécie.

6.1. Requisitos de admissibilidade intrínsecos

Assemelham-se, em grande parte, às condições da ação. O recurso

não tem natureza de ação, mas os requisitos intrínsecos são as condições para que ele possa ser examinado pelo mérito.

6.1.1. Cabimento

Os recursos são apenas aqueles criados por lei. O rol legal é *numerus clausus*, taxativo. Recurso cabível é aquele previsto no ordenamento jurídico, e, nos termos da lei, adequado contra a decisão. Esse requisito aproxima-se da possibilidade jurídica do pedido.

O art. 496, do CPC, enumera os recursos: apelação, agravo, embargos de declaração, embargos infringentes, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência. Nada impede que lei especial crie outros, como os embargos infringentes na Lei de Execução Fiscal, ou o recurso inominado contra a sentença, no Juizado Especial Cível.

6.1.2. Legitimidade recursal

Para interpor recurso é preciso ter legitimidade. São legitimados:

6.1.2.1. As partes e intervenientes

As partes — o autor e o réu — são os legitimados por excelência. Além deles, podem interpor recurso aqueles que tenham sido admitidos por força de intervenção de terceiros. Alguns deles tornam-se partes, como o denunciado, o chamado ao processo, o opoente e o nomeado; e mesmo o assistente litisconsorcial, tratado como litisconsorte ulterior. Outros não adquirem essa condição, mas têm a faculdade de recorrer, como o assistente simples. No entanto, a participação deste é subordinada à parte, e lhe será vedada a utilização de recurso, se o assistido manifestar o desejo de que a decisão seja mantida.

6.1.2.2. O Ministério Público

O Ministério Público pode atuar no processo como parte ou fiscal da lei. O primeiro caso recai no item anterior; **mas o Promotor pode recorrer ainda quando atue como fiscal da lei**. Nem é preciso que ele já esteja intervindo no processo, pois ele pode recorrer exatamente porque lhe foi negada a intervenção. Em qualquer condição em que recorra, o Ministério Público terá prazo em dobro, na forma do art. 188 do CPC.

6.1.2.3. O recurso de terceiro prejudicado

O art. 499 do CPC, que cuida da legitimidade para recorrer, menciona, entre os legitimados, o terceiro prejudicado.

Quem é ele? **Aquele que tenha interesse jurídico de que a sentença**

seja favorável a uma das partes, porque tem com ela uma relação jurídica que, conquanto distinta daquela discutida em juízo, poderá sofrer-lhe os efeitos reflexos. Em suma, aquele mesmo que pode ingressar no processo como assistente simples: **os requisitos para ingressar nessa condição são os mesmos que para recorrer como terceiro prejudicado**.

Mas a figura do assistente simples não pode se confundir com a do terceiro que recorre.

As posições em si são diferentes. O que ingressa como assistente simples não entra em defesa de um interesse próprio, mas para auxiliar uma das partes a sair-se vitoriosa. Tem, portanto, atuação subordinada. Pode recorrer, desde que a parte não lhe vede tal conduta. **Já o terceiro prejudicado entra em defesa de direito próprio**, que, conquanto não seja discutido no processo, será afetado reflexamente pela sentença. Por isso, não tem atuação subordinada, de sorte que a parte não poderá vetar o processamento do seu recurso. Mas, de acordo com o art. 499, § 1º, do CPC: "Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial".

6.1.2.4. Pode o advogado recorrer em nome próprio?

O advogado não postula, em juízo, direito próprio, mas age na condição de mandatário da parte. Portanto, não tem legitimidade para recorrer em nome próprio, mas tão somente no da parte.

Mas há uma parte da sentença que diz respeito diretamente a ele, que versa sobre direito dele, e não da parte. É a condenação em honorários advocatícios, que, de acordo com o art. 23 da Lei n. 8.906/94 constituem direito autônomo do advogado, que pode promover-lhes a execução em nome próprio.

Nessa circunstância, **é preciso admitir que o advogado terá legitimidade para recorrer, quando o objeto do recurso forem os seus honorários**. Não o terá para recorrer dos demais pontos da sentença, mas tão somente daquele que os fixar. Mas se preferir não recorrer em nome próprio, pode fazê-lo em nome da parte que o constituiu, e que também tem legitimidade recursal. **A legitimidade de parte para recorrer dos honorários é extraordinária, já que estes pertencem não a ela, mas ao advogado**.

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "têm legitimidade, para recorrer da sentença, no ponto alusivo aos honorários advocatícios, tanto a parte como o seu patrono" (STJ — 4ª Turma, REsp 361.713-RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.02.2004).

A interposição de apelação apenas sobre os honorários advocatícios não impedirá a execução do restante da sentença, sobre o qual não pende recurso com efeito suspensivo.

6.1.2.5. Não tem legitimidade recursal

Não tem legitimidade recursal o próprio juiz, já que a ninguém é dado recorrer da própria decisão. O reexame necessário, como condição de eficácia da sua sentença, não tem natureza recursal.

Também não têm os funcionários da justiça. Há controvérsia sobre a possibilidade de haver recurso do perito, especificamente no que concerne ao valor dos seus honorários fixados judicialmente. A resposta há de ser negativa, podendo o perito, se assim desejar, discutir os seus honorários em ação própria, **mas não por meio de recurso, dada a sua posição, no processo, de auxiliar do juízo**.

6.1.3. Interesse recursal

O último dos requisitos intrínsecos é o interesse recursal, que se assemelha ao interesse de agir, como condição de ação.

Para que haja interesse é preciso que, **por meio do recurso, se possa conseguir uma situação mais favorável do que a obtida com a decisão ou a sentença**. Ela não existirá, se a parte ou interessado tiver já obtido o melhor resultado possível, de sorte que nada haja a melhorar.

O interesse está condicionado à sucumbência do interessado.

> Só tem interesse em recorrer quem tiver sofrido sucumbência, que existirá quando não se tiver obtido o melhor resultado possível no processo.

É preciso, no entanto, ressalvar os embargos de declaração, cuja apreciação está condicionada à existência de outro tipo de interesse: não o de modificar para melhor a decisão judicial, mas o de aclarar, sanar alguma contradição ou integrá-la.

Nos itens seguintes, serão examinadas algumas situações específicas, que poderiam gerar dúvida sobre a existência do interesse recursal.

6.1.3.1. É possível recorrer de sentença apenas para sanar-lhe algum vício?

Às vezes, o recorrente obteve resultado favorável, mas a sentença prolatada tem algum vício. Por exemplo, é *extra* ou *ultra petita*. A parte vitoriosa pode recorrer para que o vício seja sanado, **pois o melhor resultado possível pressupõe que a sentença esteja hígida, sem máculas**.

Uma sentença favorável, mas eivada de nulidades, não trará tranquilidade àquele que a obteve, porque permitirá ao adversário valer-se de medidas como a ação rescisória, para desconstituí-la. **Há interesse em recorrer apenas com a finalidade de sanar eventuais nulidades, ainda que disso pudesse advir um aparente prejuízo ao recorrente**. Por exemplo: o autor pede um tanto na sentença, e o juiz concede-lhe mais que o postulado. O próprio autor pode recorrer para reduzir a condenação aos limites do julgado, sanando com isso o vício.

6.1.3.2. É possível ao réu recorrer da sentença de extinção sem resolução de mérito?

Que o autor possa recorrer dessa sentença não há qualquer dúvida, porque ele não obteve aquilo que pretendia. Mas e o réu? Parece-nos que, como regra, a resposta há de ser afirmativa, porque, sendo a sentença **meramente terminativa, inexistirá a coisa julgada material, a questão poderá ser novamente posta em juízo**. Melhor para o réu se a sentença fosse de improcedência, o que impediria a rediscussão. Portanto, há interesse recursal do réu para apelar da sentença extintiva, postulando julgamento definitivo de improcedência.

A exceção é a extinção por força do disposto no art. 267, V, do CPC, quando o juiz reconhece a perempção, a litispendência e a coisa julgada, uma vez que, nesse caso, não poderá haver renovação da demanda, consoante o disposto no art. 268.

6.1.3.3. É possível recorrer para manter o resultado, mas alterar a fundamentação da sentença?

Aquele que obteve a vitória no processo não tem interesse de recorrer, postulando que a decisão seja mantida, mas que seja alterada a fundamentação. Para que haja interesse, é necessária a possibilidade de que seja alterado o resultado. Aquilo sobre o que recairá a coisa julgada material é o dispositivo, não a fundamentação.

Se o autor formula o pedido inicial com dois fundamentos, e o juiz o acolhe por força do primeiro, não tem interesse de apelar pedindo que a sentença seja mantida, mas o fundamento alterado, uma vez que essa modificação não terá repercussão prática.

Excepcionalmente, porém, será possível recorrer da fundamentação quando, por exemplo, **ela não for compatível com a conclusão a que chegou o juiz, ou quando, ao formulá-la, o juiz extrapolar os limites objetivos da ação**. Nesse caso, haverá nulidade, cujo saneamento justificará o interesse do litigante, apesar do resultado favorável.

Há casos, ainda, em que a fundamentação repercute sobre a formação da coisa julgada material. São aqueles em que, por força da lei, a coisa julgada é *secundum eventum litis*. Os exemplos mais importantes são **as ações civis públicas e ações populares, nas quais a sentença de improcedência por insuficiência de provas não faz coisa julgada material**.

Sendo assim, não é indiferente para o réu que a sentença de improcedência esteja fundada em insuficiência de provas ou em outro motivo, porque, no primeiro caso, inexistirá coisa julgada material. O réu tem interesse em apelar de improcedência por insuficiência de provas para alterar-lhe a fundamentação porque, se lograr êxito, obterá uma sentença mais favorável, de improcedência por outras razões, que se revestirá da autoridade da coisa julgada.

6.1.3.4. Há interesse para recorrer de sentenças homologatórias de transação, reconhecimento jurídico do pedido ou renúncia ao direito em que se funda a ação?

Aquele que fez acordo, reconheceu o pedido ou renunciou ao direito em que se funda a ação, **em princípio, não tem interesse recursal, uma vez que o juiz se limitou a homologar a sua manifestação de vontade**. Há preclusão lógica para a apresentação de recurso. Poderá fazê-lo, no entanto, para alegar que a homologação desbordou dos limites do acordo, do reconhecimento ou da renúncia.

6.1.3.5. Há interesse em recorrer quando o juiz acolhe um dos pedidos alternativos?

Se o autor, na inicial, formulou pedidos alternativos, sem manifestar preferência por nenhum deles, o acolhimento de um pelo juiz não autorizará a interposição de recurso para o acolhimento do outro, porque não terá havido sucumbência. **Mas, se houver formulação de um pedido principal e um subsidiário, e o juiz acolher este em detrimento daquele, o autor terá interesse de recorrer**.

6.2. Requisitos extrínsecos

São aqueles que não dizem respeito à decisão recorrida, e à relação de pertinência entre ela e o recurso interposto, mas são exteriores, relacionam-se a fatores externos, que não guardam relação com a decisão. São eles:

6.2.1. Tempestividade

Todo recurso deve ser interposto dentro do prazo estabelecido em lei. Será intempestivo, e, portanto, inadmissível, o recurso que for apresentado

fora do prazo, devendo ser observado quanto à contagem e a possibilidade de prorrogação o disposto no CPC, art. 184.

A apelação, os embargos infringentes, o recurso ordinário, o especial, o extraordinário, e os embargos de divergência têm prazo de quinze dias. O agravo, de dez dias (com a ressalva de que, contra decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento, a interposição deve ser oral e imediata), e os embargos de declaração, o prazo de cinco dias.

O Ministério Público, a Fazenda Pública e os órgãos públicos de assistência judiciária têm os prazos recursais em dobro. Conquanto haja alguma divergência a respeito, prevalece amplamente o entendimento de que o prazo será dobrado também para a interposição de recurso adesivo, conquanto o prazo para contrarrazões seja simples. Os litisconsortes com advogados diferentes têm em dobro o prazo para recorrer — sob a forma comum ou adesiva — e também para contrarrazoar.

A oposição de embargos de declaração por qualquer dos litigantes interrompe o prazo para a apresentação de outros recursos. A interrupção beneficia todos os litigantes (CPC, art. 538). Porém, no Juizado Especial Cível, quando opostos contra sentença, não interrompem, **mas apenas suspendem o prazo**, por força de dispositivo expresso (art. 50, da Lei n. 9.099/95).

6.2.2. O preparo

Aquele que recorre deve pagar as **despesas com o processamento do recurso, que constituem o preparo**. A beneficiária é a Fazenda Pública, por isso, os valores devem ser recolhidos em guia própria, e pagos na instituição financeira incumbida do recolhimento.

A lei processual civil exclui o recolhimento do preparo em apenas dois recursos: **o agravo retido e os embargos de declaração**. O primeiro não é processado autonomamente, mas, entranhado nos autos, será examinado quando do julgamento da apelação. E o segundo é examinado pelo próprio juiz prolator da decisão, visando apenas integrá-la ou aclará-la.

Esses recursos não podem ter preparo em nenhuma unidade da Federação, já que a lei processual o proíbe. Mas é possível que leis estaduais isentem de preparo outros recursos. Assim, durante longo tempo, a revogada lei estadual de custas de São Paulo isentava de preparo o agravo de instrumento e os embargos infringentes.

Não havendo isenção, prevista no CPC, ou em lei estadual, o recurso deverá vir acompanhado do comprovante de recolhimento.

Há, porém, partes que, dada a sua condição, estão isentas (art. 511, §

1º). São elas:

- O Ministério Público.
- A Fazenda Pública.
- Os beneficiários da justiça gratuita.

6.2.2.1. Há necessidade de preparo no recurso especial e no extraordinário?

O regimento interno do Superior Tribunal de Justiça dispensava o recolhimento de preparo, mas não o do porte de remessa e de retorno, que corresponde às despesas com o encaminho do recurso ao órgão *ad quem*.

No entanto, a Lei n. 11.636/2007 o exige expressamente: **agora é preciso àquele que interpõe recurso especial recolher o preparo e o porte de remessa e retorno**.

Com relação ao recurso extraordinário, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal também exige o recolhimento de preparo e porte de remessa e retorno.

6.2.2.2. Qual o valor do preparo?

O valor depende de cada lei estadual de custas. No Estado de São Paulo vigora a Lei n. 11.608, de 29 de dezembro de 2003, que fixa como base de cálculo do preparo o valor da condenação, ou, não havendo, o valor da causa.

6.2.2.3. Há preparo em recurso adesivo?

O art. 500, parágrafo único, do CPC, dispõe que "ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior". **Se o recurso principal recolhe preparo, o adesivo também recolherá**.

6.2.2.4. Qual a ocasião oportuna para comprovar o recolhimento?

O art. 511 do CPC é o dispositivo que cuida, de maneira geral, do preparo. O *caput* não deixa dúvidas quanto ao momento de comprová-lo: **no ato de interposição do recurso**. E o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado esse dispositivo com rigor, estabelecendo que ele não pode ser recolhido depois, ainda que dentro do prazo. Se alguém apela no 10º dia do prazo, não poderá recolher o preparo no dia seguinte, embora ainda não se tivessem esgotado os quinze dias. Nesse sentido, STJ — Corte Especial, REsp 135.612-DF, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 17.12.1997.

Um problema que o advogado poderá enfrentar é o do encerramento

do expediente no banco responsável pelo recolhimento antes do término do expediente forense, no último dia do prazo. Seria isso empecilho a justificar a prorrogação para o dia seguinte?

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm posicionamentos diferentes a respeito.

No primeiro, prevalece o entendimento de que o fechamento dos bancos antes do encerramento do expediente forense não constitui óbice a justificar a prorrogação para o dia seguinte, uma vez que o recorrente sabe de antemão os horários, e tem de precaver-se, recolhendo o preparo oportunamente. Foi o que ficou decidido no Acórdão do Pleno do STF, publicado em *RTJ* 305/103.

Já no Superior Tribunal de Justiça prevalece entendimento diverso: o preparo poderá ser tempestivamente recolhido no dia seguinte ao último dia do prazo, em razão de o expediente bancário encerrar-se antes do forense. É o que foi decidido pela Corte Especial, no acórdão publicado em *RSTJ* 120/17.

Com essas hipóteses, não se confunde a de haver encerramento do expediente bancário ou forense fora do horário convencional, caso em que haverá motivo para a prorrogação até o dia útil seguinte.

6.2.2.5. Complementação do preparo

O art. 511, § 2º, do CPC, trata da hipótese de insuficiência do preparo, estabelecendo que o recurso será considerado deserto se a diferença não for recolhida em cinco dias. O dispositivo trata apenas **da insuficiência, não da falta de recolhimento**. O juiz intimará o recorrente a recolher a diferença, desde que o valor tenha sido apresentado à menor por força de erro escusável. Em caso de erro inescusável ou má-fé, o recurso não será admitido.

6.2.3. Regularidade formal

Os recursos são, em regra, apresentados por escrito. No entanto, a lei autoriza interposição oral, em casos excepcionais. Um deles é o agravo retido, contra decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento. Outro são os embargos de declaração no Juizado Especial (art. 49, da Lei n. 9.099/95). Conquanto a interposição seja oral, há necessidade de que seja reduzido a termo, para que o órgão julgador possa conhecer-lhe o teor.

Todo recurso deve vir acompanhado das respectivas razões, já no ato de interposição. Distinguem-se, nesse passo, os recursos cíveis dos criminais, em que há um prazo de interposição e outro de apresentação das razões.

Não será admitido o recurso que venha desacompanhado de razões,

que devem ser apresentadas, em sua totalidade, no ato de interposição. Não se admite que as razões sofram acréscimos, sejam modificas ou aditadas, posteriormente. Fica ressalvada, porém, a eventual modificação, alteração ou complementação da sentença por força de embargos de declaração. Se uma das partes apela e outra opõe embargos de declaração que provocam alteração ou complementação da sentença, aquele que apelou poderá acrescentar novos pedidos ou fundamentos ao seu recurso, relacionados àquilo que foi acrescido ou modificado.

Ao apresentar o recurso, a parte deve formular a sua pretensão recursal, aduzindo se pretende a reforma ou anulação da decisão, ou de parte dela, indicando os fundamentos para tanto.

6.2.4. Inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer

São os pressupostos negativos de admissibilidade, isto é, circunstâncias que não podem estar presentes para que o recurso seja admitido. Os fatos extintivos são a renúncia e a aquiescência; o fato impeditivo é a desistência do recurso.

6.2.4.1. Renúncia e aquiescência

São sempre prévias à interposição, ao contrário da desistência, que pressupõe recurso já apresentado.

A renúncia é manifestação unilateral de vontade, pela qual o titular do direito de recorrer **declara a sua intenção de não o fazer**. Sua finalidade, em regra, é antecipar a preclusão ou a coisa julgada. Caracteriza-se por ser irrevogável, prévia e unilateral, **o que dispensa a anuência da parte contrária**.

A aquiescência é a manifestação, **expressa ou tácita, de concordância do titular do direito de recorrer com a decisão judicial**. Impede que haja recurso, por força de preclusão lógica. Pode ser expressa quando o interessado comunica ao juízo a sua concordância com o que ficou decidido; e tácita, quando pratica algum ato incompatível com o desejo de recorrer. Por exemplo, cumprindo aquilo que foi determinado na decisão ou sentença.

Não se admite renúncia prévia, formulada antes da decisão ou sentença, salvo nos casos em que já seja possível conhecer de antemão o seu teor. É o que ocorre, por exemplo, quando as partes fazem acordo, e pedem que o juiz o homologue, renunciando ao direito de recorrer. Nesse caso, conquanto a renúncia seja anterior à homologação, as partes já sabem qual será o teor do julgamento.

A renúncia vem tratada no art. 502 do CPC, que explicita a desnecessidade de aceitação da outra parte; e a aquiescência, no art. 503: "A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer". O parágrafo único conceitua aceitação tácita como "... a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade recorrer".

Parece-nos que, havendo renúncia ou aquiescência, ficará vedada a admissibilidade do recurso, **seja sob a forma comum ou adesiva, uma vez que a decisão ou sentença precluirá ou transitará em julgado**.

Há situações em que poderá ser difícil distinguir se houve renúncia ou aquiescência, mas isso não terá importância, dado que ambas constituem causas extintivas do direito de recorrer.

6.2.4.2. A desistência do recurso

É causa impeditiva, tratada no art. 501 do CPC: "O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso".

O que distingue a desistência da **renúncia é que ela é sempre posterior à interposição:** só se desiste de recurso já apresentado, e só se renuncia ao direito de recorrer, antes da interposição.

O recorrente tem sempre o direito de desistir do recurso, independentemente de qualquer anuência, ainda que o adversário tenha oferecido já as contrarrazões, diferentemente da desistência da ação que, após o oferecimento de resposta, exige o consentimento do réu.

A desistência pode ser manifestada até o início do julgamento do recurso, e ser expressa ou tácita. **Será expressa quando o recorrente manifestar o seu desejo de que ele não tenha seguimento; e será tácita quando, após a interposição, o recorrente praticar ato incompatível com o desejo de recorrer**.

Não pode haver retratação da desistência, porque, desde que manifestada — e ainda que não tenha havido homologação judicial — haverá preclusão ou coisa julgada.

6.3. Inexistência de súmula impeditiva de recurso

Aos requisitos intrínsecos e extrínsecos enumerados anteriormente, é preciso acrescentar mais um: **a inexistência de súmula impeditiva**. Seria possível considerá-la não como requisito autônomo, mas como condição para que o recurso fosse cabível, ou houvesse interesse de recorrer, já que a súmula torna improvável seu acolhimento, o que afastaria o interesse de

apresentá-lo. No entanto, dada a sua relevância, é preferível tratá-la de forma autônoma. De início, é preciso classificá-la como um requisito intrínseco, e não extrínseco, já que diz respeito ao teor da sentença e do recurso interposto. Ademais, **é um pressuposto de admissibilidade negativo**.

Foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 11.276/2006, que acrescentou ao art. 518 do CPC o § 1º: "O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal".

A introdução, por lei ordinária, de mecanismo restritivo do direito de recorrer causou enorme celeuma; durante a tramitação da Emenda Constitucional n. 45/2004, já se havia discutido a implantação entre nós tanto da súmula vinculante quanto da restritiva de recursos. A primeira foi aprovada, na ocasião, mas a segunda não. Mesmo assim, foi introduzida em nosso ordenamento, não por emenda constitucional, mas por lei ordinária, o que fez com que alguns doutrinadores sustentassem a sua inconstitucionalidade por vício de origem.

Sua finalidade é reduzir o número de recursos, desautorizando o seu processamento, quando versem sobre questão já decidida pelos tribunais superiores, e que, por isso, não tinham chance razoável de serem acolhidos.

O art. 557 do CPC já permitia ao relator, de plano, negar seguimento ao recurso que confrontasse súmula; e o parágrafo único o autorizava a dar-lhe provimento, quando a decisão recorrida fosse contrária à súmula.

O novo dispositivo, porém, **autoriza o órgão *a quo* a não receber o recurso, o que transforma a inexistência da súmula impeditiva em requisito de admissibilidade**.

O juiz terá de ler o recurso, para verificar se a sua finalidade é rediscutir aquele ponto da sentença objeto da súmula. A sentença pode examinar numerosas questões, de fato e de direito. **Somente a questão de direito sumulada pelo STF ou STJ não poderá ser rediscutida**.

Apesar dos termos peremptórios do art. 518, § 1º, parece-nos que o juiz poderá receber o recurso, apesar da súmula impeditiva, se os argumentos apresentados pelo recorrente forem convincentes, e puderem trazer alguma possibilidade de, dadas as particularidades do caso, afastar a aplicação da súmula, ou até trazer nova discussão, que possa no futuro implicar na sua revisão.

A decisão do juiz que não recebe o recurso por força da súmula deve ser fundamentada, e ensejará a interposição de agravo de instrumento ao tribunal.

Conquanto o art. 518, § 1º, do CPC mencione expressamente o não recebimento do recurso de apelação, **parece-nos que a sua aplicabilidade possa ser estendida a outros recursos contra decisões fundadas em súmulas do STF ou do STJ**.

■ 7. MODO DE INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS — O RECURSO PRINCIPAL E O ADESIVO

O recurso adesivo não é uma espécie, mas uma forma de interposição de alguns recursos. Podem ser opostos sob a forma adesiva **a apelação, os embargos infringentes, o recurso especial e o extraordinário**.

Caberá ao recorrente, quando possível, optar entre interpô-los sob a forma principal ou adesiva.

São dois os requisitos do recurso adesivo:

- **que tenha havido sucumbência recíproca**, isto é, que nenhum dos litigantes tenha obtido no processo o melhor resultado possível;
- **que tenha havido recurso do adversário**.

Mas quando o recurso deve ser interposto como principal, ou adesivo?

Imagine-se, por exemplo, que A ajuíza em face de B uma ação de cobrança de 100, e que o juiz julga parcialmente procedente o pedido, condenando o réu a pagar ao autor 80. Houve sucumbência recíproca.

Pode ocorrer que essa sentença não satisfaça nenhum dos litigantes, e que ambos queiram que seja reformada pelo órgão *ad quem*. Intimadas, as partes apresentarão o seu recurso sob a forma principal. Serão recursos autônomos, cujos requisitos de admissibilidade serão examinados pelo juiz, individualmente.

Mas pode ocorrer, por exemplo, que A, conquanto não tenha obtido o resultado mais favorável, **aceite o resultado, e esteja disposto a não recorrer, para que, havendo logo o trânsito em julgado, ela passe a produzir efeitos**. Sendo assim, deixará transcorrer o seu prazo *in albis*. Mas A descobre que o seu adversário recorreu, o que impede o trânsito em julgado: os autos terão de ser remetidos ao tribunal. O autor, se soubesse que o réu interporia recurso, e que os autos subiriam, também teria recorrido, para tentar obter um resultado ainda mais favorável.

Nessa circunstância, a lei processual lhe dá uma segunda oportunidade de recorrer, desta feita sob a forma adesiva. É como se o autor **"pegasse carona"** no recurso do adversário, apresentando também o seu. Essa breve explicação esclarece por que é indispensável que tenha

havido sucumbência recíproca e recurso do adversário, pois do contrário não haveria como "pegar a carona".

Aquele que recorreu adesivamente, preferiria que a sentença transitasse logo em julgado; mas como houve recurso do adversário, ele aproveita para também recorrer.

Isso explica o **caráter acessório** do recurso adesivo. Se principal não for admitido, ou se houver desistência, ele ficará prejudicado, pois só sobe e é examinado com o principal.

7.1. Processamento do recurso adesivo

Publicada a sentença ou acórdão, fluirá o prazo para a apresentação de recurso principal, que pode ser interposto por ambas as partes. Havendo sucumbência recíproca, se só uma delas recorrer, a outra será intimada a oferecer contrarrazões. **Nesse prazo, poderá apresentar o recurso adesivo**. Este deve ser apresentado no prazo das contrarrazões, **mas em peças distintas**. Afinal, os fundamentos serão completamente diferentes: nas contrarrazões, o apelado postulará a manutenção do que lhe foi concedido; e no recurso adesivo, a reforma da sentença, naquilo que lhe foi negado.

Conquanto controvertida a questão, tem prevalecido o entendimento de **que a Fazenda Pública e o Ministério Público terão prazo em dobro para a interposição do recurso adesivo**, caso em que ele será interposto depois das contrarrazões, para as quais têm prazo simples.

Recebido o recurso adesivo, o juiz intimará a parte contrária para oferecer-lhe contrarrazões. Haverá, portanto, contrarrazões ao recurso principal, e ao adesivo.

Os requisitos de admissibilidade são os mesmos do recurso principal, tanto os extrínsecos como os intrínsecos (art. 500, parágrafo único, do CPC).

Como ele é subordinado ao principal, **se este não for admitido, julgado deserto ou houver desistência, aquele ficará prejudicado** (art. 500, III, do CPC).

Aquele que apelou sob a forma principal, não pode, posteriormente, recorrer sob a forma adesiva. Imagine-se, por exemplo, que uma das partes tenha apelado sob a forma principal, e que seu recurso não tenha sido admitido, por estar sem preparo ou fora do prazo. Havendo recurso do adversário, não será possível que ele tente agora interpor recurso sob a forma adesiva, uma vez que já exauriu o seu direito de recorrer.

REQUISITOS INTRÍNSECOS	
Cabimento	Só são cabíveis os recursos previstos em lei. O CPC os enumera no art. 496, podendo haver outros criados em lei especial.
Interesse	É condicionado a que haja sucumbência, isto é, a que não se tenha obtido, no

	processo, o melhor resultado possível. Não há interesse em recorrer da fundamentação salvo nos casos em que esta repercutir na incidência ou não da coisa julgada material (*secundum eventum litis*).
Legitimidade	Têm legitimidade as

partes, o Ministério Público e o terceiro prejudicado. Além disso, o advogado, desde que o recurso verse exclusivamente sobre os seus honorários. Não tem legitimidade o juiz, os funcionários e o perito.

Inexistência de súmula impeditiva	Vem tratada n art. 518, § 1º, do CPC. O recurso não será admitido se a decisão estiver em conformidade com súmula dc Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

REQUISITOS EXTRÍNSECO

Tempestividade	Os recurso do CPC sã interpostos prazo de quinze dias, salvo o agra (dez dias) e embargos d declaração (cinco dias) Os arts. 18 191 do CP o art. 5º, § da Lei n. 1.060/50, determinam dobra do

	prazo.
Preparo	São as cust com o processame do recurso. Não recolhe preparo os embargos d declaração agravo retic Quando aos demais, o C não o exclui cumprindo verificar as Leis de Organizaçã

	Judiciária estaduais. C recurso extraordinár e o especia recolhem preparo e porte de remessa e retorno. A comprovaçã do preparo deve ser fei no ato de interposição recurso.
Regularidade	Os recursos

formal	são, em reg escritos, no regime do CPC. A ressalva é c agravo retic em audiênc No ato de interposiçã devem vir acompanha das razões, sob pena de preclusão consumativa
Inexistência de fatos extintivos	Os fatos extintivos sã

ou impeditivos do direito de recorrer	renúncia e a aquiescênci sempre pré a interposiç do recurso. fato impedit é a desistência, que pressup recurso já interposto.

8. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO RECURSAL

8.1. Introdução

Os recursos são regidos por princípios próprios, examinados nos itens seguintes. Dentre eles, destaca-se o do **duplo grau de jurisdição**, tratado entre os princípios fundamentais do processo civil, que diz respeito diretamente ao direito de recorrer. Conquanto a Constituição Federal não imponha como regra explícita e permanente a do duplo grau, o nosso sistema, ao prever a existência de órgãos cuja função é, entre outras, a de reexaminar as decisões judiciais, em recurso, o admitiu.

8.2. Princípio da taxatividade

O rol legal de recursos é **taxativo, *numerus clausus***. Só existem os

previstos em lei, não sendo dado às partes formular meios de impugnação das decisões judiciais além daqueles indicados pelo legislador.

O art. 496 do CPC enumera os recursos cabíveis. A eles podem ser acrescentados outros que venham a ser criados por leis especiais.

Por razões metodológicas, tratar-se-á, neste capítulo, de alguns fenômenos processuais que não são recursos, que não têm natureza recursal e que, portanto, não estão incluídos no rol legal. No entanto, podem ser confundidos com recursos, o que justifica que sejam examinados, para que as semelhanças e distinções se evidenciem. São eles o reexame necessário, o pedido de reconsideração e a correição parcial.

8.2.1. Reexame necessário

8.2.1.1. Introdução

O reexame necessário não é recurso, pois lhe faltam quase todas as características a ele inerentes: o recurso é voluntário, depende da vontade daqueles que podem recorrer; o reexame é necessário, independe da vontade dos litigantes. O recurso é uma manifestação de inconformismo, ao passo que o reexame será realizado, ainda que todos os litigantes estejam de acordo com a sentença. O recurso deve vir sempre acompanhado de razões, e o reexame não; o recurso tem prazo de interposição, e o reexame deve ser feito a qualquer tempo, sob pena de a sentença não transitar em julgado.

O que há em comum é que, também no reexame, os autos serão remetidos à superior instância, para reapreciação do que foi decidido. Mas não há como considerá-lo recurso. **A expressão "recurso de ofício", utilizada antigamente, não se mostra adequada para indicar a natureza do instituto**.

8.2.1.2. Conceito

Há algumas sentenças que, enquanto não reexaminadas pela instância superior, não produzem efeitos, não transitam em julgado. O legislador determina, como condição de eficácia, que elas sejam reapreciadas.

> Reexame necessário consiste na necessidade, imposta por lei, de que a sentença, para tornar-se eficaz, seja reexaminada pelo tribunal, ainda que não tenha havido nenhum recurso das partes. É condição indispensável para que possa transitar em julgado.

Cabe ao juiz, verificadas as hipóteses, determinar de ofício a remessa dos autos à instância superior, ainda que as partes não tenham recorrido.

Enquanto não o fizer, a sentença não transita em julgado, como estabelece a Súmula 423 do STF: "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso 'ex officio', que se considera interposto 'ex lege'". Se o juiz não determinar a remessa, caberá ao presidente do tribunal avocar os autos.

8.2.1.3. Hipóteses de cabimento no CPC

As hipóteses de cabimento do reexame necessário no CPC vêm previstas no art. 475, **que enumera duas que podem ser resumidas em uma só**.

O art. 475, I, o determina quando a sentença for "proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público". Em síntese, **contra as pessoas jurídicas de direito público**. Por oposição, não haverá reexame nas sentenças proferidas contra as pessoas de direito privado, que incluem as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

O reexame só se justifica **se a sentença for contrária a tais entes, se eles tiverem sofrido alguma sucumbência, não obtendo o resultado mais favorável**.

O reexame necessário não impede que a Fazenda Pública interponha recurso voluntário que, **sendo acompanhado de razões**, permitirá que ela apresente argumentos ou fundamentos para tentar convencer o tribunal a modificar a decisão.

A segunda hipótese é a da "sentença que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, IV)". Mas essa não se distingue da anterior, porquanto, se os embargos opostos contra a Fazenda Pública são julgados procedentes, terá havido sucumbência dela, com o que se recai na situação anterior.

Assim, **pode-se resumir as hipóteses de cabimento de reexame necessário no CPC à sucumbência da Fazenda Pública**, o que tem despertado críticas, já que são numerosos os seus privilégios processuais.

8.2.1.4. Casos de exclusão do reexame necessário

O CPC apresenta algumas exceções ao reexame, quando há sucumbência da Fazenda Pública. Elas estão previstas no art. 475, §§ 2º e 3º, do CPC.

Não haverá quando "a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a sessenta salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor".

O dispositivo visa **afastar o reexame nos casos em que a sucumbência da Fazenda for de pequena monta, até sessenta salários mínimos**. Se ela for ré, não haverá reexame se a condenação, ou o direito controvertido, se limitar a esse montante; se for autora, se a diferença entre o que foi pedido e o que for obtido não ultrapassar esse valor.

A inexistência do reexame não constitui óbice a que a Fazenda, insatisfeita, valha-se do recurso voluntário.

A outra hipótese de exclusão é a da sentença que "estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente".

A exclusão se justifica, **seja qual for o valor da sucumbência da Fazenda**, uma vez que o reexame, nesse caso, só serviria para retardar o desfecho do processo, sem resultado útil para a Fazenda, diante da existência de jurisprudência consolidada nos tribunais superiores.

8.2.1.5. Outras hipóteses

Além das mencionadas no CPC, há outras hipóteses de reexame necessário, em ações de natureza civil, previstas em legislação extravagante.

Uma delas é a da **sentença que julga improcedente ou extinta sem julgamento de mérito a ação popular (art. 17, da Lei n. 4.717/65); outra, é a sentença que conceder o mandado de segurança (art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016/2009)**.

8.2.1.6. Efeitos do reexame necessário

Não é adequado alegar que o reexame necessário tem efeito suspensivo. Melhor dizer que ele é condição de eficácia da sentença, porque não é ele que suspende a eficácia da sentença; mas esta não produz nenhum efeito, enquanto não reexaminada pelo tribunal. É diferente do que ocorre, por exemplo, com a apelação. Se esta for interposta, em regra, a sentença não produzirá ainda efeitos; mas se não for, findo o prazo recursal, tornar-se-á perfeitamente eficaz.

Quanto ao efeito devolutivo, a extensão da matéria a ser reexaminada pelo juiz, por força do reexame é indicada pela Súmula 45 do STJ: "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública". **Essa súmula indica que o Tribunal só examinará, no reexame, a sucumbência imposta à Fazenda, e não as outras partes da sentença**. A situação da Fazenda não pode piorar; só poderá, se houver recurso voluntário do seu adversário.

Além disso, o Tribunal pode reexaminar integralmente a sucumbência da Fazenda, inclusive os honorários advocatícios a que foi condenada. Nesse sentido, a Súmula 325 do STJ: "A remessa oficial devolve ao tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado". Essa súmula aplica-se, ainda que haja apelação parcial da Fazenda: **se ela apelar de apenas uma parte da sentença em que sucumbiu, a outra parte, que não foi objeto do recurso, deverá ser objeto do reexame**.

Discute-se se o art. 515, § 3º, do CPC poderia ser aplicado ao reexame necessário. Esse dispositivo autoriza o tribunal a julgar o pedido, ainda que a primeira instância não o tenha feito, julgando o processo extinto sem julgamento de mérito, desde que todos os elementos necessários para tanto já estejam nos autos.

Conquanto o artigo esteja no capítulo da apelação, não há óbice a que seja aplicado ao reexame necessário. Se a Fazenda, por exemplo, promove demanda contra o particular, julgada extinta sem julgamento de mérito, haverá reexame necessário, no qual o tribunal poderá julgá-lo, desde que todos os elementos necessários estejam nos autos. E ao fazê-lo **poderá julgar o pedido procedente ou improcedente. Não haverá *reformatio in pejus* neste último caso, porque esta pressupõe que a primeira instância tenha examinado a pretensão**.

O reexame necessário tem ainda efeito translativo, autoriza o Tribunal a conhecer, de ofício, matérias de ordem pública, mesmo aquelas que não sejam objeto do recurso. Esse é o maior perigo que corre a Fazenda. Pode ser que tenha sofrido pequena sucumbência e que nenhuma das partes recorra. Por força do reexame, os autos serão remetidos à instância superior. O Tribunal examinará, além da sucumbência da Fazenda, as matérias públicas que podem ser conhecidas de ofício. E ao fazê-lo, poderá até julgar o processo extinto sem julgamento de mérito.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu Pleno, decidiu que **não cabem embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido em reexame necessário, o que se tornou objeto da Súmula 390**.

8.2.2. Pedido de reconsideração

O pedido de reconsideração não tem previsão legal, mas é formulado com frequência.

Não se lhe pode atribuir natureza de recurso, já que não está previsto em lei como tal, **nem obriga ao reexame da questão suscitada**.

O problema mais interessante que suscita é o de saber se o juiz pode

reconsiderar, e até quando pode fazê-lo.

Se a parte agravou, o juiz pode, **enquanto não julgado o recurso, reconsiderar**, pois os agravos são dotados de juízo de retratação. O mesmo ocorrerá quando houver apelação, nos casos em que ela autoriza a retratação (indeferimento da inicial e improcedência de plano).

Se a parte não agravou, pode haver a reconsideração? **É preciso distinguir se a decisão envolve matéria de ordem pública, ou não**. No primeiro caso, não estará sujeita à preclusão, nem para as partes, nem para o juiz (preclusão *pro judicato*), que poderá reconsiderá-la a qualquer tempo, enquanto não tenha havido o julgamento. Se não é de ordem pública, está sujeita a preclusão, **e o juiz só poderá reconsiderá-la se dentro do prazo de dez dias, para a interposição do agravo**, prazo em que, como há ainda a possibilidade de recurso, a decisão não se terá tornado preclusa.

O pedido de reconsideração **não tem efeito suspensivo ou interruptivo do prazo de outros recursos**. Se o juiz não volta atrás, a parte terá perdido a possibilidade de agravar, se não o tiver feito no prazo. Melhor será que, para não perdê-lo, postule ao juiz a retratação, mas requeira que ele receba o seu pedido como agravo retido, se não reconsiderar.

Caso o juiz acolha o pedido de reconsideração formulado por uma das partes, poderá a outra, no prazo legal, interpor o seu agravo.

8.2.3. Correção parcial

Não está prevista como recurso em nosso ordenamento jurídico. **É medida administrativa, de natureza disciplinar, para a hipótese de o juiz, por meio de uma decisão, promover a inversão tumultuária do processo**. Tinha utilidade no regime do Código de 1939, cujo sistema recursal era insuficiente, não prevendo recursos contra algumas espécies de decisões, das quais podiam advir prejuízo às partes. Em tais situações, admitia-se a sua interposição.

Hoje, a correição parcial não tem mais utilidade, nem poderá ser admitida, porque há um recurso adequado contra as decisões interlocutórias capazes de trazer prejuízo às partes: o agravo.

Se interposta a correição parcial, o juiz ou o Tribunal poderá recebê-la, desde que preenchidos os requisitos legais, **como agravo retido ou de instrumento**.

8.3. Princípio da singularidade ou da unirrecorribilidade

É o que estabelece que, **para cada ato judicial, cabe um único tipo de recurso adequado**.

Contra decisões interlocutórias, o agravo. Para as sentenças, a apelação; acórdãos não unânimes que reformam sentença de mérito, embargos infringentes; acórdãos que se enquadrem nas hipóteses do art. 102, III, da Constituição Federal, recurso extraordinário; e acórdãos, nas hipóteses do art. 105, III, recurso especial. O recurso ordinário será adequado nas hipóteses previstas na CF, arts. 102, II, e 105, II.

Há duas situações em que será possível interpor recursos distintos contra o mesmo ato judicial. Conquanto sejam exceções à regra de que só caiba um recurso adequado contra cada tipo de decisão, nenhuma viola o princípio da singularidade:

- a interposição de embargos de declaração, contra decisões, sentenças e acórdãos, sem prejuízo de outros recursos. Não há violação ao princípio da unidade, porque os embargos não visam a reforma ou anulação da decisão, mas apenas o seu aclaramento e integração;
- a interposição simultânea de recurso especial e extraordinário, contra o mesmo acórdão. Há aqui dois recursos contra a mesma decisão, mas cada qual versando sobre um aspecto, uma situação determinada, no acórdão.

Do princípio da singularidade, decorrem algumas situações, cujo exame pode ser relevante:

a) Em audiência de instrução e julgamento, o juiz pode praticar numerosos atos processuais. Pode, por exemplo, indeferir provas requeridas pelas partes, e, ao final, proferir sentença. **O indeferimento de provas e a sentença constituem atos processuais distintos, cuja impugnação desafia a interposição de recursos diversos**. Será necessário o agravo, contra a decisão; e a apelação contra a sentença. Não será possível, na apelação, rediscutir a decisão que indeferiu as testemunhas, porque ela foi prolatada de forma autônoma, fora da sentença. Diferente seria se o juiz a proferisse no seu bojo, caso em que não haveria dois atos judiciais distintos, mas um só: a sentença, contra a qual cabe apelação.

Um exemplo: imagine-se que A ajuíze em face de B uma ação de cobrança, e que requeira, no momento oportuno, prova testemunhal.

O juiz profere julgamento antecipado da lide, acolhendo a pretensão do autor. Na sentença, ele conclui pela desnecessidade das testemunhas, entendendo que a questão de mérito era só de direito, ou já estava provada por outros elementos. O autor não tem interesse de recorrer dessa sentença, que lhe foi favorável, embora o juiz tenha indeferido as testemunhas. Quem poderá recorrer é o réu. Se ele o fizer, e o tribunal entender que os

elementos de prova são insuficientes para o acolhimento da pretensão, **não poderá reformá-la, mas deverá anulá-la, autorizando o autor a produzir as provas que ele requereu e não teve como produzir**. Certo que o indeferimento das testemunhas não foi objeto do recurso, mas o autor não teve oportunidade de recorrer, já que o determinado na sentença lhe foi favorável. Se, porém, a decisão sobre provas estivesse fora da sentença, seria necessário que o autor tivesse apresentado agravo retido, sob pena de a decisão considerar-se preclusa.

b) O juiz pode, no curso do processo, deferir o requerimento do autor de antecipação de tutela. Pode fazê-lo até mesmo no momento de proferir sentença, quando a apelação for dotada de efeito suspensivo. Mas é conveniente que o faça **em decisão interlocutória autônoma**, pois então caberá à parte prejudicada agravar de instrumento dessa decisão (podendo requerer, se for o caso, a concessão de efeito suspensivo ao relator), e apelar da sentença; mas se o juiz decidir a tutela antecipada dentro da sentença, não haverá dois atos judiciais, mas apenas um, contra o qual caberá tão somente apelação, não dotada de efeito suspensivo (art. 520, VII, do CPC).

8.4. Princípio da fungibilidade dos recursos

Vinha previsto expressamente no CPC de 1939, cujo art. 810 estabelecia: "Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento".

O sistema recursal no Código de 1939 não era tão bem organizado como o atual, e havia casos de dúvida objetiva a respeito do recurso adequado. Por isso, o legislador estabeleceu que o juiz ou o tribunal poderia conhecer de um recurso pelo outro, valendo-se da fungibilidade.

O CPC atual não repetiu o dispositivo do Código anterior, porque o legislador imaginou que, tendo feito as distinções entre os vários tipos de ato judicial de forma mais clara que na lei anterior, estariam afastadas as hipóteses de dúvida objetiva e a fungibilidade seria desnecessária.

Mas se verificou que, mesmo na vigência do novo Código, **havia hipóteses de dúvidas quanto à natureza do ato judicial, e, portanto, do recurso adequado**. Surgiram controvérsias na doutrina e na jurisprudência sobre a natureza de determinados atos, que alguns qualificavam de sentença, outros de decisão interlocutória.

Daí a necessidade de tornar à fungibilidade, ainda que sem previsão legal. Ela decorre do sistema, **pois continuam existindo situações de dúvida**

objetiva a respeito do recurso apropriado.

Mas nem sempre caberá a aplicação da fungibilidade. Há um requisito indispensável, a existência de dúvida objetiva a respeito da natureza da decisão, **aquela que resulta da existência de controvérsia efetiva, na doutrina ou na jurisprudência, a respeito do ato. Não basta a dúvida subjetiva, pessoal, sendo necessário que ela se objetive pela controvérsia.**

Quando houver a dúvida objetiva, o juiz ou o tribunal poderá receber um recurso por outro. É o que ocorre, por exemplo, nos julgamentos dos incidentes de falsidade, que, não pondo fim ao processo ou à fase condenatória, teriam natureza de decisão interlocutória, embora o art. 395 se refira a eles como sentença. Daí a dúvida sobre qual a efetiva natureza do ato, que justifica a aplicação do princípio. Outros exemplos são a decisão que indefere o processamento de reconvenção ou ação declaratória incidental e a que exclui um dos litisconsortes.

8.4.1. Requisitos para a sua aplicação

No CPC de 1939, eram dois os requisitos: a inexistência de erro grosseiro e de má-fé. Não havia erro grosseiro em caso de dúvida objetiva a respeito da natureza do ato praticado. Já a má-fé era demonstrada quando, existindo diferenças de prazo entre os dois recursos sobre os quais pairava a dúvida, o recorrente se valia do menor. Se havia dúvida entre apelação e agravo, a boa-fé ficava demonstrada se o recorrente, ainda que se valesse da apelação, a apresentasse no prazo menor do agravo.

No regime atual, parece-nos correta a lição de Nelson Nery Junior, **para quem o único requisito é o da dúvida objetiva**. Se esta efetivamente existe, se há controvérsia a respeito de qual o recurso adequado, é direito do recorrente interpor um recurso ou outro, **valendo-se do prazo previsto em lei**. A fungibilidade não estaria acolhida na plenitude, se fosse necessária a utilização do prazo menor, porque ela pressupõe que um recurso possa ser recebido pelo outro, e que o recorrente não sofra nenhum prejuízo pelo fato de ter optado por este ou aquele. Se tivesse de valer-se do prazo menor, haveria prejuízo ao recorrente.

8.4.2. Procedimento de aplicação

Não constitui óbice à aplicação da fungibilidade deverem os recursos, sobre cuja admissibilidade se controverte, ser interpostos em instâncias diferentes. Por exemplo, quando se questiona sobre o cabimento do agravo e da apelação.

Se a parte apela, e entende-se que o recurso correto era o agravo de instrumento, bastará desentranhá-lo, conceder ao autor prazo para instruí-lo

e em seguida enviá-lo ao órgão *ad quem* para julgamento; se, ao contrário, for interposto agravo de instrumento, e for caso de apelação, o tribunal determinará a remessa ao órgão *a quo* para que o recurso seja entranhado aos autos e processado como tal.

8.5. Princípio da proibição da reformatio in pejus

Guarda relação direta com a extensão do efeito devolutivo dos recursos. Aquele que recorre só o faz para melhorar a sua situação. Portanto, só impugna aquela parte da decisão ou da sentença que lhe foi desfavorável. Como o recurso devolve ao Tribunal apenas o conhecimento daquilo que foi impugnado, **os julgadores vão se limitar a apreciar aquilo em que o recorrente sucumbiu, podendo, na pior das hipóteses, não acolher o recurso, e manter a sentença tal como lançada**. Daí decorre que, no exame do recurso de um dos litigantes, a sua situação não poderá ser piorada, sendo vedada a *reformatio in pejus*. A situação só pode ser piorada se houver recurso de seu adversário.

Mas os recursos em geral são dotados de **efeito translativo**, que permite ao órgão *ad quem* examinar de ofício matérias de ordem pública, ainda que não sejam alegadas. **Por força dele, a situação do recorrente pode até ser piorada**. Imagine-se, por exemplo, que o autor de ação condenatória tenha obtido êxito parcial em sua pretensão. Se só ele recorrer para aumentar a condenação obtida, não será possível que o tribunal reduza essa condenação; mas pode, por exemplo, detectar uma questão de ordem pública, que ainda não tinha sido ventilada, como a falta de uma das condições da ação ou de um dos pressupostos processuais, do que resultará a extinção do processo sem julgamento de mérito, em detrimento do autor.

9. EFEITOS DOS RECURSOS

9.1. Introdução

São as consequências que o processo sofre com a sua interposição. Não decorrem da vontade das partes ou do juiz, mas de determinação legal. É a lei que estabelece quais os efeitos de que um recurso é dotado.

Constituem matéria de ordem pública, não sujeita a preclusão. O juiz que tenha, por equívoco, atribuído a determinado recurso efeitos de que ele seja desprovido, deverá voltar atrás, afastando-os. Contra a decisão que atribui efeitos ao recurso cabe agravo de instrumento.

Nos itens seguintes serão examinados os principais: devolutivo, suspensivo translativo, expansivo e regressivo.

9.2. Efeito devolutivo

Consiste na aptidão que todo recurso tem de devolver ao conhecimento do órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. Todos os recursos são dotados de efeito devolutivo, uma vez que é de sua essência que o Judiciário possa reapreciar aquilo que foi impugnado, seja para modificar ou desconstituir a decisão, seja para complementá-la ou torná-la mais clara.

O órgão *ad quem* deverá observar os limites do recurso, conhecendo apenas aquilo que foi contestado. Se o recurso é parcial, o tribunal não pode, por força do efeito devolutivo, ir além daquilo que é objeto da pretensão recursal.

Ele é consequência da inércia do Judiciário: não lhe cabe reapreciar aquilo que, não tendo sido impugnado, presume-se aceito pelo interessado. Também no que concerne aos recursos, o Judiciário só age mediante provocação, limitando-se a examinar o objeto do recurso (ressalvadas as matérias de ordem pública, que serão objeto de exame no item concernente ao efeito translativo).

O efeito devolutivo precisa ser examinado em seus dois aspectos fundamentais: **o da extensão e o da profundidade**.

9.2.1. Extensão do efeito devolutivo

Aquele que vai a juízo formula pretensões, e expõe os fundamentos pelos quais pretende que elas sejam acolhidas.

O juiz, nas decisões que profere, as examina, acolhendo-as ou rejeitando-as. A parte a quem a decisão prejudicar, pode recorrer. Ao fazê-lo, indicará qual das pretensões rejeitadas pelo juiz pretende que seja reexaminada.

Quando o autor, na petição inicial, formula dois ou mais pedidos, o juiz, no dispositivo da sentença, terá de examiná-los todos.

A parte sucumbente pode ficar inconformada com a rejeição de todas as suas pretensões, ou de apenas algumas delas. Isso será indicado quando ela interpuser o recurso: nele, dirá qual a extensão das matérias que pretende sejam reexaminadas pelo tribunal, se todas as pretensões em que sucumbiu, ou se apenas algumas delas. **Se o recurso for parcial, a tribunal só reexaminará a parte recorrida**.

O recurso devolve ao conhecimento do tribunal tão somente a reapreciação daquilo que foi impugnado: *tantum devolutum quantum appellatum*, princípio que vem expressamente consagrado no art. 515, *caput*, do CPC: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria

impugnada".

9.2.2. Profundidade do efeito devolutivo

Prevista no art. 515, § 1º, do CPC: "Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro". E no art. 515, § 2º: "Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento das demais". Conquanto esse dispositivo esteja no capítulo da apelação, a regra vale para os recursos em geral.

O aspecto profundidade do efeito devolutivo não diz respeito às pretensões formuladas, **mas aos fundamentos que a embasam**.

Para que seja possível compreendê-lo, é indispensável lembrar que, em suas decisões, o juiz precisa apreciar todas as pretensões formuladas, **mas não necessariamente todos os fundamentos trazidos pelas partes, mas apenas os suficientes para o acolhimento ou rejeição da pretensão**.

Se o autor formula dois pedidos na inicial, o juiz terá de apreciá-los todos na sentença. Mas se ele formula um só pedido, com dois fundamentos, não haverá sempre a necessidade do exame de todos.

Por exemplo: se postula a anulação de um contrato, com fundamento na participação de um relativamente incapaz não assistido, e na coação a que foi submetido, cada um desses fundamentos, por si só, é suficiente para o acolhimento da pretensão.

Se, no curso do processo, o juiz entender que um deles já está comprovado, acolherá o pedido, **sem necessidade de produzir provas do outro fundamento, ou de examiná-lo**. O processo deve chegar ao resultado adequado, da forma mais econômica possível: se o juiz já tem condições de acolher o pedido, com base num dos fundamentos, não se justifica que determine o prosseguimento apenas para colher provas em relação ao outro.

O mesmo vale em relação aos fundamentos da defesa: se o réu, em ação de cobrança, alega que pagou e que houve uma transação da qual resultou extinta a obrigação, a comprovação de qualquer um deles é suficiente para a improcedência do pedido.

Por isso, se o juiz verificar que **um está comprovado, terá elementos suficientes para julgar, rejeitando o pedido inicial, sem a necessidade de colher provas a respeito do outro dos fundamentos**.

Por força da profundidade do efeito devolutivo do recurso, será dado ao tribunal, dentro dos limites do julgamento, reexaminar todos os fundamentos invocados, ainda que não tenham sido apreciados na decisão

ou sentença.

Nos exemplos mencionados: se o juiz anulou o contrato, com fundamento na incapacidade relativa de um dos contratantes, e houve apelação do réu, caso o tribunal verifique o equívoco desse fundamento (por exemplo, por ter havido emancipação), cumprir-lhe-á antes de reformar a sentença, examinar o segundo, a coação. **Afastado o primeiro fundamento, o tribunal não poderá modificar o julgamento sem examinar o segundo**. Este só não havia sido examinado, porque o primeiro fora acolhido.

Se o órgão *ad quem* tiver elementos para examinar esse segundo fundamento, poderá fazê-lo desde logo, ainda que a primeira instância não o tenha feito (CPC, art. 515, § 2º). Mas se não os tiver, poderá ou anular a sentença, devolvendo o processo ao primeiro grau, para que as provas sejam produzidas; ou, se for o caso, valer-se do art. 515, § 4º, mandado produzir a prova faltante para, em seguida, prosseguir no julgamento.

No segundo exemplo, rejeitada a pretensão inicial com fulcro em pagamento, caso haja apelação do autor, e o tribunal afaste tal fundamento, antes de reformar a sentença precisará examinar o segundo, a transação. Se os elementos necessários já estiverem nos autos, poderá fazê-lo desde logo. Do contrário, procederá na forma acima mencionada.

Portanto, do ponto de vista da profundidade, **o efeito devolutivo devolve ao conhecimento do tribunal não apenas aquilo que foi decidido pelo juiz e impugnado pelo recorrente, mas todas as questões discutidas nos autos. É como se, em relação aos fundamentos e às questões discutidas, o órgão *ad quem* se colocasse na posição do órgão *a quo*, devendo examinar todos aqueles que foram suscitados**.

9.2.3. Efeito devolutivo e o art. 515, § 3º, do CPC

O efeito devolutivo ganhou amplitude com a introdução, em nosso ordenamento jurídico, do art. 515, § 3º, do CPC.

Antes dele, quando o juiz extinguia o processo sem julgamento de mérito e havia apelação, o tribunal, verificando que não era caso de extinção, não podia promover o exame dos pedidos. **Era preciso anular a sentença, e devolver os autos à origem, para que o mérito pudesse ser apreciado**.

Em caso de recurso contra sentenças extintivas, não havia a possibilidade de o tribunal conhecer as questões de mérito.

Com o art. 515, § 3º, o órgão *ad quem* ficou autorizado a, **ainda quando a sentença seja meramente extintiva, promover o julgamento do mérito, desde que todos os elementos necessários para isso já estejam nos**

autos.

A apelação devolve ao conhecimento do tribunal o mérito que podia ter sido apreciado pelo juízo de origem, mas não foi. O órgão *ad quem* estará livre para acolher ou rejeitar as pretensões formuladas na inicial, julgando-as procedentes ou improcedentes. **Não há óbice à improcedência, pois não há *reformatio in pejus* quando o órgão de origem não apreciou o mérito**.

Questão de grande interesse é a de saber se, mesmo que o apelante não requeira o julgamento do mérito, mas tão somente a anulação da sentença extintiva, o tribunal poderá fazê-lo. **Ainda que não haja pedido, o tribunal, desde que encontre os elementos necessários, deve passar ao julgamento de mérito, uma vez que esse é objetivo final do processo**. É consequência natural da reforma da sentença extintiva, quando todos os elementos necessários já foram colhidos. Para tanto, é preciso que as partes, e eventuais terceiros intervenientes, **já tenham tido oportunidade de manifestar-se nos autos a respeito das questões de mérito, e que ou não haja necessidade de produção de provas, ou estas já tenham sido produzidas**.

9.2.4. Efeito devolutivo e as sentenças que acolhem as alegações de prescrição e decadência

Quando o juiz acolhe as alegações de prescrição e decadência, extingue o processo com julgamento de mérito, sem acolher ou rejeitar as pretensões formuladas (art. 269, IV, do CPC). Daí elas serem denominadas preliminares de mérito, já que, embora ligadas ao mérito, devem ser apreciadas antes do acolhimento ou rejeição dos pedidos.

Se houver recurso, e o órgão *ad quem* afastar a prescrição ou decadência, poderá passar ao exame das pretensões, ainda que a primeira instância não o tenha feito, **desde que encontre nos autos todos os elementos necessários para tanto**. Se não, deverá anular a sentença e determinar a restituição dos autos ao órgão de origem, para a colheita dos elementos necessários.

9.3. Efeito suspensivo

É a qualidade que têm alguns recursos de **impedir que a decisão proferida se torne eficaz até que eles sejam examinados**. O comando contido na decisão não será cumprido, até a decisão do recurso.

A suspensividade já existe antes da interposição, desde que haja a expectativa de que ele venha a ser apresentado, e a lei lhe atribua o efeito

suspensivo. Proferida e publicada a sentença, no prazo de quinze dias para interposição de apelação que tenha efeito suspensivo, não poderá haver execução, mesmo que o recurso ainda não tenha sido interposto. **A suspensão ocorre desde que haja a possibilidade de recurso dotado de efeito suspensivo**. Ele existe não só pela interposição, mas durante o prazo em que o recurso pode ser apresentado.

9.3.1. Recursos dotados de efeito suspensivo

É preciso distinguir duas categorias de recursos, em relação ao efeito suspensivo: **a daqueles que, em regra, são dotados desse efeito, salvo expressa previsão legal; e o daqueles que não o são, mas aos quais ele poderá ser atribuído, excepcionalmente**.

A apelação está entre os primeiros. A regra é que tenha o efeito, mas há exceções, previstas no art. 520 do CPC e em leis especiais.

O agravo, em regra, não tem efeito suspensivo. Mas, quando de instrumento, é possível ao agravante postulá-lo ao relator.

Os embargos de declaração têm efeito suspensivo, uma vez que não há disposição legal em contrário. Esse é o entendimento prevalente na doutrina e jurisprudência. Vale mencionar, porém, na esteira de Flávio Cheim Jorge, que parece mais correto que os embargos de declaração só tenham efeito suspensivo **se o recurso que puder ser interposto em seguida contra a decisão for dele dotado**.

Os embargos infringentes só cabem contra acórdão no julgamento de apelação ou ação rescisória. Eles só terão efeito suspensivo se a apelação da qual resultou o acórdão embargado era dotada desse efeito; ou, na ação rescisória, se esta havia suspendido o cumprimento da sentença ou do acórdão, nas hipóteses do art. 489, do CPC.

O recurso ordinário, o especial, o extraordinário e os embargos de divergência não são dotados de efeito suspensivo.

9.3.2. Extensão do efeito suspensivo

O efeito suspensivo do recurso impede a execução integral da decisão judicial, ou apenas da parte impugnada? Havendo recurso parcial, aquilo que não foi objeto de impugnação já pode ser executado?

Para responder a essas questões, é importante lembrar que **a sentença é composta de inúmeros capítulos**. Cada um dos pedidos, em relação a cada uma das partes, será examinado, e constituirá um capítulo.

Há aqueles que mantêm entre si relação de independência, sendo estanques, e aqueles que guardam relação de interdependência.

Se houver apelação parcial, a respeito de um dos capítulos da sentença, sem que haja impugnação dos demais, **aqueles que forem estanques, independentes, transitarão em julgado, e poderão ser executados desde logo**.

Por exemplo: se o autor ajuíza ação em face do réu cobrando as dívidas X e Y, e o juiz julga procedentes ambas as pretensões, havendo apelação do réu apenas a respeito da dívida Y, haverá o trânsito em julgado da condenação referente à X, o que permitirá de imediato a sua execução; e de forma definitiva, porque terá havido o trânsito em julgado da parte incontroversa, não podendo o juiz conhecer nem mesmo de matérias de ordem pública, porque tal parte da sentença terá se tornado imutável.

O mesmo não ocorrerá se os capítulos foram interdependentes, em que o acolhimento de um possa repercutir sobre o outro (efeito expansivo objetivo). Por exemplo, em ação de anulação de contrato de compra e venda cumulada com reintegração de posse do imóvel alienado, há manifesta relação de prejudicialidade entre as duas pretensões, pois o juiz só irá deferir a pretensão possessória se anular o contrato.

Ora, se ele acolher as duas pretensões, e o réu só apelar do pedido anulatório, não será possível executar a reintegração de posse, **porque o acolhimento do recurso repercutirá sobre a segunda decisão (efeito expansivo)**.

A mesma solução há de ser dada em caso de litisconsórcio. Se um recorrer, só haverá suspensão da eficácia da sentença em relação a ele, ou também para os demais? A solução exige que se faça o mesmo raciocínio: **quando o litisconsórcio é unitário, o recurso apresentado por um beneficia a todos**. Basta que um recorra para que se suspenda a decisão em relação aos demais; se o litisconsórcio é simples, será necessário verificar se a matéria alegada é comum, ou se tem natureza pessoal, só dizendo respeito ao apelante (ver Livro III, Capítulo 2, item 7). **Quando a matéria é comum, o recurso aproveita a todos, e haverá em relação a todos a suspensão; quando é pessoal, só haverá suspensão em relação ao que o apresentou**.

9.3.3. Efeito suspensivo e ações conexas

Quando há conexão, o juiz, com frequência, julga as duas ou mais ações conexas, com uma só sentença. Havendo um só ato processual, caberá apenas uma apelação. Mas pode ocorrer que, em relação a uma das ações, o recurso seja dotado de efeito suspensivo, e em relação a outra, não.

Se assim for, o juiz, ao receber o recurso, deverá esclarecer **que o recurso terá efeito suspensivo em relação ao julgamento de uma das**

ações, mas não em relação à outra.

Situação idêntica ocorrerá quando o juiz, com uma só sentença, julgar a ação principal e a cautelar, o que ocorre com alguma frequência. Interposta uma única apelação, o juiz a receberá com efeito suspensivo, em relação ao pedido principal, e sem efeito suspensivo, em relação ao pedido cautelar (art. 520, IV, do CPC).

9.3.4. Efeito suspensivo e cassação de liminares

Quando o juiz julga improcedente a pretensão do autor, como efeito da sentença **ficam revogadas as liminares concedidas em favor do autor, a título cautelar ou de antecipação de tutela**. Isso porque, dadas com fulcro em cognição superficial, não podem sobreviver à sentença, proferida em cognição exauriente. Trata-se de consequência natural da sentença e independe de manifestação expressa do juiz.

Às vezes, contra a sentença é interposta apelação com efeito suspensivo, o que poderia gerar a dúvida: suspensa a eficácia da sentença, prevalecem as liminares concedidas anteriormente?

A resposta é negativa, **porque o efeito suspensivo impede a execução provisória da sentença, mas não afasta a revogação das medidas anteriores com ela incompatíveis**.

9.3.5. Efeito suspensivo concedido pelo relator

O art. 558 do CPC concede **ao relator do agravo de instrumento o poder de atribuir-lhe efeito suspensivo em numerosas hipóteses**, que podem ser resumidas pela fórmula "sempre que houver risco lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação".

O parágrafo único **estende esse poder às hipóteses de apelação não dotadas de efeito suspensivo, nos casos enumerados no art. 520, do CPC**.

Tal providência depende de requerimento do agravante ou apelante, não sendo possível que o relator a conceda de ofício. Conquanto a decisão do relator seja unilateral, não se admite contra ela outro recurso, por força do disposto no art. 527, parágrafo único, do CPC.

Nessa circunstância, havendo risco de prejuízo irreparável, restará à parte prejudicada tentar o mandado de segurança, única alternativa diante da inexistência de recurso de que possa lançar mão.

9.3.6. Efeito suspensivo ativo

Essa expressão é utilizada para designar **a possibilidade de o relator, liminarmente, conceder a tutela de urgência que foi negada pela primeira**

instância. Se o juiz *a quo* concedeu a liminar, e a parte prejudicada teme que seja executada, cabe a ela agravar de instrumento e postular a concessão de efeito suspensivo, para paralisar o cumprimento da medida.

Mas se o juiz de primeiro grau não concedeu a medida, e a parte tem urgência em obtê-la, pode pedir ao relator que conceda efeito ativo (ou suspensivo ativo), deferindo a liminar, que o juízo *a quo* negou.

9.4. Efeito translativo

É a aptidão que os recursos em geral têm de **permitir ao órgão *ad quem* examinar de ofício matérias de ordem pública, conhecendo-as ainda que não integrem o objeto do recurso**. É decorrência natural de elas poderem ser conhecidas pelo juízo independentemente de arguição. Questões como prescrição, decadência, falta de condições da ação ou de pressupostos processuais poderão ser examinadas pelo órgão *ad quem* ainda que não suscitadas.

Difere do efeito devolutivo, que consiste na devolução ao tribunal do reexame daquilo que foi suscitado; **o translativo o autoriza a examinar o que não o foi, mas é de ordem pública**.

Todos os recursos ordinários são dotados de efeito translativo, incluindo os embargos de declaração, os agravos e os embargos infringentes. Se o tribunal, por exemplo, ao apreciar um agravo de instrumento interposto pelo autor contra decisão que não concedeu uma liminar por ele solicitada, constata a falta de uma das condições da ação, julgará, de ofício, o processo extinto sem julgamento de mérito, não importando que a questão não tenha sido aventada.

Não há efeito translativo apenas nos recursos especial e extraordinário, pois o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal se limitarão a examinar aquilo que tenha sido prequestionado e, portanto, aventado nas instâncias inferiores, sem conhecer de ofício matérias que não tenham sido suscitadas.

Há decisões do STJ, no entanto, no sentido de que, se o REsp foi admitido, e superou a barreira do conhecimento, é possível o exame de matérias de ordem pública que não tenham sido suscitadas. Nesse sentido, o EDcl no AgRg no Ag 1185325-RJ, j. 22.01.2011, Rel. Celso Limongi. Isso quer dizer que, se o recurso especial foi admitido, por outra razão, abrindo-se, com isso, essa instância recursal, o Superior Tribunal de Justiça poderia conhecer matérias de ordem pública de ofício. Nesse mesmo sentido: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO

TEMA SE VIABILIZADA A INSTÂNCIA ESPECIAL PARA EXAME DE OUTRA ALEGAÇÃO. Mesmo matérias de ordem pública devem estar prequestionadas para serem conhecidas em Recurso Especial. Somente quando viabilizada a instância Especial para o exame de outras alegações é que se pode conhecer do tema da prescrição não prequestionado. Precedentes. Agravo Regimental Improvido" (AgRg no Ag 1368327/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. em 22.03.2011, *DJ*e 30.03.2011).

Parece-nos, porém, que os recursos extraordinário e especial não podem ter efeito translativo, uma vez que, por força de dispositivo constitucional expresso, eles estão limitados ao exame de causas decididas, que contrariem a Constituição ou as leis federais. Se a matéria, ainda que de ordem pública, não foi examinada no acórdão recorrido, não pode ser examinada de ofício, no RE ou REsp, porque não terá sido prequestionada, sem o que, não preencherá o requisito de "causa decidida", exigida pelos arts. 102, III, e 105, III, da CF.

9.5. Efeito expansivo

Chama-se efeito expansivo **a aptidão de alguns recursos cuja eficácia pode ultrapassar os limites objetivos ou subjetivos previamente estabelecidos pelo recorrente**. Ele possibilita que o resultado do recurso estenda-se a litigantes que não tenham recorrido; ou a pretensões que não o integrem. Daí falar-se em efeito expansivo subjetivo ou objetivo.

O efeito devolutivo autoriza o tribunal a examinar o recurso nos limites das questões suscitadas. Mas, em determinados casos, o seu acolhimento pode produzir efeitos seja em relação a quem não recorreu, seja em relação a pretensões que não haviam sido impugnadas.

9.5.1. Efeito expansivo subjetivo

Havendo litisconsórcio, o recurso interposto por um deles pode, dependendo das circunstâncias, beneficiar aqueles que não recorreram. Isso se verificará em duas hipóteses: **quando for unitário, ou, sendo simples, as matérias alegadas pelo recorrente forem comuns aos demais**. Por exemplo, se em ação de indenização ajuizada por vítima de acidente de trânsito em face daquele que dirigia o veículo e do seu proprietário houver a condenação de ambos, acolhido o recurso interposto somente por este, para alegar inexistência de dano, ou culpa exclusiva da vítima, o corréu haverá de se beneficiar, uma vez que a matéria alegada é comum.

9.5.2. Efeito expansivo objetivo

Há pedidos interdependentes, que mantém entre si relação de prejudicialidade. Não é possível modificar a decisão a respeito de um deles

sem que haja repercussão sobre os demais. Nessa situação, ainda que haja recurso apenas em relação a um deles, **o provimento repercutirá sobre os outros, ainda que estes não especificamente impugnados**. Se, em ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, o réu recorrer contra a procedência do pedido declaratório de paternidade, o acolhimento do recurso afetará também a pretensão condenatória a alimentos, já que guardam relação de prejudicialidade entre si.

9.6. Efeito regressivo

É a aptidão de que alguns recursos são dotados **de permitir ao órgão *a quo* reconsiderar a decisão proferida**, exercer juízo de retratação.

O recurso de agravo, em suas variadas espécies, é dotado de efeito regressivo, pois sempre permite ao prolator da decisão reconsiderá-la.

A apelação, em regra, não tem esse efeito. Mas há atualmente duas hipóteses em que o juiz pode voltar atrás: a da sentença de indeferimento da inicial, no prazo de 48 horas (art. 296, do CPC) e a sentença de improcedência de plano, no prazo de cinco dias (art. 285-A, § 1º).

2

DOS RECURSOS EM ESPÉCIE

1. Apelação
   1.1. Conceito
   1.2. Requisitos de admissibilidade
   1.3. Efeitos da apelação
   1.4. Possibilidade de inovar na apelação
   1.5. Processamento da apelação
2. Agravo
   2.1. Introdução
   2.2. Cabimento
   2.3. Espécies
3. Embargos infringentes
   3.1. Introdução
   3.2. Cabimento
   3.3. Processamento
   3.4. Efeitos
4. Embargos de declaração
   4.1. Introdução
   4.2. Cabimento
   4.3. Requisitos de admissibilidade

4.4. Processamento dos embargos

4.5. Efeitos dos embargos de declaração

4.6. Embargos de declaração com efeito modificativo

5. Recurso ordinário

5.1. Introdução

5.2. Cabimento

5.3. Processamento

6. Requisitos de admissibilidade dos recursos

6.1. Introdução

6.2. Requisitos comuns de admissibilidade do recurso extraordinário e especial

6.3. Procedimento de interposição e admissão do RE e do REsp

6.4. Recurso especial

6.5. Recurso extraordinário

7. Embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário

7.1. Introdução

7.2. Processamento

8. Questões

1. APELAÇÃO

1.1. Conceito

A apelação é o recurso que cabe contra sentença, definida como o ato que põe fim ao processo, ou à fase condenatória. É dos utilizados com mais frequência entre nós.

Cabe contra qualquer tipo de sentença: que julga processo de conhecimento (condenatório, constitutivo ou declaratório); que extingue as execuções, e que decide os processos cautelares. E também que aprecia os procedimentos de jurisdição voluntária.

Serve tanto para as sentenças definitivas, em que há julgamento de mérito, quanto para as extintivas.

Há algumas poucas exceções. Na Lei de Execução Fiscal, contra a sentença que julga os embargos de pequeno valor, o recurso cabível é o de embargos infringentes (que não se confundem com o recurso de mesmo nome previsto no CPC). A Lei n. 1.060/50, que trata da assistência judiciária, estabelece que a decisão que julga o incidente de impugnação poderá ser objeto de apelação, embora se trate de decisão interlocutória. Outra exceção é a da sentença que decreta a falência, objeto de agravo de instrumento e não de apelação.

1.2. Requisitos de admissibilidade

O recebimento da apelação está condicionado ao preenchimento dos requisitos gerais de admissibilidade.

O prazo para a interposição é de quinze dias, observado o disposto nos arts. 188, 191 e 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50. Pode ser por fax, nos termos da Lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999. Em cinco dias deverá ser apresentado o original.

O apelante deve recolher o preparo, observadas as disposições da Lei Estadual de Custas.

O juiz só a receberá se a sentença não estiver em consonância com súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 518, § 1º).

Sob o aspecto formal, deverão ser observadas as exigências do art. 514: ser interposta no juízo *a quo* por petição, acompanhada das respectivas razões. A petição é endereçada ao juiz da causa, e não ao Tribunal, já que lhe cabe recebê-la. As razões, no entanto, são dirigidas ao Tribunal, pois competirá a ele examiná-las.

O recurso deverá conter os nomes e qualificação das partes. Na verdade, a qualificação só será necessária em caso de recurso de terceiro prejudicado, pois, nos demais, já deverá constar dos autos, sendo desnecessário repeti-la. **Deverá ainda apresentar os fundamentos de fato e de direito em que se funda a pretensão recursal e formular o pedido de nova decisão**. As razões devem acompanhar o recurso no ato de interposição, não podendo ser apresentadas posteriormente.

Não há necessidade de indicação do Tribunal para o qual o recurso é dirigido, pois cabe ao juízo encaminhá-la.

1.3. Efeitos da apelação

1.3.1. Devolutivo

Como todos os recursos de nosso ordenamento jurídico, a apelação é dotada de efeito devolutivo, que, conforme visto no Livro VII, Capítulo 1, item 9.2, deve ser examinado nos planos de extensão e profundidade.

No item 9.2.1 do mesmo capítulo já se tratou da amplitude do efeito devolutivo, diante do disposto no art. 515, § 3º, do CPC.

Valem, para a apelação, todas as regras referentes ao efeito devolutivo, examinadas nos capítulos indicados.

1.3.2. Suspensivo

Em regra, a apelação é dotada de efeito suspensivo. Mas há casos, enumerados no art. 520 do CPC, em que a lei lhe retira esse efeito:

a) a sentença que homologa a divisão ou demarcação, tratada nos arts. 980 e 966 do CPC;

b) a que condena à prestação de alimentos, que servem à subsistência do alimentando, e pressupõe urgência, que não se coaduna com a suspensividade do recurso. A mesma regra vale para a sentença que eleva o seu valor. Há grande controvérsia a respeito da sentença que os reduz ou que exonera o devedor de os pagar. Parece-nos que, como a regra é o efeito suspensivo, e o art. 520, II, só o afasta em caso de condenação em alimentos, se a sentença se limita a reduzi-los ou exonerar o devedor o recurso terá efeito suspensivo. Os alimentos a que se refere o dispositivo são apenas aqueles do direito de família, decorrentes do casamento, união estável ou parentesco. **Não aqueles decorrentes de ato ilícito, caso em que a apelação será provida do efeito suspensivo**;

c) a que decide o processo cautelar, dada a urgência, que se pressupõe. Eventual efeito suspensivo em relação à sentença no processo principal não se estenderá à sentença cautelar. Se for proferida uma só sentença, o juiz a receberá no efeito suspensivo apenas em relação ao pedido principal;

d) a que rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes: a regra vale para os embargos de primeira fase (embargos de devedor) ou de segunda fase (embargos à arrematação ou adjudicação). **Mas não vale para embargos de terceiro, que não se confundem com embargos à execução**.

Com a rejeição ou improcedência dos embargos a execução fundada em título extrajudicial prosseguirá como definitiva; ou como provisória, na hipótese do art. 587 do CPC.

Se os embargos foram julgados parcialmente procedentes para

reduzir o valor da execução, esta poderá prosseguir pelo valor reduzido.

e) julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem: a arbitragem foi regulamentada pela Lei n. 9.307/96;

f) confirmar a antecipação dos efeitos da tutela: se o juiz antecipou a eficácia do provimento final e proferiu sentença confirmando-a, não pode suspendê-la em razão da apelação. O efeito suspensivo só ficará excluído em relação àquela parte da sentença que foi objeto da antecipação. Se nela o juiz decidiu inúmeras pretensões, das quais apenas uma tenha sido antecipada, só em relação a ela o recurso não será recebido no efeito suspensivo.

Conquanto o dispositivo se refira apenas à sentença que confirma a tutela antecipada, a ausência do efeito suspensivo se estenderá à hipótese de sentença que a concede. Há casos em que ela é deferida na própria sentença, ou junto com ela, caso em que a apelação também será desprovida de suspensividade.

1.3.3. Regressivo

A apelação só será dotada de efeito regressivo quando interposta contra a sentença de indeferimento da inicial (art. 296, do CPC) ou de improcedência de plano (art. 285-A).

1.3.4. Translativo

A apelação é dotada de efeito translativo, o que permite ao tribunal conhecer de ofício das matérias de ordem pública, ainda que não suscitadas.

1.3.5. Efeito expansivo

A apelação terá efeito expansivo, nas condições examinadas no Livro VII, Capítulo 1, item 9.5.

1.4. Possibilidade de inovar na apelação

Em regra, não é possível inovar na apelação, uma vez que o art. 515, § 1º, limita o objeto da apreciação e julgamento pelo tribunal às questões suscitadas e discutidas.

No entanto, há duas situações em que o tribunal pode examinar questões não apreciadas em primeiro grau: na do art. 462 do CPC, quando, depois da propositura da ação, **fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, influir no julgamento**, caso em que caberá tomá-lo em consideração. Esse dispositivo pode ser aplicado tanto no momento da sentença quanto no do julgamento do recurso; **e quando houver matéria de ordem pública** que, embora não discutida anteriormente, pode ser conhecida

de ofício no exame do recurso.

1.5. Processamento da apelação

Pode ser dividido em duas etapas: perante o órgão *a quo*, e nos tribunais. Ela é interposta originariamente no juízo de origem, que fará um prévio juízo de admissibilidade e que, oportunamente, determinará a remessa dos autos ao tribunal, para exame do recurso.

1.5.1. Processamento da apelação em primeira instância

Ela será interposta em quinze dias, e o juiz examinará, **de ofício**, se estão ou não preenchidos os requisitos de admissibilidade. Em caso afirmativo, receberá o recurso, esclarecendo em quais efeitos, e determinará a intimação do adversário para as contrarrazões. **Não cabe recurso contra o recebimento da apelação, mas admite-se o agravo de instrumento para impugnar os efeitos que o juiz lhe atribuir**.

Depois de ofertadas as contrarrazões, o juiz pode, no prazo de cinco dias, reconsiderar a decisão anterior de recebimento. Se não o fizer, determinará a remessa dos autos ao Tribunal.

1.5.2. Processamento da apelação no Tribunal

Os autos serão registrados, distribuídos de acordo com o regimento interno e encaminhados ao relator, que os devolverá à Secretaria com um visto (CPC, art. 549). O **relator** fará um relatório sucinto, apontando os principais pontos controvertidos que são objeto do recurso.

Em seguida, os autos serão encaminhados a um **revisor**, salvo nas ações de procedimento sumário, despejo ou quando houver indeferimento da inicial.

Será marcada data para o julgamento, no qual haverá a participação de três juízes. Qualquer um poderá, durante o julgamento, pedir vista dos autos, se ainda não se sentir habilitado a proferir imediatamente o seu voto.

O art. 557, *caput,* do CPC autoriza o relator a negar seguimento ao recurso "manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". E o § 1º-A o autoriza a, de plano, dar provimento ao recurso "se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".

Em ambas as hipóteses, **contra a decisão unilateral do relator, o prejudicado poderá, no prazo de cinco dias, interpor o agravo inominado, ou "agravinho"**, que será examinado pela turma julgadora, a quem

competiria o exame da apelação.

O art. 515, § 4º, do CPC autoriza o tribunal, em caso de nulidade sanável, a determinar a realização ou renovação de ato processual, intimando-se as partes; depois que a diligência for cumprida, o julgamento prosseguirá.

1.5.2.1. O julgamento

No julgamento votarão três juízes, e o resultado será colhido por maioria. Mas há alguns cuidados a serem tomados.

As questões referentes à admissibilidade do recurso devem ser votadas em primeiro lugar. **Se houver mais de uma questão, cada qual deve ser votada separadamente, sob pena de falseamento do resultado**.

Se o apelado argui a intempestividade e a falta de preparo do recurso, cada uma das alegações deve ser votada isoladamente. Colhem-se os votos dos juízes a respeito da intempestividade, e em seguida a respeito do preparo. Não se pode, simplesmente, votar se o recurso é admissível ou não. Afinal, pode ser que um dos juízes entenda que o recurso é intempestivo, e outro entenda que lhe falta preparo. As duas preliminares estarão afastadas, porque apenas um dos três juízes acolheu cada qual. É certo que dois juízes entendem que o recurso é inadmissível, mas por razões diferentes. Nenhuma das preliminares conseguiu a maioria.

Se houver o acolhimento de alguma preliminar, o recurso não será conhecido. Do contrário, passar-se-á ao julgamento de mérito, a respeito do qual se pronunciarão todos os juízes, mesmo aqueles que acolheram a preliminar.

Também o julgamento do mérito deve ser decomposto: **cada uma das questões de fato que, por si só, constitua um fundamento do pedido ou da defesa, deve ser votado separadamente, sob pena de falseamento do resultado**.

Se o pedido não acolhido está embasado em duas causas de pedir, e houve apelação, cada um dos fundamentos de fato será votado separadamente. Isso porque, para o acolhimento, é preciso que um fundamento do pedido ou da defesa tenha pelo menos dois votos. É possível, por exemplo, que o pedido inicial ou a defesa tenham três fundamentos distintos, e que cada um dos fundamentos tenha apenas um voto favorável e dois contrários. Nenhum deles terá sido acolhido, e o recurso não será provido.

Depois de proferidos os votos, será anunciado o resultado e redigido o acórdão, pelo relator ou, se ele for vencido, pelo juiz que proferiu o primeiro

voto vencedor.

1.5.3. Processamento da apelação em caso de indeferimento da inicial

O processamento da apelação contra a sentença que indefere a petição inicial tem algumas particularidades, sobretudo em primeira instância.

Ela extingue o processo antes de determinar que o réu seja citado. Apresentado o recurso, **o juiz terá o prazo de 48 horas para, querendo, retratar-se**. Se o fizer, determinará que o réu seja citado, e o processo prosseguirá; se não, determinará a imediata subida dos autos ao Tribunal, sem contrarrazões, pois o réu ainda não integra a relação processual. O réu não será citado para oferecê-las, e o tribunal se limitará a examinar se era mesmo caso de indeferir a inicial, ou de recebê-la.

Se for o caso de recebê-la, baixará os autos para que o réu seja citado. Como ele não tinha se manifestado até então, poderá suscitar novamente a questão da admissibilidade do processo, apresentando as questões preliminares que já tinham sido apreciadas, embora sem contraditório.

No Tribunal, a peculiaridade da apelação é que não terá revisor.

Esse procedimento será observado em todos os casos de indeferimento de inicial, tanto naqueles que impliquem a extinção sem julgamento de mérito como naqueles em que houver esse julgamento (indeferimento de inicial por força de prescrição ou decadência).

1.5.4. Processamento da apelação em caso de improcedência de plano (art. 285-A)

Quando o juiz, antes de citar o réu, julga o pedido totalmente improcedente, nas hipóteses do art. 285-A, a apelação do autor terá algumas peculiaridades.

Apresentado o recurso, **o juiz terá o prazo de cinco dias para retratar-se**. Se o fizer, a sentença ficará sem efeito, e o réu será citado para oferecer contestação. Se não, antes de determinar a subida do recurso, mandará que **o réu seja citado, para apresentar as suas contrarrazões**. Ao contrário da sentença de indeferimento de inicial, em que a apelação sobe sem a manifestação do réu, **aqui ele é citado**, e tem oportunidade de contrarrazoar.

Depois, será determinada a remessa dos autos ao Tribunal (a respeito do processamento no Tribunal, ver Livro VI, Capítulo 2, item 1.5.2.4).

APELAÇÃO	
Cabimento	**Processamento**
É o recurso que cabe contra sentença, proferida em qualquer tipo de processo, seja definitiva ou extintiva. Exceções:	A apelação é apresentada perante o juízo *a quo*, que fará prévio juízo de admissibilidade Se o processamento for deferido, o apelado será intimado para as contrarrazões,

sentença que julga embargos à execução de pequeno valor, contra a qual cabem embargos infringentes; que decreta a falência, contra a qual cabe agravo de instrumento.	em quinze dias. O juiz poderá reconsiderar a decisão anterior, e indeferir o processamento do recurso. No Tribunal, haverá um relator e um revisor, salvo nas ações de despejo, procedimento sumário e indeferimento

de inicial. O relator poderá valer-se do disposto no art 557 do CPC.

2. AGRAVO

2.1. Introdução

É dos recursos mais utilizados em nosso ordenamento jurídico. Pode ser interposto de diversas maneiras. Na sua redação originária, o art. 496 do CPC fazia alusão a agravo de instrumento, como se esse fosse o nome do recurso, quando é apenas uma das formas possíveis de interposição. A redação foi oportunamente corrigida, e atualmente o dispositivo legal alude corretamente a "agravo".

2.2. Cabimento

O agravo cabe, em primeira instância, contra as decisões interlocutórias proferidas pelo juiz, aqueles atos de cunho decisório que não põem fim ao processo ou à fase condenatória.

A lei processual, para afastar dúvidas, deixa expresso o cabimento do agravo contra o ato judicial que julga a liquidação de sentença, e a impugnação, na fase executiva (salvo se, em decorrência do acolhimento, o juiz extinguir o processo, caso em que haverá sentença, contra a qual o recurso será de apelação).

Fora do regime do CPC, o agravo também cabe contra a sentença declaratória de falência e contra as decisões proferidas em execução penal.

No Tribunal, caberá agravo contra as decisões unilaterais do relator que, de plano, negar seguimento ao recurso ou lhe der provimento (art. 557, *caput* e § 1º-A), mas não contra a que converter o agravo de instrumento em retido, ou examinar o pedido de efeito suspensivo ou ativo, que são irrecorríveis.

Por fim, cabe **contra a decisão denegatória do recurso especial ou extraordinário, proferida no tribunal *a quo***.

Nos Tribunais Superiores, se o relator do agravo contra a decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário não admitir o recurso, cabe agravo ao órgão que seria competente para julgamento, caso eles tivessem sido admitidos, na forma do CPC, art. 545.

2.3. Espécies

É possível identificar quatro modalidades de agravo, que se distinguem por três aspectos: o tipo de decisão contra a qual podem ser interpostos, a forma de interposição e o prazo.

São eles o **agravo retido, de instrumento, o inominado**, frequentemente chamado "agravinho", interposto contra as decisões unilaterais do relator nos Tribunais, e o agravo nos autos, contra decisão denegatória de RE ou REsp.

Dadas as diversidades de cada um, cumpre examiná-las em itens específicos.

2.3.1. Agravo retido

2.3.1.1. Introdução

A forma por excelência de interposição do agravo é a retida, sendo o de instrumento excepcional, só cabível em situações específicas.

Na redação originária, o CPC deixava ao agravante a livre escolha entre o agravo na forma de instrumento ou retido, conforme preferisse que fosse examinado de imediato, ou somente após a sentença.

Hoje não há mais escolha. A lei estabelece os casos em que cabe o agravo de instrumento. Não estando presentes, ele terá de ser retido (o agravo inominado, vale lembrar, só cabe contra decisões proferidas pelo relator, no Tribunal).

As hipóteses de agravo retido são apuradas por exclusão: caberá sempre que houver decisão interlocutória, contra a qual não caiba agravo de instrumento.

Essa sistemática demonstra a clara intenção do legislador de, afora

situações de urgência ou quando as circunstâncias não forem compatíveis com a retenção, relegar o exame do agravo para uma fase posterior do processo, quando já tiver sentença. Com isso, ele fica menos sujeito aos percalços que poderiam advir se, a todo o momento, a parte pudesse pedir ao Tribunal o reexame das questões decididas.

2.3.1.2. Em que consiste o agravo retido?

O agravo retido é o recurso **interposto contra a decisão interlocutória de primeira instância, cujo exame não será feito de imediato, mas relegado a uma fase posterior, quando da remessa dos autos à instância superior, para o exame de recurso de apelação, interposto por qualquer das partes**.

Ele é entranhado aos autos, e ali permanece, retido, até que o juiz profira sentença. Se não for interposta apelação, o agravo jamais será apreciado. Se for, o **agravante precisará reiterar, nas suas razões ou contrarrazões, o pedido de que o Tribunal aprecie o agravo, como preliminar no julgamento da apelação**. A reiteração é necessária, pois sem ela se reputa ter havido desistência tácita do agravo retido.

O art. 523, do CPC esclarece: "Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação".

A sua função é impedir que a decisão interlocutória preclua, e permitir que o tribunal a reexamine no momento oportuno, como preliminar ao exame da apelação. Pode ocorrer que até lá o processo tenha seguido um rumo tal que o agravante não tenha mais interesse no julgamento do agravo, caso em que bastará não reiterá-lo.

2.3.1.3. Processamento do agravo retido

O agravo retido é sempre interposto contra decisões interlocutórias de primeira instância, contra as quais não caiba o de instrumento. **O processamento será distinto se a decisão agravada for proferida durante a audiência de instrução e julgamento, ou em outro momento do processo**.

Os interpostos contra as decisões dadas fora da audiência de instrução e julgamento **serão escritos, e terão prazo de dez dias** (ou vinte dias, nas hipóteses do art. 188, 191 do CPC e art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50). **Contra as proferidas naquela audiência, o agravo retido será apresentado oralmente, de imediato**.

O agravo retido não tem preparo, em nenhuma hipótese. Apresentado, o agravado será intimado para apresentar contrarrazões, no

mesmo prazo de dez dias (salvo se interposto contra decisão proferida em audiência, quando elas também terão de ser orais, e apresentadas de imediato), após o que o juiz poderá reformar a sua decisão (art. 523, § 2º). O juízo de retratação é inerente ao agravo. Havendo retratação, cabe ao prejudicado interpor novo agravo.

Com a sentença, surgirá para as partes a oportunidade de apresentar recurso de apelação. Sem ele, o agravo retido jamais subirá, nem será apreciado.

A apelação pode ser apresentada pela mesma parte que havia interposto o agravo retido ou por seu adversário.

Caso o agravante pretenda que o tribunal reexamine a questão agravada, deve reiterar ao tribunal o pedido de apreciação, **nas razões de apelação, se for ele quem apelou; ou nas contrarrazões, se esta foi apresentada pelo seu adversário**.

Imagine-se que, no curso do processo, o autor postulou ao juiz prova pericial, e ele o negou. No prazo, interpôs agravo retido. Na sentença, o juiz pode julgar improcedente o pedido do autor, ou procedente, apesar de não realizada a perícia. No primeiro caso, ele apelará e, nas razões, pedirá que o tribunal, preliminarmente, reexamine a decisão que indeferiu a perícia.

Havendo a reiteração, o tribunal examinará o agravo retido: se negar provimento, mantendo o indeferimento, examinará a apelação; **se der provimento, o processo retroagirá à fase de perícia, para que seja realizada, e todos os atos subsequentes, incluindo a sentença ficarão prejudicados**. O processo retornará à fase em que foi proferida a decisão agravada. Como a sentença fica prejudicada, o tribunal também assim considerará a apelação.

Se o agravante sair-se vencedor, o adversário apelará, postulando a alteração da sentença; o agravante, por temer que, sem a perícia, o tribunal dê provimento ao recurso pede, como preliminar, em contrarrazões, que examine preliminarmente a questão da prova pericial. **Caso verifique que a sentença não se sustenta, por falta da prova requerida, o tribunal, em vez de reformá-la, acolherá o agravo retido, e determinará a realização da perícia, ficando prejudicados os atos processuais subsequentes, incluindo a sentença e a apelação**.

Sem a reiteração, nas razões ou contrarrazões, o tribunal não conhecerá o agravo retido, julgando-o prejudicado.

2.3.1.4. Processamento do agravo retido contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento

Contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento pode caber agravo de instrumento, se a decisão for tal que possa trazer à parte perigo de prejuízo irreparável. Por exemplo: o juiz pode, na audiência, deferir uma tutela de urgência requerida pelo autor, contra a qual o réu agravará de instrumento, por escrito, no prazo de dez dias.

Afora essa hipótese, **o agravo contra decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento será retido, e deverá ser interposto de imediato, oralmente**. Na própria audiência, o agravante formulará oralmente as razões do agravo, que serão registradas por escrito no termo, para que dele o tribunal possa conhecer no momento oportuno; o agravado será instado a, também oralmente, apresentar as contrarrazões. O juiz poderá, então, reconsiderar, se for o caso, a decisão.

A regra do recurso oral e imediato só vale para as audiências de instrução e julgamento. Se a decisão interlocutória é proferida em outro tipo de audiência, como na preliminar do procedimento ordinário (art. 331, do CPC) ou na inicial do sumário, o agravo retido seguirá o prosseguimento comum, de interposição escrita no prazo de dez dias.

2.3.2. Agravo de instrumento

2.3.2.1. Introdução

A interposição do agravo por instrumento não é mais um opção do agravante e só cabe em situações determinadas:

- quando a lei o prevê como o recurso adequado: contra as decisões suscetíveis de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, as que não admitirem recurso de apelação, ou as referentes aos efeitos que o juiz atribui a esse recurso; contra a decisão que julga a liquidação e contra aquela que, em cumprimento de sentença, julga a impugnação do executado;
- contra as decisões contra as quais não seja possível apresentar o agravo retido. Por exemplo: aquelas proferidas no curso do processo ou da fase de execução, porque não haverá sentença de mérito, nem apelação (a execução extingue-se por sentença, cuja finalidade é apenas dar por encerrado o processo), o que impede o agravo retido de subir.

2.3.2.2. Em que consiste o agravo de instrumento?

O agravo de instrumento é interposto diretamente perante o órgão *ad quem*, para apreciação imediata. Como o processo ainda corre no órgão *a quo*, para que a questão possa ser levada ao órgão superior é preciso formar um instrumento, contendo cópias daquilo que é importante.

O principal aspecto em que se distingue do agravo retido é que, **sendo interposto no órgão superior, não tem sua apreciação diferida para a fase posterior à sentença**, quando do julgamento da apelação. Por isso, não precisa ser reiterado.

2.3.2.3. Processamento

2.3.2.3.1. Interposição

O agravo de instrumento será interposto por escrito diretamente no órgão *ad quem*, no prazo de dez dias. Se o recorrente não quiser ou não puder deslocar-se à sede do Tribunal, poderá enviá-lo pelo correio com aviso de recebimento, encaminhá-lo por fax, ou pelo sistema do protocolo integrado.

A petição de interposição deve conter (CPC, art. 524): "I — a exposição do fato e do direito; II — as razões do pedido de reforma da decisão e III — o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo".

É preciso que o agravante indique qual a decisão que pretende ver reformada, e as razões. A exigência do inc. III poderá ser dispensada se o nome e o endereço dos advogados constarem da cópia da procuração juntada.

O CPC não dispensa do preparo o agravo de instrumento de preparo, mas apenas o retido. Cumprirá examinar a lei estadual de custas, para verificar se é necessário. No Estado de São Paulo, a Lei n. 11.608/2003 impõe preparo no agravo de instrumento, embora a lei anterior não o fizesse.

Como o **processo** está em curso no órgão *a quo*, será preciso que o agravante instrua o recurso com cópias de peças dos autos, para que o tribunal tenha condições de compreender o que se passa e de analisar a pretensão recursal.

Algumas peças são obrigatórias: se não juntadas, o recurso não será conhecido. **São elas: cópia da decisão agravada, da certidão de intimação das partes (para que se possa verificar a tempestividade do recurso) e as procurações dos advogados do agravante e do agravado**.

Além disso, é ônus do agravante juntar cópias de outras peças indispensáveis para a compreensão do pedido. Possivelmente, a apresentação apenas das obrigatórias não será suficiente, cumprindo ao agravante acrescentar outras, que sirvam para elucidar o que se passa no processo. O tribunal não conhecerá do agravo, quando verificar que as

peças juntadas não lhe permitem compreendê-lo e julgá-lo.

Não há necessidade de cópias autenticadas, cabendo ao agravado impugnar-lhes, se for o caso, a autenticidade.

Interposto o recurso, o agravante ainda tem uma tarefa que, não cumprida, pode levar ao não conhecimento. **Trata-se de informar ao juízo *a quo* a interposição, no prazo de três dias**, juntando cópia da petição de agravo, a comprovação de interposição e a relação dos documentos apresentados (art. 526, do CPC).

A finalidade é permitir ao juízo *a quo* exercer o juízo de retratação. Se o agravante não cumprir a determinação, caberá ao agravado comunicá-lo ao tribunal que, então, não conhecerá do recurso (art. 526, parágrafo único do CPC). **O tribunal não poderá conhecer, de ofício, da falta de cumprimento da determinação do art. 526**.

2.3.2.3.2. Processamento no tribunal

O agravo de instrumento será distribuído, sendo escolhido um relator, a quem caberão numerosas tarefas:

a) De acordo com o art. 557 do CPC, ele poderá, **de plano, negar seguimento ao agravo, quando verificar que recurso é manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior**. Contra essa decisão, cabe, no prazo de cinco dias, o agravo inominado, a que se refere o art. 557, § 1º, do CPC.

O art. 557, § 1º-A, autoriza o relator a, **de plano, dar provimento ao agravo, quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de tribunal superior**. Dessa decisão também cabe o agravo inominado, no prazo de cinco dias.

Em síntese, ele pode não conhecer do recurso, conhecer e dar-lhe provimento ou conhecer e negar-lhe provimento, unilateralmente, nos casos mencionados. Mas da sua decisão caberá sempre agravo para a turma julgadora.

Tendo havido agravo inominado contra a decisão do relator, e não havendo retratação, a questão será remetida ao exame da turma, que poderá mantê-la ou reformá-la.

b) O relator poderá, verificando que não estão presentes as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento (CPC, art. 527), **convertê-lo em retido**, caso em que determinará a remessa do recurso ao órgão *a quo*, onde se processará sob a forma retida. Contra essa decisão, não cabe recurso

(nem mesmo o agravo inominado — art. 527, parágrafo único). Se o agravante não se conformar com a decisão do relator, não lhe restará alternativa senão a de tentar o mandado do segurança.

c) Cabe ao relator **decidir se defere ou não efeito suspensivo ou ativo**. Dessa decisão não caberá recurso, o que poderá justificar também a impetração do mandado de segurança. O efeito será deferido nas hipóteses do art. 558, do CPC, quando for relevante a fundamentação e houver risco de lesão grave e de difícil reparação. É preciso ainda que haja requerimento do agravante, não cabendo ao relator concedê-lo de ofício.

d) O relator poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de dez dias. Ele o fará se quiser algum esclarecimento do juiz; mas elas não se prestam a suprir a desídia do agravante, que não tenha instruído o agravo adequadamente. A requisição de informações ainda poderá ser útil para que o juízo *a quo* tome conhecimento do agravo (se ele já não tiver tomado por força da exigência do art. 526, do CPC), o que lhe permitirá exercer o juízo de retratação.

e) Cumprirá ao relator **determinar que o agravado seja intimado para apresentar as contrarrazões, no prazo de dez dias**. Ao fazê-lo, poderá juntar as peças que entenda relevantes para a apreciação do recurso.

f) Por fim, o relator **deverá abrir vista ao Ministério Público**, nos casos em que ele intervenha.

Em seguida, pedirá dia para julgamento, em prazo não superior a trinta dias da intimação do agravado (CPC, art. 528).

2.3.2.3.3. O juízo de retratação

Enquanto não julgado o agravo de instrumento, o juízo *a quo* poderá retratar-se, comunicando ao tribunal. Se a retratação for completa, o tribunal julgará prejudicado o recurso; se for parcial, só reexaminará aquela parte da decisão que não foi reformada.

Havendo retratação, poderá ser interposto pela parte contrária, um novo agravo de instrumento.

2.3.3. Agravo contra a decisão denegatória de recurso extraordinário ou especial

A Lei n. 12.322, de 09 de setembro de 2010, alterou o agravo cabível contra decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário. Se antes cabia agravo de instrumento, passou a caber agravo nos próprios autos. **O recurso é interposto contra a decisão do Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal que indefere o seguimento de recurso especial ou**

extraordinário, para o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal. O REsp e o RE são interpostos perante o órgão de origem, a quem cumpre fazer um prévio juízo de admissibilidade; se for negativo, caberá o agravo para o órgão *ad quem*.

O prazo de interposição é de dez dias, mas há algumas peculiaridades procedimentais. O agravo será juntado aos autos, e o agravado intimado a, no prazo de 10 dias, oferecer resposta. Para cada recurso não admitido deverá ser interposto um agravo. Em seguida, o recurso será encaminhado pelo órgão *a quo* ao órgão *ad quem*.

Não cabe ao órgão *a quo* examinar a admissibilidade do agravo de instrumento, mas tão somente remetê-lo.

O relator do agravo no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal poderá, de plano, não conhecer, conhecer e dar provimento ou conhecer e negar provimento ao recurso, cabendo agravo inominado de sua decisão, no prazo de cinco dias.

2.3.4. O agravo inominado

É aquele que cabe contra as decisões unilaterais do relator, que, de plano, não conhece do recurso, conhece e lhe dá provimento ou conhece e lhe nega provimento.

Deve ser interposto no prazo de **cinco dias**, podendo o relator exercer o juízo de retratação. Se não o fizer, o recurso será examinado pela mesma turma julgadora a quem caberia o julgamento do agravo de instrumento. Se for considerado manifestamente infundado ou inadmissível, o tribunal condenará o agravante ao pagamento de multa, que pode variar de 1% a 10% do valor corrigido da causa.

O agravo inominado não tem contrarrazões, e se acolhido, implicará alteração daquilo que foi decidido unilateralmente pelo relator.

AGRAVO	
Cabimento	Formas de interposiçã

É o recurso que cabe contra as decisões interlocutórias em geral. Cabe ainda contra a decisão do Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal que indefere o processamento do recurso extraordinário

O agravo pode ser retido ou de instrumento. A regra é que seja retido, só podendo ser de instrumento contra as decisões que tragam perigo de prejuízo irreparável ou de difícil

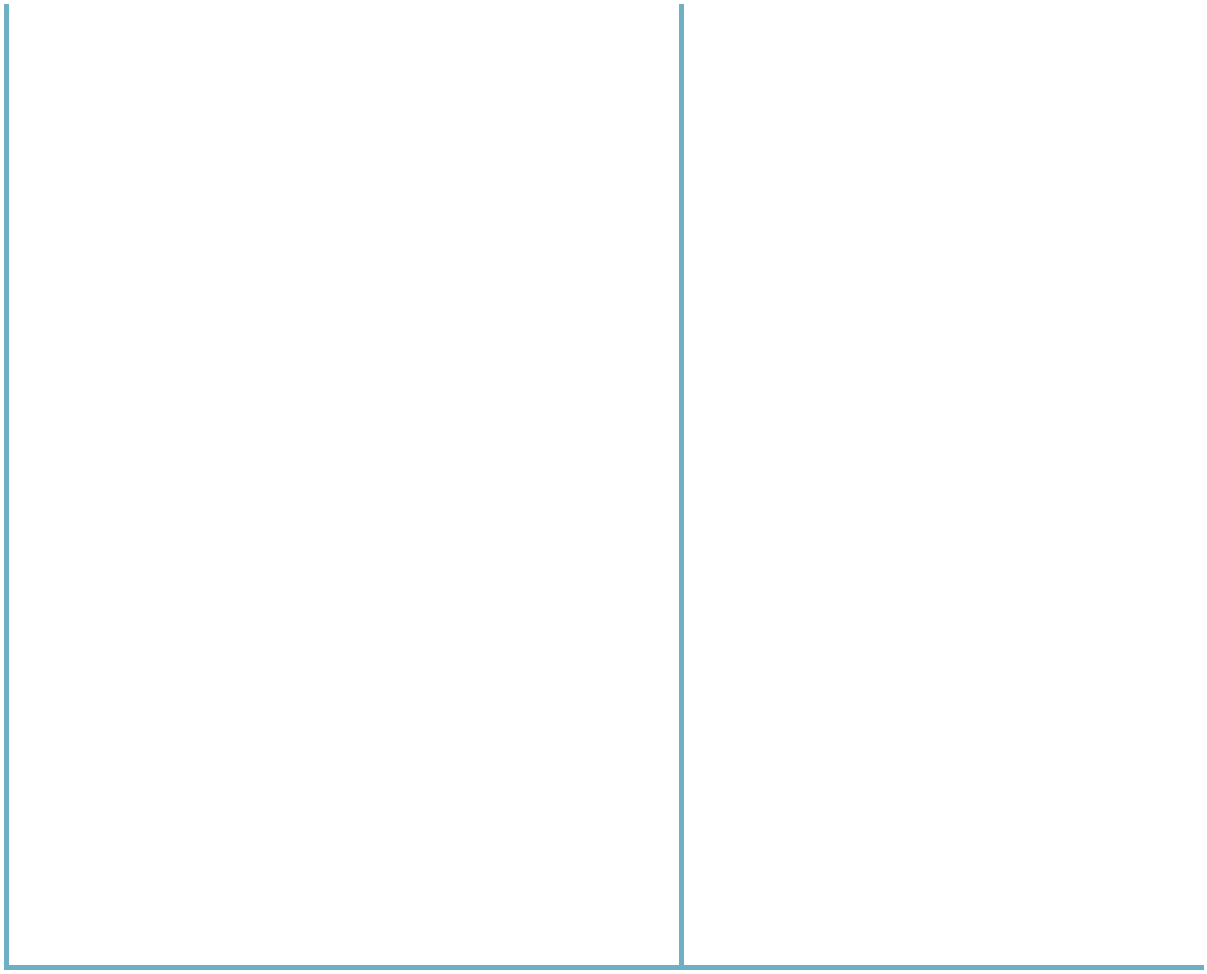
ou especial, e contra a sentença que decreta falência.

reparação, que indefira o seguimento de apelação, e que examine os efeitos em que ela é recebida. Cabe ainda contra a decisão que julga o processo de

liquidação, e a impugnação na execução de título judicial.

Além desses, há o agravo inominado, que cabe contra as decisões unilaterais do relator, quando

nega seguimento ao recurso ou lhe dá provimento.



3. EMBARGOS INFRINGENTES

3.1. Introdução

Muito se discute se os embargos infringentes devem ser mantidos ou banidos do nosso ordenamento. Se, de um lado, a existência de mais um recurso pode implicar o retardamento do processo, por outro, os altos índices de acolhimento dos embargos mostram que se justifica a sua manutenção.

As reformas pelas quais o sistema recursal do processo civil passou não extinguiram os embargos infringentes, mas reduziram o espectro de seu cabimento.

Antes delas, eles podiam ser interpostos sempre que, no julgamento de apelação ou ação rescisória, fosse proferido acórdão não unânime, não importando qual fosse o teor da sentença ou do acórdão. A Lei n. 10.352/2001 modificou a redação do art. 530 do CPC e reduziu a sua incidência, como se verá no capítulo a seguir.

3.2. Cabimento

De acordo com o art. 530, do CPC, “cabem embargos infringentes

quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência".

Esse dispositivo enumera quais são os requisitos para os embargos infringentes.

3.2.1. Julgamento de apelação ou ação rescisória

Não é contra qualquer acórdão que cabem embargos infringentes, **mas apenas contra aqueles proferidos no julgamento de apelação ou ação rescisória**.

Havia grande discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do cabimento contra acórdão não unânime em reexame necessário. O Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, no julgamento dos embargos de divergência no Eresp 823.905-SC, cujo relator foi o Min. Luiz Fux, julgado em 04 de março de 2009, decidiu pelo descabimento, diante dos termos peremptórios do art. 530, que se refere exclusivamente à apelação e ação rescisória. A questão pacificou-se com a edição da Súmula 390 do STJ, que afasta a possibilidade.

Em princípio, diante das exigências da lei, não serão admissíveis embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido no julgamento de agravo. Mas há casos em que o juiz, no curso do processo, profere decisões que podem dizer respeito ao mérito do processo, como, por exemplo, as que afastam prescrição ou decadência. Tais decisões podem ser objeto de agravo retido. Caso ele seja acolhido, o tribunal terá reformado a sentença, ao examinar questão de mérito. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 255, que assim estabelece: "Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito". Parece-nos que a mesma regra deva valer em relação ao agravo de instrumento quando, por maioria, seja reformada questão de mérito.

3.2.2. O acórdão há de ser não unânime

O requisito mais característico dos embargos infringentes é que **eles cabem quando o acórdão não é unânime**. Como se sabe, os acórdãos são colhidos por maioria de votos. Do julgamento da apelação participam três juízes; na ação rescisória de sentença o julgamento é feito pelo tribunal que teria competência para julgar o recurso contra ela; na ação rescisória de acórdão, pelo mesmo tribunal que o proferiu, mas por um órgão colegiado com maior número de participantes. Se o acórdão foi proferido por três desembargadores, a ação rescisória será julgada por cinco.

Para que caibam os embargos infringentes, é preciso que tenha havido pelo menos um voto vencido, que tenha divergido da conclusão da maioria. **Contra acórdão unânime, os embargos infringentes não são cabíveis**.

O voto vencido será de grande relevância para a interposição do recurso, porque fixará os seus limites: **o conteúdo dos embargos deverá ater-se àquilo que foi objeto da divergência, não podendo ultrapassá-lo**.

Daí a relevância de que seja redigido de forma clara, que permita ao interessado apurar os limites de divergência. Se assim não for, o interessado poderá opor embargos de declaração, para que o prolator do voto vencido sane obscuridades, contradições ou omissões.

A divergência pode dizer respeito às pretensões principais, ou acessórias, como, por exemplo, honorários advocatícios.

> Somente a divergência quanto à conclusão do acórdão justifica a apresentação de embargos infringentes, nunca a divergência de fundamentação.

Não se admitem ainda os embargos contra acórdão não unânime proferida na apelação em mandado de segurança (Súmula 169 do STJ).

3.2.3. É preciso que o acórdão reforme a sentença de mérito ou julgue procedente a rescisória

Não cabem embargos infringentes quando o acórdão mantém, ainda que com um voto vencido, a sentença proferida em primeira instância. Na redação original do CPC, eles eram admissíveis, independentemente do resultado do julgamento. Com a nova redação, prestigiou-se a sentença: se ela for mantida, o recurso é descabido. Não se dá àquele que perdeu duas vezes, em primeira e segunda instâncias (ainda que por maioria nesta), a oportunidade de opô-los. Também não serão admissíveis se a sentença for anulada, e o processo baixado ao órgão *a quo* para que o juiz profira outra. O art. 530 **exige que a sentença seja reformada**. Isso afasta ainda o cabimento quando, por maioria de votos, o recurso nem for conhecido.

Parece-nos que a intenção do legislador, ao restringir os embargos à hipótese de "reforma", foi excluí-lo a respeito de questões de admissibilidade do recurso. Por isso, não caberão **se a apelação, por maioria for conhecida, e por unanimidade provida**. É certo que a sentença foi reformada, mas por unanimidade. Apenas a admissibilidade foi julgada por maioria, e em relação a ela não cabem embargos infringentes.

Uma nova exigência é que o acórdão não unânime reforme **sentença**

de mérito, e não a meramente extintiva. Mas parece-nos que se deve levar em conta mais o espírito e a intenção do legislador, do que a letra da lei. O dispositivo reduz os embargos às hipóteses em que há julgamento de mérito.

Assim, se a sentença foi de extinção sem julgamento de mérito, e o tribunal a reforma, **julgando o mérito por maioria de votos, serão admissíveis os embargos infringentes, porque a divergência diz respeito à questão de mérito**, ainda que a sentença de primeiro grau não a tenha julgado; em contrapartida, se a sentença foi de mérito, e no julgamento da apelação, **ela é reformada para que o processo seja extinto sem julgamento de mérito, eles não serão admitidos**.

A interpretação a ser dada não é propriamente de que a sentença tenha que ser de mérito, para ensejar os embargos infringentes, **mas que o acórdão no qual houve a divergência tenha promovido o exame do mérito**.

Na ação rescisória, os embargos infringentes ficam restritos aos acórdãos de procedência, dados por maioria de votos. Não cabem, se o acórdão for de improcedência ou de extinção, sem julgamento de mérito.

3.3. Processamento

3.3.1. Embargos infringentes contra acórdãos que são parte unânimes, parte não unânimes

Quando cabíveis, os embargos infringentes têm de ser interpostos pela parte interessada, sob pena de haver o trânsito em julgado da parte não unânime, **não podendo o prejudicado valer-se de recurso especial ou extraordinário contra essa parte**, **se primeiro não opôs os infringentes**. Afinal, é requisito do RE e do REsp que já tenham se esgotado os recursos, nas vias ordinárias.

Quando o acórdão for parte unânime, parte não unânime, será aplicável o art. 498, do CPC: primeiro correrá o prazo para que a parte oponha os embargos infringentes contra a parte não unânime. Enquanto isso, está **sobrestado** o prazo de RE ou REsp.

Se o interessado opuser os embargos infringentes, até que eles sejam julgados e as partes intimadas, não correrá o prazo do RE e REsp. Somente após a intimação do julgamento dos embargos infringentes, esses recursos serão admissíveis, e poderão versar sobre todo o acórdão. **Se a parte interessada não opuser embargos infringentes contra a parte não unânime, ela transitará em julgado, e, no dia seguinte passará a fluir o prazo para interposição do RE e REsp sobre a parte unânime do acórdão**.

3.3.2. Recebimento e processamento

O prazo dos embargos infringentes é de quinze dias, a contar da data em que as partes são intimadas do acórdão não unânime. A exigência do preparo fica condicionada ao que dispuser a lei de custas do Estado em que o recurso estiver sendo julgado.

Antes de o relator recebê-los, intimará o embargado para apresentar contrarrazões, no mesmo prazo.

Em seguida, o relator, escolhido de acordo com o regimento interno poderá, em conformidade com o disposto no art. 557 do CPC, negar seguimento ao recurso, de plano, nas hipóteses ali estabelecidas. Se o fizer, contra a sua decisão o embargante poderá opor o agravo inominado no prazo de cinco dias. Não poderá, porém, valer-se do art. 557, § 1º-A, pois não poderá, de plano e unilateralmente, dar provimento ao recurso, modificando a decisão colegiada.

Admitidos, os embargos serão processados e julgados na forma que determinar o regimento interno do tribunal.

3.4. Efeitos

3.4.1. Devolutivo

Os embargos infringentes **devolvem ao conhecimento do tribunal apenas o conhecimento da matéria que não foi objeto de votação unânime**, quando há reforma da sentença de mérito ou procedência da ação rescisória.

Os limites do efeito devolutivo serão dados pela extensão da divergência, daquilo que tenha sido objeto do voto vencido. **Mas a divergência há de dizer respeito à conclusão do acórdão, e não a sua motivação**.

Do ponto da vista da profundidade, o efeito devolutivo devolve ao conhecimento do tribunal todos os fundamentos do pedido e da causa de pedir que tenham sido apresentados e discutidos no processo, não somente aqueles examinados na sentença ou no acórdão. Mas sempre dentro dos limites do voto vencido.

3.4.2. Suspensivo

Os embargos infringentes pressupõem que tenha havido acórdão não unânime proferido no julgamento de apelação ou ação rescisória.

Eles terão efeito suspensivo apenas se a apelação, da qual resultou o acórdão, tiver esse efeito; nos casos em que a apelação é desprovida de eficácia suspensiva, os embargos infringentes não a terão.

A mesma regra em relação à ação rescisória. Como esta não

suspende, em regra, o cumprimento da sentença, os embargos infringentes não terão o poder de fazê-lo. Mas se à rescisória for dado efeito suspensivo, nos casos previstos no art. 489 do CPC, os embargos infringentes também suspenderão o cumprimento da sentença ou do acórdão.

3.4.3. Translativo

Conquanto o art. 530 limite a cognição do órgão julgador àquilo que tenha sido objeto da divergência, parece-nos que esse recurso **será dotado também de efeito translativo**, o que permitirá o exame de matérias que, embora não alegadas, poderão ser conhecidas de ofício, por serem de ordem pública.

Tais questões poderão ser apreciadas, ainda que não digam respeito especificamente ao voto vencido. Pode ocorrer, por exemplo, que o órgão julgador, ao examinar os embargos, conclua pela falta de uma das condições da ação, o que permitirá ao tribunal extinguir o processo sem julgamento de mérito, ainda que o objeto dos embargos infringentes tenha ficado restrito ao voto vencido.

EMBARGOS INFR	
Cabimento	**Processa**
É o recurso que cabe contra acórdão não unânime que reforma, em grau de apelação, a	Os emba serão interpost prazo de dias. Ant recebê-lo

sentença de mérito, ou que julga procedente ação rescisória.

Excepcionalmente serão admissíveis contra agravo, desde que julgue matéria de mérito, em acórdão não unânime. Não cabem contra acórdão proferido em reexame necessário (Súmula 390 do

relator da vista ao embarga para as contrarra Em segui poderá re los de pla por decis unilateral, contra a caberá ag inominado prazo de dias.

Admitidos embargos

STJ).	serão processa julgados forma do regimento interno.

4. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

4.1. Introdução

Os embargos de declaração são o recurso (art. 496 do CPC), **que tem por finalidade aclarar ou integrar qualquer tipo de decisão judicial, que padeça dos vícios de omissão, obscuridade ou contradição**.

Sua função precípua é sanar esses vícios da decisão. Não se trata de recurso que tenha por fim reformá-la ou anulá-la (embora o acolhimento dos embargos possa eventualmente resultar na sua modificação), mas aclará-la e sanar as suas contradições ou omissões.

4.2. Cabimento

Cabem embargos de declaração contra todo tipo de decisão judicial: interlocutórias, sentenças e acórdãos, proferidos em qualquer grau de jurisdição. O art. 535 pode trazer a falsa impressão de que não seriam admissíveis contra decisões interlocutórias, mas não mais se controverte quanto a tal possibilidade.

Cabem ainda em todo tipo de processo, de conhecimento, execução, cautelar, de jurisdição contenciosa ou voluntária.

Podem dizer respeito à conclusão, ou aos fundamentos da decisão judicial, uma vez que todas elas devem ser fundamentadas (art. 93, IX, da CF).

O art. 463, I, do CPC indica situações em que o juiz pode alterar a sentença, sem a necessidade dos embargos: "para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo". Mas mesmo nessas situações, não há óbice a que a parte interessada possa valer-se dos embargos de declaração para que se façam as correções necessárias.

O cabimento dos embargos está condicionado a que decisão padeça de um ou mais dos vícios previstos no art. 535, do CPC: obscuridade, contradição ou omissão. Na sua redação originária, o CPC ainda aludia à dúvida, o que foi em boa hora excluído, já que a dúvida não está na decisão, mas no espírito de quem a lê.

Ao apresentar o recurso, o embargante deverá apontar em que consiste o vício que ele queira ver corrigido. **Mas não haverá problema se ele errar na classificação**, chamando, por exemplo, de obscuridade o que é contradição, até porque inexistem lindes precisos entre um vício e outro.

Se a parte não opuser embargos de declaração, mas outro recurso, agravo ou apelação, por exemplo, o órgão *ad quem*, se não puder sanar o vício, terá de anular a decisão ou a sentença, determinando que o órgão *a quo* profira outra, sem os vícios da primeira.

4.2.1. Obscuridade

É a falta de clareza do ato. As decisões judiciais devem ser tais que permitam a quem as lê compreender o que ficou decidido, a decisão e os seus fundamentos.

Há casos em que a decisão poderá ser ininteligível, incompreensível, ambígua e capaz de despertar dúvida no leitor. Os embargos servirão para que o juiz promova os esclarecimentos necessários, tornando compreensível aquilo que não era.

4.2.2. Contradição

É a falta de coerência da decisão. Pode manifestar-se de várias maneiras: pela incompatibilidade entre duas ou mais partes do dispositivo, duas ou mais partes da fundamentação, ou entre esta e aquele. O juiz exprime, na mesma decisão, ideias que não são compatíveis, conciliáveis entre si. De certa forma, a contradição leva também à obscuridade.

4.2.3. Omissão

Haverá omissão se o juiz deixar de se pronunciar sobre um ponto que exigia a sua manifestação. A decisão padece de uma lacuna, uma falta. **Não constitui omissão a falta de pronunciamento sobre questão irrelevante ou que não tenha relação com o processo**. O juiz é obrigado a examinar todos os pedidos formulados pelo autor, na petição inicial, e pelo réu, em reconvenção ou em pedido contraposto.

Mas nem sempre precisará apreciar todos os fundamentos da inicial ou da defesa. A sentença não será omissa se os fundamentos examinados pelo juiz forem suficientes, seja para o acolhimento, seja para a rejeição do pedido inicial. Ver Livro VII, Capítulo 1, item 8.2.2.

4.3. Requisitos de admissibilidade

Os embargos de declaração serão opostos no prazo de cinco dias, por qualquer dos legitimados previstos no art. 499 do CPC, a contar da data em que as partes são intimadas da decisão. Não há recolhimento de preparo.

A sua apresentação **interrompe o prazo para apresentação de outros recursos, tanto para quem os interpôs como para os demais litigantes**, ainda que o recurso não seja admitido. Mas, se forem interpostos

de má-fé, o embargante ficará sujeito à multa, que será de 1% do valor da causa, podendo elevar-se a 10% em caso de reiteração. A interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao recolhimento da multa. Mas a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu que isso só ocorrerá em caso de embargos reiteradamente protelatórios, não se aplicando para a hipótese de um único ter sido assim considerado (ED no REsp 389.408, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.08.2008). No Juizado Especial Cível, os embargos apenas suspendem (não interrompem) o prazo para outros recursos.

4.4. Processamento dos embargos

São apresentados por petição, perante o juízo ou tribunal que prolatou a decisão. No Juizado Especial, poderão ser opostos oralmente ou por escrito (art. 49, da Lei n. 9.099/95).

O embargante deverá fundamentá-los, indicando qual o vício de que a decisão padece.

O juiz fará um juízo de admissibilidade; se não preenchidos os requisitos, não conhecerá do recurso. Se o conhecer, passará a julgar o mérito, dando-lhe ou negando-lhe provimento, conforme constate ou não a existência dos vícios apontados. Ao dar provimento aos embargos de declaração, o juiz deve afastar os vícios de que a decisão padece: se há contradição ou obscuridade, prestará os esclarecimentos necessários; se há omissão, deve saná-la, examinando o que não fora apreciado antes.

Não há óbice a que, contra a decisão prolatada nos embargos sejam opostos novos embargos de declaração, para apontar qualquer dos vícios mencionados pela lei.

Discute-se sobre a necessidade de dar vista ao embargante, para que ele apresente contrarrazões. **Predomina o entendimento de que isso não é necessário, salvo se, com os embargos forem juntados novos documentos, ou se do seu acolhimento, puder resultar modificação do que ficou decidido**.

Apresentados os embargos, e colhidas as contrarrazões quando necessário, o juiz terá prazo de cinco dias para julgá-los.

4.5. Efeitos dos embargos de declaração

Eles têm efeito devolutivo, porque devolvem ao conhecimento do juízo ou tribunal prolator da decisão o conhecimento daquilo que é objeto do recurso.

Predomina o entendimento de que eles são dotados de efeito suspensivo. Mas mais correto será sustentar que eles não o terão, se o

recurso que puder ser interposto contra a decisão, sentença ou acórdão não for dotado de efeito suspensivo. Por exemplo: proferida sentença que se enquadre entre as hipóteses do art. 520, do CPC, como eventual apelação não terá efeito suspensivo, os embargos de declaração contra ela opostos também não terão.

Os embargos de declaração têm efeito translativo. Ao examiná-los, o julgador poderá conhecer de ofício de matérias de ordem pública, ainda que estas não sejam objeto dos embargos.

4.6. Embargos de declaração com efeito modificativo

A finalidade dos embargos de declaração é sanar obscuridades, contradições ou omissões de que a decisão padeça. Ao acolhê-los, o juiz afastará os vícios, sanando-os. Pode ocorrer que haja alteração do conteúdo da sentença, como consequência natural da solução do vício.

Imagine-se, por exemplo, que o dispositivo da sentença está em descompasso com a sua fundamentação. Ao sanar a contradição, pode o juiz alterar o dispositivo originário, do que resultará alteração daquilo que ficou decidido. Ou, pode ocorrer que o juiz tenha sido omisso ao examinar uma das causas de pedir ou dos fundamentos de defesa e que, ao apreciá-los, nos embargos, decorra alteração no que ficou decidido. O mesmo pode se dar em relação à obscuridade.

Esses exemplos mostram que a **modificação pode ser consequência natural do acolhimento dos embargos de declaração**, e do afastamento dos vícios apontados na decisão. Tal modificação pode ser o corolário lógico do acolhimento dos embargos.

O que gera controvérsia é a possibilidade de o juiz valer-se dos embargos de declaração para alterar a decisão, sem que ela padeça da contradição, omissão ou obscuridade. Isto é, de valer-se deles para modificar a sua convicção, seja reexaminando a prova, seja aplicando normas jurídicas diferentes daqueles utilizadas originariamente.

Prevalece amplamente o entendimento de que os embargos de declaração não têm essa função. Eles não podem ser utilizados para que o juiz reconsidere ou reforme a sua decisão. Podem, se acolhidos, implicar na alteração do julgado, **desde que isso advenha do afastamento dos vícios apontados, mas não por mudança de convicção**.

Excepcionalmente, porém, tem-se admitido que eles possam ter efeito modificativo (também chamado efeito infringente) **exclusivamente quando a decisão contiver erro material ou erro de fato, verificável de plano**. Servirão, então, para corrigi-lo.

São exemplos: o tribunal deixou de conhecer recurso de apelação, por intempestividade, sem observar que havia um feriado forense, na cidade em que foi apresentado; a sentença extinguiu o processo sem julgamento de mérito por inércia do autor, quando ele tinha peticionado, tomando as providências necessárias para dar-lhe andamento, mas o cartório, por equívoco, não havia juntado aos autos a petição. Pode-se estabelecer a seguinte regra:

> O acolhimento dos embargos de declaração pode implicar a modificação daquilo que ficou decidido. Mas eles não podem ser utilizados para que o juiz modifique a sua convicção ou reexamine a prova. Excepcionalmente, eles podem ter efeito modificativo quando houver erro material ou de fato, detectável de plano.

EMBARGOS DE DEC	
Cabimento	**Requisitos**
Cabem contra sentença, acórdão ou decisão interlocutória que padeça dos vícios de	Publicado o ato judicial, a parte terá o prazo de cinco dias para opor os embargos. Não há

omissão, contradição ou obscuridade. Sua finalidade é permitir ao juiz que os sane. Haverá omissão quando ele deixar de se pronunciar sobre ponto relevante para o desfecho do

preparo. Eles serão opostos por escrito (no JEC poderão ser orais). O embargante deve indicar em que consiste o vício na decisão. Como os embargos interrompem o prazo para

processo; contradição, quando partes da decisão forem logicamente inconciliáveis; e obscuridade, quando não for possível compreender, no todo ou em parte o conteúdo da decisão.	a interposição de outros recursos (no JEC eles suspendem), verificando o juiz que foram interpostos de má-fé, aplicará multa ao embargante de 1% do valor da causa, que

se elevará a 10% em caso de reiteração.

5. RECURSO ORDINÁRIO

5.1. Introdução

É um recurso previsto na Constituição Federal, dirigida ao Superior Tribunal de Justiça ou a Supremo Tribunal Federal.

É ordinário, pois, embora a CF preveja as hipóteses de cabimento, não enumera, em rol taxativo, quais os fundamentos que esse recurso poderá ter, diferentemente do que ocorre com o recurso especial e com o extraordinário, recursos que só podem ter por fundamento as matérias elencadas nos arts. 102, III, e 105, III, da CF.

O recurso ordinário serve, em regra, para que o interessado possa obter o reexame das decisões que são de competência originária dos tribunais. Contra os julgamentos de primeira instância, cabe apelação; se o processo é de competência originária dos tribunais, a apelação não será cabível, mas a CF prevê o recurso ordinário, no qual o STJ e o STF poderão reexaminar o que ficou decidido, não como instâncias extraordinárias, mas como uma espécie de "segunda instância".

Daí dizer-se que o **recurso ordinário faz as vezes de "apelação" para determinadas causas de competência originária dos tribunais**.

5.2. Cabimento

O recurso ordinário pode ser dirigido para o STF ou para o STJ.

São dirigidos ao STF os referentes a "*habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão" e os "crimes políticos" (art. 102, II, da CF).

São dirigidos ao STJ os relacionados aos "*habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória"; "os mandados de segurança decididos em única instância

pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão"; "as causas em que forem partes estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no país" (CF, art. 105, II).

5.3. Processamento

Deve ser interposto no prazo de quinze dias perante o relator do acórdão recorrido. De acordo com o art. 540, do CPC, a ele se aplicam, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento, as regras da apelação, observando-se ainda os regimentos internos do STF e do STJ.

O recurso ordinário não exige prequestionamento. Contra o acórdão proferido no seu julgamento podem caber embargos infringentes, desde que preenchidos os demais requisitos desse recurso.

6. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

6.1. Introdução

Os recursos podem ser distinguidos em duas categorias: **ordinários e extraordinários *lato sensu***.

São ordinários os recursos que têm por finalidade permitir ao tribunal que reexamine a decisão, porque o recorrente não está conformado com a que foi proferida (ou, no caso dos embargos de declaração, para que seja sanado algum vício). Esse tipo de recurso serve para discutir a correção ou a justiça da decisão.

Já os recursos extraordinários *lato sensu* têm outra finalidade: **impedir que as decisões judiciais contrariem a Constituição Federal ou as leis federais, mantendo a uniformidade de interpretação, em todo país, de uma e outras**. Aquele que apresenta um desses recursos está insatisfeito, e pretende que a decisão seja revista. Mas o fundamento que irá apresentar não poderá ser de que a sentença foi injusta, porque **eles não constituem uma espécie de "terceira instância" que visa a assegurar a justiça das decisões**. São excepcionais, e só cabem quando preenchidas as condições estabelecidas na Constituição Federal, relacionadas à proteção e unidade de interpretação da própria Constituição ou das leis federais. Só podem ter os fundamentos previstos na CF.

Os recursos extraordinários *lato sensu* são: **o extraordinário, o especial e os embargos de divergência, sempre julgados pelo STF ou pelo STJ**. Esses Tribunais julgam também recursos ordinários, nas hipóteses dos

arts. 102, II, e 105, II, da CF.

Os requisitos de admissibilidade que se aplicam aos recursos comuns são também exigidos nos extraordinários. Mas, nestes, como se verá, há outros requisitos muito mais rigorosos.

Para melhor compreensão, serão examinados inicialmente os aspectos comuns para que, ao final, possam ser apuradas as distinções.

6.2. Requisitos comuns de admissibilidade do recurso extraordinário e especial

Há dois tipos de requisitos: os comuns a todos os recursos; e os que são típicos apenas do recurso especial e do extraordinário.

6.2.1. Requisitos que são comuns aos recursos extraordinários e aos ordinários

6.2.1.1. Tempestividade

O recurso especial e o extraordinário devem ser apresentados no prazo de quinze dias, sendo aplicáveis as regras do art. 5º, § 5º da Lei n. 1.060/50 e arts. 188 e 191 do CPC. Se houver acórdão parte unânime parte não unânime, enquanto couberem embargos infringentes, não fluirá o prazo para a interposição dos recursos extraordinários. Se, no prazo, os embargos forem opostos, esse prazo não correrá senão depois que as partes forem intimadas do julgamento destes; se não forem opostos, correrá do dia seguinte ao término do prazo de interposição dos embargos (art. 498, do CPC).

Se a parte interessada verificar que estão presentes os requisitos para a interposição do recurso especial e do recurso extraordinário, **poderá interpor ambos**, no prazo legal. A interposição deve ser **simultânea**, sob pena de haver preclusão consumativa.

Tanto o recurso especial quanto o extraordinário podem ser interpostos sob a forma comum ou forma adesiva, caso em que serão apresentadas no prazo para as contrarrazões ao recurso do adversário.

6.2.1.2. Preparo

Ambos os recursos — o extraordinário e o especial — exigem preparo e porte de remessa e retorno. O Regimento Interno do STF sempre previu a necessidade de preparo, mas o do STJ não: até há algum tempo, bastava o recolhimento do porte.

Mas a Lei n. 11.636/2007, regulamentada pela Resolução 01/2008 da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, **passou a exigir o preparo**

também para o recurso especial.

6.2.1.3. Outros requisitos de admissibilidade

Os demais requisitos de admissibilidade de todos os recursos são comuns também ao RE e ao REsp. Exige-se, portanto, que haja legitimidade, interesse, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo.

6.2.2. Requisitos que são comuns ao RE e ao REsp, mas que não são exigidos nos recursos comuns

6.2.2.1. Que tenham se esgotado os recursos nas vias ordinárias

Enquanto houver a possibilidade de interposição de algum recurso ordinário, não serão admissíveis o RE e o REsp. Por exemplo: se há um acórdão não unânime contra o qual caibam embargos infringentes, se a parte interessada não os opuser o acórdão transitará em julgado. Para que coubesse o RE ou REsp era preciso que, primeiro, se interpusessem os embargos infringentes para, só depois do julgamento destes, eles serem apresentados.

Nesse sentido, as Súmulas 281 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada"; e a Súmula 207 do STJ: "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem".

6.2.2.2. Que os recursos sejam interpostos contra decisão de única ou última instância

Esse requisito guarda estreita relação com o anterior. **Não é possível saltar as instâncias ordinárias**. A decisão recorrida há de ter sido proferida em única ou última instância, exigência expressa dos arts. 102, III, e 105, III, da CF.

Mas há uma diferença de grande relevância entre o recurso extraordinário e o especial: é que o art. 102, III, contenta-se, para o cabimento do primeiro, com que haja causa decidida em única ou última instância; ao passo que o art. 105, III, exige, para a interposição do segundo, que haja causa decidida em única ou última instância **por tribunal, estadual ou federal**.

Disso advêm importantes consequências práticas:

- no Juizado Especial Cível, a última instância ordinária não é um tribunal, mas o Colégio Recursal. **Por essa razão, contra os acórdãos**

por ele proferidos será admissível recurso extraordinário, não o especial;

- nas execuções fiscais, o recurso contra a sentença que julga os embargos de pequeno valor não é a apelação, mas os embargos infringentes (que não se confundem com o recurso de mesmo nome previsto no CPC), que são julgados em primeira instância. Contra a decisão neles proferida poderá ser admitido o recurso extraordinário, nunca o especial.

6.2.2.3. Que não visem rediscutir matéria de fato

Os recursos extraordinários são de fundamentação vinculada: só cabem nas hipóteses das alíneas dos arts. 102, III, e 105, III, da CF. Em todas elas, há a preocupação em preservar e uniformizar a interpretação da CF e das leis federais. **Eles não se prestam a corrigir injustiça da decisão, decorrente da má apreciação dos fatos e das provas**.

Ao contrário dos outros recursos, de fundamentação livre, em que o recorrente pode alegar todo tipo questão, os extraordinários ficam adstritos **ao reexame da matéria jurídica**, afastada a possibilidade de reexame dos fatos e provas. Além disso, eles só permitem que seja uniformizada a interpretação da CF e das leis, **não servindo para discutir interpretação de contrato**.

Nesse sentido, a Súmula 279 do STF: "Para simples reexame da prova não cabe recurso extraordinário" e a Súmula 454 do STF: "A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso extraordinário". No mesmo sentido, as Súmulas 5 e 7 do STJ.

O que se proíbe nos recursos extraordinários é que reexaminem as provas dos fatos discutidos e sua aptidão para demonstrá-los.

Isso não se confunde com a discussão sobre a **admissibilidade geral de um tipo de prova, para determinado tipo genérico de fato**.

Por exemplo: não é possível rediscutir se a interceptação telefônica usada em determinado processo é suficiente para demonstrar os fatos que fundamentam o pedido inicial. Mas é possível, por recurso extraordinário, discutir se a interceptação telefônica, como prova, contraria a Constituição Federal.

Nos recursos extraordinários, os tribunais **não apreciam a prova, mas podem dirimir questões de aplicação, ou interpretação da CF ou das leis federais, a respeito das provas em geral, sua admissibilidade, sua disciplina e sua valoração**.

6.2.2.4. Causas decididas — O prequestionamento

Tanto o art. 102, III, quanto o 105, III, da Constituição Federal restringem o cabimento do RE e do REsp às causas decididas.

Disso advêm duas consequências importantes:

- tais recursos só são cabíveis contra decisões judiciais ("causas"), nunca contra as administrativas;
- é preciso que a questão — constitucional ou federal — a ser discutida no recurso **tenha sido ventilada nas instâncias ordinárias, isto é, suscitada e decidida anteriormente**. Não cabe RE nem REsp sobre questões não previamente discutidas e decididas nas vias ordinárias. **A essa exigência, dá-se o nome de prequestionamento**, comum a ambos os recursos, conquanto haja diferenças entre aquilo que o STF e o STJ consideram como tal.

A lei brasileira não regula o prequestionamento. Não há dispositivo constitucional ou legal que o exija expressamente, sendo ele o corolário da exigência de causa decidida.

É a jurisprudência do STF e do STJ que regulamenta o prequestionamento, e a forma que ele deve observar em cada um desses tribunais.

Para que determinada questão constitucional ou legal possa ser oportunamente objeto de RE ou REsp, a parte deve suscitá-la nas instâncias ordinárias, para que possa ser decidida.

Não basta que a questão seja ventilada apenas no voto vencido, como deixa claro a Súmula 320 do STJ: "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento". Se as instâncias inferiores não examinarem a questão, apesar de ela ter sido suscitada pelo interessado, caber-lhe-á opor embargos de declaração, postulando que a omissão seja suprida. Por meio dos embargos, o interessado tentará fazer com que as instâncias inferiores examinem a questão suscitada. **É a Súmula 98 do STJ que enuncia a possibilidade de utilização dos embargos de declaração para prequestionar a questão legal, permitindo o oportuno ajuizamento do recurso especial:** "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório". Conquanto a súmula diga respeito ao recurso especial, a mesma regra vale para o extraordinário.

Sem a oposição de embargos de declaração a respeito da questão omissa, não terá havido o prequestionamento, e o RE ou REsp não será admitido.

Mas pode ocorrer que, sendo os embargos opostos, as instâncias ordinárias ainda assim não apreciem a questão constitucional ou federal

suscitada, por entender que não houve omissão na decisão, ou que a questão não é relevante, ou não diz respeito ao caso *sub examen*. Sem o pronunciamento das instâncias ordinárias, a despeito da oposição dos embargos de declaração, caberá o RE ou REsp? O prequestionamento, nesse caso, contenta-se com o fato de a questão ter sido apenas suscitada, por meio dos embargos, ou há necessidade de efetivo pronunciamento das instâncias inferiores a respeito da questão constitucional ou legal? É nesse passo que surgem diferenças entre o prequestionamento exigido pelo STF e pelo STJ, como se verá no item seguinte.

6.2.2.5. Diferenças entre o prequestionamento exigido pelo STF e pelo STJ

Só há prequestionamento se a questão constitucional for ventilada, isto é, suscitada e decidida pelas instâncias inferiores. Não havendo pronunciamento destas, é preciso opor embargos de declaração.

Para o STF, basta a oposição dos embargos, para que a questão constitucional considere-se prequestionada, ainda que ela não seja efetivamente apreciada nos embargos. É o que resulta da Súmula 356 do STF: "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

A súmula traz a necessidade de que os embargos sejam "opostos", sem aludir à exigência de que, ao examiná-los, a questão constitucional seja apreciada. Portanto, para o STF, não é necessário, como condição de admissibilidade do RE, que a questão constitucional seja efetivamente examinada, bastando que seja suscitada por embargos de declaração. **Daí dizer que o STF contenta-se com o prequestionamento ficto**, já que pode não haver a apreciação da questão constitucional pelas instâncias inferiores.

Diversamente, **o STJ exige prequestionamento efetivo, real, como se vê da súmula 211:** "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal 'a quo'".

A redação não deixa dúvidas: não basta a interposição dos embargos de declaração. **É preciso que, ao apreciá-los, as instâncias ordinárias efetivamente examinem a questão federal, que será objeto do recurso especial**.

Mas o que fará o interessado se, a despeito dos embargos, as instâncias ordinárias não a examinarem? Para o STF, como visto, basta a iniciativa de opor embargos de declaração; mas o STJ exige algo que não

mais depende da parte — o acolhimento dos embargos, e o exame da questão federal.

A solução dada pelo STJ é a seguinte: se, no julgamento dos embargos de declaração, a questão federal for apreciada, terá ocorrido o prequestionamento, bastando a interposição de recurso especial, com fundamento nela; se a questão não for apreciada, a solução será opor recurso especial, não com fundamento nela, **mas na contrariedade ao art. 535, do CPC, que trata do recurso de embargos de declaração**. O recorrente alegará, então, que, quando o tribunal de origem não examinou a questão suscitada nos embargos, contrariou aquele dispositivo. O STJ examinará esse recurso especial, e verificará se o órgão *a quo* deveria ou não ter apreciado a questão suscitada. Em caso afirmativo, o acolherá e determinará que a instância inferior a examine. O órgão *a quo* terá de apreciá-la, com o que, **finalmente, haverá o prequestionamento da questão federal, abrindo ensejo para que o interessado apresente agora um novo recurso especial, desta feita fundado nela**.

6.2.2.6. Prequestionamento implícito ou explícito?

Trata-se de saber se o acórdão recorrido precisa enfrentar expressamente a questão constitucional ou federal que é objeto do RE ou do REsp, ou se basta que tal questão seja apreciada implicitamente, sem indicação expressa do dispositivo constitucional ou legal violado.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela suficiência do prequestionamento implícito, não sendo necessária a indicação do dispositivo legal violado. Ficou decidido que: "O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado" (STJ, Corte Especial, ED no REsp 162.608 — SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

O STF, em princípio, exigia o prequestionamento explícito da matéria constitucional. Como ensina Rodolfo de Camargo Mancuso: "Já no âmbito do STF tem sido exigido o prequestionamento explícito da matéria constitucional controvertida, salientando o Min. Sepúlveda Pertence que, sendo o RE um instrumento de revisão 'in jure', 'não investe o Supremo de competência para vasculhar o acórdão recorrido, à procura de uma norma que poderia ser pertinente ao caso, mas da qual não se cogitou. Daí a necessidade de pronunciamento explícito do Tribunal 'a quo' sobre a questão suscitada no recurso extraordinário. Sendo o prequestionamento, por definição, necessariamente explícito, o chamando 'prequestionamento

implícito' não é mais que uma simples e inconcebível contradição em termos" (AgRG 253.566-6, *DJU* 03.03.2002).[1] No entanto, mais recentemente, o STF não tem exigido, como condição do prequestionamento, que o acórdão recorrido indique expressamente o dispositivo constitucional que teria sido violado, bastando que tenha sido examinada a tese jurídica suscitada, ofensiva ao texto constitucional.

6.3. Procedimento de interposição e admissão do RE e do REsp

As regras sobre interposição são comuns ao RE e ao REsp e vêm tratadas a partir do art. 541 do CPC.

Eles serão interpostos no prazo de quinze dias, perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal *a quo*, a quem caberá fazer o prévio juízo de admissibilidade.

A interposição, pelo mesmo litigante, de ambos, quando pretender discutir questão constitucional e federal, deve ser **simultânea**, sob pena de haver preclusão consumativa, mas em petições diferentes.

Essa petição deve conter:

- a exposição do fato e do direito;
- a demonstração do cabimento do recurso interposto;
- as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Logo que a petição é recebida na secretaria do tribunal, o recorrido é intimado para apresentar contrarrazões. Estas devem ser apresentadas, portanto, antes do juízo de admissibilidade.

Em seguida, o presidente ou vice-presidente fará o juízo de admissibilidade que, tanto positivo como negativo, **há de ser fundamentado**. Nesse sentido, a súmula 123, do STJ: "A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, como o exame de seus pressupostos gerais ou constitucionais".

Não cabe ao órgão *a quo* verificar se houve efetiva contrariedade a dispositivo constitucional ou de lei federal, ou se alguma das demais hipóteses do art. 102, III e 105, III, da CF está presente. Se ele o fizesse, estaria examinando o mérito do recurso, coisa que só pode ser feita pelo órgão *ad quem*. No exame de admissibilidade, **o presidente ou vice-presidente se limitará a verificar se, em tese (*in statu assertionis*) estão presentes as hipóteses de cabimento, deixando ao órgão *ad quem* verificar sua existência em concreto**.

Da decisão que não admite os recursos, cabe agravo nos autos para o

STF ou STJ, regulado no art. 544 do CPC, cujo procedimento foi examinado no Livro VII, item 2.3.3 supra.

Caso os recursos sejam admitidos, os autos serão encaminhados aos Tribunais Superiores. Se houver interposição de ambos os recursos, serão enviados primeiro ao Superior Tribunal de Justiça, para que seja examinado o recurso especial. Julgado, será necessário verificar se o extraordinário não ficou prejudicado. Em caso negativo, os autos serão enviados ao Supremo Tribunal Federal, para que o RE seja julgado.

Pode ocorrer que o relator do recurso especial conclua que a questão constitucional é prejudicial, e que o recurso extraordinário deve ser julgado primeiro. Se assim for, deve, em decisão irrecorrível, sobrestar o julgamento do recurso especial, e remeter os autos ao STF, para que primeiro seja examinado o RE. Mas, se o relator deste discordar do relator do REsp, e não considerar o exame do RE como prejudicial, restituirá os autos, em decisão irrecorrível ao STJ, que terá então de julgar o recurso especial.

O órgão *ad quem* fará um novo juízo de admissibilidade dos recursos. Poderá o relator valer-se dos poderes que lhe confere o art. 557 e § 1º, do CPC, negando seguimento ou dando provimento, desde logo, ao recurso. Contra a sua decisão individual caberá agravo inominado para a turma julgadora.

6.3.1. O regime da retenção do RE e do REsp

O art. 542, § 3º, do CPC, estabelece que "O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória, em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões".

Uma vez que o dispositivo alude à decisão interlocutória, **o RE ou REsp será aquele cabível contra acórdãos proferidos no julgamento de agravos de instrumento** (os julgamentos de agravos retidos são feitos no mesmo acórdão que examina a apelação), admissíveis por força da súmula 86 do STJ.

O regime da retenção **visa conciliar a exigência constitucional de "causa decidida", com a possibilidade de, em decisão interlocutória, haver contrariedade a dispositivo constitucional ou de lei federal**.

Havendo, será admissível RE ou REsp, mas o exame só será feito depois que a causa tiver sido decidida.

Quando o juiz profere decisão interlocutória, a parte, inconformada,

poderá interpor agravo de instrumento. A questão constitucional ou federal terá de ser prequestionada. Publicado o acórdão, será possível a interposição do RE ou do REsp, perante o presidente ou vice-presidente do tribunal. **Mas, verificando que se trata de recurso envolvendo decisão interlocutória, o presidente ou vice-presidente determinará que o recurso fique retido**. Ele será restituído ao órgão *a quo*, onde permanecerá, apensado aos autos principais.

Oportunamente, haverá sentença, contra a qual os prejudicados poderão interpor apelação. Do acórdão no julgamento da apelação, ou de eventuais embargos infringentes, caberá o recurso extraordinário ou especial. **Nas razões ou contrarrazões destes, a parte interessada deve reiterar o pedido para que seja examinado o RE ou REsp contra a decisão interlocutória**.

Há duas questões de grande relevância, que têm provocado discussões doutrinárias e jurisprudenciais. São elas:

1ª) O que fazer quando, havendo urgência, o presidente ou vice-presidente do tribunal determina a retenção do RE ou REsp?

Há casos em que o reexame do acórdão proferido no agravo de instrumento é urgente, porque a decisão interlocutória recorrida é de ordem tal que pode causar perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. É o que ocorrerá, por exemplo, quando o juiz apreciar liminares, de natureza cautelar ou antecipada. Ora, a retenção do RE ou do REsp remeterá o exame da questão para o final do processo, depois da sentença e do julgamento da apelação.

Em casos assim, cabe ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal, em decisão fundamentada, **autorizar a subida do RE ou do REsp para exame imediato, em vez de determinar a sua retenção**.

Se ele assim não fizer, qual a providência a ser tomada pelo prejudicado? Parece-nos, a princípio, e apesar da divergência jurisprudencial a respeito, que a decisão do presidente ou vice-presidente a respeito da retenção não preclui. Mesmo que o prejudicado não tome nenhuma providência desde logo, será possível, a qualquer tempo, tentar destravar a subida do RE ou do REsp, pois pode acontecer que uma situação de urgência que não tivesse se manifestado até então torne-se, a partir de determinado momento, premente, caso em que o interessado terá a oportunidade de requerer a subida do recurso.

Há enorme controvérsia a respeito do meio adequado do qual o interessado deve valer-se, para destravar a subida.

Com relação ao recurso extraordinário, prevalece o entendimento de

que bastaria ao interessado dirigir uma medida cautelar ao próprio STF, expondo a situação de perigo, e postulando a subida do recurso, para exame imediato. Não se trata de uma ação cautelar autônoma, **mas de simples petição, de natureza cautelar**, contendo a postulação do interessado. O pedido seria dirigido inicialmente ao Presidente do Tribunal de origem (Súmula 635, do STF) e, se este não o acolher, ao STF. Tem-se admitido, ainda, o uso de reclamação junto ao STF.

Com relação ao recurso especial, também há controvérsia, havendo decisões que admitem que o destrancamento do recurso seja feito por mera petição, por agravo de instrumento ou por medida cautelar.

2ª) O que fazer se não couber RE ou REsp contra o acórdão que julgar a apelação ou embargos infringentes, e o interessado quiser o julgamento do recurso interposto contra o acórdão proferido no agravo?

O regime de retenção determina que o RE ou REsp contra o acórdão proferido no agravo de instrumento fique retido, aguardando a subida do RE ou REsp interposto contra o acórdão proferido na apelação ou nos embargos infringentes. Ora, os recursos extraordinários só cabem nas hipóteses dos arts. 102, III e 105, III, da CF. **Pode ocorrer que o acórdão da apelação ou dos embargos infringentes não se encaixe em nenhuma das hipóteses constitucionais, por não contrariar dispositivo constitucional ou lei federal, mas que o acórdão proferido no agravo se encaixe em algum dos incisos constitucionais**. O interessado ficaria privado da possibilidade de ver examinado o seu RE ou REsp, interposto contra o acórdão do agravo, já que não foi possível interpor RE ou REsp contra o acórdão da apelação ou dos embargos infringentes?

A solução mais acertada é a alvitrada por Rodolfo de Camargo Mancuso, fundada na lição de Teresa Alvim Wambier: "Parece-nos que, em tais circunstâncias, não pode deixar de ser processado o RE ou REsp que antes ficaram retidos, e isso para que se assegure a boa lógica na interpretação e a integral eficácia do par. 2º, do art. 542, do CPC, incluído pela Lei n. 9.756/98: se ali se diz que o recurso retido, para ser efetivamente processado demanda reiteração no prazo para interposição do recurso (principal) contra a decisão final, ou para as contrarrazões, não faria sentido que, vindo a configurar-se a inviabilidade técnica do RE ou do REsp contra a decisão final, ficasse por isso 'trancada' ou 'abortada' a subida do recurso antes retido. A interpretação, como se sabe, deve conduzir ao entendimento que assegure a maior utilidade prática do dispositivo, e não que esvazie ou comprometa seu significado. No ponto, propõe Teresa Alvim Wambier que se deve admitir, nestes casos, a apresentação de um requerimento 'avulso', no sentido de 'desvinculado de qualquer recurso', já que a lei alude à

necessidade de reiteração no prazo do recurso, e não necessariamente como recurso”[2].

6.4. Recurso especial

6.4.1. Introdução

Nos itens anteriores, foram examinados os aspectos comuns aos recursos extraordinário e especial. Neste item, serão abordadas as particularidades do recurso especial.

6.4.2. Hipóteses de cabimento

Estão previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do art. 105, III, da CF. De acordo com esse dispositivo, caberá ao Superior Tribunal de Justiça “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida.”

6.4.2.1. Contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência

O dispositivo faz uso dos verbos “contrariar” e “negar vigência”, como se fossem coisas diferentes. No entanto, **a expressão “negar vigência” está abrangida por “contrariar”, mais ampla**. Bastava, pois, que a Constituição Federal utilizasse o “contrariar”.

Negar vigência traz a ideia de afrontar a lei federal, ou deixar de aplicá-la nos casos em que isso deveria ocorrer. **Já a contrariedade abrange tudo isso, e, mais: não dar à lei federal a interpretação mais adequada**.

Na CF anterior, não havia o recurso especial, mas tão somente o extraordinário, para o qual se exigia que a decisão recorrida negasse vigência a dispositivo constitucional. Não se usava a expressão contrariar. Por isso, entendia-se que ele só cabia se a decisão afrontasse dispositivo constitucional, ou deixasse de aplicá-lo. Não para a hipótese de a decisão dar ao dispositivo interpretação razoável, ainda que não a melhor, porque isso não se encaixava na expressão “negar vigência”. Daí a súmula 400 do STF: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal”.

Essa súmula foi editada durante a vigência da CF anterior. Com a edição da nova, o recurso extraordinário e o especial passaram a caber para as hipóteses de contrariedade à CF ou à lei federal. Com isso, ampliaram-se as hipóteses de cabimento, **que passaram a abranger também aquelas em**

que a decisão dava interpretação razoável à CF e às leis federais, ainda que não a melhor.

> Atualmente, o Recurso Especial pode ser interposto com fundamento na alínea *a* do art. 105, III, da CF, tanto quando a decisão recorrida afronta ou deixa de aplicar dispositivo de lei federal ou tratado como quando dá a eles interpretação que, conquanto razoável, não é a melhor.

6.4.2.2. Julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal

Essa hipótese não traz nada de novo, já que se a decisão der pela validade de ato de governo local contestado em face de lei federal, **estará contrariando esta última, com o que se recai na hipótese anterior**.

O recurso especial só é cabível em caso de ato de governo local. Se a decisão der pela validade de lei local contestada em face de lei federal, o recurso cabível não será o especial, mas o extraordinário, na forma do art. 102, III, *d*, da CF. O **"ato de governo local" que enseja o recurso especial é ato infralegal**.

6.4.2.3. Der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal

Uma das funções do recurso especial **é uniformizar a interpretação da lei federal no País**. Se um mesmo dispositivo de lei federal for interpretado diversamente por outro tribunal, caberá recurso especial. O parágrafo único do art. 544, do CPC, estabelece que "quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados".

Não basta indicar a interpretação dada por outro tribunal. **É preciso demonstrar que é melhor que a dada no processo em que o recurso especial foi interposto**, uma vez que se pretende a reforma do acórdão. Essa hipótese, como a anterior, também acaba recaindo na da alínea *a*, do art. 105, III, da CF. Afinal, se a melhor interpretação foi a dada por outro tribunal, então a decisão recorrida, ainda que razoável, não é a melhor, o que contraria o dispositivo de lei federal.

A interpretação divergente forçosamente terá de ser de outro tribunal

(nunca da primeira instância), não bastando que seja de outra turma do mesmo. Nesse sentido, a súmula 13 do STJ: "A divergência de julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial". Mas não é preciso que os tribunais sejam de estados diferentes. Tanto que, antes da extinção dos Tribunais de Alçada, admitia-se a interposição de recurso especial, por divergência entre acórdão do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Alçada, do mesmo Estado.

6.4.3. Recursos especiais repetitivos

A multiplicação de recursos especiais, muitas vezes sobre o mesmo tema, e com idênticos fundamentos, vinha, há muito, despertando a atenção do legislador, pois ameaçava prejudicar o bom funcionamento do STJ.

A Lei n. 11.672/2008, que acrescentou o art. 543-C ao CPC, procurou solucionar o problema da sobrecarga de serviços decorrente do atulhamento de recursos especiais repetitivos.

Ela partiu da constatação de que havia uma multiplicidade de recursos especiais que o STJ era obrigado a examinar individualmente, conquanto versassem sobre idêntica questão de direito.

A nova lei permite que a questão jurídica, que teria de ser examinada inúmeras vezes, em cada um dos recursos especiais, **possa agora ser examinada uma única vez, ou algumas poucas vezes, com repercussão sobre os demais recursos especiais interpostos com o mesmo fundamento**. A vantagem é evidente, tanto do ponto de vista da economia como da uniformidade dos julgados.

Os recursos especiais só servem para discutir questão de direito, jamais de fato. Eles são sempre interpostos perante o tribunal *a quo*, cumprindo ao presidente ou vice-presidente fazer um prévio juízo de admissibilidade.

Caso o presidente ou vice-presidente constate a existência de uma multiplicidade de recursos especiais que versem sobre a mesma questão jurídica, selecionará um ou alguns, **os mais representativos da controvérsia**. Ele fará uma seleção de um ou alguns recursos especiais, em que a questão jurídica repetida seja abordada de maneira mais detalhada, pelos mais numerosos ângulos, **para que o julgamento deste recurso especial possa servir de paradigma, repercutindo sobre o julgamento dos demais**.

Apenas os recursos especiais selecionados — um ou mais — serão enviados ao STJ. Os demais, que versem sobre a mesma matéria, ficarão suspensos no tribunal de origem. Cumpre ao Presidente ou Vice-Presidente

se acautelar para que só haja a suspensão daqueles recursos especiais que estejam fundados na mesma questão jurídica que será discutida no paradigma. Se, por equívoco, eles suspenderem recurso especial que discuta questão diferente, o recorrente deverá alertá-los, valendo-se, se necessário, de requerimento ao Superior Tribunal de Justiça, para que este determine a subida dos autos.

Será conveniente que o relator do recurso especial, no STJ, **informe os presidentes dos demais tribunais estaduais ou federais do país** sobre o julgamento da questão jurídica objeto dos recursos repetitivos, para que eles possam suspender, nos locais de origem, a remessa dos recursos especiais, que versem questão idêntica.

O relator do recurso especial poderá solicitar, antes do julgamento do recurso, informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia.

Como a decisão dos recursos especiais paradigmas poderá ter grande impacto, já que resolverá a questão jurídica, com possível repercussão sobre os demais, o relator poderá admitir a manifestação de pessoas, órgão ou entidades com interesse na controvérsia, **na condição de *amicus curiae***.

Se houver intervenção do Ministério Público, o relator abrir-lhe-á vista, pelo prazo de quinze dias.

O julgamento do recurso especial paradigma preferirá a qualquer outro, exceto os que envolvam *habeas corpus* ou réu preso.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução 8, de 07 de agosto de 2008, regulamentando o procedimento relativo ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos. O art. 2º da Resolução estabelece que, a critério do Relator, os recursos especiais paradigmas poderão ser submetidos a julgamento pela Seção ou pela Corte Especial, desde que, nesta última hipótese, exista questão de competência de mais de uma Seção.

Com a publicação do acórdão no julgamento do recurso especial pela Seção ou pela Corte Especial, ocorrerá o seguinte:

- os recursos já distribuídos ao STJ serão julgados pelo relator, na forma do art. 557, do CPC;
- os recursos suspensos na origem ou não serão admitidos quando o acórdão recorrido estiver em conformidade com o que foi decidido pelo STJ, no paradigma; ou, se o acórdão recorrido estiver em desconformidade com o paradigma, o tribunal de origem poderá retratar-se, modificando-o, para ajustá-lo à nova orientação do STJ. É essa a interpretação a ser dada ao art. 543-C, § 7º, inc. II: "serão

novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça, hipótese em que, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial". No intuito de assegurar maior rapidez e eficiência ao processo, **a nova lei permite ao tribunal de origem reconsiderar o que ficou decidido no acórdão, adequando-o ao paradigma, caso em que o recurso especial contra ele proferido será denegado**. Só se o tribunal de origem mantiver o acórdão contrário ao paradigma, o recurso especial subirá ao STJ. **A decisão paradigma não tem efeito vinculante, sendo possível ao tribunal de origem manter o que decidira anteriormente, ainda que contrariando a orientação do STJ**.

6.5. Recurso extraordinário

6.5.1. Hipóteses de cabimento

Estão previstas na Constituição Federal, art. 102, inc. III, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*. De acordo com o dispositivo constitucional, compete ao Supremo Tribunal Federal "julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida".

6.5.1.1. Contrariar dispositivo desta Constituição

O significado de "contrariar" já foi examinado no item 6.4.2.1 supra. A CF anterior não se valia da expressão das de outra mais restrita: "negar vigência". Com isso, afastava o cabimento do recurso extraordinário, quando o acórdão recorrido dava interpretação razoável a dispositivo constitucional, ainda que não a melhor (Súmula 400 do STF).

A Constituição Federal de 1988 ampliou a abrangência do recurso extraordinário, ao substituir o "negar vigência" pelo "contrariar", mais abrangente. Contrariar dispositivo constitucional abrange não só negar-lhe vigência, isto é, afrontá-lo ou deixar de aplicá-lo, mas também não lhe dar a melhor interpretação, ainda que a dada seja razoável. **Foi revogada a súmula 400 do STF**.

Em razão disso, **abre-se a possibilidade do recurso extraordinário, quando o acórdão recorrido der ao dispositivo constitucional interpretação divergente, mas não melhor do que aquela que lhe haja dado outro tribunal**. É certo que nenhuma das alíneas do art. 102, III, da CF menciona expressamente essa possibilidade, como no recurso especial, mas se outro tribunal interpretar diferentemente a CF, e tal interpretação for melhor, então o acórdão recorrido a terá contrariado.

6.5.1.2. Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal

É por meio do recurso extraordinário, nesta hipótese, que o STF exerce o controle de constitucionalidade difuso. **Em qualquer processo, é possível aos litigantes postular a não aplicação de lei federal ou de tratado, por inconstitucionalidade**. As instâncias ordinárias podem reconhecer a inconstitucionalidade, no processo em que ela foi suscitada, abrindo ensejo ao recurso extraordinário. Mas somente se for reconhecida a inconstitucionalidade: se o acórdão recorrido der pela constitucionalidade da lei federal ou tratado, o recurso não será admitido.

A declaração de inconstitucionalidade de lei local — estadual ou municipal — não enseja recurso extraordinário, nos termos da súmula 280 do STF: "Por ofensa ao direito local não cabe o recurso extraordinário".

6.5.1.3. Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal

Se o acórdão declara a inconstitucionalidade de lei local, não cabe recurso extraordinário. **Mas, se ele dá pela validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal, o recurso será admitido**, porque estará havendo contrariedade à CF. A rigor, essa hipótese poderia ser absorvida pela da alínea *a*.

6.5.1.4. Julgar válida lei local contestada em face de lei federal

Essa hipótese de recurso extraordinário foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Antes dela, nessa situação cabia recurso especial, pois, se o acórdão recorrido dava pela validade de lei local contestada em face de lei federal, acabava por contrariar esta última, ensejando o REsp.

Mas, desde a Emenda, a hipótese passou a ser de recurso extraordinário, já que a CF, conquanto não afrontada diretamente, é atingida via indireta. Afinal, **é ela que define qual o âmbito das leis locais e federais**. Se o acórdão der pela validade daquelas em detrimento destas, haverá questão constitucional subjacente, que abre oportunidade ao RE. Mas não se o acórdão recorrido der pela validade da lei federal, em detrimento da lei local.

6.5.2. A repercussão geral como requisito específico de admissibilidade dos recursos extraordinários

A Emenda Constitucional n. 45/2004, ao acrescentar o § 3º, ao art. 102, da CF, criou um novo requisito de admissibilidade do RE: "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela

manifestação de dois terços de seus membros".

A finalidade é reduzir o número de recursos extraordinários, limitando-os àquelas situações em que haja questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que transcendam os interesses individuais dos litigantes no processo. O legislador faz uso de conceitos indeterminados (ou vagos), que devem ser integrados pelo STF, a quem competirá dizer, nos casos que lhe são submetidos, se estão ou não presentes.

A repercussão geral foi regulamentada pela Lei n. 11.418/2006, que acrescentou ao CPC o art. 543-A.

Ela é requisito de admissibilidade do RE, **mas que só pode ser examinada pelo STF, não pelo tribunal de origem**. A este cabe fazer um prévio juízo de admissibilidade geral, sem se pronunciar sobre a existência da repercussão geral. Se a decisão recorrida for contrária à súmula ou jurisprudência do STF, a repercussão geral é presumida, e o relator pode valer-se do disposto no art. 557, § 1º, do CPC.

O procedimento para verificação da existência da repercussão geral vem previsto nos arts. 323 a 325 do Regime Interno do STF.

Cumpre ao recorrente, em preliminar formal e fundamentada de recurso extraordinário, apresentar a repercussão geral, sob pena de o recurso ser indeferido de plano. O relator se manifestará sobre a sua existência, e submeterá, por meio eletrônico, uma cópia aos demais ministros, que se pronunciarão no prazo comum de vinte dias (art. 324, do Regimento Interno do STF).

Para a análise da repercussão geral, o relator poderá admitir a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado (art. 543-A, § 7º, do CPC).

De acordo com a Constituição Federal, a inexistência de repercussão geral terá de ser reconhecida por, pelo menos, oito ministros, para que o RE não seja admitido.

Isso demonstra a intenção do legislador de contentar-se com o reconhecimento desse requisito, ainda que por uma minoria de ministros.

Negada a existência da repercussão geral, "a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão de tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal" (art. 543-A, § 5º).

6.5.3. Repercussão geral em recursos extraordinários repetitivos

O art. 543-B do CPC traz regra destinada a reduzir a multiplicação de recursos extraordinários que versem sobre questão jurídica idêntica, e que

se assemelha, em parte, ao mecanismo do art. 543-C, relativo ao recurso especial.

Quando houver vários recursos extraordinários que versem idêntica questão jurídica, **a repercussão geral será examinada por amostragem, cabendo ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia para encaminhar ao Supremo Tribunal Federal, ficando os demais sobrestados até o pronunciamento da Corte (art. 543-B, § 1º)**.

Se, nos casos paradigmas, o STF negar a existência de repercussão geral, os recursos extraordinários sobrestados no Tribunal de origem não serão admitidos. Quando o STF reconhecê-la e julgar o mérito dos recursos extraordinários paradigmas, não serão admitidos os recursos extraordinários contra acórdãos que estejam em consonância com a decisão superior; mas se o acórdão do Tribunal de origem estiver em descompasso com a decisão paradigma, o órgão de origem poderá retratar-se, adaptando a sua decisão àquela (CPC, art. 543-B, § 3º). Se não houver retratação e a decisão for mantida, o recurso extraordinário será admitido, podendo o STF cassar ou reformar a decisão liminarmente, na forma do art. 557, do CPC.

	CABIMENT
Recurso especial	O recurso esp será admitido hipóteses do 105, III, da C causas decidi em única ou ú instância, pelo

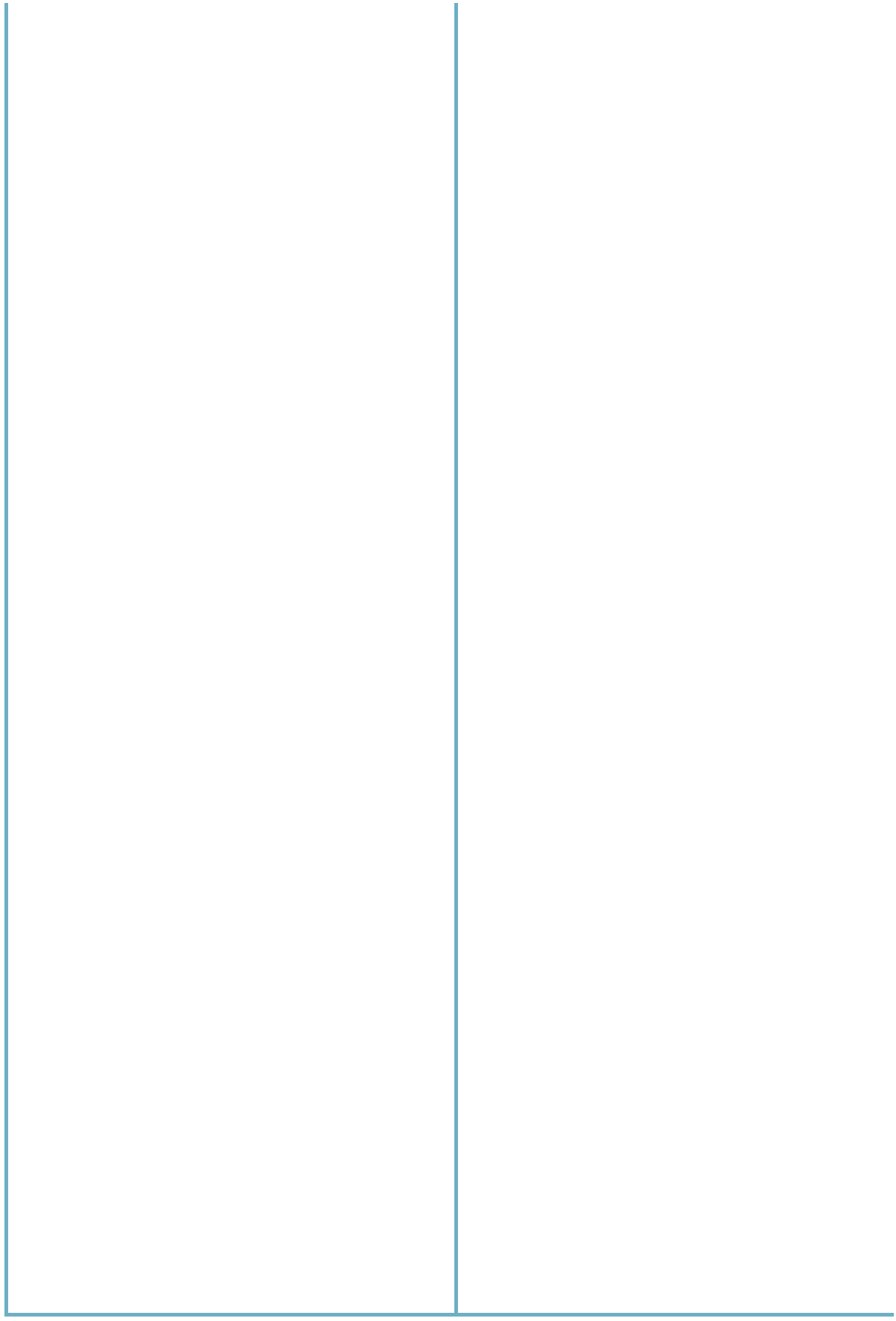
Tribunais Reg
Federais ou p
tribunais dos
Estados, do D
Federal e
Territórios qu
decisão recor

a) contrariar t
ou lei federal,
negar-lhes vig
b) julgar válid
de governo lo
contestado er
de lei federal;
a lei federal
interpretação
divergente da

lhe haja atribu
outro tribunal.

Recurso extraordinário	Cabe nas hipó do art. 102, II CF, nas causa decididas em ou última instá

quando a dec
recorrida: a)
contrariar
dispositivo da
Constituição;
declarar a
inconstitucion
de tratado ou
federal; c) julg
válida lei ou a
governo local
contestada er
de lei federal;
julgar válida le
contestada er
de lei federal.



7. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL E EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

7.1. Introdução

Esse recurso foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 8.950/94. Suas hipóteses de cabimento vêm previstas no art. 546, do CPC: "É embargável a decisão da turma que: I — em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; II — em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário".

Sua finalidade é evitar divergências no âmbito do STF e do STJ, uniformizando a jurisprudência.

Pressupõe, portanto, que haja divergência de entendimento dentro dessas Cortes. Não basta que ela se manifeste entre ministros da mesma turma. É preciso que se estabeleça entre dois órgãos fracionários distintos desses Tribunais, ou entre um deles e o plenário.

Vale lembrar que o STF tem duas turmas, compostas por cinco Ministros, e o Plenário, com onze.

O STJ tem seis turmas, com cinco ministros cada. Cada duas turmas compõem uma Seção, e há a Corte Especial, que equivale ao Plenário.

É preciso que a divergência seja atual, não cabendo mais os embargos se a jurisprudência do Tribunal já se uniformizou em um determinado sentido. É o que resulta da Súmula 168 do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

Havia controvérsia sobre a possibilidade de a divergência manifestar-se em acórdão proferido no julgamento do agravo interno, o que foi superado com a Súmula 316 do STJ: "Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial".

7.2. Processamento

É regulado pelos regimentos internos do STF e do STJ. O prazo para interposição é de quinze dias da publicação da decisão embargada. **A petição de interposição deve vir acompanhada com a prova da divergência, sendo necessário que ela indique, de forma analítica, em que ela consiste**.

Cumprirá ao relator fazer um prévio juízo de admissibilidade. Se for negativo, haverá a possibilidade de o recorrente valer-se do agravo inominado, para o mesmo órgão a quem competiria o julgamento dos embargos. Se positivo a parte contrária será intimada para contrarrazões no

prazo de quinze dias.

O julgamento no STF será feito pelo Plenário. No STJ, se a divergência se der entre turmas da mesma Seção, o julgamento será feito pela Seção; se entre turmas de seções diferentes, ou entre uma Turma ou uma Seção com a Corte Especial, o julgamento será feito pela Corte Especial.

■ 8. QUESTÕES

1. (Juiz de Direito — TJ/SP — 175º) Assinale a alternativa incorreta.

a) A citação pelo correio, quando o autor não a requerer de outra forma, será feita para qualquer comarca do País, salvo no processo de execução, nas ações de Estado e se o réu for pessoa incapaz, de direito público ou residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência.

b) No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.

c) Em qualquer hipótese de sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público, ou de procedência, no todo ou em parte, de embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, é impositivo, com sujeição ao duplo grau de jurisdição, o reexame necessário.

d) Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz, independentemente de pedido do autor, poderá, em antecipação de tutela ou na sentença, impor ao réu, com fixação de prazo razoável para o cumprimento do preceito, multa diária, cujo valor ou periodicidade também pode alterar de ofício, caso verifique insuficiência ou excesso.

Resposta: "c".

2. (Juiz de Direito — TJ/PA — 2005) Com base no Código de Processo Civil, assinale a alternativa correta:

a) Recebido o agravo de instrumento no tribunal, o relator deverá, de imediato, requisitar ao juiz da causa informações, que deverão ser prestadas no prazo de 15 dias.

b) O agravante, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, requererá a juntada aos autos do processo de cópia da petição do agravo e do comprovante de sua interposição.

c) A petição de agravo de instrumento será instruída, obrigatoriamente, com cópias da petição inicial da ação, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e da procuração outorgada dos

advogados do agravado e do agravante.

d) Antes de atribuir efeito suspensivo ao agravo ou deferir antecipação de tutela, o relator deverá mandar ouvir o Ministério Público no prazo de 10 dias.

e) Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído ao relator, este negará seguimento ao recurso em confronto com Súmula ou Jurisprudência dominante do respectivo tribunal.

Resposta: "e".

3. (Juiz de Direito — TJ/SP — 176º) Assinale a asserção incorreta.

a) O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

b) A parte que aceitar, expressa ou tacitamente, a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.

c) O recorrente poderá desistir do recurso, a qualquer tempo, se contar com anuência do recorrido ou dos litisconsortes.

d) O prazo para interposição de apelação contar-se-á da data da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência.

Resposta: "c".

4. (Juiz de Direito — TJ/MG — 2004-2005) Diz o art. 526 do CPC que: "o agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso". O não cumprimento do disposto acima importa na:

a) inadmissibilidade do agravo, de ofício, pelo Relator;

b) suspensão do agravo, a requerimento do agravado;

c) inadmissibilidade do agravo, desde que arguido e provado pelo agravado;

d) improcedência do agravo, desde que requerido e provado pelo agravado;

e) improcedência do agravo, de ofício, pelo Relator.

Resposta: "c".

5. (Juiz de Direito — TJ/PR — 2003) Em tema de agravo de instrumento, é correto afirmar:

a) que o relator pode conceder liminar, com eficácia até o julgamento do recurso;

b) que o relator pode atribuir efeito suspensivo ao recurso;

c) que o agravado deve ser intimado para resposta perante o juízo *a quo*;

d) que agravo deve ser interposto perante o juízo recorrido.

Resposta: "b".

6. (Juiz de Direito — TJ/SP — 175º) Considere as seguintes assertivas sobre recursos:

I. Cabem embargos de declaração, quando houver, na sentença ou acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

II. No agravo retido, que independe de preparo e em cuja interposição o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação, não cabe ao juiz reformar a decisão.

III. O recurso adesivo, ao qual se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal, deverá ser conhecido, mesmo se houver desistência do principal ou se este for declarado inadmissível ou deserto.

IV. No ato de interposição do recurso, o recorrente, sob pena de deserção, comprovará o recolhimento do preparo, cuja insuficiência não admitirá suprimento ou complementação.

Indique as incorretas.

a) I e II somente.
b) II e IV somente.
c) I, III e IV somente.
d) I, II, III, IV.

Resposta: "d".

7. (OAB/SP — agosto, 2005) Flávio possui um documento que indica que João lhe deve a quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), trata-se de um documento simples, assinado apenas por João, que confirma o empréstimo e o dever de pagamento. Passado o prazo para pagamento, sem que João tenha tomado qualquer atitude, Flávio promoveu a notificação do devedor, que permaneceu inerte. O advogado de Flávio promoveu então uma ação de rescisão contratual cumulada com pedido de indenização por danos morais e materiais contra João. O juiz de primeiro grau, ao receber a inicial, a indeferiu com fundamento no artigo 295, I e IV do CPC. O advogado de Flávio para recorrer dessa decisão deverá:

a) interpor recurso de agravo de instrumento;
b) opor embargos infringentes;
c) peticionar pleiteando a reconsideração do despacho. Caso a decisão não seja reformada, poderá interpor recurso de apelação, cujo prazo começará a correr a partir da intimação da decisão negando a reforma da decisão de indeferimento;
d) interpor recurso de apelação, sendo facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão.

Resposta: "d".

8. (OAB/SC — agosto, 2006) Contra a decisão que indefere a petição inicial cabe o recurso de:

a) embargos infringentes;
b) agravo, por instrumento;
c) apelação;
d) agravo, na modalidade retida.

Resposta: "c".

9. (Juiz de Direito/MG — 2006) Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime:

a) houver reformado, em grau de apelação, a sentença terminativa;
b) for proferido em apelação;
c) houver confirmado, em grau de apelação, a sentença de mérito;
d) houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito.

Resposta: "d".

10. (Juiz de Direito/SP — 2004) Assinale assertiva incorreta.

a) O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.
b) A parte pode aceitar, expressa ou tacitamente, a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.
c) O recorrente poderá desistir do recurso, a qualquer tempo, se contar com a anuência do recorrido ou dos litisconsortes.
d) O prazo para interposição de apelação contar-se-á da data da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência.

Resposta: "c".

11. (Juiz Federal — 1ª Região — 2005) Quanto aos recursos é incorreto afirmar:

a) de toda sentença cabe apelação;
b) despachos, ainda que não sejam decisões interlocutórias, podem ser objeto de agravo se possuírem conteúdo decisório;
c) de acórdão não unânime que houver reformado, em grau de apelação, sentença de mérito, cabem embargos infringentes;
d) da decisão que não admitir embargos infringentes cabe agravo, em cinco dias, para o órgão competente para o julgamento do recurso.

Resposta: "a".

12. (OAB/SP — 2007) Em sede de recurso extraordinário, a questão constitucional nele versada deverá oferecer repercussão geral sob

pena de:

a) não ser provido pelo STJ;
b) não ser provido perante o juízo *a quo*;
c) não ser conhecido pelo juízo *ad quem*;
d) não ser provido pelo juízo *ad quem*.

Resposta: "c".

13. (Promotor de Justiça/RS — 2003) Sobre o recurso de embargos de declaração, no procedimento ordinário, é incorreto afirmar:

a) Sua interposição suspende o prazo para a interposição de outros recursos.
b) Podem ser interpostos contra decisões interlocutórias.
c) Não estão sujeitos a preparo.
d) Sua interposição interrompe o prazo para interposição de outros recursos.
e) Excepcionalmente, possuem efeitos modificativos.

Resposta: "a".

14. (Promotor de Justiça/SP — 2003) Indeferida a petição inicial, por não a ter emendado o autor, apesar de a tanto instado, o recurso apropriado contra a decisão indeferitória é:

a) embargos infringentes, cujo processamento se dará sem a ordem de citação do réu, e sem possibilidade de retratação do decidido, pelo juiz sentenciante;
b) apelação, cujo processamento se dará independentemente de citação do réu, e com possibilidade de retratação do decidido pelo juiz sentenciante;
c) agravo de instrumento, cujo processamento se dará com a ordem de citação do réu e possibilidade de retratação do decidido pelo juiz sentenciante;
d) agravo retido, cujo processamento se dará com a ordem de citação do réu e possibilidade de retratação do decidido pelo juiz sentenciante;
e) apelação, cujo processamento se dará com a ordem de citação do réu, e sem possibilidade de retratação do decidido.

Resposta: "b".

15. (Juiz de Direito/MG — 2007) Quanto à decisão judicial que, em audiência de instrução e julgamento, indefere pergunta da parte ao depoente, é CORRETO dizer que dela caberá o recurso de:

a) agravo de instrumento, com pedido de imediato efeito suspensivo;
b) agravo retido, com pedido de imediato efeito suspensivo;
c) agravo retido interposto na forma oral e imediatamente;
d) agravo retido, ouvida a parte agravada no prazo legal, com pedido de

conhecimento preliminar e preferencial ao julgamento da apelação, podendo o próprio juiz reformar a decisão.

Resposta: "c".

16. (Juiz Federal — 4ª Região — 2004) Assinalar a alternativa correta.

a) O preparo deve ser feito em valor completo sob pena de deserção, sendo vedada a sua complementação.
b) As sentenças que homologam a divisão e as que confirmam a antecipação de tutela ficam sujeitas à apelação com duplo efeito.
c) Os embargos declaratórios não interromperão o prazo para outros recursos se não houver, na decisão embargada, omissão, contradição ou obscuridade, ou ainda se forem eles manifestamente protelatórios.
d) Não há reexame necessário da sentença, fundada em jurisprudência não sumulada do plenário do Supremo Tribunal Federal, contra autarquia federal.

Resposta: "d".

17. (Juiz de Direito — TRF/3ª Região — 2010) Assinale a alternativa incorreta.

a) São recursos que admitem a retenção: o extraordinário, o especial e o agravo de instrumento.
b) A apelação e o agravo de instrumento são recursos que admitem o exercício do juízo de retratação.
c) A apelação, os embargos de declaração e os embargos infringentes do julgado são recursos de devolutividade ampla.
d) A remessa oficial ou necessária apresenta a natureza jurídica de condição de eficácia da decisão judicial condenatória, nos casos previstos em lei, não sendo, portanto, considerada recurso.

Resposta: "c".

18. (Juiz de Direito — TRF/3ª Região — 2010) Assinale a alternativa correta.

a) Tratando-se de hipótese de litisconsórcio passivo necessário é indispensável a citação de ambos os cônjuges na ação de investigação de paternidade.
b) O relator pode decidir monocraticamente a remessa de ofício, nos mesmos casos em que poderia decidir a apelação.
c) O contrato bancário de crédito rotativo (cheque especial) constitui título executivo apenas quando assinado por duas testemunhas.
d) Admite-se a oposição de embargos infringentes de decisão não unânime proferida pela turma recursal.

Resposta: "b".

19. (Ministério Público/SP — 86° — 2009) O juiz pode cassar a própria sentença e determinar o regular prosseguimento do processo em primeira instância diante de apelação interposta contra:

a) a sentença que indefere a petição inicial e a sentença que a qualquer momento extingue o processo sem julgamento do mérito;
b) a sentença que indefere a petição inicial e a sentença liminar que improcedência da demanda;
c) a sentença que indefere a petição inicial e a sentença de julgamento antecipado da lide;
d) a sentença que a qualquer momento extingue o processo sem julgamento do mérito e a sentença liminar de improcedência da demanda;
e) a sentença liminar de improcedência da demanda e a sentença de julgamento antecipado da lide.

Resposta: "b".

20. (Ministério Público/SP — 86° — 2009) Assinale a alternativa em que todas as matérias podem ser oportunamente conhecidas de ofício pelo tribunal no julgamento da apelação.

a) Ilegitimidade de parte, convenção de arbitragem e litispendência.
b) Impossibilidade jurídica da demanda, nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão e nulidade de citação.
c) Coisa julgada, convenção de arbitragem e prescrição.
d) Prescrição, incompetência absoluta e ilegitimidade.
e) Incompetência absoluta, incompetência relativa e ilegitimidade.

Resposta: "d".

21. (Ministério Público/SP — 86° — 2009) Considere as seguintes assertivas:

I Nos embargos de declaração, é possível a *reformatio in pejus.*
II A parte vencedora tem legitimidade e interesse para a oposição de embargos de declaração.
III De acordo com a lei e a jurisprudência, os embargos de declaração são cabíveis para a sanção de omissão, obscuridade, contradição e erro evidente ou material.

Assinale a alternativa correta.
a) Somente III é verdadeira.
b) Somente I e II são verdadeiras.
c) Somente I e III são verdadeiras.
d) Somente II e III são verdadeiras.
e) Todas as assertivas são verdadeiras.

Resposta: "e".

22. (Ministério Público/SP — 2010) Sobre recursos é correto afirmar-se:

a) O recorrente poderá, a qualquer tempo, desistir do recurso, entretanto, fica condicionado à anuência do recorrido.
b) O recurso interposto por um dos litisconsortes não tem condão de aproveitar aos demais.
c) A insuficiência no valor do preparo não importa em deserção, ainda que o recorrente seja intimado para supri-lo.
d) Os Estados, o Ministério Público, a União, os Municípios, assim como as respectivas autarquias, não estão dispensados de preparar seus recursos.
e) O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida, mas somente no que tiver sido objeto do recurso.

Resposta: "e".

23. (Ministério Público/SP — 2010) É correto afirmar em sede de embargos declaratórios:

a) Que a decisão proferida em decorrência de sua interposição não se entrega à decisão omissa, porquanto a natureza jurídica desse recurso é tão somente a de esclarecer a decisão embargada.
b) Que a sua interposição não interrompe o prazo de apelação.
c) Podem, casualmente, deter caráter infringente, de molde a permitir a impressão de efeitos modificativos no bojo da decisão omissa, contraditória ou materialmente incorreta.
d) Se manejados com o intuito de suscitar prequestionamento, na eventualidade de o órgão julgador insistir na omissão, é cabível a imposição da multa de que trata o parágrafo único do artigo 538, do Código de Processo Civil.
e) O Ministério Público não detém a prerrogativa discriminada no artigo 188 do Código de Processo Civil (prazo em dobro), quando agitar embargos declaratórios com a finalidade de aviar recursos especial e/ou extraordinário, eis que a dilação do prazo recursal reside apenas nas instâncias ordinárias.

Resposta: "c".

24. (Ministério Público/SP — 2010) A apelação contra sentença que decreta a improcedência de ação declaratória de título e improcedência dos embargos à execução tem os seguintes efeitos, quanto aos recursos:

a) Suspensivo e devolutivo para ambos os recursos.
b) Efeito apenas devolutivo quanto à declaratória e devolutivo/suspensivo quanto aos embargos.
c) Apenas efeito devolutivo quanto aos dois recursos.
d) Efeito devolutivo/suspensivo quanto à declaratória e apenas devolutivo

quanto aos embargos.

e) Apenas efeito suspensivo quanto aos dois recursos.

Resposta: "d".

25. (Ministério Público/SP — 2011) Interposto recurso de apelação pelo vencido,

a) é facultado ao Juiz declarar os efeitos em que o recebe.

b) será recebido quando a sentença tiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

c) apresentada a resposta, é incabível o reexame dos pressupostos de admissibilidade.

d) não será recebido quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

e) apresentada a resposta do recorrido, é irretratável a decisão que o recebeu.

Resposta: "d".

1 Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*, 8. ed., p. 235.

2 Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso*, p. 280-281.

LIVRO VIII

DA EXECUÇÃO CIVIL

1

DA EXECUÇÃO EM GERAL

1. Introdução

2. Como localizar, no CPC, os dispositivos que tratam da execução civil

3. O que é execução?

4. Instrumentos da sanção executiva

5. Espécies de execução

   5.1. Execução mediata e imediata

   5.2. Execução específica

   5.3. Execução por título judicial ou extrajudicial

   5.4. Execução definitiva ou provisória

6. Princípios gerais da execução

   6.1. Princípio da autonomia

   6.2. Princípio da patrimonialidade

   6.3. Princípio do exato adimplemento

   6.4. Princípio da disponibilidade do processo pelo credor

   6.5. Princípio da utilidade

   6.6. Princípio da menor onerosidade

   6.7. Princípio do contraditório

7. Atos executivos

8. Competência para a execução civil
8.1. Competência para processar o cumprimento de sentença
8.2. Competência para a execução de título extrajudicial
9. Das partes na execução
9.1. Legitimidade ativa
9.2. Legitimidade passiva
9.3. Litisconsórcio na execução
9.4. Intervenção de terceiros
10. Dos requisitos necessários para a execução
10.1. Do inadimplemento do devedor
10.2. Título executivo
11. Da responsabilidade patrimonial
11.1. Obrigação e responsabilidade
11.2. Bens sujeitos à execução
11.3. Bens não sujeitos à execução
11.4. Responsabilidade patrimonial de terceiros

QUANTO AO CARÁTER

A execução pode ser **definitiva** ou **provisória**, esta última tratada nos arts. 475-I e 475-O (os arts. 588 a 590 foram revogados pela Lei n. 11.382/2006). Pode ainda ser **autônoma**, quando cria um novo processo, ou **imediata**, quando constitui apenas uma fase, sem que haja novo processo.

NATUREZA DA ATIVIDADE EXECUTIVA

Título executivo extrajudicial **Autônoma**, isto é, é prescindível o prévio processo de conhecimento, porque a lei outorga eficácia executiva a certos títulos,

1. INTRODUÇÃO

O CPC, na redação originária, dedicava o Livro II ao processo de execução, tratado sempre como distinto e autônomo. Com pequenas ressalvas, não havia distinções entre o procedimento da execução fundada em título judicial ou extrajudicial.

As Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006 trouxeram numerosas modificações. Muito mais que antes, tornou-se fundamental a distinção decorrente do título em que ela se funda.

Com exceção da sentença arbitral, penal condenatória ou estrangeira, a execução fundada em título judicial sempre será precedida de um processo civil de conhecimento, de cunho condenatório.

O processo de conhecimento pode ser condenatório, constitutivo ou declaratório. Estes dois últimos não dão ensejo à execução civil, porquanto a

sentença cumpre-se automaticamente, sem nenhuma providência do réu. Só a sentença condenatória dá ensejo à execução.

Antes da Lei n. 11.232/2005, o processo de conhecimento, de cunho condenatório e o de execução que lhe seguia **eram considerados dois processos distintos**, com funções diferentes. Isso exigia que o devedor fosse citado para o processo de conhecimento e depois para o de execução. Após a lei, **os dois processos passaram a constituir duas fases distintas de um processo único**. O anterior processo de conhecimento condenatório tornou-se fase cognitiva condenatória, e o antigo processo de execução por título judicial tornou-se fase, que o legislador denominou de "cumprimento de sentença", mas que não deixa de ser a fase de execução. Com isso, basta que o devedor seja citado uma única vez, na fase inicial do processo.

A rigor, a alteração foi mais de nomenclatura do que de estrutura. Tudo aquilo que acontecia antes, da petição inicial até a satisfação do julgado, continua se realizando, com muito poucas alterações. Apenas o que antes se denominava processo de execução passou a chamar-se fase, tornando despicienda nova citação.

Quando a execução for de sentença penal, arbitral, estrangeira ou contra a Fazenda Pública, conquanto fundada em título judicial, continuará constituindo um novo processo, nos três primeiros casos, porque não há nenhum outro processo judicial civil anterior. E no último, por força de determinação legal expressa.

Esse processo único, que passou a ter duas fases, foi apelidado de **"sincrético"**, por ter funções distintas.

A Lei n. 11.382/2006, por sua vez, trouxe importantes modificações no procedimento da execução de título extrajudicial, **que continua constituindo um processo autônomo**, não precedido de nenhum anterior.

Pode-se dizer que:

- têm natureza de processos autônomos as execuções fundadas em título extrajudicial, e as execuções fundadas em título judicial, quando de sentença arbitral, penal condenatória, estrangeira ou contra a Fazenda Pública;
- não têm natureza de processo autônomo as execuções fundadas em título judicial, com as exceções acima mencionadas.

Por essa razão é que se preferiu dar a este Livro VIII o título de execução civil, em vez de "processo de execução".

atribuindo-lhes a certeza necessária para desencadear o processo de execução.

Título executivo judicial

Imediata, sem processo autônomo, o que pressupõe prévia atividade cognitiva, sem a qual o direito não adquire a certeza necessária para

2. COMO LOCALIZAR, NO CPC, OS DISPOSITIVOS QUE TRATAM DA EXECUÇÃO CIVIL

Com as alterações advindas das leis mencionadas no item anterior, o Livro II do CPC deixou de regular integralmente a execução civil, pois versa sobre o "processo de execução", e esta nem sempre implicará a formação de um novo processo.

O Livro II aplica-se, em regra, ao processo de execução por título extrajudicial, além da execução por título judicial contra a Fazenda Pública. Trata, ainda, da execução especial de alimentos.

A execução de título judicial, que perdeu o caráter de processo autônomo, passou a ser tratada agora no Livro I, em três dispositivos: o art. 461, que versa sobre a execução das obrigações de fazer ou não fazer; o art. 461-A, que regulamenta as execuções de obrigação de entrega de coisa; e os arts. 475-A e ss., que tratam das execuções por quantia.

O Livro II continua a conter regras que não são apenas de natureza procedimental, mas que dizem respeito aos mecanismos da execução em geral, **e se aplicam supletivamente ao cumprimento de sentença se não forem incompatíveis, nem contrariarem algum dos dispositivos específicos acima mencionados**.

3. O QUE É EXECUÇÃO?

A função do Poder Judiciário é solucionar os conflitos de interesses. Há alguns que, levados a juízo, se resolvem pelo simples pronunciamento judicial, sem necessidade, para a satisfação do titular do direito, de algum tipo de comportamento do obrigado. É o que ocorre quando o conflito **advém apenas da incerteza quanto à existência ou não de determinada relação jurídica**. Por exemplo: A pensa que B é seu pai, mas este não reconhece essa qualidade. A então propõe em face de B ação de investigação de paternidade, para que a dúvida seja sanada. O juiz colhe as provas e, ao final, profere sentença que, transitada em julgado, terá o condão de afastar a dúvida, sem a necessidade de qualquer conduta ou comportamento do réu. O efeito almejado advém da sentença em si. **O mesmo vale para os conflitos cuja solução depende tão somente da constituição ou desconstituição de uma relação jurídica.** Se A pede a anulação de um contrato, porque foi coagido, bastará que postule judicialmente a sua anulação. Se o juiz acolher a pretensão, em definitivo o contrato estará anulado, independentemente de qualquer conduta do réu. A satisfação advém do pronunciamento judicial.

O QUE DISTINGUE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA DEFINITIVA

Ambas processam-se do mesmo modo, com a diferença de que a provisória corre por conta e risco do exequente, já que há sempre o risco de reforma. Por isso, nela se exige caução para os atos que importem levantamento de dinheiro, alienação de domínio ou que possam trazer grave dano ao executado. Mas, mesmo nesses casos, a caução poderá ser

que se possa invadir, coercitivamente o patrimônio do devedor.

dispensada nas hipóteses do art. 475-O, § 2º, do CPC.

Mas há casos em que ela depende de um comportamento, **de uma ação ou omissão do réu**. O titular da obrigação só se satisfará se o réu cumprir uma prestação, de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar.

QUANTO ÀS PRESTAÇÕES

Se o devedor da obrigação não a cumpre, o que fazer? O Estado, por meio da lei, mune o Poder Judiciário de poderes para impor o cumprimento, ainda que contra a vontade do devedor, o intuito de satisfazer o credor. Não fosse assim, o litígio só seria solucionado por meio da autotutela, o que não se admite nos Estados modernos.

. Afinal, isso implicará que o Estado tome medidas que podem ser drásticas contra o devedor, invadindo, se necessário, o seu patrimônio, para alcançar o resultado almejado.

como tais , produzidos sem a intervenção do Judiciário, mas aos quais se reconhece esse grau suficiente de certeza. Esses documentos permitirão a instauração do processo de execução. Na ausência deles, o titular da obrigação

processo de conhecimento para que o Judiciário reconheça-lhe o direito de fazer cumprir a obrigação. Se o fizer e o devedor não a satisfizer espontaneamente, terá início a fase de cumprimento da sentença (ou fase de execução).

O que distingue, portanto, o processo (ou fase) de conhecimento do processo (ou fase) de execução é, antes de tudo, a finalidade de um e de outro. **No primeiro, o que se busca é uma sentença em que o juiz diga o direito, decidindo se a pretensão do autor deve ser acolhida em face do réu ou não**. No segundo, a finalidade é que **o juiz tome providências concretas, materiais, que tenham por objetivo a satisfação do titular do direito, consubstanciado em um título executivo**. No primeiro, o juiz resolve a dúvida, a incerteza a respeito da pretensão do autor; no segundo, ele toma as providências necessárias para satisfação do credor, diante do inadimplemento do devedor.

4. INSTRUMENTOS DA SANÇÃO EXECUTIVA

Quando o devedor não cumpre espontaneamente a obrigação, de que meios pode-se valer o Judiciário para promover a satisfação do credor?

Eles podem ser agrupados em duas categorias: **os de sub-rogação e**

EXECUÇÃO IMEDIATA (FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL)		
Obrigação de fazer ou não fazer	Art. 461 do CPC e seus parágrafos	Art. seg CP
Obrigação de entrega de coisa	Art. 461-A e parágrafos	Art. seg

Obrigação por quantia certa

Art. 475-I a 475-R

Art seg dev e 7 (cc ins

os de coerção. Os primeiros são aqueles em que o Estado-juiz substitui o devedor no cumprimento. Por exemplo: se ele não paga, o Estado apreende bens suficientes do seu patrimônio, e com o produto da excussão, paga o credor. Ou, uma vez que o devedor não entrega o bem que pertence ao credor, o Estado o tira do primeiro e entrega ao segundo. Ou ainda, se o devedor não cumpre a obrigação de pintar um muro, a Estado autoriza a contratação de um outro pintor, que o faça, às expensas do devedor. Aquele pagamento, entrega de coisa ou serviço, que era para o devedor cumprir voluntariamente mas não cumpre, o Estado realiza no seu lugar.

A outra técnica é a da coerção, que se distingue da anterior, porque visa não a que prestação seja realizada pelo Estado, no lugar do devedor, mas que seja cumprida pelo próprio devedor. Para tanto, a lei mune o juiz de poderes para coagi-lo a cumprir aquilo que não queria espontaneamente, como, por exemplo, o de fixar multas diárias, que forcem o devedor.

Este último instrumento, conquanto possa ser utilizado para o cumprimento de todos os tipos de obrigação, é particularmente útil naquelas de caráter personalíssimo, que, por sua natureza, não podem ser objeto de sub-rogação. Por exemplo: se o devedor, pintor famoso, comprometeu-se a pintar um quadro para determinada exposição, o Estado não terá como substituí-lo no cumprimento da obrigação, dada a sua natureza pessoal, mas poderá impor uma multa, suficientemente amedrontadora, para cada dia de omissão, que pressione a vontade do devedor para que ele realize aquilo para que estava obrigado.

6. PRINCÍPIOS GERAIS DA EXECUÇÃO

Já foram examinados, no início deste livro, os princípios gerais do processo civil. Cumpre estudar, agora, os peculiares à execução.

6.1. Princípio da autonomia

Antes das reformas, a execução, tanto de título judicial quanto extrajudicial, era sempre um processo autônomo. Com as alterações, apenas a segunda continua implicando a constituição de um novo processo (com as exceções da execução de sentença arbitral, penal condenatória, estrangeira ou condenatória da Fazenda Pública). O cumprimento de sentença não implica mais processo autônomo, mas uma fase subsequente. Nem por isso perdeu autonomia, porquanto a fase executiva não se confunde com a cognitiva. A autonomia persiste, se não com um processo novo, ao menos com o desencadeamento de uma nova fase processual.

5. ESPÉCIES DE EXECUÇÃO

São várias as classificações da execução civil. Nos itens seguintes, serão examinadas as principais.

5.1. Execução mediata e imediata

A primeira é aquela que se aperfeiçoa com a instauração de um processo, no qual o executado deve ser citado; a segunda, aquela que se realiza sem novo processo, como uma sequência natural da fase de conhecimento que lhe antecede. No Brasil, são imediatas as execuções por título judicial, salvo as fundadas em sentença arbitral, penal condenatória, estrangeira ou contra a Fazenda Pública.

5.2. Execução específica

Esse princípio é uma grande conquista, e já vai longe a época em que o inadimplemento podia gerar prisões, capturas ou torturas.

Atualmente, só há um caso de prisão civil em nosso ordenamento

6.2. Princípio da patrimonialidade

A execução recai sobre o patrimônio do devedor, sobre os seus bens, não sobre sua pessoa. É o que dispõe o art. 591 do CPC: "O devedor responde para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei".

É também o que assegura a satisfação da pretensão do autor tal como estatuída no título executivo.

jurídico. A efetividade da execução exige que, em caso de inadimplemento do devedor, o credor consiga alcançar resultado o mais próximo possível daquele que obteria caso a obrigação tivesse sido satisfeita espontaneamente. Se o devedor assumiu a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, a execução deve assegurar-lhe meios para exigir o cumprimento específico da obrigação, **reservando a conversão para perdas e danos apenas para a hipótese de o cumprimento específico tornar-se impossível, ou para quando o credor preferi-la**.

Outros meios de coerção, como a multa, a busca e apreensão, a tomada de bens, não violam o princípio da patrimonialidade, já que dizem respeito aos bens do devedor, não à sua pessoa.

6.3. Princípio do exato adimplemento

O credor deve, dentro do possível, **obter o mesmo resultado que seria alcançado caso o devedor tivesse cumprido voluntariamente a obrigação**. A execução civil será mais eficiente se alcançar esse resultado, e a legislação tem aparelhado o juiz, permitindo-lhe a aplicação de meios de coerção e sub-rogação. **A execução deve ser específica, atribuindo ao credor exatamente aquilo a que faz jus**, como determinam os arts. 461 e 461-A do CPC, que tratam da execução das obrigações de fazer, não fazer, e entregar coisa, respectivamente.

Para a obtenção da tutela específica, o juiz pode valer-se dos instrumentos já mencionados de sub-rogação e de coerção, salvo se a obrigação for personalíssima, caso em que a sub-rogação se inviabiliza.

Só em duas situações a obrigação específica será substituída pela de reparação de danos: quando o credor preferir, ou quando o cumprimento específico tornar-se impossível.

6.3. Princípio do exato adimplemento

O art. 461 do CPC trata do cumprimento das sentenças que condenam o devedor em obrigação de fazer ou não fazer. Determina que o juiz "conceda a tutela específica da obrigação" ou determine providências que "assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". O § 1º limita a conversão às perdas e danos às hipóteses de requerimento do autor, ou impossibilidade de tutela específica ou que assegure resultado equivalente. E o § 5º atribui numerosos poderes ao juiz para fazer cumprir a tutela específica.

O art. 461-A, que trata do cumprimento das sentenças que condenam à entrega da coisa também determina a concessão de tutela específica, reiterando as mesmas disposições aplicáveis às obrigações de fazer ou não fazer.

6.4. Princípio da disponibilidade do processo pelo credor

Toda execução há de estar fundada em título executivo, que poderá ser judicial ou extrajudicial, conforme a sua origem. **São títulos judiciais aqueles previstos no art. 475-N, e extrajudiciais os previstos no art. 585**.

A distinção entre esses dois tipos de execução tornou-se mais relevante, pois, em regra, a de título judicial é imediata, sem novo processo (salvo a fundada em sentença arbitral, estrangeira, penal condenatória ou contra a Fazenda Pública) e a por título extrajudicial sempre implica a formação de processo autônomo.

A execução é feita a benefício do credor, para que possa satisfazer o seu crédito. **É lícito desistir dela a qualquer tempo, sem necessidade de consentimento do devedor**. É o que dispõe o art. 569 do CPC: "O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas". Ela se distingue do processo de conhecimento, em que a desistência dependerá do consentimento do réu, quando ele já tenha oferecido resposta, o que se justifica porque este pode desejar um

- **a do devedor de alimentos decorrentes do direito de família, isto é, de casamento, união estável e parentesco**.

6.3. Princípio do exato adimplemento

Não subsiste mais a do depositário infiel, consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 466.343, **tanto nos casos de alienação fiduciária em garantia quanto nos demais casos, incluindo o depositário judicial (esse entendimento converteu-se, depois, na Súmula Vinculante 25 do STF)**.

6.3. Princípio do exato adimplemento

O § 5º atribui numerosos poderes ao juiz para fazer cumprir a obrigação, e a legislação tem aparelhado o juiz, permitindo-lhe a aplicação de meios de coerção e sub-rogação. **A execução deve ser específica, atribuindo ao credor exatamente aquilo a que faz jus**, como determinam os arts. 461 e 461-A do CPC, que tratam da execução das obrigações de fazer, não fazer, e entregar coisa, respectivamente.

6.4. Princípio da disponibilidade do processo pelo credor

É lícito desistir dela a qualquer tempo, sem necessidade de consentimento do devedor. É o que dispõe o art. 569 do CPC: "O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas". Ela se distingue do processo de conhecimento, em que a

5.3. Execução por título judicial ou extrajudicial

5.4. Execução definitiva ou provisória

5.4.1. Hipóteses de execução provisória

Cumpre à lei identificar em que situações a execução é provisória. O CPC enumera duas:

- **quando fundada em decisão judicial não transitada em julgado**

pronunciamento do juízo sobre os quais não cabe recurso, ou decisão (sentença ou acórdão) que julga total ou parcialmente a questão.

Há um caso em que a desistência da execução demanda a anuência do devedor: **se estiver embargada, e se os embargos não versarem apenas questões processuais**, mas matéria de fundo, assim em que o executado embargante, para poder prosseguir na execução, por título extrajudicial era sempre definitiva, sem exceções, como dizia a súmula 317 do STJ: "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos". Essa súmula, anterior à inovação legislativa, sofre agora uma restrição: os embargos de devedor, em regra, não são recebidos com efeito suspensivo. Mas se o juiz os receber assim, quando relevantes os fundamentos, e o prosseguimento da execução puder trazer grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 739-A, § 1º), e mais tarde os julgar improcedentes, havendo apelação, a execução poderá prosseguir, já que o recurso não tem efeito suspensivo (art. 520, V, do CPC), **mas será provisória, até que ela seja definitivamente apreciada**. Julgada, se mantida a improcedência dos embargos, a execução prosseguirá como definitiva, ainda que sejam interpostos apenas recursos sem efeito suspensivo.

Afora essas hipóteses, a execução será definitiva. Ela o será se, fundada em título extrajudicial, houver apelação pendente contra a sentença de improcedência dos embargos, desde que estes não tenham sido recebidos no efeito suspensivo. E, em execução de título judicial, ainda que haja agravo de instrumento pendente contra a decisão que julgou a impugnação.

Nessas situações, ainda há um risco de reversão do resultado, uma vez que ainda há recurso pendente. No entanto, o legislador optou por considerá-las definitivas.

Tanto na definitiva, como na provisória, se houver reversão do julgado, e disso advierem prejuízos para o devedor, o credor responderá **objetivamente** pelos danos, que deverão ser por ele ressarcidos.

Esse princípio precisa ser conjugado com os anteriores, do exato adimplemento da obrigação. Ele não autoriza que o executado escolha sobre quais bens a penhora deva recair, nem permite que se exima da obrigação. A escolha do bem penhorável é do credor, e o devedor não pode exigir a substituição senão por dinheiro.

Pode haver dois modos equivalentes para alcançar o resultado almejado pelo credor. Em casos assim, **há de prevalecer o menos gravoso ao devedor**. Por exemplo: pode ser que ele tenha dois bens imóveis próximos, de igual valor e liquidez, cada qual suficiente para garantia do débito. Não há razão para que o credor exija que a penhora recaia sobre um

6.5. Princípio da utilidade

A execução só se justifica se houver alguma vantagem para o credor, pois a sua finalidade é trazer a satisfação total ou parcial do crédito. Não se justifica a execução que seja mais prejudicial ao devedor.

Por isso, o art. 659, § 2º, do CPC deixa expresso: "Não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução".

Se os bens encontrados forem suficientes para fazer frente a alguma parte, ainda que pequena, do débito, a execução prosseguirá.

6.6. Princípio da menor onerosidade

Vem estabelecido no art. 620 do CPC: "Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor".

5.4.2. Diferenças entre execução definitiva e provisória

O art. 475-O, do CPC, dispõe que a execução provisória far-se-á pelo mesmo modo que a definitiva. As diferenças são pequenas, e decorrem de haver recurso pendente, o que torna sempre possível a reversão do julgado.

As principais peculiaridades da execução provisória são:

- **corre por conta e risco do credor, que assume a responsabilidade pela reversão do julgado, pois ainda há recurso pendente**. Caso a sentença seja reformada, cumprir-lhe-á ressarcir os danos que causou, o que prescinde de prova de culpa. Parece-nos que essa regra, embora

deles, só porque a lei dispõe que a execução provisória, também poderá ser benéfica ao credor, nos casos em que ainda haja possibilidade de reversão do julgado, como nos exemplos do item anterior.

- caso haja a reversão, seja pela reforma ou pela anulação da sentença, **as partes serão repostas ao *status quo ante***, e os danos serão liquidados nos mesmos autos, por arbitramento.
- a execução provisória de sentença, tal como a definitiva, realiza-se nos autos em que o título foi constituído. Mas, como eles encontram-se no **tribunal**, para a expedição da carta de sentença, há necessidade de formação de autos suplementares, constituídos pela petição que dá início à execução, acompanhada das peças enumeradas no art. 475-O, § 3º. **Esses autos não se denominam mais "carta de sentença", nome que se lhes dava antes das reformas da Lei n. 11.232/2005, embora sejam em tudo semelhantes a ela**.
- na execução provisória, o credor deve prestar caução, **mas apenas para o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação da propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado**. A caução deve ser suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos (CPC, art. 475-O, III, do CPC). Controverte-se sobre a necessidade de requerimento do executado. Parece-nos que o juiz **a determinará de ofício quando se apresentarem as situações de risco, indicadas no dispositivo legal**. Ofertada a caução, o juiz ouvirá o devedor, e decidirá em seguira.

A finalidade é resguardar o executado de eventuais prejuízos em caso de alteração ou anulação da sentença. Por isso, o juiz só a imporá para os atos que possam trazer efetivo prejuízo ao devedor, em razão de potencial irreversibilidade, como os mencionados acima. Não há necessidade de caução no início a execução, nem para proceder à penhora ou avaliação do bem.

Ainda que o processo em que haja condenação seja um só, desde a petição inicial até a satisfação do direito reconhecido no título executivo judicial, nesse processo distinguem-se duas fases: a cognitiva e a executiva. Marcam-se pela sentença, que julga, encerra a cognição e declara o direito, e pelo início dos atos executivos, destinados à satisfação do direito declarado. Mas as duas atividades não se confundem, pois são diferentes as razões de existir e os pressupostos de cada uma delas.

Há casos em que, apesar de provisória a execução, o credor poderá praticar tais atos mesmo sem prestar caução. O legislador dispensa quando a necessidade do credor for premente. O juiz, em regra, não tomará ainda providências concretas, materiais, depois de ouvir os litigantes, conhecerá as suas pretensões, colherá as provas necessárias e decidirá, afastando as dúvidas e, se a sentença for condenatória, impondo ao réu o cumprimento de uma obrigação.

Quando a obrigação está consubstanciada em título executivo judicial ou extrajudicial, terá início a execução, que, no primeiro caso, será

6.7. Princípio do contraditório

O contraditório não é um princípio específico da execução, mas do processo em geral. Chega-se a existir quem sustente, com base nesse princípio, que, se a execução provisória for instaurada por petição que dá início à execução, oferece resposta no bojo da execução, mas por meio da ação autônoma de embargos, esse princípio estaria ausente.

Ainda que com mitigações, que se justificam pela natureza da execução, **o contraditório há de estar presente**. O executado deve ser citado (quando fundada em título extrajudicial) e intimado de todos os atos do processo, tendo oportunidade de manifestar-se, por meio de advogado. Quando há cálculos de liquidação, penhora e avaliação de bens, ou qualquer outro incidente processual, ele terá oportunidade de manifestar-se.

O executado ainda poderá apresentar defesa no bojo da execução, como as exceções e objeções de pré-executividade ou a impugnação, na execução de título judicial.

7. ATOS EXECUTIVOS

Os atos de cognição são aqueles realizados com a finalidade de dar elementos ao juiz para, ao final, proferir sentença de mérito, por meio da qual a regra que regerá o caso concreto.

- "quando nos créditos de natureza alimentar ou decorrentes de ato ilícito até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade". Essa hipótese engloba **os alimentos do direito de família, decorrentes do casamento, união estável ou parentesco, e de ato ilícito**, como as pensões devidas aos

apenas uma fase, subsequente à cognitiva, ou um segundo processo.

A finalidade já não é mais afastar uma incerteza, esclarecendo-se com quem está a razão, **mas solucionar uma crise decorrente do inadimplemento do devedor em cumprir voluntariamente a obrigação que lhe foi imposta**.

Os atos executivos não são destinados a que o juiz diga o direito aplicável ao caso concreto, mas para que tome providências concretas, materiais, de alteração do mundo externo, que objetivam a satisfação do credor. Eles incluem apreensões e avaliações de bens, a sua excussão e o pagamento do credor, no caso da obrigação ser por quantia. No das obrigações fazer ou não fazer, ou de entrega de coisa, implicam na tomada de diversas medidas de coerção ou sub-rogação, destinadas a satisfazer o credor.

Esses atos executivos são sempre determinados pelo juiz, e, em geral, cumpridos pelos oficias de justiça, como estabelece o art. 577 do CPC. Se necessário, poderá ser requisitada a força pública, nos termos dos arts. 579 e 662.

FUNDAMENTO

8. COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO CIVIL

O caráter jurisdicional da execução é inegável, pois o Judiciário substitui as partes na solução do conflito de interesses, que decorre de uma crise de inadimplemento. O executado, que devia cumprir a obrigação, não o faz, cabendo ao juízo, tomar as providências necessárias para que o exequente obtenha, dentro do possível, o mesmo resultado que decorreria do adimplemento voluntário.

Como o exercício da jurisdição está distribuído entre os numerosos órgãos que compõem o Poder Judiciário, é preciso examinar de quem é a competência para promover a execução. Há, sobre o tema, dois artigos fundamentais no CPC: o 475-P e o 576.

O primeiro trata da competência para o cumprimento de sentença, e o segundo, para o processo de execução, fundada em título extrajudicial.

Também na execução civil, a competência pode ser absoluta ou relativa, consoante imposta ou não por norma de ordem pública. Só a violação às primeiras pode ser conhecida de ofício.

8.1. Competência para processar o cumprimento de sentença

As regras fundamentais de competência para o cumprimento de sentença estão dadas no art. 475-P:

Execução fundada em título judicial

Títulos executivos judiciais, isto é, emanados do Poder Judiciário, e enumerados no art. 475-N, do

I — se processará nos tribunais, nas causas de sua competência originária;
II — no juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição;
III — no juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.

As duas primeiras hipóteses são de competência funcional, pois a execução civil está sempre atrelada a um processo de conhecimento que a antecedeu. Sendo absoluta, não pode ser modificada pelas partes, nem modificada por foro de eleição. No entanto, na hipótese do inc. II, a competência sofreu importante flexibilização. O parágrafo único do art. 475-P dispõe que: "No caso do inciso II do *caput* deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem". Tudo para tornar mais rápido o cumprimento da sentença, evitando, por exemplo, a expedição de precatórias e a prática de atos e diligências em outras comarcas.

Teria essa norma transformado a competência, na hipótese do inc. II, em relativa? Em caso afirmativo, as partes poderiam escolher qualquer foro para o processamento da ação. Aqui não. **A ação só pode correr em um dos três juízos concorrentes previamente estabelecidos por lei, escolhidos não por contrato ou eleição, mas por opção do credor**. Se for proposta em outro juízo, que não um dos três, ele de ofício dar-se-á por incompetente.

O credor que optar por um dos juízos concorrentes deverá requerer **o cumprimento da sentença no juízo escolhido**, que solicitará ao de origem a remessa dos autos. O juízo escolhido receberá a petição acompanhada dos autos do processo, cumprindo-lhe verificar se é mesmo competente para o cumprimento da sentença. Em caso afirmativo, fará a solicitação ao juízo de origem, que os remeterá. Ao final, os autos serão arquivados no juízo onde correu a execução.

Se o juízo onde correu o processo de conhecimento não quiser remeter os autos, por entender que o solicitante não é competente, deverá suscitar conflito positivo de competência.

Para as execuções de **alimentos provenientes de direito de família** (não de ato ilícito), além dos foros concorrentes já mencionados, **o credor poderá optar pelo foro de seu próprio domicílio, ainda que a sentença tenha sido proferida em outro foro**. Nesse sentido, decidiu o STJ no REsp 436.251-MG, Rel. Min. Nancy Andrigui: "O foro competente para a execução de alimentos é o foro do domicílio ou residência do alimentando,

CPC. Execução fundada em título extrajudicial Títulos executivos extrajudiciais; documentos não provenientes do Judiciário, aos quais a lei atribui eficácia executiva. Estão enumerados no art. 585, do CPC.

ainda que a sentença exequenda tenha sido proferida em foro diverso".

Na hipótese do inc. III, do art. 475-O, a competência não é funcional, porque não há nenhum prévio processo de conhecimento. No caso de sentença penal condenatória, cumprirá verificar qual é o juízo competente, de acordo com as regras gerais de competência, dos arts. 94 e ss., do CPC. A competência será absoluta ou relativa, conforme a regra aplicável ao caso concreto. Por exemplo: quando se tratar de execução de sentença penal condenatória por acidente de trânsito, a vítima poderá propô-la no foro do seu domicílio ou no do local do acidente, conforme art. 100, parágrafo único, do CPC.

Na execução de sentença arbitral, a competência será a do foro em que se realizou a arbitragem. Se o título for sentença estrangeira, homologada pelo STJ, a execução será processada perante a Justiça Federal de primeira instância, na forma do art. 109, X, da CF. A seção judiciária competente será apurada de acordo com as normas de competência da CF e do CPC.

8.2. Competência para a execução de título extrajudicial

A competência para o processo de execução de título extrajudicial é relativa, e deve ser apurada de acordo com as regras gerais, estabelecidas para o processo de conhecimento, e que se estendem a essa espécie de execução.

É preciso verificar:

1) **Se há foro de eleição**, pois, tratando-se de competência relativa, as partes podem fixá-lo, o que deverá constar do título. É possível, por exemplo, que, em contrato de locação — título extrajudicial — conste o foro escolhido pelas partes para cobrança ou execução dos alugueres.
2) Se não houver eleição, **prevalece o da praça de pagamento**, uma vez que o art. 100, IV, *d*, do CPC estabelece que a ação deve ser proposta no lugar em que a obrigação deve ser satisfeita, nas ações em que se lhe exigir o cumprimento.
3) Não havendo a indicação, no título, da praça de pagamento, deverá prevalecer a **regra geral de competência do foro do domicílio do réu**.

Essas regras valem também para a execução hipotecária, que não tem natureza real, mas pessoal: o que se executa é a dívida, ainda que venha garantida por um direito real.

Nas execuções fiscais, a competência é dada pelo art. 578 e seu parágrafo único, do CPC.

	COMPETÊNCI
Cumprimento de sentença	Regra: a execução processa-se n mesmo juízo que proferiu a sentença. Trata-se de regra de competência funcional e absoluta. No entanto, admitem-se duas alternativas:

que ela seja ajuizada no domicílio do executado, ou no local em qu se encontram os bens, caso em que o juízo que proferiu a sentença remeterá os autos ao juízo da execução. sentença pena condenatória processa-se nos juízes

	cíveis competentes. sentença arbitral, no for em que ocorre o arbitramento e a sentença estrangeira homologada pelo STJ na Justiça Federa cível de 1ª instância.
Execução por título executivo extrajudicial	São três as regras: a) se houver foro de eleiçã

a execução será nele proposta;

b) se não houver, no foro de pagamento

c) se não houver foro de pagamento, no do domicílio do réu.

Tais regras são de competência relativa.

9. DAS PARTES NA EXECUÇÃO

9.1. Legitimidade ativa

O CPC, nos arts. 566 e 567, enumera quem são os legitimados ativos para promover a execução:

9.1.1. O credor, a quem a lei confere título executivo

Esse é o legitimado ativo por excelência. É preciso que ele figure como tal no título executivo. **A legitimidade é ordinária**, pois ele estará em juízo em nome próprio, postulando direito próprio.

9.1.2. O sucessor "mortis causa"

O art. 567, I, do CPC inclui, entre os legitimados, "o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo".

A legitimidade será ordinária, porque, com o falecimento do credor, o direito passou aos sucessores. Enquanto não tiver havido o trânsito em julgado da sentença homologatória de partilha, a legitimidade será do espólio, representado pelo inventariante; após, o credor será sucedido pelos herdeiros.

Se o falecimento ocorrer no curso da execução, a sucessão processual far-se-á na forma do art. 43, do CPC, ou, se necessário, por habilitação, na forma dos arts. 1.055 e ss.

9.1.3. O cessionário

Além do sucessor *mortis causa*, também estarão legitimados **os cessionários, quando o direito resultante do título executivo lhes foi transferido por ato entre vivos** (art. 567, III). A legitimidade é **ordinária**, porque, com a cessão, ele tornou-se titular do direito, consubstanciado no título executivo.

Se ela ocorrer antes do ajuizamento da execução, cumprirá ao cessionário instruir a inicial com o título, e com o documento comprobatório da cessão; e se ocorrer depois, bastará ao cessionário, comprovando sua condição, requerer a substituição do exequente originário por ele, **sem necessidade do consentimento do credor**, por força do art. 286 do Código Civil: "O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação". O art. 42 do CPC não se aplica à cessão de crédito, na execução. O cedente poderá ser sucedido pelo cessionário, independentemente de consentimento do devedor.

Diferente será a cessão de débito, que só valerá se feita com a anuência do credor.

9.1.4. O Ministério Público

O art. 566, II, do CPC autoriza o Ministério Público a promover a execução, nos casos prescritos em lei.

A legitimidade será sempre extraordinária, porque ele não postula interesse próprio, mas, em nome próprio, interesse alheio.

O Ministério Público pode ser autor de ações condenatórias, como autoriza o art. 81 do CPC.

Entre outras hipóteses, podem ser citadas:

- aquelas em que ele postula indenização civil em favor da vítima de crime ou seus herdeiros, que não tenham condições econômicas para fazê-lo (art. 68 do CPP). A legitimidade para esse tipo de ação passou a ser, em regra, da Defensoria Pública, mas onde ela não tiver sido criada, ele poderá promovê-la, postulando os direitos da vítima ou seus herdeiros até a fase executiva;
- as ações de reparação de danos decorrentes de lesão ao meio ambiente, previstas no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81;
- as ações que versem sobre interesses difusos ou coletivos, na forma do art. 82, do Código do Consumidor;
- as ações populares, em que caberá ao Ministério Público promover a execução "caso decorridos sessenta dias da publicação da sentença condenatória, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução" (art. 16 da Lei n. 4.717/65);
- a execução de condenações impostas pela Lei de Improbidade Administrativa, conforme art. 17 da Lei n. 8.429/92;
- a execução de título extrajudicial consistente no termo de ajustamento de conduta, firmado por ele com o causador do dano.

Há casos em que o Ministério Público, conquanto não proponha a execução, tem de atuar como **fiscal da lei**. Por exemplo, se na execução, estiverem presentes as hipóteses do art. 82 do CPC, como interesse de incapazes, ou público.

9.1.5. O sub-rogado

O art. 567, III, do CPC atribuiu legitimidade para promover execução tanto ao sub-rogado legal como ao convencional. As hipóteses de sub-rogação legal e convencional estão nos arts. 346 e 347 do CC.

A sub-rogação a que se refere a lei processual é, segundo Clóvis Beviláqua, a transferência dos direitos do credor para aquele que solveu a obrigação ou emprestou o necessário para solvê-la[1].

Essa definição deixa claro **que a sub-rogação presta-se apenas para conceder legitimidade ativa àquele que paga; não há sub-rogação no polo passivo da execução**.

A legitimidade é ordinária porque aquele que paga, por sub-rogação torna-se o novo credor, assumindo a qualidade jurídica do seu antecessor.

9.1.6. Fiador sub-rogado

Um caso específico de sub-rogação é o do fiador, previsto no art. 831, *caput*, primeira parte do CC: "O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor". Por isso, o art. 595, parágrafo único, autoriza **o fiador que paga a executar o afiançado nos autos do mesmo processo.**

9.1.7. O ofendido, ainda que não figure no título executivo

Entre os títulos executivos judiciais está a sentença penal condenatória transitada em julgado, proferida em ação penal ajuizada pelo Ministério Público (salvo nos casos de ação penal privada) em face do ofensor. A vítima não participa do processo crime, e não figura na sentença penal condenatória.

No entanto, **o CPC permite que ela promova a execução civil da indenização pelos danos que sofreu, após prévia liquidação, em regra por artigos**.

Outro exemplo é a da execução promovida pelo ofendido, de sentença proferida em ação coletiva, pelos legitimados indicados na Lei da Ação Civil Pública. O ofendido não participa da ação coletiva, mas pode, oportunamente, promover a liquidação e execução dos danos que sofreu.

9.1.8. O advogado

O art. 23 da Lei n. 8.906/94 estabelece: "Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor".

O advogado tem legitimidade para, em nome próprio, executar os honorários advocatícios de sucumbência, fixados pelo juiz. Mas pode preferir que eles sejam incluídos no débito principal, e executados em conjunto, em nome da parte vitoriosa.

Há duas possibilidades:

- **que tanto o principal como os honorários do advogado sejam executados em nome da parte:** o exequente será legitimado ordinário para a execução do principal, mas extraordinário, para a dos honorários do seu advogado;
- **que o principal seja executado em nome da parte, e os honorários pelo advogado, em nome próprio**. Tanto a parte quanto o seu advogado serão legitimados ordinários, para a execução daquilo que lhes cabe.

Os honorários que podem ser executados junto com o principal são os

de sucumbência, impostos pelo juiz na sentença. Os contratuais deverão ser objeto de arbitramento, ou, se com valor já estabelecido, de execução por título extrajudicial, nos termos do art. 24, *caput*, da Lei n. 8.906/94.

9.2. Legitimidade passiva

Os legitimados passivos vêm enumerados no art. 568 do CPC:

9.2.1. O devedor, reconhecido como tal no título executivo

Esse é o legitimado passivo primário, desde que figure como tal no título executivo. Se a execução é fundada em título judicial, é legitimado passivo aquele a quem foi imposta a condenação; se em título extrajudicial, o que figura no título como devedor.

9.2.2. O espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor

Trata-se da hipótese de sucessão *mortis causa*, aplicando-se as mesmas regras já examinadas no item 9.1.2 supra. Há uma particularidade: **a execução não pode ultrapassar as forças da herança**.

Se houver a extinção de pessoa jurídica, é preciso verificar se o patrimônio da empresa foi transferido para outra, caso em que esta assume o passivo; do contrário, os legitimados serão os sócios da empresa extinta.

9.2.3. O novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo

A assunção de débito exige prévia anuência do credor. Afinal, é o patrimônio do devedor que responde pela dívida, e o credor poderá não concordar que terceiro possa assumi-la, se tiver um patrimônio menor do que o do devedor originário. Tendo havido anuência do credor, a execução será proposta diretamente contra o novo devedor; se a cessão ocorrer no curso da execução, o devedor originário será substituído pelo novo.

9.2.4. O fiador judicial

O art. 568, IV, do CPC inclui o fiador judicial entre os legitimados passivos.

Há três tipos de fiança: **a convencional, a legal e a judicial**. A primeira é a que decorre da vontade das partes; a segunda, de disposição expressa de lei, em casos específicos, como dos arts. 1.400 e do 1.745, parágrafo único, do CC; e a terceira, a determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, como caução, nas hipóteses dos arts. 475-O, III, 925 e 940 do CPC.

O juiz determina que a parte preste caução, real ou fidejussória, como garantia processual. Apresenta-se então o fiador judicial, **que assume**

a responsabilidade pelo pagamento do débito garantido. Conquanto ele não participe, originariamente, do processo, na fase executiva poderá ser demandado pelo débito do qual se tornou responsável, **podendo sê-lo diretamente, ainda que não tenha figurado como parte no processo de conhecimento**.

9.2.5. E o fiador convencional?

Muito mais complexa é a questão de saber se a execução pode ser promovida diretamente contra o fiador convencional, e se é preciso, primeiro, promover ação cognitiva de cobrança contra ele, para então poder executá-lo.

A questão é controvertida. O contrato de fiança é sempre acessório de uma obrigação principal. Se ela é dada como garantia de uma obrigação consubstanciada em título executivo extrajudicial, terá a mesma natureza. Por exemplo: o contrato de locação tem força executiva. **Se dele constar fiança, haverá título também contra o fiador, que poderá ser executado diretamente**.

Mas há aqui mais um detalhe: o fiador pode ter benefício de ordem, estabelecido no art. 827 do CC, o que lhe dá o direito de primeiro ver excutidos os bens do devedor, antes dos seus.

Se o fiador não renunciou a ele, só poderá ser executado se o devedor principal tiver sido incluído no polo passivo; do contrário, o fiador não teria como nomear bens dele à penhora, o que o impediria de exercer o benefício de ordem. **Se este existir, o fiador só pode ser executado em litisconsórcio com o devedor principal**.

Mas se ele tiver renunciado ao benefício, a execução poderá ser dirigida só contra o fiador, que não sofrerá nenhum prejuízo já que, pagando o débito, sub-rogar-se-á nos direitos do credor, e poderá executar o devedor nos mesmos autos (art. 595, parágrafo único, do CPC).

Pode ocorrer que a fiança garanta um débito não consubstanciado em título executivo extrajudicial. **A ação de cobrança poderá ser ajuizada apenas em face do fiador, ainda que ele tenha o benefício de ordem**. Não haverá prejuízo, porque bastará que chame ao processo o devedor principal, na forma do art. 77, I, do CPC. Caso haja condenação, na fase executiva o fiador poderá exigir que, primeiro, sejam excutidos os bens do devedor principal para só depois serem atingidos os seus. E, se o fiador, na fase executiva, satisfizer o débito, poderá exigi-lo, por inteiro, do devedor principal, nos mesmos autos (art. 80, do CPC).

9.2.6. O responsável tributário

Foi incluído no rol dos legitimados passivos à execução, no art. 568, V, do CPC. Cumpre à legislação tributária definir quem são os responsáveis, as pessoas que responderão pelo pagamento do débito, caso o devedor principal não o faça.

9.2.7. Avalista

É aquele que presta garantia do pagamento de título de crédito, caso o devedor principal não pague. O aval deve constar do título, geralmente com a assinatura do devedor no anverso, acompanhada de expressão que identifique o ato praticado.

Dada a autonomia do aval, a execução poderá ser dirigida tão somente contra o avalista, não sendo necessária a inclusão do avalizado. Nada impede, porém, que se o inclua, caso em que haverá um litisconsórcio passivo na execução.

Se o avalista pagar a dívida, sub-rogar-se-á no crédito, e poderá reaver o que pagou, nos mesmos autos, voltando-se contra o avalizado.

9.2.8. O empregador pode ser executado com fundamento em sentença condenatória do empregado?

O patrão responde objetivamente pelos danos causados pelo empregado, no exercício de suas atividades. A vítima de danos pode ajuizar ação de ressarcimento contra o empregado, o empregador ou contra ambos, em litisconsórcio facultativo.

Mas se ajuizá-la só contra o empregado, a sentença só condenará a este. Só será possível executá-lo, não o empregador. **Para que este seja executado, é necessário que tenha sido demandado também, e que a sentença o tenha incluído na condenação**.

A mesma regra aplica-se às sentenças penais condenatórias. O empregado, no exercício de suas funções, pode cometer crime, do qual resultem danos. Havendo sentença penal condenatória transitada em julgado, será possível promover a execução, após prévia liquidação, contra o empregado condenado, mas não contra o empregador, que não integra o título executivo, nem recebeu condenação.

Será preciso promover ação de conhecimento contra o patrão, na qual este poderá, até mesmo, discutir a culpa do empregado, já que do processo criminal ele não participou.

9.3. Litisconsórcio na execução

Tanto na execução de título judicial quanto extrajudicial será possível o litisconsórcio, ativo, passivo ou misto, dependendo do que conste do título.

Se no processo de conhecimento havia litisconsórcio, poderá também haver na execução. Se mais de um réu foi condenado, ela poderá voltar-se contra todos; e se foi dada em benefício de mais de um autor, todos poderão promovê-la.

O mesmo ocorrerá se no título extrajudicial mais de uma pessoa figurar como credora ou devedora.

O litisconsórcio, na execução, será facultativo ou necessário, conforme a obrigação que conste do título. Sempre que for de pagamento, será facultativo, já que as quantias são sempre divisíveis. Ainda que a sentença condene dois ou mais réus, ou no título figurem dois ou mais devedores, o credor poderá promover a execução em face de apenas um.

Mas, se a obrigação imposta no título for de fazer ou não fazer, ou de entregar coisa, e tiver objeto indivisível, o litisconsórcio será necessário.

9.4. Intervenção de terceiros

Nenhuma das formas de intervenção de terceiros previstas no Livro I, do CPC, para o processo de conhecimento, pode ser deferida na execução. Não cabe assistência, porque a finalidade desta é permitir que o terceiro, que tenha interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes, possa ajudá-la. Ora, como na execução não há sentença favorável, mas apenas atos satisfativos, não se justifica a intervenção. Também não cabe denunciação da lide, chamamento ao processo e oposição, que pressupõem a existência de interesse na condenação do denunciado, dos chamados e dos opostos, e na execução inexiste condenação. Por fim, não cabe a nomeação à autoria, pois as hipóteses específicas dos arts. 62 e 63 do CPC, servem para corrigir o polo passivo nas ações de conhecimento ajuizadas em face daqueles que detém em nome alheio, ou que tenham praticado ato lesivo por ordem ou em cumprimento de instruções de terceiro.

Mas existem hipóteses em que terceiro pode intervir em execução, e que, por isso mesmo, podem ser consideradas formas de intervenção de terceiros. São casos próprios da execução, não se confundindo com aqueles previstos para o processo de conhecimento.

Podem ser citados:

- a adjudicação, requerida pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes, ou pelo cônjuge, descendentes ou ascendentes, na forma do art. 685-A;
- a arrematação, feita em hasta pública, por terceiro;
- o concurso de preferências, quando credores preferenciais intervêm

na execução para assegurar a prioridade de pagamento, em caso de alienação judicial do bem.

10. DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A EXECUÇÃO

São dois os requisitos para que haja interesse do credor na execução: **o inadimplemento do devedor, e o título executivo, que assegure grau suficiente de certeza da existência da obrigação**. A falta de um deles implicará a carência da execução.

10.1. Do inadimplemento do devedor

Enquanto não caracterizado o inadimplemento, a execução não é necessária, **porquanto há a possibilidade de que, na data aprazada, ocorra a satisfação voluntária do débito**.

Haverá inadimplemento quando o devedor não cumpre a obrigação, no tempo, local e forma convencionados. O Código Civil estabelece o modo de cumprimento das obrigações, cabendo ao devedor respeitá-los. O art. 581 do CPC estabelece que "o credor não poderá iniciar a execução, ou nela prosseguir, se o devedor cumprir a obrigação; mas poderá recusar o recebimento da prestação, estabelecida no título executivo, se ela não corresponder ao direito ou à obrigação; caso em que requererá ao juiz a execução, ressalvado ao devedor o direito de embargá-la".

Para que haja interesse na execução, não é preciso inadimplemento absoluto: basta a mora do devedor. Os civilistas fazem a distinção entre mora e inadimplemento absoluto: haverá mora quando o devedor não cumpre a obrigação na forma convencionada, mas ainda há possibilidade e utilidade de que ele a cumpra. Se o devedor atrasa o pagamento, haverá mora, porque ele ainda poderá pagar, com os acréscimos devidos, e a prestação terá utilidade para o credor; já no inadimplemento absoluto, o devedor não cumpriu a obrigação na forma convencionada, nem poderá mais cumprir, já que a prestação não tem mais utilidade para o credor, que poderá enjeitá-la e exigir a satisfação de perdas e danos. Haverá inadimplemento absoluto, por exemplo, do devedor que, tendo-se comprometido a entregar um vestido de noiva às vésperas do casamento, não cumpriu a obrigação.

Tanto no caso de mora quanto no de inadimplemento absoluto, será possível promover a execução.

10.1.1. Tempo no cumprimento das obrigações

As normas que regulam o inadimplemento são de direito material. Quanto ao tempo, cumpre verificar se a obrigação é a termo, isto é, tem

data certa de vencimento, ou não. Em caso afirmativo, o devedor incorre de pleno de direito em mora, assim que deixar passar o prazo de vencimento. Se o título indica a data do pagamento, no dia seguinte o devedor estará em mora, e a execução poderá ser aforada. Trata-se da mora *ex re*, vigorando o *dies interpellat pro homine*.

Se a obrigação não tem data certa de vencimento, será preciso notificar o devedor (mora *ex persona*). Excepcionalmente, há obrigações que têm termo certo de vencimento, mas que exigem, como condição da mora, prévia notificação ao devedor: é o caso dos contratos de compromisso de compra e venda de imóvel.

Se o devedor não tiver sido constituído pelo vencimento do título ou pela notificação, ela só existirá a partir da citação (CPC, art. 219). Mas esta só poderá suprir a notificação, se a lei não exigir que seja prévia. É o que ocorre nos contratos de compromisso de compra e venda de imóvel, loteado ou não: exige-se, como condição da mora, que o devedor tenha sido previamente notificado. Para o recebimento da inicial é preciso que o credor demonstre que havia constituído o devedor previamente em mora.

Nas obrigações por atos ilícitos, o devedor estará em mora desde a data do fato, nos termos da súmula 54 do STJ.

10.1.2. O lugar

As obrigações devem ser cumpridas no lugar convencionado. Na falta, prevalece o art. 327 do CC: "Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias".

A regra é que a obrigação seja cumprida no domicílio do devedor, cabendo ao credor procurá-lo, para receber. Essas obrigações são chamadas **quesíveis (*querable*)**. Mas as partes podem convencionar, ou a lei determinar, ou ainda resultar da sua natureza ou das circunstâncias que a obrigação deva ser satisfeita no domicílio do credor, caso em que será chamada de **portável (*portable*)**.

10.1.3. Prova do pagamento

Compete sempre ao devedor, já que não se pode exigir do credor prova negativa. **Faz-se com a apresentação de recibo ou da devolução do título correspondente à obrigação**.

10.1.4. Obrigações líquidas

Só se pode falar em inadimplemento de uma obrigação líquida; do contrário, o pagamento é inviável.

As obrigações contidas em título executivo extrajudicial têm de ser sempre líquidas, pois não se admite prévia liquidação. Esta só é possível em caso de sentença ilíquida, para apuração do *quantum debeatur*.

10.1.5. Obrigação condicional ou a termo

Termo é o evento futuro e certo, e condição é o futuro e incerto, do qual depende a eficácia da obrigação.

O art. 572 do CPC regula as obrigações sujeitas a termo ou condição: "Quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo".

10.1.6. Obrigações bilaterais

Contratos bilaterais são aqueles que impõem obrigações recíprocas, para ambos os contratantes. A de um encontra a sua justificativa na do outro, como, por exemplo, nos contratos de compra e venda e locação.

O art. 476 do CC estabelece que, havendo contratos bilaterais de prestações simultâneas, **nenhum dos contratantes pode ingressar em juízo para exigir do outro a prestação prometida, sem que primeiro tenha cumprida a sua**. Se o fizer, o réu irá defender-se por meio da *exceptio non adimpleti contractus*.

A lei processual, dando operatividade a essa regra, dispõe, no art. 582, que "Em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta". E o parágrafo único acrescenta: "O devedor poderá, entretanto, desonerar-se da obrigação, depositando em juízo a prestação ou a coisa; caso em que o juiz suspenderá a execução, não permitindo que o credor a receba, sem cumprir a contraprestação, que lhe tocar".

São regras que traduzem, para a execução, a exceção de contrato não cumprido.

O credor, para dar início à execução de obrigação bilateral, precisa provar que cumpriu a sua prestação, nos termos do art. 615, IV, do CPC.

Há decisões judiciais que exigem que a comprovação de adimplemento da obrigação, pelo exequente, conste do próprio título. Se houver necessidade de produção de provas, já que o adimplemento do credor não consta do título, este perderia a sua eficácia executiva, sendo

necessário ajuizar um processo de conhecimento. Nesse sentido, *RSTJ* 47/287 e *RT* 707/166.

10.2. Título executivo

10.2.1. Introdução

É requisito indispensável para qualquer execução. Discute-se sua natureza jurídica, havendo numerosas teorias, que podem ser agrupadas em três categorias:

- **as que sustentam que o título é um documento que prova o débito**. Seu principal defensor foi Carnelutti, para quem a lei considera título executivo o único documento capaz de provar a existência do crédito, com segurança suficiente para permitir a execução. A principal finalidade do título seria provar, documentar a existência do crédito que se executa;
- **as que o consideram como ato capaz de desencadear a sanção executiva**. É a acolhida por Enrico Tulio Liebman, para quem o título é ato constitutivo da concreta vontade sancionatória do Estado. Sua função não é documentar a existência do crédito, tanto que podem existir títulos sem que o crédito efetivamente exista, mas funcionar **como ato-chave capaz de desencadear a execução**. A sanção executiva não pressupõe a existência do crédito, mas a existência do título. O juiz deferirá a execução sem examinar se o crédito existe ou não, mas apenas se ela está ou não arrimada em título executivo. Este goza de autonomia em relação ao crédito, sendo, por si só, condição necessária e suficiente para o desencadeamento da sanção executiva;
- **as que lhe atribuem natureza de ato e documento, simultaneamente**. Teoria sustentada, entre outros, por Satta, para quem não é suficiente considerar o título só como documento ou só como ato, sendo necessário conciliar as duas coisas. Para os seus adeptos, o título não pode ser desvinculado do crédito. **O título e o crédito devem ser considerados uma só coisa, com dois enfoques distintos**. Aquele seria o instrumento formal do crédito, o continente, do qual o crédito é o conteúdo. Não significa que o aforamento da execução esteja condicionado à efetiva existência do crédito. O título, por si só, é causa suficiente para o ajuizamento da execução, sendo sua razão direta e imediata. Mas é dada ao devedor a possibilidade de, na própria execução ou por embargos, demonstrar que o crédito não existe ou está extinto. Para o ajuizamento da execução basta o título, indicador em abstrato do crédito. Mas a sua existência, em concreto, só será verificada no curso da execução ou de eventuais embargos.

A primeira teoria não vê autonomia entre o título e o crédito, pressupondo que se há o primeiro, há o segundo. A segunda teoria, vê no

título uma autonomia absoluta: o título vale como ato-chave da execução por si, independente da existência ou não do crédito. Por fim, a terceira vê o título como autônomo, já que basta para que se desencadeie a execução; mas não afasta a possibilidade de que, no seu curso, o devedor consiga eximir-se comprovando que, apesar do título, o crédito não existe ou está extinto. O título é abstrato, mas não a ponto de impedir qualquer indagação a respeito do crédito, que deverá ser suscitada pelos mecanismos procedimentais adequados. Ao deferir a execução, o juiz vai apenas examinar se há título e inadimplemento. No seu curso, a inexistência do crédito poderá ser suscitada e discutida pelas vias próprias.

A maior parte da doutrina brasileira tem adotado essa concepção do título executivo (entre outros, Costa Silva, Sérgio Shimura, Humberto Theodoro Junior e Araken de Assis).

10.2.2. Só a lei pode criar títulos executivos

Sendo o título o ato-documento que abre as portas à sanção executiva, **não é dado criá-lo, sem expressa previsão legal**. Cumpre ao legislador estabelecer quais são os títulos, o rol legal é taxativo (***numerus clausus***).

Além disso, aplica-se o **princípio da tipicidade**. Não basta que se enumerem os títulos: a lei ainda deve criar tipos, modelos legais, padrões, que devem ser respeitados, caso se queira criá-los. Uma promissória, um cheque ou uma sentença devem obedecer aos padrões estabelecidos pelo legislador.

10.2.3. Pluralidade de títulos

Pode ocorrer o cúmulo de execuções, em que **duas ou mais obrigações, representadas por títulos distintos são objeto do mesmo processo**. É necessário que sejam preenchidos os requisitos gerais da cumulação de pretensões, formulados nos incisos do art. 292 do CPC: que os pedidos sejam compatíveis, que seja competente o mesmo juízo e que o procedimento seja adequado para todas as pretensões. Tal possibilidade vem consignada no art. 573 do CPC: "É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas seja competente o juiz e idêntica a forma do processo".

São comuns os casos, por exemplo, de promissórias firmadas como garantia de pagamento de prestações distintas do mesmo contrato. Havendo mais de uma vencida, será caso de cumular as execuções.

Outra possibilidade é haver um mesmo crédito consubstanciado em dois ou mais títulos executivos. Por exemplo: uma confissão de dívida

firmada por duas testemunhas e ainda garantida por uma promissória de mesmo valor. **Não há óbice a que uma mesma execução esteja fundada em dois ou mais títulos executivos**, nos termos da súmula 27 do STJ: "Pode a execução fundar-se em mais de um título executivo extrajudicial relativo ao mesmo negócio". Caso algum deles seja inválido, a execução prosseguirá com fundamento no outro.

10.2.4. Cópia de título executivo?

Poderia a execução ser instruída não com o original, mas com cópia do título executivo, sendo ele o documento necessário para a aplicação da sanção executiva?

Em regra, a resposta é negativa, porque, embora a cópia autenticada possa fazer a mesma prova que o original, se o credor a utilizasse, poderia, em tese, ajuizar diferentes execuções, com base no mesmo título, instruindo cada qual com uma via. O problema se agrava quando o título for daqueles que circulam, como os de crédito. Bastaria a um credor tirar cópia autenticada de um cheque para poder ajuizar a execução, ainda que tenha feito o título circular, o que não se pode admitir.

Por questão de segurança jurídica é que se exige que a inicial da execução seja instruída com o original do título. Mas essa regra não é absoluta, e cede quando se prova que o original não pode ser juntado por razões alheias à vontade do credor. Por exemplo, o cheque emitido pelo devedor está juntado aos autos de um inquérito policial ou de um processo criminal, para apuração de crime de estelionato. O credor não poderá ficar privado de promover a execução enquanto tramita o processo crime, e poderá instruir a execução civil com cópia do cheque e certidão comprovando que o título está juntado em outros autos.

Também se admite a cópia do título em execução provisória, quando os autos principais estão no órgão *ad quem*, aguardando o julgamento do recurso.

10.2.5. Requisitos do título executivo

Diz-se que o título executivo há de ser líquido, certo e exigível. Mas não é propriamente o título que tem de ter essas qualidades, **mas a obrigação que ele representa**. Por isso, a redação do art. 586, *caput,* do CPC foi corrigida, para indicar que essas são qualidades da obrigação: "A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível". O art. 618, I, estabelece que "é nula a execução se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível". Não se trata propriamente de nulidade, como indica o dispositivo,

mas de **carência de execução**, já que faltará ao credor interesse de agir, quando a obrigação não tiver essas características. Como se trata de matéria de ordem pública, cumpre ao juiz, **de ofício**, examinar esses requisitos, **mas em abstrato, pois apesar de o título preenchê-los, pode o devedor demonstrar, em concreto, que o débito não existe, ou foi extinto**.

10.2.5.1. Certeza

É a certeza em abstrato, que deflui da existência do título representativo da dívida, não a certeza em concreto, já que o devedor pode, no curso da execução ou dos embargos, demonstrar que a dívida não existe ou já se extinguiu. Mas é preciso que o título **aponte, em abstrato, a existência do débito, e esteja formalmente em ordem**, preenchendo todos os requisitos, e indicando o credor e o devedor.

O conteúdo da obrigação pode não ser identificado de plano, mas deve ser identificável, pelo que consta do título, como ocorre nas obrigações alternativas ou de entrega de coisa incerta. **É preciso que dele deflua o *an debeatur***.

10.2.5.2. Liquidez

A liquidez diz respeito ao *quantum debeatur*, à quantidade de bens que constitui o objeto da obrigação do devedor.

Há que se fazer a distinção entre títulos extrajudiciais e judiciais, pois os primeiros hão de ser sempre líquidos, ao passo que os segundos podem depender de prévia liquidação, que precederá a fase de cumprimento da sentença. Só existe liquidação de títulos judiciais.

Para que haja liquidez é preciso que o *quantum debeatur* possa ser apurado **pela leitura do título, ou por cálculos aritméticos baseados no que dele consta**. É preciso que já existam todos os elementos necessários para a apuração do valor.

Não perde a liquidez a obrigação se houve pagamento parcial, ou se é preciso acrescentar encargos como juros, correção monetária e multa, fixada no título, pois basta uma simples subtração ou adição, para que se apure o montante.

Não será líquida a obrigação se o *quantum* **depender de fatores externos ao título**. Por exemplo: se o devedor obriga-se a entregar uma parcela do faturamento da empresa em determinado ano, já que isso depende de prova.

10.2.5.3. Exigibilidade

As obrigações a termo ou sob condição só se tornam exigíveis depois que se verificarem uma e outra. Faltará interesse ao credor se o título ainda não estiver vencido, ou se a condição suspensiva não tiver se verificado.

10.2.6. Títulos executivos judiciais e extrajudiciais

A principal distinção entre os títulos é a referente à sua origem. A diferença se tornou ainda mais relevante após as reformas, pois se antes o procedimento da execução era sempre o mesmo, fosse o título judicial ou extrajudicial, hoje é distinto. Somente a fundada no segundo dará ensejo a um novo processo, ao passo que a fundada no primeiro implicará apenas uma fase subsequente de cumprimento de sentença.

O CPC enumera quais são os títulos judiciais no art. 475-N, e os extrajudiciais, no art. 585. O procedimento da execução fundada nos primeiros vem estabelecido nos arts. 475-I e ss., e o da fundada nos segundos, no Livro II, do CPC.

10.2.7. Títulos executivos judiciais

São aqueles previstos em lei (art. 475-N) **e produzidos no exercício da jurisdição**. Além dos indicados nesse dispositivo, é possível identificar, na lei, outros títulos judiciais, que serão indicados oportunamente. Mas vale lembrar que, dado o princípio da taxatividade, só a lei pode criá-los. São eles:

10.2.7.1. Sentença condenatória proferida no processo civil

O título executivo judicial por excelência é a sentença condenatória. A redação do art. 475-N, I, é um tanto ambígua, e poderia trazer dúvidas: "A sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia". Da forma como está redigido, poder-se-ia concluir que também as sentenças declaratórias dariam ensejo à execução, pois também elas podem reconhecer a existência de obrigações. Mas não é essa a interpretação: para que haja execução, **é preciso que o juiz condene o réu ao cumprimento da obrigação**. As sentenças declaratórias e constitutivas não constituem título executivo, porque não impõem nenhuma prestação ao réu, produzindo efeitos por si sós. Quando o juiz declara que o réu é pai do autor, ou quando desconstituiu um casamento, pelo divórcio, não é necessária execução, porque a sentença produzirá os efeitos almejados, independentemente de qualquer conduta do réu.

Diferente é a sentença condenatória, em que o juiz impõe ao réu uma obrigação, que precisa ser adimplida. Caberá a execução se, apesar dela, houver o inadimplemento do obrigado.

Para que a sentença civil seja título executivo, não é preciso que tenha transitado em julgado, bastando que não esteja pendente nenhum recurso dotado de efeito suspensivo. Ainda que haja algum recurso pendente, se este não tiver efeito suspensivo, ela poderá ser executada, **embora a execução seja provisória**.

Conforme o tipo de obrigação imposta na condenação, haverá diferentes procedimentos de cumprimento de sentença. Se a obrigação for de fazer, o cumprimento deverá observar o disposto no art. 461 e seus parágrafos, e se for de entrega de coisa, o do art. 461-A. Já se for de pagamento, o procedimento será o previsto nos arts. 475-I e ss. do CPC, sendo necessária prévia liquidação, se a sentença for ilíquida.

10.2.7.2. Sentença penal condenatória transitada em julgado

Para que a sentença penal possa ser executada, é indispensável que tenha transitado em julgado, diferentemente do que ocorre com a cível. Por força do princípio da presunção de inocência, ela não produzirá efeitos, enquanto pendente recurso (art. 5º, LVII, da CF).

A condenação criminal pode gerar vários tipos de obrigação na esfera cível: a de indenizar prejuízos das vítimas ou seus herdeiros, a de restituir coisas ou de fazer ou não fazer.

Passada em julgado, a vítima, seu representante legal ou seus herdeiros (art. 63, do CPP) **poderão promover a execução dos danos na esfera cível, já que não é mais possível discutir a culpa do condenado**. Será, porém, necessário que se promova a liquidação, em regra por artigos, já que haverá a necessidade de comprovação de fatos novos, que correspondam aos danos que a vítima tenha sofrido. Se os legitimados forem pobres, a liquidação e a execução poderão ser promovidas pelo Ministério Público, como legitimado extraordinário (art. 68, do CPP), caso não haja Defensoria Pública ou Procuradoria do Estado, que possa atendê-los.

A sentença condenatória poderá ser executada tão somente contra o condenado, nunca contra o empregador, que não participou do processo penal.

A vítima pode aguardar o resultado do processo criminal, em vez de ajuizar ação civil contra o condenado. Não é por outra razão que o Código Civil, no art. 200, estabelece que "Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva".

Mas a vítima pode, se preferir, ajuizar desde logo ação civil de reparação de danos. O art. 110 do CPC permite ao juiz que suspenda o curso

do processo cível enquanto o fato estiver sendo apurado na esfera criminal: "Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal". **Mas isso é uma faculdade do juiz, e, na prática, raras vezes tem sido determinada a suspensão**. Caso o processo civil e o criminal continuem em curso, poderão ocorrer numerosos problemas, que serão examinados nos itens seguintes.

10.2.7.2.1. O que ocorre se, no curso da ação de indenização civil, sobrevém sentença penal condenatória?

Aquele que ajuíza ação civil busca obter um título executivo judicial, para poder exigir do réu a indenização devida. Mas se sobrevier sentença penal condenatória transitada em julgado, não haverá mais interesse na ação civil, pois a vítima já tem título executivo judicial, e pode promover, desde logo, a execução.

Não há interesse para ajuizar ação civil de reparação de danos, se já há, contra o causador, sentença penal condenatória. Mas e se a sentença sobrevém quando o processo civil já está instaurado? Em princípio, será caso de extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de interesse superveniente, com a condenação do réu ao pagamento das custas e honorários, já que a extinção decorre não de culpa do autor, mas do réu, já reconhecida na esfera criminal. Eventualmente, pode-se determinar o prosseguimento do processo civil, apenas para que ao final o juiz aponte o *quantum debeatur*, pois podem ter sido produzidas provas a respeito da extensão e do valor dos danos, e não se justifica que o processo tenha de ser extinto, se a sentença pode esclarecê-los.

Em síntese, **se no curso de ação civil de reparação de danos sobrevier sentença penal condenatória do réu, o juiz extinguirá o processo por carência superveniente, ou, se caso, determinará o prosseguimento apenas para a apuração do *quantum***.

10.2.7.2.2. E se a sentença no processo criminal for absolutória?

A sentença penal condenatória é sempre título executivo judicial, e pode, após prévia liquidação, dar ensejo à execução civil.

Mas, e a sentença absolutória? Esta nem sempre fará coisa julgada na esfera cível. Mesmo que o réu tenha sido absolvido na esfera criminal é possível que venha a ser condenado na civil, sem que disso advenha, necessariamente, conflitância de coisas julgadas. O art. 66 do CPP dispõe: "Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a

inexistência material do fato".

A sentença absolutória criminal fará ou não coisa julgada na esfera cível conforme a sua fundamentação. Se o réu tiver sido absolvido por insuficiência de provas, não haverá óbice à condenação civil, já que a vítima poderá produzir as provas que o Ministério Público não produziu no processo criminal; o mesmo ocorrerá se a absolvição for pronunciada porque o fato não constitui crime, já que poderá constituir ilícito civil; e ainda quando a absolvição for decretada por inexistência de culpa criminal: é possível que uma culpa mínima possa não ensejar a apenação criminal, mas apenas a reparação civil.

Mas se a absolvição criminal for decretada por inexistência do fato, ou por negativa de autoria, não será mais possível postular a reparação civil, por força do que dispõem os arts. 66 do CPP e 935 do CC. Também faz coisa julgada no juízo cível a sentença criminal que reconheceu ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito (art. 65, do CPP).

10.2.7.2.3. Sentença penal e civil conflitantes

Problema tormentoso é o de haver sentença civil de improcedência, transitada em julgado, e posteriormente sobrevir sentença penal condenatória. Poderá o ofendido executar essa sentença se a ação de reparação de danos tiver sido julgada improcedente?

A matéria é controvertida. Humberto Theodoro Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira entendem que a sentença criminal é, por si só, título executivo na esfera cível, ainda que exista sentença civil em contrário[2,3].

Não nos parece, *data venia*, ser essa a melhor solução, porque a coisa julgada ter-se-á formado primeiro na esfera cível, e a sentença penal não poderá contrariá-la no que respeita à obrigação de indenizar, afastada na sentença anterior. Além disso, a sentença civil terá julgado especificamente a questão da indenização.

A execução civil da sentença penal condenatória encontrará óbice na autoridade da coisa julgada material que reveste a sentença civil de improcedência. Enquanto esta não for rescindida, aquela não poderá embasar a execução civil. Nesse sentido, a opinião de Sérgio Shimura[4].

10.2.7.3. Sentença homologatória de conciliação ou transação

A sentença que homologa conciliação ou transação será título executivo, ainda que verse matéria não posta em juízo. Com a

homologação, haverá resolução de mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC. O juiz, ao homologar o acordo, se limitará a examinar os seus aspectos formais. O art. 475-N, inc. III, que atribui força executiva a esse tipo de sentença, distingue entre a transação e a conciliação. A primeira provém da iniciativa das partes, e pode ocorrer fora do processo, sendo depois trazida à homologação. A segunda é sempre feita por iniciativa do juízo.

Mas a sentença homologatória só terá eficácia executiva se o acordo previr alguma obrigação a ser cumprida pelos litigantes.

Também será título executivo a sentença que resolver o mérito em caso de reconhecimento jurídico do pedido (art. 269, II, do CPC), desde que tal pedido envolva a pretensão do autor a que o réu realize uma prestação.

10.2.7.4. Sentença arbitral

Vem prevista como título judicial no art. 475-N, IV, do CPC. **É o único título judicial que não é criado por um juiz, mas pelo árbitro**. Dispõe o art. 31 da Lei n. 9.307/96: "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, e, sendo condenatória, constitui título executivo".

Ela não será homologada pelo juízo. Mas a execução é judicial, já que o árbitro não pode tomar medidas satisfativas. Como não haverá prévio processo de conhecimento, a execução terá de ser feita em processo autônomo, com a citação do devedor.

10.2.7.5. Acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente

É lícito que os envolvidos em um litígio possam levar a juízo, para homologação, **o acordo que celebraram extrajudicialmente, com a finalidade de obter um título executivo judicial**.

Não é preciso, para homologação, que o acordo seja assinado por testemunhas, bastando que esteja formalmente em ordem. Desde que imponha aos celebrantes alguma prestação, valerá como título executivo judicial.

10.2.7.6. Sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça

A sentença estrangeira, para ser eficaz no Brasil, **depende de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça** (foi a Emenda Constitucional n. 45/2004 que lhe deu essa atribuição, que antes pertencia ao Supremo Tribunal Federal).

Só haverá execução se a sentença estrangeira for condenatória, ou homologatória de transação ou conciliação da qual decorram obrigações para os litigantes.

Como não há prévio processo de conhecimento no Brasil, ela será autônoma, e o executado terá de ser citado.

10.2.7.7. Formal e certidão de partilha

Nos processos de inventário e arrolamento, o juiz definirá, ao final, a forma pela qual os bens deixados pelo autor da herança serão partilhados entre os sucessores. Após o julgamento da partilha, será expedido um formal ou certidão, que indicará os bens cabentes a cada um. O art. 475-N, VII, do CPC se refere a formal ou certidão: a regra é que seja expedido um formal, que poderá ser substituído por certidão na hipótese do art. 1.027, parágrafo único, do CPC, isto é, quando o quinhão hereditário não exceder cinco vezes o salário mínimo vigente.

A eficácia executiva do formal ou certidão de partilha será restrita ao inventariante, herdeiros e sucessores, a título universal ou singular. Eventuais credores do falecido deverão valer-se de prévio processo de conhecimento para obter título executivo, salvo se já estiverem munidos de título extrajudicial.

10.2.7.8. Outros títulos executivos judiciais

Conquanto o art. 475-N não os mencione, há dois outros títulos executivos judiciais, previstos no CPC: **a decisão que concede tutela antecipada de cunho condenatório, e a decisão inicial da ação monitória, quando não forem opostos embargos**.

É possível que o juiz conceda tutela antecipada determinando que o réu cumpra uma prestação, de pagar, entregar alguma coisa, fazer ou não fazer. Ela poderá ser executada, embora a execução seja provisória, sendo conveniente que se realize em apenso aos autos principais, para não tumultuá-los.

O art. 1.102-c, do CPC, que trata da ação monitória, estabelece que "no prazo previsto no art. 1.102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandando executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei".

A conversão far-se-á sem que seja proferida sentença. **É a decisão inicial que adquirirá força de título executivo judicial**.

10.2.8. Títulos executivos extrajudiciais

O CPC os enumera no art. 585 do CPC. Mas há numerosos outros, previstos em leis especiais.

São aqueles documentos que, pela forma com que são constituídos e pelas garantias de que se revestem, gozam, segundo o legislador, de um grau de certeza tal que permite a instauração da execução, sem prévia fase cognitiva.

A execução fundada em título extrajudicial implica sempre um novo processo, no qual o executado poderá defender-se por embargos; neles, a amplitude de defesas alegáveis é muito maior do que nas execuções judiciais, em que houve um prévio processo de conhecimento, no qual o devedor já teve oportunidade de manifestar-se e defender-se. Nos itens seguintes serão examinados os títulos extrajudiciais de maior relevo.

10.2.8.1. Letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque e debêntures

São os títulos de crédito, aos quais a lei (art. 585, I, do CPC) atribui eficácia executiva. Entre eles é possível identificar **os títulos causais**, em que a emissão está condicionada a um negócio jurídico subjacente, como a duplicata e a letra de câmbio, e os **não causais**, que guardam autonomia sobre qualquer relação subjacente, como a nota promissória e o cheque.

A duplicata só é título executivo se aceita pelo devedor ou, se não aceita, vier acompanhada pelo instrumento de protesto e pelo comprovante de entrega das mercadorias ou da prestação de serviços. Além disso, é preciso que o sacado não haja recusado o aceite, na forma facultada pela Lei das Duplicatas, arts. 7º, 8º e 15, II, *c*.

Se a duplicata for remetida ao devedor para aceite, e ele a retiver, o protesto poderá ser feito por indicação, e a execução será feita sem a sua juntada, mas com a apresentação da certidão do protesto, e o comprovante da entrega das mercadorias ou prestação dos serviços.

10.2.8.2. Escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor

Escritura ou documento público são os lavrados por tabelião ou funcionário público, no exercício das suas funções.

A escritura que enseja a execução é aquela que contém declaração de vontade do devedor, comprometendo-se a cumprir determinada prestação. Não é necessária a assinatura de testemunhas, nem do próprio devedor, bastando que o tabelião, que goza de fé pública, certifique que ele manifestou a sua vontade.

10.2.8.3. Documento particular firmado pelo devedor e duas testemunhas

Terá força executiva o documento firmado pelo devedor, **no qual ele reconheça uma obrigação de pagar, fazer ou não fazer ou entregar coisa, desde que venha assinado por duas testemunhas**. Não há exigência de forma especial, mas é preciso que as testemunhas estejam aptas a testemunhar em juízo, se for necessário.

Por isso, não devem figurar como tais as pessoas sobre as quais recaiam as vedações do art. 405 do CPC.

Discute-se sobre a força executiva do documento se as testemunhas não estavam presentes no momento em que o devedor o assinou, tendo-o firmado posteriormente. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a lei "não exige que a assinatura das testemunhas seja contemporânea à do devedor" (REsp 8.849-DF, Rel. Min. Nilson Naves).

Tampouco haverá nulidade se as testemunhas não estiverem previamente identificadas no título, bastando que sejam identificáveis, caso isso se faça necessário.

10.2.8.4. Instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores

A transação pode ser levada a juízo para homologação, caso em que se formará título executivo judicial. Mas, se em vez de homologada pelo juízo, **for referendada pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores, o título será extrajudicial**. A lei não se contenta com a assinatura, mas exige o **referendo**, isto é, a aprovação do acordo, por parte dos entes que o subscrevem ou dos advogados das partes.

As assinaturas asseguram que o acordo foi voluntário, e que os transatores tinham conhecimento do seu conteúdo.

A última parte do dispositivo não tem grande relevância, já que mesmo que os subscritores não sejam advogados das partes, o título, ainda assim, terá eficácia executiva, já eles servirão como testemunhas. Mas, se o advogado for constituído por ambos os transatores, a sua assinatura, apesar de única, será bastante para garantir força executiva ao instrumento de transação.

10.2.8.5. Contratos garantidos por hipoteca, penhora e anticrese

São os direitos reais de garantia, acessórios a uma obrigação principal. O bem sobre o qual a garantia recai fica afetado ao pagamento do débito e se houver excussão, o credor terá direito de preferência a levantar o

produto.

O que se executa não é o direito real, mas a dívida garantida por ele. É título executivo o documento que contém obrigação de pagar dívida líquida, quando garantida por hipoteca, penhora ou anticrese. Poderá haver execução se a garantia real constar do mesmo instrumento em que ficou consignada a dívida, ou de documento distinto.

10.2.8.6. Caução

As cauções são garantias que visam assegurar ao credor o pagamento. Podem ser de duas espécies: **real e fidejussória**, como menciona o art. 826 do CPC.

A caução real é aquela em que um bem é afetado ao pagamento da dívida, para que, em futura excussão, o produto sirva prioritariamente para pagar o credor beneficiário. Insere-se na categoria dos direitos reais de garantia, como a hipoteca, o penhor e a anticrese.

A caução fidejussória é a que decorre da fiança, que poderá ser legal, judicial ou convencional.

A fiança é sempre um contrato acessório e terá a mesma natureza do contrato principal. Se ela é dada como garantia de uma obrigação consubstanciada em título executivo extrajudicial, também terá essa natureza. Por exemplo: a dada em contrato escrito de locação será título extrajudicial. Já se o contrato garantido não tem força executiva, a fiança também não poderá ter.

Sobre a legitimidade do fiador convencional para figurar no polo passivo da execução de título extrajudicial, ver item 9.2.5 supra.

10.2.8.7. Seguros de vida

O contrato de seguro de vida é aquele em que o segurador compromete-se a, em caso de falecimento do segurado, pagar determinada indenização ao beneficiário por ele instituído. A inicial da execução deve vir instruída com a apólice de seguro e com o comprovante do falecimento do segurado. Os contratos de seguro de acidentes pessoais não são mais títulos executivos, excluídos que foram do rol do art. 585 pela Lei n. 11.382/2006.

10.2.8.8. Foro e laudêmio

Ainda que não mais seja permitida a constituição de novas enfiteuses, proibidas pelo art. 2.038, do CC de 2002, as anteriores persistem. Foro é a renda anual que o enfiteuta deve pagar ao proprietário do imóvel, e laudêmio é o valor devido pelo alienante ao senhorio direto, sempre que se realizar a transferência do domínio útil, por venda ou dação em pagamento.

10.2.8.9. Aluguel e encargos acessórios

O contrato escrito de locação é título executivo extrajudicial. Bastam as assinaturas do locador e do locatário, não sendo necessárias duas testemunhas. A locação é contrato de forma livre, e pode ser celebrada até verbalmente, mas só o contrato escrito terá força executiva.

É irrelevante a duração, e a natureza da locação, sendo necessário apenas que o bem locado seja imóvel.

O art. 585, V, do CPC, permite que, tendo o contrato por título, se executem também os encargos acessórios, como taxas e despesas de condomínio.

Entre as despesas acessórias, que podem ser exigidas do locatário, pela via executiva, estão as de fornecimento de água e esgoto, energia elétrica e o IPTU. Nesse sentido: "As obrigações acessórias ao contrato de locação, tais como despesas com água, luz, multa e tributos, expressamente previstas no contrato, também estão compreendidas no art. 585, IV, do CPC, legitimando a execução juntamente com o débito principal relativo aos aluguéis propriamente ditos" (STJ — 5ª Turma, REsp 440.171-SP, Rel. Min. Gilson Dipp).

As despesas condominiais também podem ser incluídas na execução contra o locatário. É preciso fazer uma distinção: as extraordinárias são devidas pelo locador (art. 22, X, da Lei n. 8.245/91) e as ordinárias pelo locatário (art. 23, XII).

No entanto, não há relação jurídica direta entre o condomínio e o locatário. Frente ao condomínio, o proprietário (ou compromissário comprador) responde por todas as despesas condominiais. O condomínio promoverá ação de cobrança, que terá procedimento sumário (art. 275, II, *b*, do CPC). O titular do imóvel terá o direito de reaver do locatário as despesas condominiais ordinárias, podendo executá-las diretamente, em conjunto com os alugueres e demais encargos, na forma do art. 585, V, do CPC.

É comum que, nos contratos de locação, seja fixada multa para a hipótese de inadimplência. Há dois tipos de multa: a moratória, cláusula penal para a hipótese de atraso no pagamento de aluguel; e a compensatória, normalmente fixada em um valor correspondente a certo número de alugueres, e que serve para compensar os prejuízos advindos da infração contratual.

Somente a multa moratória pode ser objeto de execução. A compensatória só pode ser cobrada em processo de conhecimento, já que pode ser modificada pelo juiz, na forma do art. 413, do CC. Por essa razão,

falta-lhe liquidez.

Se o contrato de locação for garantido por fiança, a execução poderá ser dirigida também contra o fiador. **Mas só poderá ser dirigida exclusivamente contra ele, se tiver havido renúncia ao benefício de ordem**.

Na execução contra o fiador, só é possível incluir custas e honorários advocatícios devidos pelo locatário na ação de despejo anteriormente ajuizada em face deste, se o fiador tiver sido intimado nessa ação.

10.2.8.10. Créditos de auxiliares da justiça

São títulos executivos extrajudiciais o "crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial" (art. 585, VI, do CPC).

A redação desse dispositivo causa estranheza, pois as custas e emolumentos devidos ao serventuário da justiça, e os honorários do perito, do intérprete ou do tradutor, para ganharem eficácia executiva, precisam ser aprovados por decisão judicial. O título não seria extrajudicial, mas judicial, já que o que se executa é a decisão que os aprovou.

No entanto, a lei o considera extrajudicial, e ele não é executado nos próprios autos em que a decisão é exarada. O cartório emitirá uma certidão, da qual consta a decisão de aprovação judicial, e, munido dela, o interessado promoverá a execução em processo autônomo.

10.2.8.11. Certidão de dívida ativa

De acordo com o art. 585, VII, do CPC, constitui título executivo extrajudicial "a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondentes aos créditos inscritos na forma da lei".

A execução fundada nestes títulos é a fiscal, regida pela Lei n. 6.830/80.

2.8.12. Outros títulos previstos em lei

O art. 585, VIII, do CPC alude à possibilidade de leis especiais criarem outros títulos executivos extrajudiciais. São exemplos: as cédulas hipotecárias, de crédito industrial e rural, de crédito comercial e o contrato de alienação fiduciária em garantia.

10.2.8.13. O contrato de honorários advocatícios

Entre os títulos executivos extrajudiciais previstos por outras leis, destaca-se o contrato de honorários advocatícios, mencionado no art. 24, da

Lei n. 8.906/2004. Eles não se confundem com os honorários da sucumbência, fixados na sentença, e que serão objeto de execução judicial, nos mesmos autos.

São aqueles que o advogado e seu cliente tenham convencionado em contrato, que indicará o montante. Para que haja força executiva, não é preciso que venha firmado por duas testemunhas, nem que obedeça à formalidade especial, mas é indispensável que indique o *quantum debeatur*. Se este não for estabelecido no contrato, ou se depender de cálculos outros, que não os meramente aritméticos, será preciso que o advogado ajuíze, em face do cliente, uma ação de arbitramento ou cobrança, cujo rito será o sumário (art. 275, II, *f*, do CPC).

11. DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Por responsabilidade patrimonial entende-se a sujeição do patrimônio de alguém ao cumprimento de uma obrigação. O responsável é aquele que poderá ter a sua esfera patrimonial invadida, para que seja assegurada a satisfação do credor.

Em regra, quem responde pelos pagamentos das dívidas é o próprio devedor. Mas o CPC enumera situações em que a responsabilidade se estenderá a outras pessoas. Ela não se confunde com o débito, como se verá no item seguinte, embora em regra o devedor responda com o seu patrimônio pelo cumprimento das obrigações assumidas.

11.1. Obrigação e responsabilidade

A obrigação e a responsabilidade surgem em momentos distintos. A primeira, quando o débito é contraído (por exemplo, quando o devedor assina o contrato, comprometendo-se a realizar determinada prestação). Se houver o adimplemento, não surgirá a responsabilidade, isto é, não haverá possibilidade de invadir a esfera patrimonial do devedor.

Só em caso de inadimplemento, a responsabilidade se manifestará. Em regra, o responsável é o próprio devedor.

Mas é possível que haja débito sem responsabilidade, e responsabilidade sem débito. Por exemplo: em caso de prescrição, o débito ainda existe, tanto que se houver o pagamento espontâneo, não será possível postular a restituição. Mas não é mais possível ingressar em juízo e invadir o patrimônio do devedor. O mesmo ocorre com as dívidas de jogo. Há o débito, mas não a responsabilidade.

Existem casos em que a lei atribui responsabilidade patrimonial a pessoas que não são as devedoras. Um exemplo é o do fiador: não é ele

quem deve, mas por força de contrato, assume a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação, caso o devedor não a cumpra. Outro exemplo é da desconsideração da personalidade jurídica. O juiz, verificando que a empresa foi utilizada de má-fé pelos sócios com o intuito de prejudicar credores, poderá desconstituir a pessoa jurídica, estendendo a responsabilidade patrimonial aos sócios.

11.2. Bens sujeitos à execução

O art. 591 do CPC traz a regra geral da responsabilidade patrimonial: "O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei".

Esse dispositivo atribui a responsabilidade, de forma geral, ao devedor, assegurando que todos os seus bens respondam pelo cumprimento das obrigações inadimplidas. O devedor é o responsável primário. Mas a lei atribui responsabilidade patrimonial a outras pessoas, além dele, o que será examinado em item próprio.

É preciso, antes, que se examinem os bens que estão e os que não estão sujeitos à execução.

Em princípio, **todos estão sujeitos, os que existiam no momento em que a obrigação foi contraída, e os que não existiam ainda, e só vieram a ser adquiridos posteriormente, sejam eles corpóreos ou incorpóreos, desde que tenham valor econômico**. No entanto, a lei faz numerosas restrições, que serão examinadas no item seguinte.

11.3. Bens não sujeitos à execução

Somente são sujeitos à execução os bens que podem ser penhorados, isto é, aqueles corpóreos ou incorpóreos, que tenham valor econômico, e que a lei não tenha tornado impenhoráveis.

O CPC dedica o art. 649 ao exame dos bens que são impenhoráveis. São eles: I — os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II — os móveis, pertences e utilidades domésticas, que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns, correspondentes a um médio padrão de vida; III — os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo os de elevado valor; IV — os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos do trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; V — os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os

instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI — o seguro de vida; VII — os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas, VIII — a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX — os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X — até o limite de 40 salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

O rol do CPC ganhou significativa ampliação com a Lei n. 8.009/90, que trata da **impenhorabilidade do bem de família**. Essa lei passou a considerar impenhorável o imóvel residencial da família ou entidade familiar, por dívidas de qualquer natureza, civil, comercial, fiscal ou previdenciária, salvo as exceções previstas no art. 3º, da Lei.

A impenhorabilidade abrange "o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados" (art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.009/90), mas não a vaga de garagem que possua matrícula própria no registro de imóveis, que pode ser objeto de penhora autônoma, nos termos da Súmula 449 do Superior Tribunal de Justiça.

Ela decorre de lei, e independe de qualquer providência da parte do devedor. Não se confunde com a situação decorrente do bem de família convencional, estabelecido por escritura pública ou testamento, na forma prevista no art. 1.711 do CC.

A impenhorabilidade dos móveis deve respeitar o disposto no art. 649, II, do CPC. Só não poderão ser penhorados os necessários a uma moradia digna. São penhoráveis os móveis de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida.

Conquanto a lei mencione que o bem de família deve proteger o imóvel que sirva de residência do casal ou da entidade familiar, o Superior Tribunal de Justiça tem alargado o seu conceito, como resulta da súmula 364: "O conceito de impenhorabilidade do bem de família abrange também as pessoas solteiras, separadas ou viúvas".

Se o imóvel não pertencer ao devedor, mas ele for o locatário, aplica-se o disposto no art. 2º, parágrafo único, da lei: "No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo".

Em qualquer caso, **a impenhorabilidade cessa se o devedor oferece**

o bem à penhora, com o que terá renunciado ao benefício.

Se o devedor não é o proprietário do bem, mas sobre ele tiver direitos, como o compromissário comprador ou o devedor cujo bem tenha sido transferido por alienação fiduciária em garantia, não haverá propriamente impenhorabilidade, contudo a penhora não recairá sobre o bem, mas sobre os direitos que o devedor tem sobre ele.

11.3.1. Alegação de impenhorabilidade

A impenhorabilidade do bem é matéria de ordem pública, e deve ser conhecida pelo juízo de ofício, a qualquer tempo. Se ele não o fizer, caberá ao devedor alegá-la, por simples petição nos autos, ou pelos meios de defesa tradicionais: a impugnação, no cumprimento de sentença, ou os embargos na execução de título extrajudicial.

11.4. Responsabilidade patrimonial de terceiros

O responsável primário é o devedor, que responde com seus bens pelo cumprimento da obrigação. Mas a lei processual estende a responsabilidade, em certos casos, a terceiros, quando o devedor não tiver bens, ou eles não forem suficientes para a satisfação do credor. A execução pode atingir bens desses responsáveis, que serão penhorados em benefício do credor.

As hipóteses de responsabilidade de terceiros estão previstas no art. 592 do CPC, e serão examinadas nos itens seguintes.

11.4.1. Responsabilidade do sucessor a título singular

O art. 592, I, do CPC atribui responsabilidade ao "sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória".

A hipótese é de alienação da coisa litigiosa. Se, no curso do processo que versa sobre direito real ou obrigação reipersecutória, o devedor aliena a coisa a um terceiro, a sentença estende os seus efeitos a ele, nos termos do art. 42, § 3º, do CPC.

Ainda que ela seja dada entre as partes originárias, o adquirente ou cessionário do bem responderá, sendo obrigado a cumprir o que ficou determinado.

A alienação de coisa litigiosa é ineficaz perante o credor; feita no curso de ação fundada em direito real, **configura fraude à execução**, nos termos do art. 593, I, do CPC.

11.4.2. Bens dos sócios

Em determinadas circunstâncias, admite-se que, em execução dirigida contra a pessoa jurídica, seja feita a penhora de bens dos sócios. São casos em que, conquanto o débito seja da empresa, os sócios têm responsabilidade patrimonial.

A regra é que, pelas dívidas da empresa, responde o patrimônio desta, mas há casos em que ele é insuficiente para quitá-las. **Sendo a empresa solvente, os bens dos sócios não serão atingidos**.

11.4.2.1. Desconsideração da personalidade jurídica

Se os bens da empresa não forem suficientes para a satisfação do credor, será possível que a penhora recaia sobre bens dos sócios?

A personalidade jurídica da empresa não se confunde com a dos seus sócios. Por isso, em princípio, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada e sociedades anônimas, os sócios não respondem pessoalmente pelos débitos da empresa.

Mas eventualmente ela pode ser utilizada como espécie de escudo para que os sócios possam realizar negócios e contrair dívidas, em detrimento de terceiros, sem comprometer os seus bens próprios.

No intuito de evitar a utilização indevida da pessoa jurídica para prejudicar credores, a doutrina criou a teoria da **desconsideração da personalidade jurídica** (*disregard of legal entity*), que vem enunciada no art. 50 do Código Civil: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Comprovada a utilização abusiva da pessoa jurídica, e presentes as hipóteses mencionadas no dispositivo legal, o juiz não extinguirá a empresa, **mas estenderá a responsabilidade patrimonial aos sócios, que passarão a responder pelo débito da empresa com os seus bens particulares**.

Nas relações de consumo, a desconsideração da personalidade jurídica vem autorizada pelo art. 28 do Código do Consumidor.

Parece-nos que a desconsideração só pode ser decretada na fase de execução, por duas razões: enquanto pende a fase cognitiva, não há certeza da existência do débito; e a extensão da responsabilidade aos sócios pressupõe a insuficiência de bens da empresa, o que só poderá ser constatado na fase executiva. **Em caso de desconsideração e extensão da responsabilidade aos sócios, eles serão incluídos no polo passivo e citados**.

11.4.3. Bens do executado em poder de terceiros

Essa hipótese, prevista no art. 592, III, do CPC, não trata de responsabilidade patrimonial atribuída a terceiro, mas da responsabilidade primária do próprio devedor, cujos bens ficam sujeitos à execução estando em seu poder ou em poder de terceiros.

11.4.4. Bens do cônjuge

Há casos em que o débito é contraído por ambos os cônjuges, quando então ambos serão devedores e terão responsabilidade primária pelo pagamento da dívida. Há outros em que foi contraída só por um, caso em que surgirá a dúvida sobre a possibilidade de, na execução, serem atingidos os bens próprios ou da meação do outro.

A regra é que **um cônjuge só tem responsabilidade pelas dívidas contraídas pelo outro se elas tiverem revertido em proveito do casal ou da família**.

Mas há presunção, seja qual for o regime de bens, **de que a dívida de um dos cônjuges reverte em proveito do outro, salvo quando decorrente de atos ilícitos**. Essa presunção é relativa, e pode ser afastada se o cônjuge que não contraiu a dívida comprovar que não se beneficiou.

Se a penhora recair sobre a meação, ou sobre os bens particulares do cônjuge que não contraiu a dívida, caberá a este, por meio de embargos de terceiro, postular a sua liberação, com o ônus de comprovar que a dívida não o beneficiou.

11.4.5. Alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução

As alienações de bem em fraude à execução são ineficazes perante o credor, que pode postular que ele continue sujeito à execução, ainda que em mãos do adquirente ou cessionário.

Há que se fazer uma distinção: nos exemplos anteriores, o cônjuge ou o sócio, no caso de desconsideração da personalidade jurídica, tornavam-se corresponsáveis pela dívida, ainda que não a tivessem contraído.

No caso da fraude à execução, **o adquirente ou cessionário não irá responder pela dívida, mas o bem a ele transferido ficará sujeito à execução**. O bem poderá ser constrito apesar de ter sido alienado para terceiro. Se o seu valor for maior do que o débito, o que exceder será restituído a ele; e se for menor, o terceiro não responderá pelo saldo, já que a sua responsabilidade limita-se ao bem.

11.4.5.1. Fraude à execução

É instituto de direito processual civil, que constitui ato atentatório à

dignidade da justiça, e se distingue da fraude contra credores, **defeito dos negócios jurídicos, tratada no art. 158 do Código Civil**.

A fraude contra credores ofende o direito dos credores; a fraude à execução atenta contra o bom funcionamento do Poder Judiciário.

Em ambas, o devedor desfaz-se de bens do seu patrimônio, tornando-se insolvente. A diferença é que, **na fraude contra credores, a alienação é feita quando ainda não havia ação em curso, ao passo que a fraude à execução só existe se a ação já estava em andamento**.

O art. 593 do CPC dispõe que "Considera-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens; I — quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II — quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III — nos demais casos expressos em lei".

Haverá fraude à **execução se o devedor se desfizer de seus bens, reduzindo-se a um estado de insolvência, quando já existia demanda contra ele em curso**; na fraude contra credores já existe o débito, mas não ação.

O credor pode postular o reconhecimento da fraude à execução nos próprios autos do processo em curso; a fraude contra credores só pode ser declarada em ação própria, chamada ***pauliana***. Só a fraude à execução pode ser reconhecida em embargos de terceiro, nos termos da Súmula 195 do Superior Tribunal de Justiça.

11.4.5.2. Requisitos da fraude à execução

11.4.5.2.1. O processo pendente

De acordo com o art. 593, do CPC, a fraude à execução pressupõe a alienação de bens do devedor quando há processo pendente. **Não é necessário que seja de execução**, como o nome poderia fazer supor. Haverá fraude à execução se a alienação ocorrer em qualquer tipo de processo pendente, de conhecimento, de execução ou cautelar.

Não existe unanimidade de opiniões a respeito do que se considera "processo pendente", para caracterizar a fraude. Pelo art. 263 do CPC, "considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara". Seria possível considerar pendente um processo desde a distribuição.

No entanto, prevalece o entendimento de que, para a fraude à execução, **é preciso que o devedor já tenha sido citado para o processo, seja ele de conhecimento, de execução ou cautelar**.

11.4.5.2.1.1. O art. 615-A do CPC

Diante da possibilidade de o devedor desfazer-se dos seus bens no interregno entre a distribuição e a citação, foi editado o art. 615-A. Ele autoriza o exequente a, no ato de distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, para averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. O § 3º considera em fraude à execução a alienação dos bens após essa averbação. Por esse mecanismo, **consegue-se antecipar o reconhecimento da fraude, desde que obtida a averbação da certidão do distribuidor**.

A finalidade da averbação é tornar pública a execução, de modo que os terceiros adquirentes do bem não sejam surpreendidos com o reconhecimento da fraude.

A medida exigirá do credor uma pesquisa prévia a respeito dos bens do devedor, sujeitos a registro, para que possa saber onde efetuá-la.

A averbação deve ser comunicada ao juízo no prazo de dez dias após a sua concretização. Para que não haja prejuízo ao devedor, assim que for feita a penhora de bens suficientes para garantia do débito, serão canceladas as averbações de outros bens, que não tenham sido penhorados, porque o débito já estará garantido.

Como, feita a averbação, o devedor terá dificuldades para alienar os bens averbados, manda o art. 615-A, § 4º, que o exequente indenize o devedor, em caso de averbação manifestamente indevida, o que se processará em um incidente em autos apartados.

Conquanto o art. 615-A faça parte do Livro II do CPC, que trata mais especificamente dos processos de execução por título extrajudicial, parece-nos que a faculdade nele prevista será útil também para o credor nas execuções de sentença. É que, por força da súmula 375 do STJ, só há presunção de má-fé do terceiro adquirente se houver o registro da penhora, podendo retroagir, no entanto, à data em que foi averbada a certidão mencionada no dispositivo legal. Assim, embora possa haver fraude à execução por alienação de bens desde a citação do devedor na fase cognitiva, a presunção de má-fé dependerá do registro da penhora ou da averbação da certidão. Por esse motivo, o credor terá interesse em solicitá-la, mesmo na execução por título judicial. Parece-nos mesmo que, cautelarmente, o juiz pode determinar a sua expedição antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, e, inclusive, até antes da sentença, quando verificar o risco de alienação de bem em fraude à execução, já tendo havido a citação do devedor.

11.4.5.2.2. Coisa litigiosa ou insolvência do devedor

Os incs. I e II do art. 593 do CPC cuidam de situações diferentes, ambas caracterizadoras da fraude à execução.

O primeiro, da alienação de bem sobre o qual pende ação real. Ele é o próprio objeto do litígio, a coisa litigiosa, e se for alienado, haverá fraude à execução, **ainda que o devedor tenha outros bens, e esteja solvente**. Afinal, a execução há de recair exclusivamente sobre ele. Acolhida a ação real, o autor terá direito sobre o bem alienado, e poderá reavê-lo do terceiro adquirente ou cessionário (arts. 42, § 3º, e 593, I, do CPC).

O segundo inciso trata da alienação ou oneração de bens, quando corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

Nessa hipótese, não há um litígio envolvendo direito real sobre um bem determinado, mas ação patrimonial, no curso da qual o devedor, alienando bens, torna-se insolvente, em detrimento do credor.

A fraude à execução **não se caracterizará pela alienação de um bem determinado, mas de qualquer bem do patrimônio do devedor, desde que disso resulte o estado de insolvência**.

Ela existirá se, no patrimônio do devedor, não forem encontrados bens suficientes para fazer frente ao débito, e ele não os indicar. **Se iniciada a execução, eles não forem localizados ou identificados, presumir-se-á o seu estado de insolvência**, e as alienações que tiverem ocorrido desde a citação na fase cognitiva serão declaradas em fraude à execução.

A insolvência só pode ser reconhecida na execução, nunca durante o processo de conhecimento, porque pode ocorrer que, tendo o devedor alienado bens na fase cognitiva, venha a adquirir outros, antes do início a execução, de sorte a, nessa fase, ter como garantir o pagamento do débito. A fraude não será reconhecida.

No entanto, verificado, na fase de execução, o estado de insolvência, o juiz declarará a ineficácia daquelas alienações que o devedor fez, desde a citação na fase cognitiva.

Em suma: a fraude à execução só pode ser reconhecida na execução, porque só então ficará caracterizado o estado de insolvência. Mas ao reconhecê-la, o juiz declarará a ineficácia retroativa de todas as alienações ocorridas desde a citação na fase de conhecimento.

Se houver várias alienações, ele declarará a ineficácia das mais recentes, até que baste para que o devedor torne ao estado de solvência.

11.4.5.2.3. Má-fé do adquirente

O Código Civil aponta expressamente (art. 161), como requisito da fraude contra credores, **a má-fé do adquirente (*consilium fraudis*)**. Discutia-

se se, para configurar a fraude à execução, era também necessário demonstrá-la, ou se era presumida.

Por muito tempo, prevaleceu a orientação de que, aquele que adquiria bens do devedor, quando havia contra ele processo pendente, presumia-se de má-fé, já que lhe cumpria exigir do alienante certidão negativa dos distribuidores. Mas só a má-fé daquele que adquiria diretamente do devedor era presumida. Se ocorressem alienações sucessivas, sobre os adquirentes posteriores não havia a presunção.

Essa orientação mudou, com a súmula 375 do STJ: "O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".

O enunciado deixa claro que **a má-fé do adquirente não é presumida, salvo se houver registro de penhora, ao qual se pode acrescentar a averbação do art. 615-A, do CPC**. Se a alienação ocorrer após a averbação ou registro da penhora, os adquirentes — não só o primeiro mas os subsequentes — presumir-se-ão de má-fé, pois o registro torna pública a constrição, fazendo com que tenha eficácia *erga omnes*.

Se não houver o registro, **o reconhecimento da fraude dependerá da prova de que o adquirente estava de má-fé**. Esta não se presume pelo fato de o adquirente poder exigir certidões do distribuidor. Entre os direitos do credor e os dos adquirentes de boa-fé, o STJ optou por proteger estes últimos. Cumpre ao credor diligente, que queira evitar os dissabores de uma possível fraude à execução, tomar as providências necessárias para tornar pública a existência da ação ou da constrição.

Se o credor teme que, já na fase cognitiva, o devedor possa alienar bens, tornando-se insolvente, deve-se valer de medidas como o protesto contra a alienação de bens ou o arresto cautelar.

11.4.5.3. Ineficácia da alienação

O reconhecimento da fraude contra credores ou da fraude à execução não implicará na declaração de nulidade ou na anulação do ato de alienação, mas tão somente na de ineficácia perante o credor.

Tanto que, nos casos do art. 593, II, do CPC, se o devedor saldar o débito para com o credor, **a alienação remanescerá íntegra e válida, ainda que o juízo tenha reconhecido a fraude**. E o seu reconhecimento fará com que a responsabilidade patrimonial se estenda ao terceiro adquirente, até o montante do bem por ele recebido. Se o débito é de, por exemplo, R$ 10.000,00, e o juiz reconhecer a fraude à execução de um bem que vale R$ 20.000,00, será feita a penhora desse bem, em mãos do terceiro. Se ele for

arrematado em hasta pública pelo valor de avaliação, o credor será pago, e os restantes R$ 10.000,00 serão restituídos ao adquirente, atual proprietário do bem, e não ao devedor, uma vez que a alienação não foi desfeita. Se a fraude implicasse a nulidade do negócio, o bem retornaria ao patrimônio do devedor, e a ele seria restituído o saldo. Sendo apenas ineficaz frente ao credor, a propriedade permanece com o adquirente, embora o bem fique sujeito à execução.

11.4.5.4. Reconhecimento das fraudes

Além das diferenças apontadas, há uma outra, fundamental, entre a fraude à execução e a contra credores. **Esta não pode ser reconhecida *incidenter tantum*, no curso de processo pendente, nem no bojo de embargos de terceiro** (Súmula 195 do STJ).

Ela pressupõe a ação pauliana, cuja natureza não é desconstitutiva, já que não desfará a alienação, mas declaratória de ineficácia.

Controverte-se se, no polo passivo da ação pauliana, devem figurar, em litisconsórcio necessário, o alienante e o adquirente, ou se basta que figure o adquirente. Parece-nos que não há necessidade do litisconsórcio, que só se justificaria se a ação pauliana tivesse por fim desconstituir a alienação. Como ela só a declara ineficaz perante o credor, trazendo prejuízo unicamente para o adquirente, somente este deverá figurar no polo passivo da ação.

Mesmo que procedente a pauliana, como há apenas a declaração de ineficácia, o bem alienado não responderá pela execução, se o devedor pagar a dívida, ou se ela for extinta por outra forma.

O reconhecimento da fraude à execução prescinde de ação declaratória, e pode ser feita incidentemente, no bojo da própria execução, quando o juiz verificar que o devedor está insolvente, e que alienou bens após a citação (a citação no processo de execução, caso esteja fundada em título extrajudicial; ou na fase de conhecimento, na hipótese do cumprimento de sentença). O juiz reconhecerá a fraude por simples decisão interlocutória, na qual determinará a constrição do bem alienado, que se encontra em poder do adquirente.

11.4.6. Posição do terceiro responsável

Ainda hoje existe grande controvérsia sobre a posição do terceiro responsável, cujos bens são atingidos na execução: como eles não são devedores, mas apenas responsáveis, há uma corrente doutrinária e jurisprudencial que entende que eles não precisam participar do processo, embora tenham os bens atingidos. Caso queiram se defender, terão de valer-

se de embargos de terceiro.

Mas não é essa a corrente que tem prevalecido. **O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, sempre que o juiz determinar a penhora de bens, o responsável deve ser citado para integrar o polo passivo, na condição de litisconsorte do devedor**.

Ele se defenderá como sujeito passivo da execução, valendo-se dos embargos ou da impugnação, conforme esteja fundada em título extrajudicial ou judicial.

	FRAUDE CONTRA CREDORES	
Título executivo judicial (execução imediata)	Antes da citação no processo de conhecimento	
Titulo executivo extrajudicial	Antes da citação no processo da	

(execução autônoma)	execução	e

Das diferenças entre ambas

FRAUDE CONTRA CREDORES	FRAUDE À EXECUÇÃO
Instituto de direito material	Instituto de direito processual
Defeito do negócio jurídico	Ato atentatório à dignidade da justiça
Dívida já existente,	O credor já demandou o

contudo não há a ação (de conhecimento, no caso de título executivo judicial ou de execução, no caso de título executivo extrajudicial) em andamento.	devedor, e este já foi citado (para ação de conhecimento ou execução, dependendo do caso).
Ineficácia contra o credor, a qual deve ser	A ineficácia contra o credor é reconhecida

reconhecida em ação própria: ação pauliana.	nos próprios autos.

Semelhanças entre ambas

FRAUDE CONTRA CREDORES	FRAUDE À EXECUÇÃO
Gera a ineficácia do negócio jurídico fraudulento, conquanto exija ação pauliana	Gera a ineficácia do negócio jurídic fraudulento, q pode ser reconhecida n própria execução.

Depende de comprovação de má-fé do adquirente	Também exige prova de má-f do adquirente (Súmula 375 d STJ), que só será presumic se a penhora, distribuição da execução (art 615-A) ou a citação nas ações reais ou reipersecutóri for registrada.

1 Clóvis Beviláqua, *Direito das obrigações*, 9. ed., 1957, Ed. Paulo de Azevedo, p. 105.

2 Humberto Theodoro Junior, *Processo de execução*, p. 100.

3 Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Código de Processo Civil anotado*, p. 404.

4 Sérgio Seiji Shimura, *Título executivo*, cit., p. 218.

2

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

1. Introdução

2. Das diversas espécies de liquidação

3. Fase de liquidação

4. Legitimidade para a liquidação

5. Natureza da liquidação

6. Liquidação provisória

7. Vedação de sentença ilíquida

8. Sentença parte líquida, parte ilíquida

9. Cálculo do contador

10. Liquidação por arbitramento

11. Liquidação por artigos

12. A liquidação é julgada por decisão interlocutória

13. Liquidação de sentença genérica em ação civil pública

14. Liquidações no curso da fase de execução

1. INTRODUÇÃO

Para a execução, é indispensável título líquido, que permita a identificação do *quantum debeatur*.

O título líquido **é aquele que indica a quantidade de bens ou valores que constituem a obrigação**. Ela deve constar do próprio título, podendo,

quando muito, exigir cálculos aritméticos para apurá-la.

O título executivo extrajudicial há de ser sempre líquido. Se o *quantum debeatur* não resultar diretamente da leitura do que dele consta, ou de cálculos aritméticos, ele perderá a sua eficácia executiva. **Não existe liquidação de título extrajudicial**.

Já a sentença pode ser ilíquida. Para que possa ter início a execução, é indispensável que passe por prévia liquidação, para que se apure o *quantum*.

Sempre que na fase cognitiva for prolatada sentença condenatória ilíquida, antes de ter início a fase de cumprimento de sentença, haverá uma etapa intermediária, de liquidação. Se o título for sentença penal condenatória, antes do início da execução, haverá a liquidação dos danos.

■ 2. DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE LIQUIDAÇÃO

O CPC, em sua redação originária, previa três espécies de liquidação: por cálculo do contador, por arbitramento e por artigos.

Por cálculo do contador era aquela em que, antes do início da execução, os autos eram remetidos ao contador do juízo para que, por cálculos aritméticos, apurasse o *quantum debeatur*. O juiz ouvia as partes sobre eles e, se estivessem em ordem, os homologava.

Mas havia nisso um equívoco, porque se para a apuração do *quantum* bastava um cálculo do contador, **o título já era líquido**, e não se podia falar propriamente em liquidação.

A Lei n. 8.898/94 corrigiu a falha, excluindo de entre as espécies de liquidação a por cálculo do contador. Ao fazê-lo, atribuiu ao exequente, nos casos em que o débito pode ser apurado por cálculo, o ônus de, ao requerer a execução, juntar memória discriminada do débito. Com isso, restaram apenas duas formas de liquidação, previstas no CPC: **por arbitramento e por artigos**. A elas, deve-se acrescentar um tipo especial previsto no Código do Consumidor: **a apuração do *quantum* devido às vítimas, quando proferida sentença condenatória genérica, nas ações civis públicas para a defesa de interesses individuais homogêneos**. São essas as três formas de liquidação que persistem em nosso ordenamento jurídico.

■ 3. FASE DE LIQUIDAÇÃO

Antes da Lei n. 11.232/2005, a liquidação, tal como a execução de sentença, formava processo autônomo, com citação do devedor. Desde a

propositura inicial da demanda até a satisfação do credor, era possível identificar até três processos diferentes, cada qual exigindo citação: o de conhecimento, o de liquidação e o de execução.

Após a lei, o que antes eram processos tornaram-se fases do processo único, sincrético.

Não existe mais processo autônomo, mas apenas uma **fase de liquidação**, que vem regulada no CPC, arts. 475-A a 475-H. O devedor não será mais citado, mas intimado na pessoa de seu advogado para acompanhá-la (art. 475-A, § 1º, do CPC). Se for revel, não haverá necessidade de intimá-lo, conforme art. 322 do CPC. No entanto, se a liquidação for de sentença penal condenatória, arbitral ou estrangeira, como não há nenhum processo civil de conhecimento precedente, o devedor será citado, pois é a primeira vez que comparece ao juízo cível.

4. LEGITIMIDADE PARA A LIQUIDAÇÃO

A liquidação pode ser requerida tanto pelo credor quanto pelo devedor. A legitimidade deste deriva do interesse em pagar, para obter a extinção da obrigação, quando necessária a apuração do *quantum*.

Mas, na liquidação da sentença condenatória genérica proferida nas ações civis públicas, somente o credor estará legitimado, porque o devedor não terá condições de saber quem são as vítimas, e quais os danos que cada qual sofreu. A iniciativa é do credor, pois cabe a ele provar que tem tal qualidade, demonstrando ser uma das vítimas do dano objeto da ação.

5. NATUREZA DA LIQUIDAÇÃO

Há três tipos de processo em nosso ordenamento: o de conhecimento, o de execução e o cautelar. Em qual dessas categorias inclui-se a liquidação? **Entre os processos de conhecimento, já que serve para que o juiz diga qual é o *quantum debeatur***, não para que tome providências satisfativas, ou medidas que visem afastar uma situação de perigo.

Há, no entanto, enorme controvérsia sobre a natureza do ato judicial que julga a liquidação. A lei é expressa em atribuir-lhe natureza de decisão interlocutória, e não mais de sentença, como anteriormente. Mas discute-se se teria caráter declaratório ou constitutivo. Não pode ser condenatório, porque a fase de liquidação pressupõe prévia condenação. Mas o título só estará constituído após a liquidação, ou já existia anteriormente, limitando-se a liquidação a declarar o *quantum debeatur*?

Parece-nos que a razão está com aqueles que atribuem à liquidação

natureza meramente declaratória. O art. 475-N considera título executivo judicial a sentença civil e a sentença penal transitada em julgado, sem exigir que sejam líquidas. O título já existe desde a condenação transitada em julgado (no cível nem é necessário o trânsito). **A liquidação é indispensável porque, sem a apuração do *quantum*, não é possível executar, mas não é ela que constitui o título executivo**.

Já a liquidação da sentença condenatória genérica na ação civil pública tem caráter constitutivo, pois serve para que as vítimas comprovem sua qualidade, demonstrando que se enquadram naquela situação jurídica indicada na sentença genérica.

Contra o ato judicial que aprecia a liquidação, qualquer que ela seja, o recurso cabível será o agravo de instrumento.

■ 6. LIQUIDAÇÃO PROVISÓRIA

Nos casos em que se admite a execução provisória, será possível também liquidação provisória, caso a sentença não seja líquida.

Enquanto há recurso pendente, desprovido de efeito suspensivo, o credor já poderá promover a execução, e, se a sentença for ilíquida, a prévia liquidação, para apurar o *quantum debeatur*. Se o recurso for provido, a liquidação e a execução subsequente ficarão sem efeito, e as partes deverão ser restituídas à situação anterior.

O art. 475-A, § 2º, do CPC introduziu uma importante novidade a respeito da liquidação: **a possibilidade de promovê-la, mesmo que esteja pendente recurso provido de efeito suspensivo**. A ideia parte do pressuposto acertado de que a liquidação não se confunde com a execução, e de que nela ainda não é tomada nenhuma providência concreta satisfativa. Mesmo que a execução não possa ter início, será possível promover a liquidação, com o que se ganhará tempo; enquanto o recurso tramita no órgão *ad quem,* poderá ter curso a apuração do *quantum debeatur* no órgão *a quo*.

Essa liquidação é feita por conta e risco de quem a propuser, já que haverá o risco de reversão do julgamento, com a perda das despesas até então realizadas com a liquidação. Por isso, cumpre ao requerente ponderar os prós e contras dessa liquidação antecipada. Se ele acha, por exemplo, que são remotas as possibilidades de acolhimento do recurso, valerá a pena dar início à liquidação, com o que haverá considerável ganho de tempo; mas se o risco de provimento é grande, talvez não valha a pena.

Como ela deve processar-se no órgão *a quo*, enquanto os autos principais estão no órgão *ad quem* para exame do recurso, será necessário

extrair autos suplementares.

Enquanto pende o curso, a liquidação pode até ser concluída e decidida. A partir do momento em que o recurso for julgado, e não couber nenhum outro com efeito suspensivo, poder-se-á passar à execução; **mas enquanto pender recurso com tal efeito, ela não poderá ter início**.

7. VEDAÇÃO DE SENTENÇA ILÍQUIDA

Somente os títulos judiciais podem ser ilíquidos. Mesmo assim, há casos em que o legislador os veda expressamente. O exemplo mais geral é o do art. 459, parágrafo único, do CPC: "Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida". A redação não é das melhores, pois o pedido há de ser sempre certo. Mas há casos em que ele pode ser genérico (art. 286), não indicar o *quantum debeatur*. **Se ele o faz, a sentença deve ser líquida**.

Mesmo assim, esse dispositivo é aplicado com algumas ressalvas, havendo farta jurisprudência no sentido de que, nas ações de indenização por ato ilícito, ainda que o autor formule pedido líquido, a sentença pode ser ilíquida, quando se verificar que o valor inicial era apenas uma estimativa abstrata, cujo montante preciso necessita oportuna liquidação. Nesse sentido, REsp 136.588-RJ, Rel. Min. Waldemar Sveiter.

Nos termos da Súmula 318 do STJ, "Formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida".

Mas há outros exemplos de vedação de sentença ilíquida. O art. 475-A, § 3º, do CPC, a proíbe nos processos de procedimento sumário em que se postule reparação de danos por acidente de veículo terrestre e cobrança de seguro relativamente aos danos causados.

Ainda que o autor formule pedido genérico, os danos hão de ser apurados no curso da fase condenatória, para que a sentença seja líquida. Se for o caso, o juiz deve fixar o valor devido de plano, a seu prudente critério, em juízo de equidade, o que certamente trará graves dificuldades, quando não for possível apurar, desde logo, a extensão dos danos.

8. SENTENÇA PARTE LÍQUIDA, PARTE ILÍQUIDA

O art. 475-I, § 2º, do CPC, trata da possibilidade de haver uma sentença que seja parte líquida e parte ilíquida. Por exemplo: uma sentença proferida em ação de reparação de danos pode condenar o réu a pagar os danos emergentes, correspondentes aos gastos que ele teve, em um

determinado valor; e em lucros cessantes, a serem apurados em liquidação. **O credor pode promover simultaneamente a execução da parte líquida, e, em autos apartados, a liquidação da outra parte**.

9. CÁLCULO DO CONTADOR

Não é necessária a liquidação, quando o *quantum debeatur* puder ser apurado por simples cálculo aritmético. **Cumpre ao credor, ao requerer a execução, apresentar memória discriminada do cálculo do débito, indicando de forma especificada os itens da cobrança, e os acréscimos de correção monetária, juros e outros fixados na condenação**.

Essa solução trouxe preocupação com a possibilidade de o credor cobrar mais do que seria devido, ao apresentar os cálculos. O juiz deve examiná-los e, de ofício, determinar a correção de eventuais erros. Mas nem sempre terá condições de fazê-lo. Também há a possibilidade de o devedor defender-se, por objeções de pré-executividade ou embargos, cuja apresentação prescinde de prévia garantia do juízo, pela penhora.

Ainda assim, para evitar eventuais abusos do credor, a Lei n. 11.232/2005 acrescentou ao CPC o art. 475-B. O § 3º desse dispositivo permite ao juízo, antes de determinar a penhora de bens, valer-se do contador, em dois casos: "quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária".

Não se trata do retorno da liquidação por cálculo do contador, **pois o juízo não irá, ao final, decidir se os cálculos do credor estão corretos ou incorretos**. Se o credor não concordar com o valor apresentado pelo contador, a execução será feita pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor por este encontrado (§ 4º).

Teve o legislador o cuidado de evitar que, nessa fase que antecede o início da execução, possa surgir algum incidente que, sob vias transversas, obrigue o juízo a decidir a respeito do *quantum debeatur*, o que acabaria por ressuscitar a liquidação por cálculo do contador. A solução encontrada foi fazer prevalecer o valor apresentado pelo credor, cumprindo ao devedor defender-se, impugnando-o, seja em embargos, impugnação ou incidentes de pré-executividade, para que então o juízo possa decidir qual é o *quantum debeatur*. Mas, para que não haja prejuízo ao executado, conquanto a execução se faça pelo valor indicado pelo credor, a penhora se fará pelo valor apurado pelo contador, até que, no curso da execução, o juiz decida qual é efetivamente o *quantum*, podendo então mandar ampliar ou reduzir a

penhora.

Os §§ 1º e 2º do art. 475-B tratam da hipótese de os cálculos a serem apresentados pelo credor, no início da execução, dependerem de dados existentes em mãos do devedor ou de terceiros, caso em que o juiz, a requerimento dele, poderá requisitá-los, concedendo prazo de até trinta dias para cumprimento. Se a diligência for descumprida pelo devedor, o juiz considerará corretos os cálculos do credor; se descumprida por terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362 do CPC, podendo ser expedido mandado de busca e apreensão, sem prejuízo da configuração do crime de desobediência.

10. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO

É aquela que se presta à apuração do valor de um bem ou serviço. A única tarefa é apuração desse valor, o que demandará **a nomeação de um perito**. Não há nenhum fato novo a ser demonstrado.

Por exemplo: o juiz condena o réu a pagar ao autor indenização correspondente ao aluguel do imóvel por ele indevidamente ocupado, durante doze meses. A sentença é ilíquida, porque não se sabe qual é o aluguel daquele imóvel. A liquidação será feita por arbitramento, porque a única coisa a ser feita é apurá-lo, com a nomeação do perito.

A diferença da liquidação por artigos é que, nesta, **há necessidade de prova de fatos novos, que vão além da simples apuração do valor do bem ou do serviço**.

Dispõe o art. 475-C que a liquidação será feita por arbitramento quando determinado por sentença ou convencionado pelas partes ou quando o exigir a natureza do objeto da liquidação.

Muitas vezes, ao proferir a sentença condenatória, o juiz estabelece a forma pela qual se fará a liquidação. **Mas isso não tem caráter definitivo:** mesmo que nela conste o arbitramento, pode ser necessária a por artigos, caso se constate a necessidade da prova de fatos novos.

Requerido — pelo credor ou devedor — o arbitramento, **o juiz nomeará um perito e fixará prazo para a entrega do laudo, intimando a outra parte, para que possa acompanhar a prova técnica**. As partes poderão formular quesitos e indicar assistentes técnicos.

Com a entrega do laudo, as partes terão prazo de dez dias para manifestar-se, após o que o juiz proferirá decisão ou designará, se necessário, audiência.

Prevalece o entendimento de que não há honorários advocatícios na

liquidação por arbitramento, já que não se discutem fatos novos (*RSTJ* 142/387).

11. LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS

É aquela em que há necessidade de comprovação de fatos novos, ligados ao *quantum debeatur*. Dispõe o art. 475-E: "Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo".

Por fato novo entende-se não o que tenha ocorrido após a sentença, mas o que não tenha sido apreciado, quando do julgamento, e que diga respeito ao *quantum*.

Por exemplo: o art. 286, II, do CPC permite sentença genérica, quando não é possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou fato ilícito. Por vezes, a vítima sofre lesões cuja extensão não pode ser apurada quando da sentença. O juiz condenará o réu a arcar com todos os danos e despesas de tratamento da vítima.

Mas a apuração do *quantum* exigirá a demonstração de fatos novos, relacionados à extensão dos danos e dos cuidados exigidos pela vítima.

Na petição inicial, o autor os apresentará, e eles constituirão a causa de pedir da liquidação, à qual o juiz deverá ater-se, sob pena de proferir julgamento *extra petita*.

O procedimento da liquidação por artigos é o **comum, ainda que a fase de conhecimento tenha observado o especial**. Poderá ser ordinário ou sumário, conforme a fase condenatória tenha se processado por um ou por outro.

Se, porém, ela correu pelo procedimento especial, ou não houve fase civil condenatória prévia — como no caso da de sentença penal condenatória —, deverá ser observado o valor da causa, para a adoção do procedimento ordinário ou sumário, observando-se o primeiro quando ultrapassar sessenta salários mínimos.

O réu será intimado para apresentar contestação, sob pena de presumirem-se verdadeiros os fatos novos relacionados ao *quantum debeatur*. Todos os meios de prova serão admitidos, podendo o juiz determinar prova técnica e designar audiência de instrução e julgamento.

Ao final, proferirá decisão interlocutória, julgando a liquidação. Poderá considerar provados, total ou parcialmente, os fatos novos, declarando líquida a obrigação e apontando o *quantum debeatur*.

Nada impede que seja realizada mais de uma liquidação por artigos, nos casos em que há danos que se manifestam ou se agravam ao longo do tempo. Na primeira, serão apurados os danos que até então se apresentaram, e oportunamente, os outros, que se manifestaram posteriormente.

■ 12. A LIQUIDAÇÃO É JULGADA POR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Antes da Lei n. 11.232/2005, a liquidação era processo autônomo, que se concluía por sentença, contra a qual cabia apelação, sem efeito suspensivo.

Após a lei, a liquidação tornou-se apenas uma fase intermediária entre a condenatória e a executiva. Ora, só pode ser considerado sentença o ato que põe fim ao processo ou à fase condenatória. O que julga a liquidação, não se enquadrando em nenhuma dessas categorias, é decisão interlocutória (art. 475-H, do CPC). O recurso adequado para impugná-la é o agravo que, forçosamente, terá de ser de instrumento, já que não há oportunidade para que eventual agravo retido suba ao órgão *ad quem*.

Ao proferir a decisão, o juiz examinará a pretensão formulada pelo requerente, que é a de declaração do valor devido. **Se, ao longo da liquidação, foram colhidos elementos suficientes e produzidas as provas necessárias, ele declarará líquida a obrigação**. Se as provas forem insuficientes, e o juiz, ao final, não puder indicar o valor, **julgará a liquidação extinta, sem apurar o *quantum*, o que não impedirá o requerente de ajuizar, mais tarde, uma nova, já que só a decisão que declara o *quantum debeatur* não pode mais, esgotados os recursos, ser discutida**.

Admite-se ainda (embora exista controvérsia a respeito) a possibilidade de o juiz declarar líquida a obrigação, no montante zero. É o que ocorrerá, por exemplo, quando ajuizada liquidação por artigos de sentença penal condenatória, e colhidas todas as provas, o juiz concluir que a vítima não sofreu dano nenhum, não teve nenhum prejuízo.

■ 13. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA GENÉRICA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Há um terceiro tipo de liquidação, **a da sentença genérica proferida em ação civil pública, ajuizada para a defesa de interesses individuais homogêneos**.

A Lei n. 8.078/90 atribui legitimidade extraordinária a determinados entes para a ação civil pública em defesa desses interesses, **o que não afasta**

a legitimidade ordinária das próprias vítimas, para ajuizar ação individual de reparação de danos.

Proposta ação civil pública, como não se sabe quem são as vítimas, quantas são, e qual é a extensão dos danos, o juiz, em caso de procedência, proferirá **sentença genérica**, que condenará o réu ao pagamento de indenização a todas as pessoas que comprovarem enquadrar-se na condição de vítimas do ato ou fato discutido. A sentença não só é ilíquida; ela nem sequer nomeia as pessoas a serem indenizadas, limitando-se a genericamente condenar o réu a pagar a todos aqueles que comprovem ser vítimas do evento.

Por exemplo: um dos legitimados extraordinários propõe ação de reparação de danos causados por um determinado produto farmacêutico que, posto à venda no mercado de consumo, era nocivo à saúde. O juiz, se acolher o pedido, condenará genericamente o réu a ressarcir todas as vítimas do remédio.

Na fase de liquidação, **que haverá de ser sempre individual**, a vítima precisará demonstrar não apenas a extensão dos danos, mas, antes de tudo, **que eles são provenientes daquele produto nocivo**. A liquidação não servirá apenas para apurar o quanto se deve à vítima, mas para permitir que esta comprove a sua condição.

Dadas essas peculiaridades, esse tipo de liquidação difere das tradicionais — por arbitramento e por artigos — do CPC, pois, ao contrário delas, pode ser julgada improcedente, caso não se comprove que o liquidante foi vítima do acidente e sofreu danos. Na liquidação comum, a condição de vítima há de ter sido provada na fase condenatória, ao passo que nesta, há de ser demonstrada na liquidação.

Ela formará um processo autônomo (não apenas uma fase), ajuizado pelas vítimas individuais, e para o qual o réu deve ser citado.

A decisão final não será meramente declaratória, como nas outras formas de liquidação, mas **constitutiva**, pois só a partir dela cada vítima obterá título executivo.

14. LIQUIDAÇÕES NO CURSO DA FASE DE EXECUÇÃO

Nos itens anteriores, examinou-se a liquidação como uma fase do processo sincrético, intermediária entre a condenatória e a executiva. Mas às vezes a liquidação, conquanto desnecessária antes da execução, pode tornar-se indispensável no seu curso. **Haverá liquidação incidente**.

É o que ocorrerá, por exemplo, sempre que não houver mais a

possibilidade de execução específica de obrigação, e a conversão em perdas e danos (ou quando o credor preferir essa forma).

A obrigação, até então líquida, tornar-se-á ilíquida, já que será necessário apurar as perdas e danos.

Na liquidação incidente, o exequente indicará os danos que pretende ver ressarcidos, e o juiz determinará as provas necessárias para comprová-los. Ao final, proferirá decisão interlocutória, indicando o *quantum debeatur*, e a execução prosseguirá, na forma do art. 475-J, do CPC.

3

EXECUÇÃO ESPECÍFICA

1. Introdução

2. Das diversas espécies de liquidação

3. Fase de liquidação

4. Mecanismos para compelir o devedor a cumprir a obrigação

4.1. A multa

1. INTRODUÇÃO

Antes de iniciar o exame das diversas espécies de execução no CPC, cumpre analisar a execução específica, e os meios de que o juiz dispõe para compelir o executado a satisfazer a obrigação, tal como constituída.

A execução específica é aquela **que objetiva fazer com o que devedor cumpra exatamente aquilo que foi convencionado, sem conversão em perdas e danos**. Só faz sentido nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa. O art. 461, do CPC, trata das primeiras: "na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente do inadimplemento". As de entrega de coisa vêm tratadas no art. 461-A: "na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação".

O processo de execução será eficiente quando der ao credor satisfação a mais próxima possível daquilo que teria, caso o devedor tivesse cumprido espontaneamente a obrigação.

As duas técnicas de que se vale o legislador para a execução são **a sub-rogação e a coerção**. O uso delas poderá variar, conforme a obrigação

seja fungível ou infungível.

Se fungível, as duas técnicas poderão ser utilizadas: a de coerção e a de sub-rogação. Se alguém é contratado para pintar um muro e não o faz, ao promover a execução o credor poderá requerer que o juiz fixe uma multa diária, que sirva para pressioná-lo a cumprir o prometido (coerção); ou pedir ao juízo que determine que a obrigação seja cumprida por terceiro, às custas dele (sub-rogação).

Quando a obrigação for infungível, só se poderá fazer uso dos meios de coerção, já que não é possível que outrem a realize no lugar do devedor. Não pode haver a sua substituição (sub-rogação), no cumprimento do determinado.

■ 2. PROVIDÊNCIAS QUE ASSEGUREM RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE

O art. 461, *caput,* do CPC dá ao juiz poderes de determinar, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, **providências que assegurem resultado praticado equivalente ao do adimplemento**.

Há casos em que não há como compelir o devedor a cumprir a obrigação na forma convencionada, mas é possível determinar outra medida, que alcance resultado prático equivalente.

Por exemplo: a ré, fabricante de veículos, comprometeu-se a entregar ao autor um carro. Quando da sentença, ele não é mais fabricado. Em vez de determinar a conversão em perdas e danos, o juiz pode condenar a ré a entregar um veículo equivalente, mesmo que isso não tenha sido pedido na petição inicial.

O autor formula um pedido específico. Não sendo possível atendê-lo, o juiz verificará, antes da conversão em perdas e danos, **se não há alguma providência que possa alcançar resultado equivalente**. Em caso afirmativo, ele a concederá, ainda que não coincida com o pedido inicial, impossível de satisfazer.

■ 3. CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS

A conversão em perdas e danos fica reservada para duas hipóteses, enumeradas no art. 461, § 1º, do CPC: a) quando se tornar impossível a execução específica (por exemplo, quando o bem a ser restituído perdeu-se, ou quando a obrigação de fazer é infungível e o devedor recusa-se, apesar dos meios de coerção, a cumpri-la), e não há providência que assegure

resultado prático equivalente; b) quando o credor requerer a conversão, porque o devedor não cumpre especificamente a obrigação. **Só é dado ao credor requerê-la, se houver efetiva recusa do devedor. O credor não pode preferir a conversão, se o devedor estiver disposto a cumprir a obrigação específica**. Da mesma forma como o credor não é obrigado a aceitar prestação diferente da que foi avençada, o devedor não pode ser compelido, para desonerar-se, a cumpri-la diferentemente do contratado.

4. MECANISMOS PARA COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR A OBRIGAÇÃO

O art. 461, § 5º, do CPC, enumera alguns meios de que o juiz pode valer-se para alcançar o cumprimento específico da obrigação ou resultado prático equivalente: "Para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividades nocivas, se necessário com requisição de força policial". Esses poderes o juiz pode empregar tanto no cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer como no de entregar coisa.

Além disso, como as sentenças condenatórias em obrigações de fazer e não fazer têm caráter mandamental, o descumprimento fará com que o devedor incorra nas sanções do art. 14, parágrafo único do CPC, imputadas aos que perpetram atos atentatórios ao exercício da jurisdição.

Podem ainda ser aplicáveis, se presentes as hipóteses do art. 600, as penas por ato atentatório à dignidade da justiça, previstas no art. 601, do CPC.

Dentre os mecanismos mencionados, interessa-nos a multa, pela importância de que se reveste, e pelas questões que suscita.

4.1. A multa

É mecanismo de coerção para pressionar a vontade do devedor renitente que, temeroso dos prejuízos que possam advir ao seu patrimônio, acabará por cumprir aquilo a que vinha resistindo.

Dentre os vários meios de coerção, a multa, que se assemelha às *astreintes* do direito francês, é dos mais eficientes.

A lei não a restringe às execuções de obrigação infungível. Elas podem ser fixadas em todas as execuções de obrigação de fazer ou não fazer e de entregar coisa, fungível ou infungível. O que as caracteriza é

serem periódicas, o que as faz cada vez maiores, enquanto permanece a inércia do devedor. O juiz fixará um prazo para o cumprimento da obrigação e poderá estabelecer multa periódica (em regra, diária) para a hipótese de inadimplemento. Ela incidirá a cada dia de atraso, pressionando o devedor até que satisfaça a obrigação.

A finalidade da multa é coercitiva, não repressiva ou punitiva. Ela não constitui sanção ou pena.

4.1.1. Fixação da multa

Nos cumprimentos de sentença, a multa é fixada pelo juiz, que deve considerar qual o valor razoável para compelir o devedor a cumprir a obrigação. Não pode ser irrisório, sob pena de não pressionar a vontade do devedor; nem tão elevado, que o credor acabe preferindo que a obrigação não seja cumprida e que o devedor permaneça inerte. Caberá ao juiz avaliar o caso concreto, para decidir o montante razoável. **Tem ele ampla liberdade de modificar o valor da multa, de ofício ou a requerimento das partes, quando verificar que ela se tornou insuficiente ou excessiva**. Pode ainda alterar-lhe a periodicidade. As alterações podem ocorrer mesmo que a multa tenha sido fixada em sentença transitada em julgado. O trânsito impede a rediscussão do que o juiz decidiu a respeito da pretensão, mas não dos meios de coerção utilizados para fazer com que o devedor cumpra aquilo que lhe foi imposto.

Quando a execução estiver fundada em título extrajudicial, o juiz também poderá fixar livremente a multa, ao despachar a inicial. É o que diz o art. 621, parágrafo único, do CPC, em relação às obrigações de entrega de coisa: "O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo". E o art. 645: "Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida".

Mas o juiz só terá essa liberdade se a multa não tiver sido convencionada pelas próprias partes no título executivo extrajudicial, caso em que deverá prevalecer o acordo. Mesmo assim, o juiz terá o poder de reduzi-la, se verificar que é excessiva; mas não de aumentá-la, caso a repute insuficiente, por força do que dispõe o art. 645, parágrafo único.

Essa liberdade do juiz deriva de a multa não ser punição, mas meio de coerção, de pressão sobre a vontade do devedor.

A multa reverte sempre em proveito do credor, prejudicado pelo atraso ou inadimplemento.

4.1.2. Momento para a fixação

O juiz só fixará a multa depois de impor ao réu o cumprimento da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa. Isso pode ocorrer logo no início do processo, se ele deferir tutela antecipada, impondo ao réu alguma dessas obrigações e concedendo-lhe prazo para cumpri-la, ou então, na sentença condenatória.

Mesmo que ele não o faça na sentença, poderá determiná-la posteriormente, na fase de execução, e de ofício.

Na execução de título extrajudicial, o juiz a fixará quando despachar a inicial. Se não fizer, poderá fixá-la posteriormente, a qualquer momento no curso da execução, quando se fizer necessária.

4.1.3. Cobrança da multa

Decorrido o prazo para o cumprimento da obrigação sem que ela tenha sido satisfeita, incidirá a multa. O prazo começa a correr do momento em que o devedor for intimado pessoalmente a cumprir, não bastando a intimação do advogado. Nesse sentido, a Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça: "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

Ela não poderá ser cobrada de imediato, quando fixada em decisão ainda não definitiva, como na antecipação de tutela.

Ao concedê-la, o juiz fixará prazo de cumprimento, a partir do qual passará a incidir a multa. Mas ela ainda não pode ser cobrada, porque há a possibilidade de que a sentença venha a ser de improcedência, com o que a liminar será revogada.

Se a sentença for de procedência, e confirmar a tutela antecipada tornando-a definitiva, a multa será devida desde o descumprimento da liminar. **Mas só quando não houver mais recurso com efeito suspensivo poderá ser executada, por todo o período que transcorreu entre o vencimento do prazo e o cumprimento**.

É preciso distinguir a incidência da multa da possibilidade de cobrá-la. Esta só surge no momento em que a decisão que a impôs se torna definitiva e não pode mais ser revertida. **Mas a incidência terá início desde que findo o prazo estabelecido pelo juiz para cumprimento da obrigação**.

Havendo retardo, a multa será devida pelos dias de atraso. Pode ocorrer que o devedor permaneça inerte por longo tempo, com o que o valor da multa torne-se excessivo. O credor, por vezes, deixa de requerer a conversão em perdas e danos ou qualquer outra providência, na expectativa

de que ela se torne maior a cada dia, trazendo-lhe proveito financeiro. Havendo conversão em perdas e danos, o credor poderá executar cumulativamente a indenização e a multa.

Mas, **verificando o juiz que ela se tornou excessiva, poderá reduzi-la a parâmetros razoáveis**. Não se justifica que ela se torne fonte de enriquecimento sem causa. Não há direito adquirido do credor à multa, que não é condenação, mas meio de coerção.

4.1.4. Valor da multa

Muito se discutiu se o valor da multa estaria limitado pelo da obrigação principal. A lei civil estabelece que as cláusulas penais não podem ultrapassar o valor da obrigação. **Mas a multa não é cláusula penal, e a lei não impõe limites**. Porém, não se pode admitir que ela ultrapasse os limites do razoável, e se isso acontecer, o juiz deve reduzi-la a um montante tal que não constitua fonte de enriquecimento indevido para o credor. **Verificando o juiz que ela já correu por tempo suficiente, deve dar por encerrada a incidência, reduzindo-a ao razoável**. Cumpre ao credor, então, requerer outros meios de coerção ou a conversão em perdas e danos.

4

DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PROCESSO CIVIL

Ao tratar das diversas espécies de execução, o CPC leva em conta dois critérios fundamentais: **o tipo de obrigação que o exequente pretende ver satisfeita; e a natureza judicial ou extrajudicial do título em que a execução se funda**. Há ainda um critério especial, que leva em conta a pessoa do executado, no caso da execução contra a Fazenda Pública.

Com relação às obrigações, o Código distingue as de entrega de coisa certa e incerta; de fazer e não fazer; por quantia certa contra devedor solvente ou insolvente e de alimentos.

O CPC trata das sentenças condenatórias em obrigação de fazer e não fazer, e de entrega de coisa, e o seu respectivo cumprimento, nos arts. 461 e 461-A. E da sentença condenatória em quantias nos arts. 475-J e ss.

Em todos esses casos, não haverá processo de execução, mas fase de cumprimento de sentença. Mas há títulos executivos judiciais que dão ensejo à formação de processos autônomos de execução, como a sentença penal condenatória, estrangeira e arbitral.

O livro II do CPC trata da execução de título extrajudicial (embora as suas normas apliquem-se supletivamente ao cumprimento de sentença), fundadas em obrigações de entrega de coisa (arts. 621 e ss.), de fazer e de não fazer (arts. 632 e ss.) e por quantia certa (arts. 646 e ss.).

Há ainda as execuções de prestação alimentícia e contra a Fazenda Pública. A primeira vem tratada nos arts. 732 e 733 do Livro II, mas, se fundada em título judicial, será apenas fase de cumprimento de sentença, sem processo autônomo. Na hipótese do art. 732, observar-se-á o procedimento do cumprimento de sentença das obrigações por quantia, tratado no art. 475-J; na do art. 733, também haverá apenas cumprimento de sentença, mas com peculiaridades procedimentais inerentes à execução desse tipo de obrigação.

Já a execução contra a Fazenda Pública terá sempre o mesmo procedimento, seja fundada em título judicial ou extrajudicial. Ela implicará sempre a formação de um novo processo, em que a Fazenda há de ser citada (arts. 730 e 731 do CPC).

Nos capítulos seguintes, serão examinados os procedimentos das diversas espécies de execução.

5

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

1. Execução tradicional

2. Aspectos comuns a todas as espécies de execução por título extrajudicial

   2.1. Petição inicial

   2.2. Citação do executado

   2.3. Efeitos da citação válida

3. Processo de execução para entrega de coisa certa

4. Processo de execução para entrega de coisa incerta

5. Processo de execução de obrigação de fazer e não fazer

   5.1. Execução das obrigações de fazer fungíveis (procedimento)

6. Execução por quantia certa contra devedor solvente

   6.1. Introdução

   6.2. Petição inicial

   6.3. Despacho inicial

   6.4. Citação

   6.5. O arresto

   6.6. Curador especial

   6.7. Do pagamento

   6.8. Da penhora e do depósito

6.9. Da avaliação de bens
6.12. Expropriação
6.10. Intimação do executado
6.12.1. Introdução
6.11. Outras intimações
6.12. Expropriação
7. Da defesa do devedor nas execuções fundadas em título extrajudicial
7.1. Introdução
7.2. Embargos do devedor
7.3. Embargos de segunda fase
7.4. Outras formas de defesa
1. EXECUÇÃO TRADICIONAL
2. ASPECTOS COMUNS A TODAS AS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL
6.12.2. Adjudicação
2.1. Petição inicial

É por meio da expropriação que o credor alcançará a satisfação de seus direitos, na execução por quantia. Ela pode fazer-se de três maneiras: com a entrega do bem ao próprio devedor, como pagamento total ou parcial do débito, numa espécie de dação compulsória em pagamento; com a alienação dos bens, que pode ser particular ou pública, para converter o bem em pecúnia, promovendo-se em seguida o pagamento do credor; ou ainda com o estabelecimento de um usufruto (na verdade, anticrese) dos bens em favor do credor, que se pagará com os frutos ou rendimentos que eles produzirem.

Há uma ordem de preferência entre os meios de expropriação. **A princípio, deve-se verificar se há interessados na adjudicação do bem. Somente se não houver, será determinada a alienação, que poderá ser feita por iniciativa particular, se o credor o preferir; ou em hasta pública**.

Essa ordem constitui importante inovação da Lei n. 11.382/2006, porque, antes, a hasta pública realizava-se primeiro e, somente se não houvesse arrematantes, o credor poderia requerer a adjudicação do bem.

A inovação foi salutar, e a solução atual é bem melhor que a anterior, pois a adjudicação realiza-se sem despesas, pelo valor de avaliação, ao passo que a hasta pública exige gastos de monta com a publicação de editais e intimações, permitindo a arrematação por valor inferior ao da avaliação, mas não inferior ao mínimo legal.

No sistema anterior havia uma grave incoerência: se o credor quisesse ficar com o bem, em vez de requerer a adjudicação, poderia participar da hasta, onde tinha chance de arrematá-lo por preço inferior ao da avaliação, o que não seria possível por meio da adjudicação.

6.12.2. Adjudicação

É forma indireta de satisfação do credor, que se dá pela transferência a ele ou aos terceiros legitimados, da propriedade dos bens penhorados.

Quando deferida ao credor, guarda semelhanças com a dação em pagamento, já que ele apropria-se do bem, como pagamento parcial ou total do débito. No entanto, distingue-se dela, que é forma voluntária de cumprimento das obrigações, ao passo que a adjudicação é forma de expropriação forçada.

Quando deferida a outros legitimados, cumpre-lhes depositar o valor

1. EXECUÇÃO TRADICIONAL

A execução de título extrajudicial não é imediata, mas implica a formação de um processo autônomo, cujo procedimento varia conforme a obrigação imposta pelo título.

O CPC regula a execução de título extrajudicial para entrega de coisa, para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e por quantia. Em todas, o credor formulará o seu requerimento por meio de uma petição inicial, que deve vir acompanhada de título executivo, se estiver em termos, o juiz determinará a citação do executado, do que decorrerão numerosas consequências. Nos três itens seguintes serão estudados a petição inicial, a citação do devedor e os efeitos dessa citação, aspectos comuns a todas as formas de execução por título extrajudicial. Depois, passar-se-á ao estudo do que é peculiar a cada uma das espécies.

2. ASPECTOS COMUNS A TODAS AS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL

2.1. Petição inicial

O processo de execução é sempre desencadeado por uma petição inicial, na qual o autor formula as suas pretensões. **Ele nunca se inicia de ofício**.

A inicial deve preencher os requisitos tradicionais dos arts. 282 e 283 do CPC, e indicar os fundamentos da execução, a causa de pedir. Isto é, **o**

título executivo em que a dívida se consubstancia e a causa que tornou a execução necessária (inadimplemento do devedor).

É fundamental que o credor indique o tipo de pretensão que pretende ver satisfeita, o que variará conforme a obrigação contida no título. Há necessidade de indicar qual o tipo de provimento executivo e qual o bem da vida que são almejados.

O objeto da execução há de ser líquido, certo e exigível. Depois que o bem tiver sido avaliado, os legitimados poderão requerer a adjudicação a qualquer tempo, enquanto não tiver sido realizada a alienação particular ou a hasta pública.

A inicial deve ainda conter o requerimento de citação do réu, e o valor da causa, que deve corresponder ao conteúdo econômico da pretensão. Deve vir acompanhada dos documentos indispensáveis, entre os quais se destaca o título executivo extrajudicial, além dele, de procuração e do comprovante do recolhimento das custas iniciais.

O art. 616 do CPC estabelece que se a petição inicial estiver incompleta ou se faltar algum documento indispensável, o juiz concederá prazo de 10 dias para que a lacuna seja sanada, sob pena de ser a petição inicial indeferida. Estando em ordem, o juiz determinará a citação do executado e, nas 24 horas seguintes, postular a remição, depositando o valor pelo qual ele foi vendido a terceiros, para adquirir-lhe a propriedade.

Também podem requerê-la o cônjuge, o descendente ou o ascendente do devedor.

Aquele que oferecer maior valor, terá preferência, caso em que o bem poderá alcançar valores superiores aos de avaliação.

Em caso de empate, terão preferência o cônjuge, os descendentes e os ascendentes do devedor.

Se a adjudicação for requerida pelo credor, o valor de avaliação será abatido do débito, prosseguindo-se a execução pelo saldo remanescente. Se o valor do débito for menor do que o do bem, o exequente deverá depositar a diferença.

Se a adjudicação for deferida aos demais legitimados, cumprir-lhes-á depositar integralmente o preço em juízo. Salvo se o for em favor de algum credor que tenha preferência, na forma do art. 711 do CPC, caso em que o preço servirá para abater o débito desse credor, e não daquele que promoveu a execução, onde a hasta for realizada.

6.12.3. Alienação por iniciativa particular

É novidade introduzida pela Lei n. 11.382/2006, que acrescentou ao CPC o art. 685-C. Antes dela, a expropriação por alienação do bem só podia ser feita em hasta pública, o que implicava em gastos com publicação de

2.2. Citação do executado

Em todas as hipóteses de execução fundada em título extrajudicial, o executado será citado, pois, como não houve fase precedente, será necessário dar-lhe ciência do processo e dos termos da petição inicial.

Todas as formas de citação previstas no CPC são admitidas na execução, exceto a por carta, porque nela hão de ser tomadas medidas satisfativas, caso a obrigação não seja cumprida, o que torna essa forma de citação inviável.

A citação poderá ser feita por mandado ou por edital. Sendo por mandado, se houver suspeita da ocultação do devedor, far-se-á com hora certa. Antiga corrente doutrinária negava a possibilidade de citação com hora certa na execução, mas está superada (Súmula 196 do STJ). Se o devedor morar em outra comarca, ou em outro país, será feita por carta precatória ou rogatória.

2.3. Efeitos da citação válida

A citação válida no processo de execução produz os mesmos efeitos que no de conhecimento. Eles vêm enumerados no art. 219 do CPC:

- **indução de litispendência**, o que terá grande relevância para caracterização da fraude à execução. Para que a alienação de bens

A adjudicação pode ter por objeto bens móveis ou imóveis, e só pode ser feita pelo valor de avaliação. Quando se tratar de dinheiro, é preciso que a inicial venha acompanhada de memória discriminada do cálculo.

editais e a intimação do devedor, que terá direito a remir a execução.

Para que seja declarada fraudulenta, e possa ser considerada legítima, pedindo a adjudicação, o juiz, nos próprios autos, declarar-lhe a ineficácia, é indispensável que o devedor tenha sido citado. O credor pode valer-se do art. 615-A do CPC para antecipar a data a partir da qual a fraude fica caracterizada, registrando a certidão de distribuição;

A alienação será feita pelo próprio credor, ou por meio de corretores que deverão ser credenciados perante a autoridade judiciária.

- **Intervenção do devedor**. O juiz deverá estabelecer as regras para a venda, de modo que a forma de publicidade, o preço mínimo, as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem.

O preço mínimo não poderá ser inferior ao valor da avaliação. Se o bem for imóvel, não haverá outorga de escritura pública, pois a alienação será formalizada por termo nos autos, assinado pelo exequente e pelo adquirente do bem, que não precisa estar representado por advogado. No prazo de 10 dias, o adquirente deverá depositar o preço em juízo.

Consumada a transação, será expedida a carta de alienação do imóvel, para registro no Cartório de Registro de Imóveis.

6.12.4. Alienação em hasta pública

Não havendo interessados na adjudicação, nem requerimento do credor para a alienação particular do bem, o juiz designará data para as hastas públicas.

Esse é o mecanismo mais tradicional de conversão dos bens em pecúnia, na execução por quantia. Não é a única forma prevista no CPC para alienação forçada de bens, embora seja a mais comum.

Há ainda a alienação de bens por meio de corretor de Bolsa de Valores, ou por corretor de imóveis, conforme art. 704 do CPC.

6.12.4.1. Hasta pública

Pode ser de duas espécies: **praça ou leilão**. Será praça quando, entre os bens licitados, houver algum imóvel; e leilão, quando todos forem móveis.

O juiz designará, em regra, **duas hastas públicas**, realizadas com uma diferença que pode variar entre dez e vinte dias. Na primeira, os bens só poderão ser arrematados pelo preço de avaliação, enquanto na segunda, por qualquer preço, desde que não seja vil. Por isso, quase sempre, são arrematados em segunda hasta.

Se houver mais de um bem, ela será suspensa assim que se alcançar o valor da execução.

A praça deve ser realizada no átrio do fórum, o leilão, onde estiverem os bens, ou no lugar designado pelo juiz (CPC, art. 686, § 2°, do CPC).

O art. 689-A prevê a substituição da hasta tradicional por alienação

3. PROCESSO DE EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA CERTA

A "coisa certa" a que alude a lei é **a individualizada, determinada, no momento da propositura da execução; distingue-se da "coisa incerta", que não está determinada, mas é determinável pelo gênero e quantidade**.

O procedimento da execução para entrega de coisa certa, fundada em título extrajudicial, vem tratado nos arts. 621 e ss. do CPC.

Ao ordenar a citação, o juiz fixará os honorários advocatícios devidos caso haja a satisfação da obrigação. Com a citação, passarão a correr dois prazos, cuja contagem será feita na forma prevista no art. 241 do CPC:

- **o de dez dias para que o devedor satisfaça a obrigação, entregando a coisa ou para que a deposite em juízo**. Serão três as condutas possíveis do devedor:

a) entregar a coisa, para satisfazer a obrigação. Será lavrado o termo e, com o pagamento dos honorários, extinta a execução;

b) depositar a coisa, para afastar os riscos decorrentes de mantê-la consigo, sem a intenção de entregá-la em caráter definitivo, para satisfazer a obrigação. A coisa ficará com um depositário, até que eventuais embargos venham a ser julgados;

c) não entregar, nem efetuar o depósito da coisa, caso em que o juiz determinará a expedição de mandado de imissão na posse, se o bem for imóvel, ou de busca e apreensão, se móvel. O juiz pode ainda valer-se da multa como meio de coerção, quando verificar, por exemplo, que o devedor oculta o bem. Caso a entrega da coisa torne-se impossível, por perecimento, deterioração ou qualquer outra razão, haverá conversão em perdas e danos, com liquidação

pela intempestividade ou pela impropriedade do meio escolhido, seja qual for o comportamento adotado, **fluirá o prazo de quinze dias para a oposição de embargos pelo devedor**. É preciso algum cuidado com a redação do art. 621 do CPC, que alude à oposição de embargos, após seguro o juízo, remetendo ao art. 737, II. Ocorre que, com a Lei n. 11.383/2006, o art. 737 do CPC foi revogado, **e não há mais necessidade de segurança do juízo, para que os embargos sejam apresentados**. O prazo de quinze dias corre da citação (na forma do art. 241), que não ocorrerá mais pela juntada aos autos do mandado de citação. Ele fluirá independentemente de penhora, depósito ou nova citação.

6.12.4.2. Providências preparatórias

Designadas as datas, serão necessárias algumas intimações: **do executado, dos credores reais e do usufrutuário; e, se o bem for imóvel, do cônjuge do devedor**. Para a ciência do juízo pela penhora, o depósito de bens será feita com a publicação no *Diário Oficial*. Para os que não tiverem, será pessoal.

Como interessa que à hasta acorram interessados, é necessário torná-la pública. Por isso, manda a lei que seja publicado **edital, do qual constem as informações mencionadas nos incisos do art. 686**. Se não for publicado, haverá nulidade da arrematação.

Se não houver embargos, ou eles forem julgados improcedentes, o depósito, a busca e apreensão ou a imissão na posse tornar-se-ão definitivos.

A forma e o prazo de publicação do edital devem respeitar as exigências do art. 687 do CPC: afixação no local de costume e a publicação em jornal de ampla circulação local. Se o exequente for beneficiário da justiça gratuita, a publicação em jornal será substituída por outra no *Diário Oficial*.

Se o valor dos bens não ultrapassar sessenta salários mínimos, o edital poderá ser dispensado, mas a arrematação não poderá ser feita por valor inferior ao de avaliação. Se o exequente preferir, poderá fazer a publicação do edital, caso em que a venda poderá ser feita por qualquer preço, que não seja vil.

6.12.4.3. A licitação

O bem será vendido a quem mais oferecer. Qualquer interessado pode participar da licitação, seja pessoa física ou jurídica, incluído o próprio exequente.

Seja a escolha de um ou de outro, a parte contrária poderá impugná-la em quarenta e oito horas, após o que o juiz decidirá, ouvindo perito, se necessário.

Não podem licitar: I — os tutores, os curadores, os testamenteiros, os administradores, os síndicos ou liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e responsabilidade; II — os mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados; III — o juiz, o escrivão, o depositário, o avaliador e o oficial de justiça.

Também não podem participar o arrematante e o fiador remisso, isto é, que não tenham feito o pagamento no prazo de quinze dias, do lanço que

4. PROCESSO DE EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA INCERTA

A "coisa incerta" à que alude a lei não é a ignorada ou desconhecida. Mas a que é determinável pelo gênero e quantidade (art. 243 do CC).

A única particularidade no procedimento da execução para entrega de coisa incerta é a necessidade de individualização da coisa. O art. 244 do CC dispõe que "nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação; mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigada a prestar a melhor".

Vem tratada nos arts. 632 e ss. **As obrigações de fazer são aquelas em que o devedor compromete-se a realizar uma prestação, consistente em atos ou serviços, de natureza material ou imaterial.**

5. PROCESSO DE EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER

fizeram. Distinguem-se das obrigações de dar, porque nestas o interesse do credor não está no *facere* propriamente dito, mas na coisa. O que interessa ao credor é a restituição da coisa, não a conduta do devedor. Já nas obrigações de fazer, o interesse concentra-se na atividade dele, e suas qualidades pessoais podem adquirir grande importância.

É fundamental distinção entre as obrigações de fazer fungíveis e infungíveis. As primeiras são aquelas que, embora assumidas pelo devedor, podem ser cumpridas por outra pessoa, a expensas daquele. Já as segundas são personalíssimas, pois somente o devedor pode realizá-las.

Essa distinção tem grande relevância porque, conquanto as execuções de obrigação de fazer fungíveis e infungíveis possam usar meios de coerção, somente estas últimas podem valer-se de meios de sub-rogação: só elas autorizam a prestação por um terceiro, às expensas do devedor. As infungíveis só poderão valer-se dos meios de coerção, e se eles se revelarem ineficazes, só restará a conversão em perdas e danos.

A execução específica das obrigações de fazer fungíveis prescinde da participação do próprio devedor, enquanto a das obrigações infungíveis exige a sua colaboração.

5.1 Execução das obrigações de fazer fungíveis (procedimento)

Vem tratada a partir do art. 632 do CPC. O juiz determinará a citação do devedor para que, no prazo estabelecido no título, satisfaça a obrigação. Se o título não indicar prazo, o juiz o fixará.

A partir da assinatura do autor, passará a correr o prazo de cinco dias para os embargos à arrematação.

Não sendo impugnada a arrematação, será expedida a respectiva carta, quando os bens forem imóveis. Ela será levada a registro pelo adquirente, no Cartório de Registro de Imóveis.

6.12.5. Do usufruto de móvel ou imóvel

Uma outra forma de expropriação – além da adjudicação e da alienação – consiste na concessão ao exequente do usufruto de móveis ou imóveis, regulada pelos arts. 716 a 724 do CPC.

Conquanto a lei se refira a "usufruto", o instituto se assemelha mais a uma anticrese, constituída coativamente: consiste na concessão ao credor do direito de se pagar com os frutos ou rendas que a coisa produzir.

5.1.1. Execução específica por sub-rogação

Se o devedor não cumprir a obrigação fungível, o credor poderá requerer que outra pessoa a cumpra, no seu lugar e às suas expensas.

Deferida, o juiz nomeará um administrador, com poderes para gerir a coisa. A ele será dada a posse direta do bem, cabendo-lhe fazer com que produza frutos e rendimentos, que serão utilizados para pagar o credor.

O juiz nomeará pessoa idônea que possa prestar o fato às custas do

Na segunda hasta, o bem poderá ser vendido por qualquer preço que não seja vil. A lei não estabelece valor mínimo, cabendo ao juiz verificar, em cada caso concreto, o que seja o preço vil. Entende-se como tal o que for irrisório, muito aquém do valor de avaliação. Em regra, os juízes não autorizam alienação por menos de 50% ou 60% do valor de avaliação.

Se o bem penhorado for imóvel de incapaz, não havendo lanços que alcancem 80% do valor da avaliação, o juiz suspenderá a praça por até um ano. Nesse interim, se algum interessado quiser a coisa para si, pedirá a realização de nova hasta, assegurando que oferecerá pela coisa o valor de avaliação, e apresentando caução idônea. Se o interessado arrepender-se, pagará multa de 20% sobre o valor da avaliação.

6.12.4.4. A arrematação

O bem será arrematado por quem mais oferecer, excetuada a hipótese de a oferta ser vil. O preço deve ser pago em dinheiro, à vista ou no prazo de quinze dias, com apresentação de caução idônea.

Se o bem for imóvel, o arrematante poderá fazer o pagamento à prazo, caso em que depositará à vista pelo menos 30% do valor de arrematação, propondo-se a pagar o restante em parcelas. O imóvel ficará como garantia hipotecária do pagamento do saldo.

Realizada a arrematação com sucesso, será expedido de imediato o respectivo auto, assinado pelo juiz, escrivão, arrematante e leiloeiro.

A partir da assinatura do autor, passará a correr o prazo de cinco dias para os embargos à arrematação.

Com a juntada aos autos do mandado de citação, correrão dois prazos independentes:

- aquele assinalado no título ou fixado pelo juiz, para que a obrigação seja cumprida. Mesmo que seja fungível, é possível que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, fixe multa periódica, para o não cumprimento. Não sendo eficazes os meios de coerção, e persistindo o inadimplemento, o credor pode optar entre a execução específica por sub-rogação ou a conversão em perdas e danos, que examinaremos logo adiante;
- o de quinze dias para o devedor opor embargos, que corre independentemente de ele cumprir ou não a obrigação.

devedor. A vantagem é livre, podendo o juiz determinar que a terceiro proprietário, que poderá até ser alienada. Aquele que o adquirir saberá da existência do gravame, que persistirá até que o credor seja pago. Daí a necessidade de que o usufruto seja registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

O terceiro apresentará proposta para realização do serviço, que será examinada pelo juiz, depois de ouvidas as partes. Se acolhida, o exequente antecipará as despesas.

Depois que o serviço for prestado, as partes serão ouvidas no prazo de dez dias, e, se não houver impugnações procedentes, se dará por cumprida a obrigação.

Se o serviço não for prestado pelo terceiro, ou o for de maneira incompleta, o credor poderá pedir ao juiz que o autorize a concluir a obra, à custa do terceiro.

Caso o próprio credor queira realizar o serviço, terá direito de preferência sobre os outros.

A execução específica por sub-rogação (ponto de vista do credor): se ele acha que o procedimento é trabalhoso ou excessivamente oneroso, pode requerer a utilização dos meios de coerção, e se forem ineficazes, a conversão em perdas e danos.

5.1.2. Execução das obrigações de fazer infungíveis (procedimento)

Como não há possibilidade de uso dos meios de sub-rogação, o juiz utilizará os de coerção, para pressionar a vontade do devedor a cumprir, ele próprio, a obrigação. Para tanto, poderá valer-se dos meios previstos no art. 461, § 5º, do CPC.

Mas se todos resultarem ineficazes, e o devedor persistir na recusa, só restará a conversão em perdas e danos.

5.1.3. Execução das obrigações de não fazer (procedimento)

Só se pode falar em execução de obrigação de não fazer, quando o devedor pratica o ato do qual, por força do título executivo, estava obrigado a abster-se. A obrigação, que tem conteúdo negativo, acaba adquirindo caráter positivo, porque, se o devedor a descumprir, **será obrigado a desfazer aquilo a que, por força do título, não deveria ter realizado**.

Não há propriamente execução de obrigação de não fazer; mas, sim, de desfazer aquilo que foi indevidamente feito. E o desfazer não pressupõe inércia do devedor, mas ação. Se alguém constrói sobre um terreno em que não poderia, a execução terá por objeto que o desfazimento da obra, e não qualquer abstenção. **Não há como executar um *non facere*, mas apenas um *facere***.

LEI N. 11.382/2006

Antes	Depois
Forma prioritária: alienação judicial em hasta pública.	Adjudicação de bens pelo credor: Com o novo modelo, dá-se prioridade à adjudicação
A adjudicação só cabia quando não	

houvesse licitantes na hasta pública.

ao credor. Não havendo interesse, é possível que o bem seja alienado por iniciativa particular e, só em último caso, por alienação judicial em hasta pública.

Se o desfazimento for possível, o juiz mandará citar o devedor, fixando um prazo para que ele desfaça o que realizou indevidamente, sob pena de multa; se o desfazimento puder ser feito por terceiro, e o exequente o requerer, o juiz determinará, utilizando o mesmo procedimento previsto para as obrigações de fazer. Quando não for mais possível o desfazimento, só restará a conversão em perdas e danos.

6. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

6.1. Introdução

Dentre todas as formas de execução, a mais comum é a por quantia certa. Nela, o credor pretende não mais que o devedor entregue um bem, nem que faça ou desfaça alguma coisa, **mas que pague determinada quantia em dinheiro**.

A técnica de que faz uso esse tipo de execução é **a sub-rogação**. Se o devedor não paga, o Estado-juiz toma de seu patrimônio dinheiro ou bens suficientes para fazer frente ao débito. Se a penhora recair sobre dinheiro, o valor será entregue em pagamento ao credor, no momento oportuno; se sobre bens, será necessária a conversão em dinheiro, a menos que o credor aceite ficar com eles, como forma de satisfação do débito. A conversão far-se-á por meio da alienação, particular ou em hasta pública.

De maneira geral, a execução por quantia fundada em título extrajudicial compreende os seguintes atos:

- petição inicial;
- exame da inicial pelo juiz, do qual pode resultar o seu indeferimento ou recebimento, com a determinação de que o executado seja citado e intimado do prazo para o oferecimento de embargos. No despacho inicial, o juiz já fixará os honorários advocatícios para a hipótese de pagamento;
- a citação do devedor, para pagar em três dias sob pena de penhora. Se ele fizer o pagamento dentro do prazo, os honorários fixados no despacho inicial serão reduzidos à metade. Satisfeita a obrigação, será extinta a execução. Se não, após os três dias serão feitas a penhora e a avaliação de bens do devedor;
- com a juntada aos autos do mandado de citação, passa a correr o prazo de quinze dias para embargos, independentemente de ter ou não havido penhora;
- se os embargos não forem opostos, se forem recebidos sem efeito suspensivo, ou se julgados improcedentes, passar-se-á à fase de expropriação de bens.

7. DA DEFESA DO DEVEDOR NAS EXECUÇÕES FUNDADAS EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL

7.1. Introdução

Antes das Leis ns. 11.232/2005 e 11.382/2006, não havia distinções relevantes entre as formas de defesa na execução fundada em título judicial e extrajudicial. Em ambas, a defesa não era apresentada no bojo da execução, mas por meio da ação autônoma de embargos. O legislador

queria. Cada uma dessas fases processuais é realizada através de cognição, destinados a formar o convencimento do juiz, e atos de execução, destinados à satisfação do credor.

6.2. Petição inicial

Há algumas peculiaridades na inicial do processo de execução por quantia certa fundada em título extrajudicial. Além dos requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC, mencionados no item 2.1 supra, o credor **a instruirá com memória discriminada do cálculo, indicando o débito e seus acréscimos**. A memória tem de ser tal que permita ao réu e ao juiz verificar o valor originário, a data de vencimento, os acréscimos e as deduções.

Se o credor desejar, **poderá já indicar sobre qual bem deve a penhora recair, já que hoje é dele a prioridade na indicação**.

6.3. Despacho inicial

O juiz examinará a inicial. Se tiver falhas, concederá dez dias ao exequente para saná-las. **Se não, determinará a citação do devedor, para que pague em três dias, sob pena de penhora**. O devedor não é mais citado para pagar ou nomear bens à penhora, como antigamente, porque a prioridade de nomeação é do credor.

O juiz ainda fixará os honorários advocatícios devidos ao credor, que serão reduzidos à metade, caso haja o pagamento no prazo fixado.

6.4. Citação

Nos itens 2.2 e 2.3 supra já foram abordados os principais aspectos comuns às várias formas de execução fundadas em título extrajudicial.

Na execução por quantia, a citação é para que o executado pague em três dias sob pena de penhora, e também para que tome ciência do prazo de quinze dias para opor embargos de devedor.

Nele, o contraditório é pleno e o devedor pode alegar o que quiser em sua defesa. Todos os meios lícitos de prova poderão ser produzidos e ao final o juiz prolatará uma sentença, acolhendo ou rejeitando a pretensão do embargante. Aquilo que for decidido nos embargos poderá repercutir diretamente na execução, determinando o seu prosseguimento, sua eventual extinção ou a modificação de atos que nela tenham sido praticados.

Por essa razão, o mandado será expedido em duas vias. Feita a citação, o oficial de justiça reterá uma consigo e devolverá a outra ao cartório, para que seja juntada aos autos.

O oficial aguardará o pagamento por três dias. **Se não ocorrer, com a via do mandado que reteve consigo, fará a penhora**, de preferência daqueles bens indicados pelo credor. Se não houver indicação daqueles que o oficial, em diligência, localizar. Se não forem localizados bens, o juiz

7.2. Dos embargos do devedor

7.2.1. Introdução

Constituem o meio de defesa por excelência na execução fundada em título extrajudicial. Não são um incidente da execução, **mas uma ação autônoma, vinculada à execução, destinada a permitir que o executado apresente as defesas que tiver**. Embora sejam ação autônoma e constituam processo autônomo, estão estreitamente vinculados à execução, não sendo possível julgá-los senão para permitir ao executado defender-se.

Os embargos têm natureza de ação de conhecimento, pois sua finalidade é permitir que o juiz, ouvindo as defesas do devedor e as alegações do credor, possa formar a sua convicção a respeito da pertinência daquilo que foi alegado.

Com a citação, passam a fluir dois prazos distintos para o devedor: o de três dias para pagar, e o de quinze para oferecer embargos. Mas eles não correm do mesmo instante, **pois o de três dias tem início a partir da efetiva citação do devedor, ao passo que o de quinze só corre quando o mandado cumprido for juntado aos autos**.

7.2.2. Competência

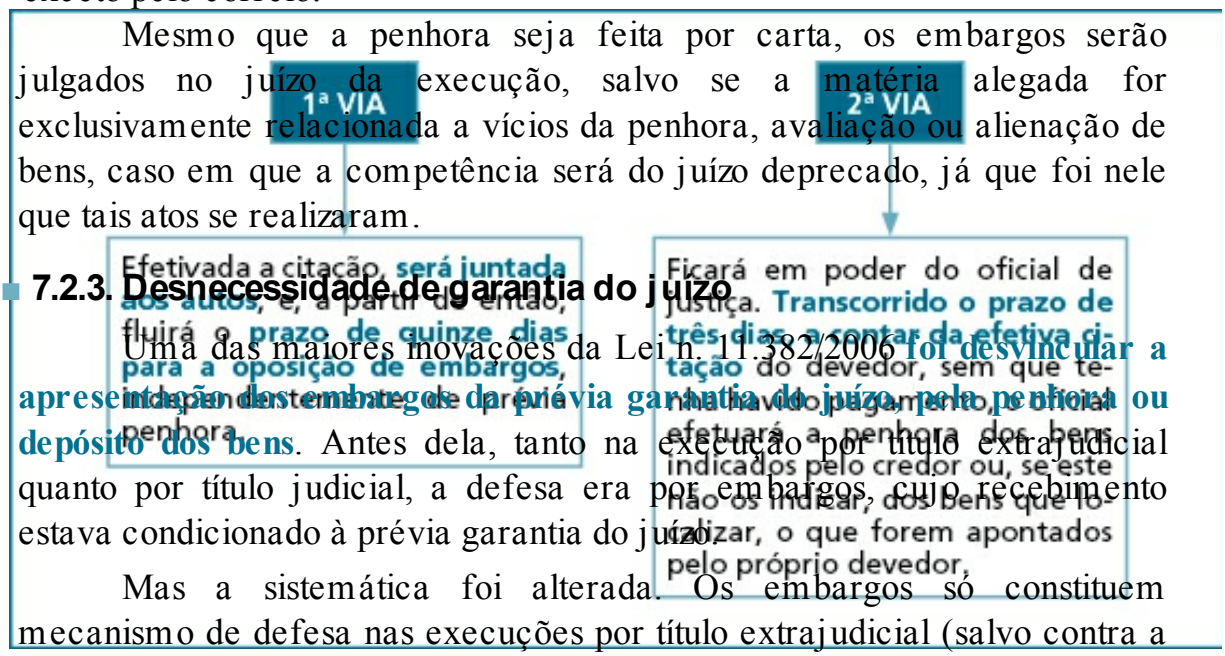
Os embargos serão propostos no juízo da execução, razão pela qual devem ser distribuídos por dependência. **Trata-se de competência funcional absoluta**.

Quando a penhora for feita por carta, serão aplicadas as regras do art. 747 do CPC: os embargos poderão ser apresentados no juízo deprecante ou no deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante,

poderá versar matéria anterior à penhora, avaliação ou alienação de bens.

É preciso que se distinga entre a apresentação dos embargos, e o seu processamento e julgamento. A apresentação pode ser feita tanto no juízo deprecante quanto no deprecado. Mas nem sempre o juízo em que são apresentados será competente para julgá-los. Se não for, eles deverão ser encaminhados ao juízo que o for.

Mesmo que a penhora seja feita por carta, os embargos serão julgados no juízo da execução, salvo se a matéria alegada for exclusivamente relacionada a vícios da penhora, avaliação ou alienação de bens, caso em que a competência será do juízo deprecado, já que foi nele que tais atos se realizaram.



7.2.3. Desnecessidade de garantia do juízo

Uma das maiores inovações da Lei n. 11.382/2006 foi desvincular a apresentação dos embargos da prévia garantia do juízo, pela penhora ou depósito dos bens. Antes dela, tanto na execução por título extrajudicial quanto por título judicial, a defesa era por embargos, cujo recebimento estava condicionado à prévia garantia do juízo.

Mas a sistemática foi alterada. Os embargos só constituem mecanismo de defesa nas execuções por título extrajudicial (salvo contra a Fazenda Pública, em que a defesa é feita por embargos, seja qual for o tipo de execução), e a prévia penhora ou depósito dos bens não mais constitui requisito para o seu recebimento.

A nova sistemática afigura-se mais razoável que a anterior. Afinal, antes, se não fossem localizados bens do devedor, o prazo de embargos não começava a correr, e a execução ficava suspensa. Somente depois de eles serem localizados e penhorados, os embargos podiam ser apresentados e processados.

Atualmente, ainda que o devedor não tenha bens, ou eles não sejam localizados, o prazo flui, e o processo tem continuidade normal, podendo os embargos ser apresentados, processados e julgados. Com isso, pode ocorrer que, quando forem localizados bens para serem penhorados, eles já poderão estar decididos, passando-se à fase de expropriação de bens.

A nova sistemática pode trazer algumas dificuldades. Em primeiro lugar, a citação se efetiva após a penhora, e não mais antes, como era. Por isso, o devedor poderá apresentar embargos já tendo sido realizada a penhora, com todas as formalidades que a penhora exige.

Em segundo lugar, a apresentação dos embargos não impedirá que o devedor alegue vícios da penhora, avaliação ou alienação de bens, caso em que a competência será do juízo deprecado, já que foi nele que tais atos se realizaram.

Em terceiro lugar, a apresentação dos embargos não impedirá que o devedor alegue vícios de uma outra penhora, seja no bojo da própria execução, seja por novos embargos, cujos limites ficarão restritos aos atos de constrição realizados posteriormente.

6.5. O arresto

O art. 653 do CPC trata da hipótese de o oficial de justiça não localizar o devedor para citá-lo, mas encontrar seus bens. Para que não desapareçam nesse ínterim, manda que lhe os arreste. Trata-se de arresto executivo, constrição que se realiza antes que o devedor seja citado, quando ele não é localizado, mas os seus bens são.

Não se confunde o arresto executivo, incidente no bojo da execução, com o arresto cautelar, processo autônomo em que se requer, liminarmente, o arresto de bens do requerido, para assegurar futura execução por quantia certa.

O arresto executivo é sempre prévio à citação, ao contrário da penhora, sempre posterior. E se converterá em penhora, depois que a citação se efetivar. Por isso, é considerado ato preparatório, deixando os embargos de ser cabíveis.

Em vez disso, o devedor será intimado a comparecer, dizendo se quer remir a execução, hipótese em que pagará o débito, ou se prefere que o bem seja avaliado e levado à hasta pública, caso em que poderá oferecer impugnação à avaliação ou alienação do bem.

Feito o arresto, o oficial de justiça procurará o devedor por três vezes,

7.2.4. Prazo de embargos

Os embargos deverão ser opostos no prazo de quinze dias, a contar da data em que for juntado aos autos o mandado de citação. O prazo não corre mais, como anteriormente, da intimação da penhora, já que esta não é mais condição para que sejam apresentados, mas da juntada do mandado de citação cumprido.

Quando a citação for feita por carta precatória, realizado o ato no juízo deprecado caberá a este comunicar, de imediato, ao juízo deprecante. O prazo dos embargos correrá da data em que for juntada aos autos da execução essa comunicação. Não há necessidade do retorno da carta, para o início do prazo, bastando a juntada da comunicação.

Não se aplicam ao prazo dos embargos os arts. 188 e 191 do CPC. Ele não se modifica se o embargante for o Ministério Público ou a Fazenda Pública, nem se os executados tiverem procuradores distintos, porque os embargos são nova ação, e não incidente da execução.

Também não se aplica o art. 241, III, do CPC: havendo mais de um executado, o prazo correrá para cada qual independentemente, conforme forem sendo citados e o mandado for sendo juntado aos autos. Para que o prazo tenha início, não é necessário que todos os executados já tenham sido citados. O prazo para cada um dos devedores será autônomo.

7.2.5. O prazo de embargos e o pedido de pagamento parcelado

O art. 745-A do CPC introduziu importante novidade, destinada a incentivar e facilitar o pagamento. O devedor, no prazo dos embargos, poderá, **depositando 30% do valor da execução, incluindo custas e honorários advocatícios, postular o pagamento do saldo em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês**.

Deferido o pedido, a execução ficará suspensa até o pagamento integral. À medida que o devedor for efetuando os depósitos, o credor poderá requerer o imediato levantamento. Trata-se de uma espécie de **moratória**, que a lei concede ao devedor disposto a pagar, mas que não tenha condições de fazê-lo de uma só vez.

O que há de inovador é que é **direito do devedor, não podendo ser recusada pelo credor**. Para isso, é preciso que o requerimento seja formulado no prazo estabelecido em lei, que é o dos embargos, que haja o depósito prévio de 30% e o pagamento das prestações. Feita fora do prazo, ou sem a obediência dos requisitos legais, o credor pode recusar a moratória e exigir o pagamento à vista.

6.6. Curador especial

Sendo ficta a citação, por edital ou com hora certa, se o devedor não comparecer, será necessário dar-lhe curador especial (Súmula 196 do STJ), que terá poderes para opor embargos de devedor.

Há controvérsia se o curador estaria obrigado a aforá-los, ainda que por negativa geral, caso não tenha outros elementos. **Prevalece, com razão, o entendimento de que só devem ser apresentados se ele tiver o que alegar, não sendo admissíveis os opostos por negativa geral, já que não constituem um incidente de defesa, mas verdadeira ação**.

Sem elementos para embargar, o curador acompanhará a execução, manifestando-se em todos os seus incidentes, para preservar eventuais direitos do devedor.

6.7. Do pagamento

Para que seja extinta a execução, o devedor deverá fazer o pagamento integral do débito, acrescido de correção monetária, juros de mora, eventual multa e os honorários advocatícios fixados no despacho inicial, reduzidos à metade se o pagamento for feito dentro do prazo.

6.8. Da penhora e do depósito

A penhora é ato de constrição que tem por fim individualizar os bens do patrimônio do devedor que ficarão afetados ao pagamento do débito, e que serão excutidos oportunamente. É ato fundamental de toda e qualquer execução por quantia, sem o qual não se pode alcançar a satisfação do credor.

Ao promover a execução, o credor, já na petição inicial, poderá indicar os bens do devedor que deseja ver penhorados. O art. 655 estabelece a ordem de prioridade dos bens penhoráveis, mas não tem caráter rígido. Haverá situações em que a gradação legal deverá ser posta em segundo plano, quando as circunstâncias indicarem que é mais conveniente aos interesses das partes e ao bom desfecho do processo.

Não havendo indicação do credor, cumprirá ao oficial de justiça, munido do mandado, buscar bens do devedor, suficientes para a garantia do débito, observadas as hipóteses de impenhorabilidade do art. 649 do CPC e da Lei n. 8.009/90.

Trata-se, portanto, de uma oficialização judicial, na qual o juiz poderá, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento de outro interessado no processo, praticar ou determinar atos materiais, permitindo o aperfeiçoamento, em quantas vezes for necessário, da tutela jurisdicional.

Por isso, ainda que o devedor formule o pedido de pagamento parcelado fora do prazo, ou sem depositar os 30%, o juiz, antes de indeferi-lo, deve primeiro ouvir o credor, pois pode ser que ele concorde.

Deferida a moratória do art. 745-A, se o devedor deixar de fazer o pagamento de alguma das parcelas, **as restantes vencerão antecipadamente, sendo exigidas de uma só vez, mais as custas e honorários advocatícios**.

Se o bem estiver em outra comarca, ainda que contígua, haverá expedição de carta precatória para que a penhora seja efetivada.

6.8.1. A penhora de imóveis

A penhora de bens imóveis vem regulada especificamente nos §§ 4º e 5º do art. 659 do CPC.

Os seus quatro primeiros incisos mencionam temas específicos:

I — nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado, ou se houver alguma razão para a intervenção do oficial, como, por exemplo, a recusa do devedor em entregar a posse do imóvel ao depositário.

II — penhora incorreta ou avaliação errônea;

III — excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

IV — retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa.

Mas o último inciso é genérico, permitindo que o devedor alegue qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

A amplitude desse inciso mostra que **a cognição do juiz nos embargos é ampla, podendo o devedor alegar qualquer tipo de defesa**, porque é a primeira oportunidade que ele tem para se defender.

6.8.2. Penhora no rosto dos autos

Na execução de título judicial, o devedor só pode alegar em sua defesa determinados temas previamente estabelecidos, e a cognição do juiz não é plena, mas limitada, porque não seria razoável que ele pudesse alegar o que poderia ter apontado na fase cognitiva.

Além de poder conhecer toda e qualquer defesa que o devedor apresente, o juiz poderá autorizar todas as provas pertinentes, não havendo nenhuma restrição. É possível, por exemplo, prova pericial ou oral.

Os embargos têm natureza de ação de conhecimento, nos quais se busca uma sentença de mérito, em que o juiz examine as questões

7.2.6. Objeto dos embargos à execução

Por isso, os embargos são a primeira oportunidade de o executado defender-se. O art. 745 do CPC trata das defesas que ele pode apresentar, a matéria pode alegar.

Ela pode ser realizada por auto ou por termo. Por auto, quando realizada por oficial de justiça que só ocorrerá se o credor assim preferir, ou se houver alguma razão para a intervenção do oficial, como, por exemplo, a recusa do devedor em entregar a posse do imóvel ao depositário.

Se houver nos autos certidão imobiliária, a penhora de imóveis poderá dispensar a participação do oficial de justiça, e ser realizada por termo. Não será necessário que o oficial vá ao local, nem que descreva o imóvel, já identificado pela certidão. A penhora por termo tem a vantagem de poder ser realizada mesmo que o imóvel esteja situado em outra comarca.

Feita por termo, dela será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário (art. 659, § 5º, do CPC).

É a que recai sobre eventual direito do executado, discutido em processo judicial. A penhora pode recair em bens corpóreos ou incorpóreos, como créditos. Enquanto não julgado o crédito, o devedor tem uma **expectativa de direito**, que só vai se transformar em direito efetivo se a sua pretensão for acolhida.

É possível efetuar a penhora dessa expectativa, no processo em que o executado demanda contra terceiros.

Caso ele se saia vitorioso, a penhora terá por objeto os bens ou

suscitadas pelos litigantes. **A cognição é ampliada, mas ainda sumária, não bastando a mera alegação de direito, ficará sem efeito a ação.**

ou plausibilidade. O juiz determinará as provas necessárias para formar a sua convicção, procedendo desde que preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, conforme os arts. 674 a 676. O oficial de justiça lavrará certidão nesse processo a anotar no rosto dos autos que os direitos eventuais do devedor naquele processo estão penhorados.

7.2.7. O objeto dos embargos e a relação com a execução

Embora ação autônoma, os embargos guardam estreito vínculo com a execução, já que servem para veicular a defesa contra a pretensão executiva do credor.

Nos processos, de maneira geral, cumpre ao juiz examinar três ordens de questões, nessa ordem: os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito. As duas primeiras constituem as matérias preliminares.

Nos embargos ocorre o mesmo: o juiz terá de examinar se estão preenchidos os pressupostos processuais e as condições da ação de embargos. Por exemplo, se eles são tempestivos; se embargante e embargado são partes legítimas; se o primeiro tem interesse e os pedidos formulados são juridicamente possíveis.

Preenchidos os pressupostos e condições da ação, o juiz estará apto a julgar o mérito dos embargos. E há uma importante peculiaridade: **o embargante pode postular ao juízo que, nos embargos, se reconheça a falta dos pressupostos processuais e das condições da ação executiva** (não da ação de embargos, mas da execução). **A falta de uns e de outros constitui mérito dos embargos**.

Não se pode confundir os pressupostos processuais e condições da ação de embargos, com os da ação de execução. Os primeiros são examinados como matéria preliminar, nos embargos, os últimos constituem matéria de mérito. Por exemplo: se o juiz verifica que o embargante é parte ilegítima, julgará os embargos extintos sem julgamento de mérito. **Mas se alega que o exequente é parte ilegítima, ou que não há título executivo, os embargos serão julgados procedentes, com a consequente extinção da execução**.

Também constitui mérito nos embargos as questões suscitadas pelo embargante, **relacionadas à existência, à constituição ou a extinção do crédito**.

Por fim, o embargante pode alegar matérias que não dizem respeito aos pressupostos de caso de execução, nem às condições da ação executiva, o que também não estejam relacionadas ao débito, mas a algum ato processual realizado na execução, como a penhora ou avaliação do bem.

6.8.3. Penhora "on-line"

É a que se realiza por meio de comunicação eletrônica às unidades supervisoras das instituições financeiras, para que sejam bloqueadas as contas bancárias do devedor, no País.

Embora já venha sendo realizada há bastante tempo na Justiça do Trabalho, e há algum tempo na Justiça Comum, somente a partir da Lei n. 11.382/2006, o CPC passou a tratar do tema. O art. 655-A do CPC, introduzido por essa lei, autoriza o juiz a, **por via eletrônica, requisitar informações e determinar a indisponibilidade de ativos do devedor, que estejam em depósito nas instituições financeiras do país**.

Esse instrumento tem sido de grande eficácia na localização de valores do devedor. Como o dinheiro é o bem sobre o qual há prioridade de penhora nos termos do art. 655 do CPC, não há necessidade de que primeiro se tente a localização de outros bens. Basta que o devedor não pague no prazo de três dias a contar da citação, para que a medida esteja autorizada.

Pode ocorrer que o bloqueio recaia sobre valores impenhoráveis, como vencimentos ou cadernetas de poupança de até quarenta salários mínimos do devedor. Bastará que este o comprove, para que o juízo determine a liberação.

Feito o bloqueio, o valor será transferido para conta vinculada ao juízo, onde ficará penhorado até o levantamento pelo credor.

6.8.4. Averbação da penhora

Se ela recair sobre imóvel, o exequente deve providenciar para que seja averbada no Cartório de Registro de Imóveis. É o que determina o

art. 659, § 4º, do CPC.

A averbação não é ato integrante da penhora, que se aperfeiçoa de maneira válida, eficaz e apta a produzir todos os seus efeitos típicos mesmo sem que ela seja feita. A finalidade da averbação é torná-la pública, com eficácia *erga omnes*.

Embora não seja condição de validade da penhora, **cumpre ao credor providenciá-la para que ninguém possa alegar que a ignorava**.

7.2.8. Procedimento dos embargos

7.2.8.1. Petição inicial

Deve preencher os requisitos do art. 282 do CPC, cumprindo ao embargante formular a pretensão e os fundamentos que a embasam.

Deve ainda indicar o valor da causa, que corresponderá ao benefício econômico que se pretende auferir com os embargos, e que nem sempre coincidirá com o valor da execução. Pode ocorrer, por exemplo, que o devedor impugne apenas uma parte do débito, caso em que os embargos terão o valor apenas do montante controvertido.

O embargante deve ainda postular que o embargado seja intimado a apresentar impugnação.

Se for o caso de embargos por excesso de execução, a inicial deve indicar o valor que o embargante entende correto, apresentando memória de cálculo, sob pena de indeferimento (art. 739-A, § 5º, do CPC).

7.2.8.2. O efeito suspensivo

Antes da Lei n. 11.382/2006, os embargos de devedor inexoravelmente suspendiam o curso da execução, que só voltava a correr depois que fossem julgados (e desde que desse julgamento não resultasse a extinção da execução). A eficácia suspensiva era automática e independia de requerimento do embargante.

A atual sistemática é distinta: **eles, como regra, não têm efeito suspensivo e permitem o prosseguimento da execução até os seus ulteriores trâmites**.

Excepcionalmente, o juiz pode concedê-lo, mas é preciso que:

- haja requerimento do embargante, já que o juiz não pode concedê-lo de ofício;
- o juízo esteja seguro, com a penhora, avaliação e depósito dos bens objeto da execução, acrescido de 30% (art. 656, § 2º);
- o prosseguimento da execução possa trazer ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação;

O art. 668 autoriza substituição a requerimento do executado quando,

6.8.5. Substituição do bem penhorado

O CPC trata da substituição dos bens penhorados por outros em dois dispositivos: o art. 656 e o art. 668.

De acordo com o primeiro, a substituição poderá ser deferida pelo juiz, a requerimento de qualquer das partes quando a penhora:

- não obedecer à ordem legal (art. 655, do CPC);
- não incidir sobre os bens designados por lei, contrato ou ato judicial para o pagamento;
- recair sobre bens inalienáveis ou impenhoráveis, ou sobre aqueles que instruem contratos que instituem hipotecas, nos quais a penhora deve recair sobre o bem hipotecado;
- recai sobre bens situados em outro foro, que não o de execução, havendo bens neste;
- recai sobre bens já penhorados ou gravados, quando há outros livres;
- incide sobre bens de baixa liquidez.

Há ainda a possibilidade de substituição quando o devedor não indica o valor dos bens ou omite qualquer das indicações a que se referem os incs. I a IV do parágrafo único do CPC. Prevê-se, ainda, a possibilidade de substituição do bem penhorado, se o executado não fizer a nomeação de bens à penhora no prazo legal, ressalvada a hipótese de serem os embargos manifestamente protelatórios.

O procedimento da substituição será o do art. 657 do CPC.

no prazo de dez dias após a juntada do mandado, depósito em dinheiro que a substituição não traga prejuízo algum ao exequente e seja menos onerosa para ele.

É sempre possível ao devedor requerer a substituição do bem penhorado por dinheiro, o que será vantajoso para o credor, pois tornará desnecessária a fase de expropriação judicial. O pedido de substituição por dinheiro não se confunde com o pagamento, em que o devedor abre mão de qualquer defesa, e concorda em que haja desde logo o levantamento para pôr fim à execução.

6.8.6. Segunda penhora

O art. 667 do CPC prevê a realização de uma segunda penhora quando:

- a primeira for anulada;
- executados os bens, o produto da alienação não bastar para o pagamento do credor;
- o credor desistir da primeira penhora, por serem litigiosos os bens, ou por estarem penhorados, arrestados ou onerados.

6.8.7. Redução ou ampliação da penhora

O art. 685 do CPC prevê a ampliação ou redução da penhora quando, feita a penhora e a avaliação, que os bens são manifestamente insuficientes, ou houver fundada dúvida sobre o valor atribuído a eles pelo avaliador, o juiz determinará a redução ou o reforço. Concedido o efeito, se os embargos forem julgados improcedentes, a execução poderá prosseguir ainda que haja apelação, mas o recurso terá efeito apenas devolutivo. Antes de decidir, o juiz poderá mandar reavaliar os bens penhorados, quando o valor dado a eles tiver sofrido sensível alteração.

Mesmo com efeito suspensivo, **não haverá óbice à prática de atos relacionados à penhora ou avaliação de bens**. Se, por exemplo, se verificar, após a avaliação dos bens penhorados, concluir-se que há manifesta desproporção em relação ao valor do débito. Será necessário requerimento das partes, não cabendo ao juiz determiná-las de ofício.

Antes de decidir, estará o juiz autorizado a mandar reavaliar os bens penhorados, quando o valor dado a eles tiver sofrido sensível alteração. Dentro do que dispõe o art. 685, a ampliação ou redução será, em regra, feita após a avaliação, porque só então será possível cotejar o valor dos bens com o do débito. Mas admite-se que possam ocorrer antes, se a desproporção for de tal forma manifesta que possa ser constatada antes mesmo de os bens serem avaliados.

7.2.8.3. O indeferimento da inicial dos embargos

O juiz examinará a petição inicial dos embargos, e verificará se tem ou não condições de serem recebidos. Se houver algum vício sanável, determinará que seja emendada no prazo de dez dias.

6.8.8. Pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem — preferência

O art. 739 do CPC estabelece quais as situações em que eles devem ser indeferidos liminarmente:

- quando inteptos;
- se lhes faltar algum dos requisitos do art. 295;
- quando manifestamente protelatórios.

O rol não é taxativo. Nas demais hipóteses do art. 295 também haverá o indeferimento, não apenas no caso de inépcia.

A possibilidade de rejeição liminar dos embargos, quando

A prévia penhora ou depósito de bens não é condição para que os embargos sejam recebidos, mas para que lhes seja outorgado efeito suspensivo, mesmo porque neles inexiste perigo de prejuízo irreparável ao devedor, já que a execução não poderia prosseguir.

O pedido de efeito suspensivo poderá ser formulado a qualquer tempo, **ou a qualquer tempo, durante o seu processamento**. É possível que o juiz o negue de início, verificando que os requisitos não estão preenchidos. Mas, com o prosseguimento da execução, a situação de risco de prejuízo, que antes inexistia, apareça. Ele, então, concederá o efeito suspensivo anteriormente negado.

Da decisão do juiz que defere ou não efeito suspensivo, cabe agravo de instrumento.

Se os embargos forem parciais, ainda que o juiz conceda efeito suspensivo, a execução prosseguirá sobre a parte incontroversa. Se houver vários devedores que embarguem, e for concedido efeito suspensivo a apenas um, os outros não serão beneficiados, quando o fundamento for exclusivo do primeiro, mas serão, se o fundamento for comum.

Não haverá óbice à prática de atos relacionados à penhora ou avaliação de bens. Se, por exemplo, se verificar, após a avaliação dos bens penhorados, concluir-se que há manifesta desproporção em relação ao valor do débito. Será necessário requerimento das partes, não cabendo ao juiz determiná-las de ofício.

Não haverá efeito suspensivo. Destarte, cabe prosseguir como provisória, na forma do art. 587, do CPC.

Mas admite-se que possam ocorrer antes, se a desproporção for de tal forma manifesta que possa ser constatada antes mesmo de os bens serem avaliados.

O juiz examinará a petição inicial dos embargos, e verificará se tem ou não condições de serem recebidos. Se houver algum vício sanável, determinará que seja emendada no prazo de dez dias.

O art. 739 do CPC estabelece quais as situações em que eles devem ser indeferidos liminarmente:

- quando inteptos;
- se lhes faltar algum dos requisitos do art. 295;
- quando manifestamente protelatórios.

O rol não é taxativo. Nas demais hipóteses do art. 295 também haverá o indeferimento, não apenas no caso de inépcia.

A possibilidade de rejeição liminar dos embargos, quando

Não há impedimento de que o mesmo bem seja penhorado mais de uma vez, em execuções diferentes, já que o seu valor pode ser suficiente para garantir débitos distintos.

Isso ocorre, por exemplo, quando o bem é levado à hasta pública em qualquer das execuções nas quais tenha sido penhorado. Surgirá uma concorrência entre os vários credores, para saber quem terá prioridade de levantamento do produto da alienação. O art. 711 do CPC trata do tema: "Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência,

receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora".

Embora um tanto confusa, a redação desse dispositivo permite concluir que, feita a alienação do bem, os levantamentos deverão obedecer à seguinte ordem:

- primeiro, haverá necessidade de verificar se há algum credor preferencial, como o trabalhista, fiscal, com garantia real e o credor condominial. Se houver mais de um, será preciso verificar a ordem das prelações;
- não havendo credores preferenciais, mas apenas quirografários, respeitar-se-á a prioridade das penhoras, tendo preferência aquele credor que promoveu a primeira penhora. Mas, os prazos sucessivamente. A prioridade é dada pela efetivação da penhora, e não pela sua averbação no Registro de Imóveis, nem pela anterioridade do ajuizamento da execução. Nem sempre terá prioridade de levantamento o credor que promoveu a execução na qual a hasta pública se realizou.

Pela mesma razão, não cabem as formas de intervenção de terceiros previstas no Livro I do CPC, exceto a assistência, já que é possível que terceiro tenha interesse jurídico no resultado.

É o que dispõe o art. 664 do CPC: "Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia".

No auto de penhora constará a nomeação do depositário, que deverá assiná-lo. Mas isso se ela for feita por oficial de justiça. A de imóveis, quando houver certidão registrária nos autos, poderá ser feita por termo. O art. 659, § 5º, estabelece que, do termo, será intimado o devedor, pessoalmente, ou na pessoa do advogado, e por este ato constituído depositário.

A nomeação é automática, e independe de assinatura do devedor; mas parece-nos que, se não desejar o encargo, o devedor poderá peticionar ao juízo, requerendo a sua dispensa. A Súmula 319 do STJ esclarece que ninguém é obrigado a assumi-lo, contra a sua vontade.

Em regra, o depósito será feito em mãos do devedor. Se ele não aceitar, ou se o credor, na forma do art. 666, § 1º, do CPC, apresentar razões suficientes que justifiquem a retirada da coisa da posse dele, o juiz poderá determinar a remoção do bem, ou nomear depositário assumir a responsabilidade, o juiz nomeará depositário judicial, na forma do art. 666, II, do CPC.

7.2.8.4. Intimação e resposta do embargado

Recebida a inicial dos embargos, o juiz determinará a intimação do credor-embargado para apresentar impugnação, no prazo de quinze dias. Não há necessidade de citação, porque o credor-embargado é o autor da execução; basta intimá-lo na pessoa do advogado, para que ofereça resposta. Se houver mais de um embargado, e os advogados forem diferentes, o prazo de impugnação será em dobro. O prazo para opor embargos é sempre simples, já que eles são uma nova ação. Mas, os prazos internos nos embargos aplicam-se os arts. 188 e 191 do CPC.

Não cabe reconvenção, nem ação declaratória incidental, porque nelas o executado está limitado a defender-se da execução. Tais formas de resposta extrapolam os limites de mera defesa.

6.8.9. O depositário

A penhora só se reputa perfeita e acabada quando os bens, móveis ou imóveis, são confiados aos cuidados e à guarda do depositário. É o que dispõe o art. 664 do CPC: "Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia".

No auto de penhora constará a nomeação do depositário, que deverá assiná-lo. Mas isso se ela for feita por oficial de justiça. A de imóveis, quando houver certidão registrária nos autos, poderá ser feita por termo. O art. 659, § 5º, estabelece que, do termo, será intimado o devedor, pessoalmente, ou na pessoa do advogado, e por este ato constituído depositário.

Parece-nos que a falta de impugnação fará presumir a veracidade dos fatos alegados na petição inicial, que não sejam contrariados por aquilo que consta do título executivo. Por exemplo: não haverá presunção de veracidade se o embargante alegar que o título tem um determinado valor, ou data de vencimento, se dele consta outra coisa. Mas haverá se o embargante alegar, por exemplo, que o bem penhorado é imóvel residencial de família, e isso não for contrariado pelo embargado.

7.2.8.5. A falta de impugnação

Uma vez que os embargos tem natureza de ação, a falta de impugnação do credor implicará revelia. Questão mais complexa é a de saber se ela produz os seus efeitos tradicionais, sobretudo a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial.

A questão é complexa, porque o título que embasa a execução, e contra o qual o embargante pugna, goza de certeza, liquidez e exigibilidade. Bastaria a falta de impugnação para retirar-lhe tais qualidades?

Parece-nos que a falta de impugnação fará presumir a veracidade dos fatos alegados na petição inicial, que não sejam contrariados por aquilo que consta do título executivo. Por exemplo: não haverá presunção de veracidade se o embargante alegar que o título tem um determinado valor, ou data de vencimento, se dele consta outra coisa. Mas haverá se o embargante alegar, por exemplo, que o bem penhorado é imóvel residencial de família, e isso não for contrariado pelo embargado.

7.2.8.6. Exceções de incompetência, impedimento e suspeição

O art. 742 do CPC estabelece que "Será oferecida, juntamente com

6.8.9.1. Responsabilidade do depositário

os embargos à execução, ou de impugnação do juízo, bem como a de suspeição ou de impedimento do juiz".

Cumpre-lhe a guarda e preservação dos bens penhorados. O depositário judicial não se confunde com o contratual, já que exerce função ou encargo por determinação judicial.

A execução não deve ficar sob o risco dos embargos, pois exceção autônoma autuada em apenso, apresentada junto com eles, não tem, por isso, posse, mas mera detenção do bem. Deve cumprir estritamente as determinações judiciais, apresentando a coisa, assim que determinado. Se o bem for arrematado ou adjudicado, deve entregá-lo *ao adquirente*, quando o juiz determinar. Se não o fizer, constitui-se depositário infiel, incorrendo em crime de desobediência.

mandado de imissão na posse, não havendo necessidade de propor ação autônoma.

Não há mais a possibilidade de ser decretada a prisão civil do depositário infiel, **mesmo do judicial**, afastada pelo STF, que a restringiu tão somente ao inadimplemento de dívida de alimentos.

6.9. Da avaliação de bens

Recebida a exceção, o seu processamento será idêntico ao daquela apresentada no processo de conhecimento.

Cumpre ao oficial de justiça, ao realizar a penhora, promover a avaliação do bem, valendo-se de todos os elementos ao seu alcance, como consultas a anúncios e classificados de jornais, pesquisas em imobiliárias, informações de corretores, elementos trazidos pelas próprias partes, ou qualquer outro meio idôneo.

7.2.8.7. Prosseguimento dos embargos

Se ele verificar que não tem condições de o fazer, porque a avaliação exige conhecimentos técnicos especializados, fará uma informação ao juízo, que então poderá nomear um perito avaliador.

A hipótese deve ser excepcional, e ao fazer a informação, o oficial de justiça deve justificar as razões para eximir-se. Mas haverá casos que, por sua natureza ou especificidades técnicas, exigirão conhecimento de um perito.

Quando possível, a avaliação pelo oficial traz grandes vantagens, em ganho de tempo e contenção de despesas.

Se houver designação de perito, os seus honorários serão antecipados pelo credor, mas incluídos no cálculo do débito. Como não se trata propriamente de prova pericial, não é dado às partes formular quesitos ou indicar assistentes técnicos, uma vez que a finalidade única da diligência é avaliar o bem.

As partes poderão impugnar a avaliação, tanto do oficial de justiça quanto do perito, cabendo ao juiz decidir se acolhe ou não o laudo. Se necessário, serão solicitados esclarecimentos ao avaliador.

7.2.8.8. Sentença e recursos

Como os embargos constituem um processo de conhecimento, **ao final, o juiz proferirá sentença**, que poderá ser de extinção sem resolução de mérito, presentes as hipóteses do art. 267 do CPC, ou com resolução de mérito, nos casos do art. 269.

Julgados improcedentes, a execução prosseguirá, pois a apelação não tem efeito suspensivo. Mas, se aos embargos havia sido dado efeito suspensivo, enquanto a apelação não for julgada a execução será provisória (CPC, art. 587).

6.9.1. Dispensa de avaliação

O art. 684 do CPC dispensa a avaliação quando:

- o credor aceitar a estimativa feita pelo executado, ao postular a substituição do bem inicialmente penhorado;
- tratar-se de títulos ou mercadorias que tenham cotação em bolsa comprovada por certidão ou publicação oficial.

6.9.2. Nova avaliação

Não se fará nova avaliação dos mesmos bens, salvo nas hipóteses do art. 683, I e II, ou seja, quando, por exemplo, o juiz tiver fundada dúvida sobre o valor atribuído pelo devedor ao bem penhorado, ou se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição do valor dos bens; ou nos casos de requerimento de substituição do bem penhorado, houver fundada dúvida sobre o valor a eles atribuído pelo devedor. Neste último caso, não haverá propriamente nova avaliação, já que não terá havido nenhuma precedente, mas tão somente uma atribuição de valor pelo devedor.

Nos casos em que a penhora for feita por termo nos autos — como a de bens imóveis — **será expedido apenas mandado de avaliação, a ser realizada pelo oficial de justiça**.

6.10. Intimação do executado

Feita a penhora e a avaliação, o executado será intimado de uma e outra. A intimação, na execução fundada em título extrajudicial, não tem a mesma relevância que no cumprimento de sentença.

O prazo é menor que o dos embargos à execução: cinco dias, inaplicáveis os arts. 188, 191 e 241, III, do CPC. Uma novidade da Lei n. 11.382/2006 é a possibilidade de o adquirente, oferecidos os embargos, **desistir da aquisição, requerimento que será deferido de plano, com a imediata liberação do depósito feito por ele** (art. 746, §§ 1º e 2º). Tal desistência independe de os embargos terem ou não fundamento.

O procedimento será o mesmo dos embargos de devedor.

Caso o juiz, ao proferir sentença, conclua que eles eram protelatórios, imporá multa ao embargante, de valor não superior a 20% do valor da execução, em favor de quem desistiu da aquisição (art. 746, § 3º, do CPC). A leitura desse dispositivo poderia levar à conclusão de que a multa só deveria ser fixada caso o adquirente tivesse desistido. Mas ela será imposta sempre que os embargos forem considerados protelatórios, tenha ou não havido a desistência. O que mudará é a destinação da multa. Se o adquirente tiver desistido, será ele o maior prejudicado, e o destinatário da multa, se não tiver havido desistência, a multa reverterá em proveito do exequente embargado.

Se o juiz considerar os embargos manifestamente protelatórios, imporá ao embargante multa de até 20% do valor da execução, que reverterá em favor do exequente.

7.3. Embargos de segunda fase

Além dos embargos à execução, o executado pode, no prazo de cinco dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, **oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que supervenientes à penhora** (art. 746, do CPC). São os chamados embargos de segunda fase, ou embargos à adjudicação, arrematação ou alienação.

A legitimidade para apresentá-los é exclusiva do executado e serve para que ele alegue matérias que, por serem supervenientes, não poderiam ter sido alegadas nos embargos à execução, como, por exemplo, vícios na realização das hastas ou da adjudicação, por falta de intimação do devedor para a hasta, irregularidades no edital, a venda por preço vil, entre outros.

Não se deve admitir que, nesses embargos, o devedor alegue matérias que poderia ter alegado anteriormente.

Por força das inovações trazidas pela Lei n. 11.382/2006, o prazo de embargos não corre mais da data em que o devedor é intimado da penhora e avaliação, mas da juntada aos autos o mandado de citação. **Talvez a maior dentre as inovações da execução por título extrajudicial é que a apresentação dos embargos não está mais vinculada à prévia garantia do juízo, pela penhora, como anteriormente**.

Com a juntada do mandado de citação, correrão os quinze dias para embargar. Sendo assim, a intimação, conquanto ainda deva ser realizada, perdeu uma de suas principais funções: dar início à contagem do prazo de embargos.

Mesmo assim, ela deve ser feita, para que o devedor possa tomar ciência do bem que foi penhorado e do valor atribuído pelo oficial de justiça ou pelo perito avaliador, podendo apontar eventuais equívocos, seja por ter havido, por exemplo, constrição de bem impenhorável, seja ainda por terem ocorrido equívocos na avaliação.

A intimação será dirigida ao advogado do devedor, salvo se ele não

7.4. Outras formas de defesa

7.4.1. Exceções e objeções de pré-executividade

c) o devedor, caso em que deverá ser pessoal. Como ela perdeu boa parte de sua importância, o art. 652, § 5º, do CPC, autoriza o juiz a dispensá-la se o devedor não for localizado, o que deverá ser certificado pelo oficial de justiça, que indicará as diligências que realizou.

6.11. Outras intimações

Além do devedor, deverão ser intimadas outras pessoas, que não figuram como partes na execução:

a) o cônjuge, quando a penhora recair sobre bens imóveis; (art. 655, § 2º, do CPC). Mesmo que o bem penhorado pertença só a um dos cônjuges, o outro precisa ser intimado, ainda que não figure como parte na execução. Se houver penhora de meação do marido em determinado imóvel, deve ser intimada a mulher. E o mesmo que ocorre com a outorga uxória para a alienação de bens imóveis ou para o ajuizamento de ações que versem sobre direito real em bens imóveis, necessárias mesmo que o imóvel pertença a um só dos cônjuges.

Essa semelhança justifica a dispensa de intimação do cônjuge, se o imóvel pertence somente ao executado, **e o regime de bens de casamento é o da separação absoluta de bens**; isto é, aquele em que os cônjuges, por pacto antenupcial, optaram pela separação. Como não há necessidade de outorga uxória, parece-nos que também não será necessária a intimação (art. 655, § 2º, do CPC).

7.4.2. Ações de conhecimento autônoma

As ações de conhecimento autônomas não são mecanismos de defesa do devedor, relacionados à execução, como os embargos ou as exceções e objeções de pré-executividade. Nem por isso o devedor fica impedido de utilizá-las, se quiser, por exemplo, obter a declaração de inexigibilidade ou a desconstituição de determinado título, ou a declaração de inexistência do débito.

Conquanto guardem autonomia em relação à execução, o seu resultado poderá repercutir sobre ela. Por exemplo: é possível que o devedor ajuíze ação declaratória de inexigibilidade de uma duplicata, e que o credor queira valer-se dela para promover a execução. Se a ação for julgada procedente, a execução não poderá prosseguir.

É certo que o devedor poderia defender-se por meio de embargos. Mas pode ser que já tenha ajuizado a ação de conhecimento antes da execução, ou que prefira valer-se da ação autônoma.

A existência de ação autônoma traz algumas dificuldades:

a) Ela suspenderá o curso da execução?

A resposta, em princípio, **é negativa**, por força do art. 585, § 1º, do

A exposição de motivos da Lei n. 11.382/2006 menciona que, diante da nova sistemática da execução fundada em título extrajudicial, não haveria mais interesse para que o devedor se valesse das exceções ou objeções de pré-executividade.

Tais incidentes autorizam o devedor a defender-se sem precisar ter os seus bens penhorados. Mas, **como os embargos não dependem mais de prévia penhora, a grande vantagem das exceções e objeções desapareceu, nas execuções por título extrajudicial**. Como regra, não há mais razão para que continuem a ser utilizados.

Ainda assim, parece-nos que não se pode eliminar por completo tal possibilidade. Os embargos têm certas condições de admissibilidade, como prazo e recolhimento de custas iniciais. Pode ocorrer que o devedor tenha perdido o prazo de embargos, ou que tenha dificuldades para recolher as custas. E que queira apresentar defesa de ordem pública, não sujeita a preclusão: não haverá óbice a que então se valha desses incidentes.

O campo das exceções e objeções da pré-executividade será a execução de título judicial, em que a defesa do executado continua exigindo prévia penhora. Por isso, o exame mais detalhado desses incidentes será feito nessa espécie de execução.

Conquanto a lei se refira à intimação, tem prevalecido o entendimento de que se trata de **verdadeira citação, uma vez que o cônjuge poderá ingressar na execução, valendo-se até mesmo de embargos de devedor**.

b) o credor com garantia real ou do usufrutuário; (art. 615, II, do CPC). "Compete ainda ao credor requerer a intimação do credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhora, hipoteca, anticrese ou usufruto". **A exigência deve ser observada sob pena de ineficácia da alienação do bem**, nos termos do art. 619 do CPC.

Sua função é assegurar o direito de preferência ao credor com garantia real, sobre o produto da arrematação.

CPC. Hoje em dia nem mesmo os embargos, como regra, terão efeito suspensivo.

LEI N. 11.382/2006

Antes

Depois

Oposição de embargos vinculados à prévia penhora.

Desvinculação entre a prévia penhora e a oposição de embargos.

O prazo para oposição dos embargos contava-se da juntada

Atualmente, o prazo de quinze dias é contado da juntada aos autos do mandado de

Mas há exceções. Pode ser que o devedor tenha ajuizado a ação autônoma antes da execução, ou no prazo que teria para embargar. Não seria razoável exigir que ele tivesse de embargar, para postular a concessão de efeito suspensivo, se as questões que suscitaria nos embargos já foram suscitadas na ação autônoma. **Bastará, comunicando a existência de tal ação ao juízo, postular a suspensão da execução**. Mas para que o juiz o conceda, é indispensável que estejam presentes as mesmas circunstâncias que autorizariam o efeito suspensivo nos embargos, enumeradas no art. 739-A, § 1º, do CPC. **O juiz jamais concederá o efeito suspensivo, se a ação autônoma for ajuizada depois do prazo que o devedor teria para embargar.**

b) A ação autônoma deverá ser reunida à execução, por força de conexão?

Se o objeto da ação autônoma é desconstituir o título que embasa a execução, ou declarar a inexigibilidade do débito que está sendo cobrado, deverá ser levada à reunião por conexão. Há pressuposto o risco de sentenças de mérito conflitantes, e na execução não há sentença de mérito. Por isso, parte da doutrina e da jurisprudência sustentam que poderia haver conexão apenas entre a ação autônoma e eventuais embargos na execução. No entanto, a melhor solução é aquela dada pelo Superior Tribunal de Justiça, no acordão abaixo transcrito:

> "Este Tribunal vem consolidando o entendimento no sentido de admitir a conexão entre a execução e a ação de conhecimento que ataca o título executivo que fundamenta a primeira, independentemente da oposição de embargos do devedor. A natureza cognitiva da ação declaratória de inexistência do débito fiscal equipara-se àquela vislumbrada nos embargos à execução, tendo, inclusive, a força de suspender a execução em curso, desde que garantido o juízo" (REsp 732.335-RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, *DJ* 29.08.2005, p. 217).

c) A ação autônoma poderia ser ajuizada mesmo que o devedor tenha oposto embargos julgados improcedentes?

Os embargos têm natureza jurídica de ação de conhecimento. Cada um dos fundamentos de fato apresentados pelo devedor na inicial dos embargos, constitui uma causa de pedir. Proferida sentença contra a qual não caibam mais recursos, a mesma ação não poderá ser reproposta. **Mas, se houver fundamentos de fato diferentes, será possível ajuizar a ação autônoma, pois, havendo alteração da causa de pedir, altera-se a ação**.

6

O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA (EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL)

1. Introdução

2. Evolução da execução fundada em título judicial

3. Cumprimento das sentenças condenatórias em obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa

4. Cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa contra devedor solvente — procedimento

5. O início da execução

   5.1. O prazo para pagamento voluntário

   5.2. A multa

   5.3. A iniciativa do credor

6. O arquivamento por inércia

7. Prescrição intercorrente

8. Honorários advocatícios na fase executiva

9. Mandado de penhora de avaliação

10. Intimação da penhora

11. Da defesa do executado em juízo

    11.1. Introdução

11.2. Impugnação

12. Peculiaridades do cumprimento de sentença condenatória por ato ilícito

13. Execução de sentença penal condenatória, sentença arbitral e sentença estrangeira

14. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública

14.1. Impossibilidade de penhora de bens

14.2. A citação e a possibilidade de oposição de embargos — prazo

14.3. A não oposição dos embargos

14.4. Os embargos

14.5. O precatório

15. Execução de pensão alimentícia

15.1. Execução de alimentos pelo procedimento tradicional

15.2. Execução especial de alimentos

16. Execução por quantia certa contra devedor insolvente

16.1. Introdução

16.2. Procedimento — as duas fases

17. A reforma da execução e o direito intertemporal

1. INTRODUÇÃO

Quando o CPC entrou em vigor, a execução implicava sempre um processo autônomo, fosse fundada em título judicial ou extrajudicial.

A partir da década de 1990, ele passou por sucessivas modificações, que, aos poucos, foram **transformando a execução de título judicial de própria em imprópria**. Elas culminaram com a edição da Lei n. 11.232/2005, que passou a não distinguir mais a execução como processo autônomo, passando a considerá-la apenas uma fase de um processo maior, apelidado de "sincrético". Com isso, **passou a existir um só processo, desde a petição inicial, na fase cognitiva, até a satisfação do credor, na fase executiva**.

2. EVOLUÇÃO DA EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL

A sentença condenatória pode impor ao devedor obrigações de fazer e não fazer, entregar coisa ou de pagar determinada quantia. Na redação originária do CPC, as execuções de título judicial compunham um novo processo, e não havia distinções substanciais entre elas e as fundadas em títulos extrajudiciais, ambas reguladas no Livro II, do CPC.

O panorama começou a alterar-se em dezembro de 1994, quando foi editada a Lei n. 8.952, que alterou a redação do art. 461 do CPC, tornando mandamentais as sentenças condenatórias em obrigações de fazer e não fazer. Não havia mais necessidade de um processo de execução, bastando promover o cumprimento da sentença. O procedimento previsto no Livro II do CPC, arts. 632 a 643, passou a disciplinar apenas as execuções de obrigação de fazer e não fazer fundadas em título extrajudicial, já que as fundadas em título judicial não constituíam mais um processo autônomo, processando-se como mero cumprimento de sentença, na forma do art. 461.

Posteriormente, foi a vez das execuções de obrigação de entrega de coisa. A Lei n. 10.444/2002, que acrescentou ao CPC o art. 461-A, tornou a sentença condenatória a entrega de coisa também mandamental. Não havendo a restituição voluntária, não haverá um processo de execução, na forma dos arts. 621 a 631 do CPC, mas tão só fase de cumprimento de sentença.

Por fim, as execuções por quantia certa. A Lei n. 11.232/2005 concluiu o ciclo, passando a considerar desnecessário o processo de execução, quando o título fosse sentença condenatória em obrigação de pagar, bastando promover-lhe o cumprimento.

Com isso, ficou consolidado o sistema dual de execuções: a de título extrajudicial continua regulada no Livro II, do CPC. **A de título judicial não mais (embora ele seja aplicado supletivamente), pois este trata do "processo de execução", e não há mais processo, mas apenas uma fase de cumprimento de sentença**.

3. CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS EM OBRIGAÇÃO DE FAZER, NÃO FAZER OU ENTREGAR COISA

O art. 475-I, do CPC, estabelece que "o cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei, ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo".

Os dispositivos do CPC que versam sobre o cumprimento de sentença são:

- o art. 461, que trata do cumprimento da sentença condenatória em obrigação de fazer ou não fazer;
- o art. 461-A, que trata do cumprimento de sentença condenatória em obrigação de entrega de coisa;
- os arts. 475-I a 475-R, que tratam do cumprimento de sentença condenatória em obrigação de pagar.

Neste item, interessa-nos o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa.

Não havendo o cumprimento voluntário da obrigação, o juiz determinará as medidas coercitivas ou de sub-rogação necessárias para a satisfação do credor. Se a obrigação for fungível, o juiz poderá determinar os dois tipos de medida; se for infungível, apenas as coercitivas, já que a obrigação não pode ser prestada por terceiro.

Os principais meios de coerção estão enumerados no § 5º do art. 461.

Não havendo cumprimento específico da obrigação, ou de providência que assegure resultado equivalente, e sendo infrutíferas as medidas determinadas, ou existindo requerimento do credor, haverá conversão em perdas e danos, prosseguindo-se na forma dos arts. 475 e ss., do CPC.

Para um exame dos meios de coerção e da conversão em perdas e danos, ver Livro VIII, Capítulo 3, itens 3 e 4 supra.

■ 4. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA AO PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE — PROCEDIMENTO

O procedimento vem regulado nos arts. 475-I a 475-R, mas naquilo que não for incompatível, **aplicam-se as regras do Livro II, do CPC, como, por exemplo, as relativas à penhora e avaliação**.

■ 5. O INÍCIO DA EXECUÇÃO

São dois os requisitos fundamentais da execução: o título executivo e o inadimplemento do devedor.

Constituído o título, manda a lei que, antes de se passar à fase de execução, **seja dado ao devedor um prazo de quinze dias para que efetue voluntariamente o pagamento**. Se o fizer, nem sequer terá início a fase executiva, pois a obrigação foi cumprida.

Se não, o credor estará habilitado a requerer a execução, com expedição de mandado de penhora e avaliação. **O montante da condenação**

será acrescido de multa de dez por cento do débito.

5.1. O prazo para pagamento voluntário

O legislador concede ao devedor o prazo de quinze dias para adimplir voluntariamente a obrigação. Nesse ínterim, **não se admite a prática de atos satisfativos, pois a execução não teve início**. O prazo é um tempo que se dá ao devedor para, ponderando as desvantagens de uma execução subsequente, cumprir a obrigação.

Sobre ele, existem numerosas controvérsias. A principal é sobre o termo inicial da contagem, havendo três correntes doutrinárias e jurisprudenciais. São elas:

- **o prazo corre automaticamente, desde o momento em que o título é constituído, sendo desnecessária a intimação do devedor**. Quando não mais couber contra a sentença ou acórdão condenatórios recurso com efeito suspensivo, cumprirá ao devedor procurar o credor e fazer o pagamento, ou depositar o valor em juízo, para ser levantado pelo credor, ainda que os autos não tenham retornado do tribunal;
- **o prazo corre a partir do momento em que o devedor é intimado na pessoa do advogado**. A intimação, quando tiver havido recurso, pode ser feita em conjunto com aquela que determina o cumprimento do acórdão. **Se o réu for revel, ela não será necessária, na forma do art. 322 do CPC**;
- **o prazo corre a partir do momento em que o devedor é pessoalmente intimado**, não bastando a intimação na pessoa do advogado.

O acolhimento da última corrente eliminaria um dos maiores benefícios trazidos pela Lei n. 11.232/2005: a desnecessidade de citação pessoal do devedor, para a execução. Se fosse necessário intimá-lo pessoalmente, a vantagem desapareceria. Ademais, na nova sistemática da execução, as intimações são feitas, em regra, ao advogado, como se vê no art. 475-J, § 1º, do CPC.

A jurisprudência e a doutrina vacilam entre o acolhimento da primeira ou da segunda solução acima mencionadas. O texto da lei não alude à intimação prévia, o que tem servido de embasamento à tese de que ela seria desnecessária.

Não nos parece que seja essa a melhor solução. É certo que a intimação implica em uma formalidade a mais; **mas a sua realização é necessária para que sejam afastadas as dúvidas sobre o *dies a quo* do prazo**. A intimação formaliza o início da contagem, o que é muito relevante, porque só quando concluída incidirá a multa.

Na prática, com frequência o próprio credor tem postulado a intimação do devedor para pagamento, até como uma forma de pressioná-lo, por meio da multa, a pagar. Seria temerário que fluísse o prazo sem que o devedor fosse intimado, quando disso resulta sanção.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 940.274/MS, em 07 de abril de 2010, Rel. Min. João Otávio de Noronha decidiu **pela necessidade de intimação do executado, por meio de seu advogado, para que o prazo flua. O prazo não corre automaticamente. Se tiver havido recurso, o prazo corre da intimação do advogado de que ocorreu a baixa dos autos ao juízo de origem. Assim, o prazo só começa a correr depois que, com o retorno dos autos, o juiz determina o cumprimento do acórdão**.

A procuração do advogado, salvo expressa alusão em contrário, lhe dá poderes para receber a intimação. **O prazo de quinze dias será sempre simples, mesmo que haja litisconsórcio com advogados diferentes**. A contagem faz-se na forma da lei processual, excluindo-se o dia do início, e incluindo-se o do vencimento.

Mas o devedor só se eximirá da multa se fizer o pagamento. Se apenas depositar o valor em juízo para garantia do juízo, ela incidirá.

Se o devedor pagar apenas uma parte do valor da condenação, a execução terá início pelo restante, e somente sobre ele incidirá a multa.

5.2. A multa

A multa de 10% prevista no art. 475-J para a hipótese de não pagamento no prazo de quinze dias incidirá sobre o valor da condenação, **o que inclui o principal, mais juros, correção monetária, custas e honorários advocatícios**.

Controverte-se sobre sua incidência em execução provisória. Forte corrente doutrinária e jurisprudencial manifesta-se pela afirmativa, sob o argumento de que a lei não faz distinção e de que já há uma execução, na qual a multa funcionará como estímulo ao pagamento.

Parece-nos, no entanto, **que ela não é compatível com a provisoriedade da execução**. Se há recurso pendente, ainda que não dotado de efeito suspensivo, o devedor teria de fazer uma espécie de "pagamento provisório" para afastá-la. Ele teria de pagar, sem o credor prestar caução; provido o recurso, o prejuízo ao devedor poderia tornar-se irreparável.

O pagamento pressupõe a aceitação do julgado, a concordância do devedor em satisfazer a obrigação, o que não é compatível com a provisoriedade da execução. **Foi esse o entendimento adotado pelo**

Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, no Recurso Especial n. 940.274/MS, de 07 de abril de 2010, Rel. Min. João Otávio de Noronha.

A multa só é devida nas execuções por título judicial, nunca nas fundadas em título extrajudicial.

5.3. A iniciativa do credor

Ultrapassado *in albis* o prazo de quinze dias, **caberá ao credor dar início à fase de cumprimento de sentença**. Bastará apresentar petição, na qual requererá a expedição de mandado de penhora e avaliação de bens. Não se trata de uma petição inicial, que tenha de preencher os requisitos do art. 282 do CPC, pois não haverá um novo processo. No entanto, é preciso que nela o credor tome algumas providências. Deve:

- apresentar memória discriminada do cálculo do débito, indicando quais os itens que o compõem, na forma do art. 614, II, do CPC, já acrescido da multa de 10%;
- recolher as custas iniciais da execução, quando a lei estadual de custas o exigir;
- indicar, se possível, quais os bens que deseja ver penhorados. **A prioridade de indicação de bens é do credor**, e se ele já tiver ciência de algum sobre o qual a penhora possa recair, deve indicá-lo desde logo. Se não o fizer, o oficial de justiça diligenciará, na tentativa de localizar algum bem penhorável.

Se a petição estiver em ordem, o juiz determinará a expedição de mandado de penhora e avaliação, sem que haja citação do devedor, já que inexiste novo processo.

6. O ARQUIVAMENTO POR INÉRCIA

O início da fase executiva depende da iniciativa do credor; não cabe ao juízo, de ofício, determiná-lo.

Estabelece o art. 475-J, § 5º, do CPC, que, **se a execução não for requerida pelo credor no prazo de seis meses, o juiz determinará a remessa dos autos ao arquivo**. Antes disso, eles ficarão em cartório, aguardando a iniciativa do exequente. O prazo só começa a correr da data em que o credor podia promover a execução, isto é, do transcurso *in albis* dos quinze dias para pagamento espontâneo.

O arquivamento não impede que o credor ainda possa promover a execução, bastando que postule o desarquivamento dos autos, e requeira a expedição de mandado de penhora e avaliação. Ele não implica a extinção

da execução nem do crédito.

Quando, ao longo da fase executiva, o credor deixar de tomar providências a seu cargo, sem as quais não se pode ir adiante, diferentemente do que ocorre no processo de conhecimento, não haverá extinção, mas a remessa dos autos ao arquivo, até provocação do interessado.

7. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A inércia do credor em promover a execução ou em dar-lhe andamento implica a remessa dos autos ao arquivo. O credor, porém, pode, a qualquer momento, dar início ou continuidade à fase executiva. Mas há um limite: ele perderá a pretensão executiva se deixá-la prescrever. A execução de título judicial não é mais um processo, mas tão somente uma fase, **porém admite-se a chamada prescrição intercorrente, que recebe essa denominação por verificar-se não antes, mas no curso do processo**.

Não é possível, em princípio, prescrição intercorrente durante a fase de conhecimento, porque, se o autor ficar inerte por mais de trinta dias, o juiz o intimará pessoalmente a dar andamento ao feito. Na inércia, o processo será extinto.

Mas na fase executiva é diferente. A inércia do credor não implica extinção, mas em remessa dos autos ao arquivo. Constituído o título executivo judicial, o credor tem um prazo para promover a execução. Qual? **A Súmula 150 do STF estabelece que a pretensão executiva prescreve no mesmo prazo que a condenatória**. O mesmo prazo que o autor tinha para promover a ação, terá para executar. Por exemplo: a vítima de acidente de trânsito tem o prazo de três anos para pedir indenização em face do causador do acidente. Se não o fizer, a pretensão condenatória estará prescrita. Se o fizer, e obtiver uma sentença condenatória, constituído o título e sendo possível iniciar a execução, fluirá novo prazo de três anos, desta feita para a execução. Esse prazo começa a correr a partir do término do prazo de quinze dias que o devedor tinha para o pagamento voluntário. Se o credor, por inércia, não promover a execução nesse prazo, terá havido prescrição intercorrente. **E se ele a promover, mas abandoná-la, voltará a correr o prazo de prescrição intercorrente**.

Para que ela se verifique é preciso que o credor fique inerte. **Não haverá prescrição se a execução não pôde prosseguir por inexistência de bens, ou por qualquer outra razão não imputável a ele**.

8. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA FASE EXECUTIVA

No cumprimento de sentença, serão devidos novos honorários advocatícios, relacionados a essa fase, que não se confundem com os fixados na sentença condenatória. Nesse sentido, o STJ no REsp 1134186, de 03 de agosto de 2011, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, que, ao examinar recursos repetitivos, concluiu pela incidência de novos honorários para essa fase. Aqueles servem para remunerar o advogado por sua atuação na fase de conhecimento; os novos, por sua atuação na fase de cumprimento de sentença.

Ao requerer a execução, o credor pode postular ao juízo que os fixe, de início.

O fato de a execução de sentença ter-se transformado apenas em uma fase não modifica essa solução, porque, seja processo ou fase, o trabalho do advogado continuará o mesmo, e merece remuneração. **É conveniente que o juiz fixe o valor logo de início**, para que a penhora possa abranger bens suficientes para a garantia do principal, e desses honorários. Se houver impugnação, porém, só serão cabíveis honorários advocatícios em caso de acolhimento desta, com extinção da execução, conforme ficou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no recurso acima mencionado.

9. MANDADO DE PENHORA DE AVALIAÇÃO

O cumprimento de sentença condenatória em quantia certa se inicia com a expedição de mandado de penhora e avaliação. Não há distinção entre tais atos na execução por título judicial ou extrajudicial. Aplicam-se, pois, as regras do Livro II do CPC, examinadas no capítulo anterior.

10. INTIMAÇÃO DA PENHORA

Feita a penhora e avaliação, o executado será intimado. Na execução por título extrajudicial, a intimação da penhora perdeu importância, porque não sinaliza o início do prazo de embargos. O juiz pode até, em situações excepcionais, dispensá-la.

Já no cumprimento de sentença, **ela continua sendo fundamental, porque é a partir dela que fluirá o prazo de quinze dias para que o devedor ofereça impugnação**. Ela terá dupla finalidade: dar ciência ao devedor dos atos realizados, e início à contagem do prazo de impugnação.

As pessoas a serem intimadas são as mesmas que na execução por título extrajudicial: **o devedor, os credores com garantia real, o**

usufrutuário, o condômino e, sendo bem imóvel, o cônjuge.

A intimação far-se-á na pessoa do advogado do devedor, pelo *Diário Oficial*. Daqueles que não têm advogado, a intimação será feita pessoalmente, por carta ou mandado de oficial de justiça.

11. DA DEFESA DO EXECUTADO EM JUÍZO

11.1. Introdução

A forma de defesa do executado, por excelência, é a impugnação. Mas há ainda as exceções e objeções de pré-executividade.

São remotas as possibilidades de tais incidentes nas execuções por título extrajudicial, pois os embargos prescindem de penhora. **Mas no cumprimento de sentença, a impugnação continua exigindo a garantia do juízo pela penhora prévia**. O devedor que não queira ter seus bens penhorados para defender-se terá de se valer desses mecanismos.

11.2. Impugnação

11.2.1. Natureza

Uma das grandes novidades da Lei n. 11.232/2005 é que a defesa do devedor não é mais formulada pela ação autônoma de embargos, mas por meio da impugnação.

Os embargos são ação autônoma e constituem um processo independente, autuado em apartado. **A impugnação, ao contrário, em regra não será ação autônoma, mas incidente da fase de cumprimento de sentença**. Não será ação incidental, como os embargos, mas incidente processual, julgado por decisão interlocutória.

Há uma única hipótese em que ela será ação incidental: **quando tiver por objeto a declaração de inexistência ou extinção do débito (art. 475-L, VI)**. Porque, se o juiz emitir essa declaração, **sua decisão revestir-se-á da autoridade da coisa julgada material**. Ele não decidirá apenas questões processuais, mas a existência do direito material, do crédito que embasa a execução, caso em que a impugnação adquirirá a natureza de ação incidente. Não de processo autônomo, já que será sempre incidental à execução: **tanto que o juiz proferirá ao final decisão interlocutória, e não sentença**.

A impugnação terá natureza de mero incidente nas hipóteses do art. 475-L, I a V, e de ação incidente na do inc. VI.

Seja uma coisa ou outra, o seu processamento far-se-á no bojo da

execução ou em apartado, conforme o juiz conceda ou não efeito suspensivo. Se o fizer, como a execução ficará paralisada, a impugnação se processará em seu bojo, devendo ser juntada aos autos. Se não, como a execução deve prosseguir, a impugnação processar-se-á em apartado, para que não tumultue o andamento daquela.

11.2.2. Prazo

O prazo para que o devedor apresente impugnação é de quinze dias, a contar da data em que é intimado da penhora e avaliação de bens. Se a intimação for feita ao advogado, o prazo corre da publicação no *Diário Oficial*. Se for pessoal, da juntada aos autos do aviso de recebimento ou do mandado do oficial de justiça.

Questão controvertida é a da aplicação dos arts. 241, 188 e 191 do CPC. Ao prazo dos embargos, eles não se aplicam: o prazo é sempre simples, e corre do momento em que cada qual dos executados é citado, porque eles têm natureza de ação autônoma, e criam novo processo. **O prazo não é interno à execução, mas externo. A situação é diferente na impugnação** que não constitui ação, nem processo autônomo, mas incidente (ou ação incidente, na hipótese do art. 475-L, VI). O prazo para apresentá-la é sempre interno ao processo, o que justifica que os dispositivos acima mencionados se apliquem. Por exemplo: se houver dois ou mais executados com advogados diferentes, havendo intimação da penhora, o prazo para impugnar será em dobro.

11.2.3. A prévia garantia do juízo pela penhora

É requisito da impugnação que tenha havido prévia penhora, que garanta o juízo. Tal exigência resulta do art. 475-J, § 1º. Somente feita a penhora e intimado o devedor é que passará a correr o prazo para a impugnação. Sem isso ela não será recebida.

Há, no entanto, corrente doutrinária que sustenta que, como não há mais necessidade de prévia penhora para a oposição de embargos, na execução de título extrajudicial, também não haveria na judicial. Não nos parece ser essa a melhor solução. Na extrajudicial, o devedor não teve nenhuma ocasião anterior de defender-se em juízo. Por isso, os embargos servem para que ele possa alegar qualquer matéria, sendo razoável que se dispense a garantia do juízo. O mesmo não ocorre no cumprimento de sentença, em que a fase executiva foi precedida de fase de cognição. O conteúdo da impugnação é restrito, e a prévia penhora é requisito para o seu recebimento.

11.2.4. Efeito suspensivo

Em regra, a impugnação, tal como os embargos, não é dotada de efeito suspensivo. Enquanto ela se processa, a execução prossegue, e pode alcançar a fase de expropriação.

No entanto, excepcionalmente, o juiz pode concedê-lo. Os requisitos são os mesmos para que ele o conceda nos embargos:

- que haja requerimento do impugnante;
- que seja relevante a sua fundamentação, isto é, que sejam verossímeis as alegações;
- que o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

A concessão de efeito suspensivo repercutirá na autuação da impugnação. Se indeferido, ela processar-se-á em apartado; se deferido, será entranhada aos autos.

Mesmo deferido, o exequente poderá postular o prosseguimento da execução, prestando caução suficiente e idônea nos próprios autos.

11.2.5. Restrição às matérias alegáveis

Na execução por título extrajudicial, não há restrições às defesas alegáveis nos embargos, o que se justifica porque ela não foi precedida de processo anterior.

O mesmo não ocorre com a impugnação, **na qual a cognição é restrita, no plano horizontal: existem limitações quanto às matérias alegáveis**.

O legislador enumera os temas que podem ser objeto da impugnação, e o devedor não pode fundá-la em outros, não previstos, sob pena de ser rejeitada de plano. A fase executiva foi precedida de fase de conhecimento, e não seria razoável admitir que o devedor pudesse alegar defesas que ou já foram apreciadas na fase cognitiva, ou deveriam ter sido alegadas e não o foram.

O rol de defesas alegáveis está no art. 475-L, do CPC. São elas:

11.2.5.1. Falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia

O processo é um só, e há uma única citação: aquela que se realiza na fase de conhecimento. **A falta ou nulidade, quando o réu permanecer revel, acarretará a inexistência da sentença ou acórdão contra ele proferidos**. Ou seja, do título executivo judicial.

O executado, tendo tomado conhecimento da execução, poderá opor-se por meio de impugnação que, nessa hipótese, **adquirirá as**

características de verdadeira *querela nullitatis insanabilis*. Se acolhida, será reconhecida a inexistência de título, e o juiz determinará o retorno do processo à fase de conhecimento, restituindo-se ao réu a oportunidade para oferecer contestação.

11.2.5.2. Inexigibilidade do título

São várias as razões pelas quais o título pode ser inexigível. Por exemplo, sentença homologatória de acordo, no qual ficaram convencionadas certas datas para o pagamento, o exequente deu início à fase executiva antes do vencimento previsto. **Se o título é inexigível, falta interesse de agir**.

11.2.5.2.1. Inexigibilidade decorrente de declaração de inconstitucionalidade

Uma das hipóteses de inexigibilidade do título vem expressamente mencionada no art. 475-L, § 1º, e suscita grande perplexidade: "Para o efeito do disposto no inciso II do 'caput' deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal".

Esse dispositivo autoriza o reconhecimento da inexigibilidade da sentença já transitada em julgado, fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, ou que deu a essa lei interpretação que posteriormente foi tida como incompatível com a Constituição Federal, **mesmo sem haver ação rescisória**.

A impugnação, se acolhida, terá por efeito rescindir a sentença ou o acórdão, mesmo sem ação rescisória.

11.2.5.3. Penhora incorreta ou avaliação errônea

A penhora e avaliação do bem são sempre prévias à impugnação, e será nela que o devedor terá a oportunidade de alegar eventuais vícios, como a impenhorabilidade do bem, ou erros na avaliação.

11.2.5.4. Ilegitimidade das partes

Essa será uma alegação mais comum quando a execução tiver por fundamento sentença penal condenatória. Por exemplo, se a vítima quiser executar o patrão, por danos decorrentes de crime praticado pelo empregado.

Mas também poderá ocorrer quando o título for a sentença civil tal

como se quiser executar sentença condenatória contra o fiador, que não participou nem foi condenado na fase cognitiva.

11.2.5.5. Excesso de execução

Ocorre quando o credor postula montantes ou prestações superiores aos que são efetivamente devidos. O art. 743 do CPC enumera quais são as hipóteses:

- quando o credor pleiteia quantia superior à do título;
- quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título;
- quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença;
- quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor;
- se o credor não provar que a condição se realizou.

O rol merece críticas, porque as duas últimas hipóteses não são de excesso de execução, **mas de inexigibilidade do título**.

11.2.5.5.1. Excesso de execução e excesso de penhora. Distinções

O que pode ser objeto de impugnação é o **excesso de execução**, a cobrança de valores ou prestações maiores ou diferentes das que constam do título. Com ela não se confunde o **excesso de penhora**, que ocorre quando o credor cobra o que é devido, mas a penhora acaba recaindo sobre bens de valor superior ao do débito. Não há excesso na cobrança, mas na garantia. Havendo apenas excesso de penhora, não é necessária a impugnação, bastando às partes, a qualquer tempo, postular a redução àquilo que seja suficiente para garantia do crédito.

11.2.5.5.2. Necessidade de o executado declarar o valor que entende correto

O art. 475-L, § 2º, do CPC, trouxe salutar inovação. Trata-se de exigência para que o juiz receba a impugnação, fundada em excesso de execução: "Quando o executado alegar que o exequente, **em excesso de execução**, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação".

Essa é uma exigência também nos embargos (art. 739-A, § 5º, do CPC).

11.2.5.6. Qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, desde que superveniente

A lei dá alguns exemplos, **como o pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença**.

Essa é a hipótese em que a impugnação terá por fim discutir a existência do débito.

A única em que ela, por versar matéria de fundo, terá natureza de ação incidente, e não de mero incidente processual, **uma vez que aquilo que o juiz declarar a respeito do débito terá de se tornar definitivo, por força da coisa julgada material**. Não seria aceitável que o juiz, na impugnação, reconhecesse o pagamento e declarasse extinto o débito, sem caráter definitivo.

Quando ele acolhe a impugnação, reconhecendo a inexistência do débito, terá de extinguir a execução. Ao fazê-lo, não proferirá uma decisão interlocutória, mas **verdadeira sentença**, com força definitiva.

Mas o juiz pode acolher apenas em parte a impugnação, declarando o débito parcialmente inexistente. Se o fizer, não haverá sentença, porque a execução prosseguirá quanto ao saldo remanescente. A impugnação será julgada por decisão interlocutória. **Ainda assim, o que for decidido a respeito do crédito não mais poderá ser rediscutido**. Nessa situação, a impugnação tem natureza de ação incidente, ainda que não constitua processo autônomo. **A decisão interlocutória proferida pelo juiz terá força de sentença, e se revestirá da autoridade da coisa julgada material**. O mesmo ocorrerá em caso de improcedência da impugnação. As causas extintivas, impeditivas ou modificativas alegadas pelo devedor, ainda que afastadas por decisão interlocutória, não poderão ser novamente alegadas, em ação autônoma.

Mas a impugnação não se presta a que o devedor alegue causas impeditivas, modificativas ou extintivas que poderiam ter sido alegadas na fase de conhecimento. **O juiz só as conhecerá se forem supervenientes**. Se podiam ter sido alegadas e não o foram, será aplicável o art. 474 do CPC: "Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido".

Por exemplo, a prescrição que pode ser alegada na fase executiva é a da execução (Súmula 150 do STF), não da pretensão cognitiva, porque esta deveria ter sido alegada na fase de conhecimento.

11.2.6. Rol taxativo ou exemplificativo?

Discute-se se o rol do art. 475-L, que enumera as matérias alegáveis

em impugnação, é taxativo ou exemplificativo. Como o dispositivo menciona que na impugnação só podem ser alegadas tais matérias, tem-se a impressão de que o rol seria taxativo, *numerus clausus*, e parece ter sido essa a intenção do legislador.

No entanto, é temerário considerá-lo como tal, porque não é possível privar o devedor da possibilidade de alegar outras defesas, que não tenham sido imaginadas pelo legislador. A limitação imposta por lei às matérias alegáveis tem por finalidade evitar que, em execução de título judicial, o devedor tenha oportunidade de rediscutir coisas que, ou já foram discutidas na fase de conhecimento, ou deveriam ter sido deduzidas e não o foram. **Mas não impede que o devedor apresente defesa superveniente, ainda que não prevista expressamente no rol**.

11.2.7. Inexistência de restrição quanto à profundidade da cognição

A impugnação, conquanto limitada no que concerne à extensão das matérias alegáveis, **não sofre restrições quanto à profundidade da cognição judicial**. O juiz não a decidirá em um juízo de mera verossimilhança ou plausibilidade, em cognição superficial, mas autorizará as provas necessárias para formar a sua convicção em caráter definitivo.

Todos os meios lícitos de prova são admitidos na impugnação. O juiz poderá, se necessário, determinar perícia e designar audiência para a colheita de prova oral.

As regras sobre a produção de provas são as mesmas que se aplicam ao processo de conhecimento em geral.

11.2.8. Procedimento

A impugnação é formulada por petição dirigida ao juízo da execução. Não há necessidade de todos os requisitos do art. 282 do CPC, já que não haverá um novo processo, mas tão somente um incidente no bojo da execução. Mas é indispensável que o impugnante formule com clareza a sua pretensão, e os fundamentos que a embasam, e que devem enquadrar-se nas hipóteses do art. 475-L, do CPC.

Cumpre ao impugnante requerer, se o desejar, a concessão de efeito suspensivo, que não poderá ser concedido de ofício pelo juízo. Como se trata de mero incidente, não haverá recolhimento de custas.

Recebida a impugnação, o juiz intimará o impugnado (exequente) para, querendo, apresentar resposta, no prazo de quinze dias. Conquanto a lei não mencione o prazo, por aplicação do princípio da isonomia, há de presumir-se que seja o mesmo que para o oferecimento da impugnação.

Em seguida, o juiz verificará se está ou não em condições de julgar o

incidente. Em caso afirmativo, ele o fará; em caso negativo, determinará as provas necessárias.

O incidente é sempre julgado por decisão interlocutória, salvo se, do acolhimento das alegações do devedor, resultar a extinção da execução. Se ele alegar alguma causa extintiva, como pagamento ou prescrição, e o juiz a acolher, a consequência inexorável será a extinção da execução, e então o ato decisório haverá de ser qualificado como sentença. Do contrário, se a execução ainda prosseguir, será decisão interlocutória, e o recurso adequado será o agravo de instrumento.

O juiz só fixará honorários advocatícios na impugnação se ela for acolhida, com a consequente extinção da execução, pois, se desacolhida, não haverá novos honorários, além daqueles fixados em favor do credor no início da fase de cumprimento de sentença. Nesse sentido decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça ao examinar recursos repetitivos no REsp 1134186, de 03 de agosto de 2011, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão.

11.2.9. Impugnação após a adjudicação, alienação ou arrematação de bens

A lei não previu a possibilidade de, na fase executiva, ser oposta nova impugnação, após a adjudicação, alienação ou arrematação de bens. Na execução de título extrajudicial, há a expressa possibilidade de embargos de segunda fase (art. 746 do CPC), cuja finalidade é permitir ao executado alegar matérias supervenientes à penhora de bens.

Apesar da omissão legal, não há como recusar ao devedor a possibilidade de apresentar nova impugnação, nas mesmas circunstâncias em que, na execução extrajudicial, cabem os embargos de segunda fase. Afinal, as regras do Livro II do CPC aplicam-se supletivamente ao cumprimento de sentença.

No prazo de cinco dias a contar da adjudicação, alienação ou arrematação de bens, o devedor **poderá opor nova impugnação, cujo objeto serão as matérias que ele não poderia ter alegado na primeira, por serem supervenientes**, como, por exemplo, vícios na realização das hastas, ou a venda por preço vil. O procedimento dessa nova impugnação será o mesmo que da primeira.

11.2.10. Exceções e objeções de pré-executividade

Antes das reformas na execução civil promovidas pelas Leis n. 11.232/2005 e n. 11.382/2006, a defesa do devedor era sempre veiculada pelos embargos, fosse ela fundada em título judicial ou extrajudicial. E o seu recebimento estava condicionado a que o juízo estivesse garantido pela

prévia penhora de bens.

Havia casos em que não era razoável exigir do devedor que primeiro tivesse os bens constritos, para só então defender-se. Por exemplo, há certas defesas de ordem pública que nem sequer precisariam ser alegadas pelo executado, mas deveriam ser conhecidas de ofício pelo juiz. Este nem sempre tomava conhecimento delas, e era preciso que o executado as suscitasse. **Ora, não era razoável exigir prévia penhora para alegá-las, se deviam ser conhecidas de ofício**.

Por exemplo: o credor fundava a sua execução em documento que não era título executivo, e o juiz, por um lapso, determinava o processamento. Não era razoável que o devedor só pudesse alegar a inexistência do título após prévia penhora, quando o credor nem poderia ter promovido a execução. Ou ainda, o exequente apresentava um cálculo do débito muito superior, incluindo valores que não constam do título. Também não seria razoável condicionar o conhecimento do excesso a uma prévia penhora.

Para solucionar essas situações, **passou-se a admitir que o executado alegasse, na própria execução, sem embargos, aquelas defesas que, por serem de ordem pública, deveriam ter sido conhecidas pelo juiz de ofício**.

A tal incidente, que não tem previsão legal expressa, a doutrina denominou **"exceção de pré-executividade"**; de início, servia apenas para que o devedor alegasse matérias de ordem pública. O nome era infeliz, já que as defesas que podem ser conhecidas de ofício são objeções e não exceções. **Daí porque o incidente seria mais bem denominado "objeção de pré-executividade"**.

Com o tempo, doutrina e jurisprudência passaram a dar a esse tipo de incidente uma extensão maior do que de início. Se antes, apenas objeções poderiam ser alegadas, posteriormente passou-se a admitir o uso desse mesmo mecanismo para **apresentar defesas que pudessem ser conhecidas *prima facie*, por não dependerem de provas que já não estivessem previamente constituídas**.

É o caso, por exemplo, do pagamento: não seria razoável que o executado que pagou e está munido de recibo tenha de ter os seus bens penhorados, para só então alegar a extinção da obrigação.

Tais incidentes passaram a admitir a alegação de **defesas que, conquanto não cognoscíveis de ofício, poderiam ser comprovadas *prima facie*, por documentos**. Com isso, a par das objeções de pré-executividade, admitiram-se verdadeiras exceções de pré-executividade.

A condição para que sejam recebidas e processadas é que a defesa possa ser comprovada *prima facie*. Se a questão fática depender de prova, o juiz não a receberá, determinando que a questão seja remetida à impugnação.

Pode ocorrer que o juiz receba uma exceção de pré-executividade, na qual o devedor alega que fez o pagamento do débito juntando o recibo correspondente. O juiz ouvirá o exequente, a respeito do alegado. Se este, por exemplo, alegar que é falsa a assinatura e a solução da controvérsia depender de produção de prova pericial, o juiz extinguirá a exceção sem decidi-la, remetendo a questão a eventual impugnação, cuja apresentação fica condicionada à prévia penhora.

11.2.10.1. O procedimento das exceções e objeções de pré-executividade

A lei não as previu. Não há, portanto, um procedimento por ela estabelecido. Serão suscitadas por simples petição, podendo o juiz determinar a autuação em apenso — se a juntada pode tumultuar o andamento do processo.

Não há prazo para suscitá-las, **mas elas só terão utilidade se apresentadas antes da realização da penhora**. Se esta já foi realizada, o devedor oferecerá sua defesa por meio de impugnação.

Há uma hipótese em que os incidentes poderão ser suscitados mesmo depois da penhora: quando o devedor perder o prazo de impugnação, e quiser alegar matérias de ordem pública, não sujeitas à preclusão.

Os incidentes, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial amplamente majoritário, **não têm efeito suspensivo**, que nem mesmo a impugnação e os embargos têm. Mas se em alguns casos eles não tiverem efeito suspensivo, perderão a sua utilidade. Eles só são úteis enquanto não houve penhora; se, apresentada a exceção, a penhora for realizada, ela terá perdido a razão de ser. Por isso, parece-nos que, **verificando o juiz que estão presentes as circunstâncias que autorizariam a concessão de efeito suspensivo à impugnação, quais sejam, o requerimento do excipiente, a relevância da fundamentação e o perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, o juiz poderá suspender a execução**. Nesse sentido, o acórdão do E. Min. José Delgado, no REsp 100.2031-PE, publicado no *DJE* de 23 de junho de 2008.

Apresentada a petição, cumprirá ao juiz verificar se a matéria alegada é daquelas que podem ser discutidas em objeção ou exceção de pré-executividade, isto é, se são apenas questões de direito, ou de fato que

prescindam de outras provas. Se não for, indeferirá de plano o incidente. Se sim, determinará que o credor seja intimado para manifestar-se, fixando prazo razoável. Ouvido o credor, o juiz decidirá, **não sendo possível, pelas razões já mencionadas, a abertura de instrução**. Se o convencimento do juiz depender de provas, ele extinguirá o incidente e remeterá a questão para impugnação.

Em regra, **as exceções e objeções de pré-executividade serão julgadas por decisões interlocutórias**, contra as quais o recurso adequado será o de agravo de instrumento. Há, porém, a possibilidade de, em razão do acolhimento, a execução ser extinta. Por exemplo: o devedor pode alegar que o título está prescrito ou foi pago. Acolhidas as alegações, o juiz extinguirá a execução, por sentença.

Aquilo que for decidido pelo juiz nesses incidentes não poderá ser novamente alegado em impugnação.

- Objeções:
  - matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz a qualquer tempo e que não se sujeitam à preclusão;
  - independe de penhora;
  - apresentada por simples petição;
  - prova pré-constituída, não sendo admissível a instauração de instrução.
- Exceções:
  - matérias que não podem ser apreciadas pelo juiz de ofício. Exemplo: pagamento;
  - independe de penhora;
  - suscitável por simples petição;
  - prova pré-constituída, não sendo admissível a instauração de instrução.

11.2.10.2. Fase expropriatória

Não há diferenças entre a fase expropriatória na execução por título judicial e por título extrajudicial. Os dispositivos do Livro II do CPC, já examinados, aplicam-se supletivamente.

12. PECULIARIDADES DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA POR ATO ILÍCITO

A obrigação imposta na sentença que condena aquele que pratica ato ilícito é de pagamento de quantia certa. Sua execução far-se-á na forma dos arts. 475-J e ss., do CPC. Há, no entanto, algumas peculiaridades que

justificam tratamento em capítulo a parte.

É comum que, do ato ilícito, resulte a condenação ao pagamento de uma pensão, à própria vítima, quando do fato resultar incapacidade de trabalho; ou aos herdeiros dela, quando, por força da morte da vítima, ficarem privados de subsistência.

Como o pagamento das prestações é periódico, preocupou-se o legislador em garantir o recebimento: **o juiz poderá ordenar que o devedor constitua um capital, cuja renda assegure o pagamento mensal da pensão** (CPC, art. 475-Q). Caberá ao juiz verificar, no caso concreto, se a medida é adequada e oportuna, e se consiste na melhor forma de assegurar o pagamento.

O capital, que poderá ser representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, permanecerá inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação.

O § 2º do art. 475-Q do CPC autoriza o juiz a substituir "a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz". Essa solução há muito vinha sendo sugerida pela jurisprudência, como forma de assegurar o pagamento, quando a condenação recaísse sobre pessoa jurídica, de notória solvabilidade.

O § 3º do art. 475-Q **autoriza à parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação**. A doutrina civilista controvertia sobre a possibilidade de, em caso de indenização por ato ilícito, havendo modificação das necessidades do credor, ou das possibilidades do devedor, alterar-se o valor da pensão fixada.

Tal possibilidade só era admitida, em princípio, **nos alimentos decorrentes do direito de família, isto é, das relações de parentesco, ou provenientes de casamento ou de união estável**. Ainda antes da reforma, como lembra Carlos Roberto Gonçalves: "Corrente contrária sustentava, no entanto, que os alimentos devidos em consequência da prática de um ato ilícito, embora não se confundam com os devidos em razão do direito de família, tendo caráter indenizatório, de ressarcimento, sujeitam-se à revisão, havendo modificações nas condições econômicas, consoante dispunha o art. 602, par. 3º, do CPC. Nesse sentido decidiu a Terceira Câmara do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 22.549-1-SP, em 23-3-93, tendo como relator o Min. Eduardo Ribeiro. O aludido o art. 602, par. 3º, do estatuto processual civil foi, porém, transformado em art. 475 — Q pela Lei

n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que também modificou a redação do mencionado par. 3º, que não se refere mais a redução ou aumento do 'encargo', mas sim da 'prestação'. Optou o legislador, desse modo, por admitir expressamente que a 'prestação' alimentícia decorrente da prática de um ato ilícito pode, independentemente da situação da garantia ou do encargo, sofrer redução ou aumento, se sobrevier modificação nas condições econômicas das partes"[1].

Diante do que dispõe expressamente o art. 475-Q, § 3º, **não pode mais haver dúvida quanto à possibilidade de alterar-se a prestação mensal da pensão alimentícia de cunho indenizatório, fixada em razão de condenação por ato ilícito**, caso sobrevenha alteração nas condições do ofensor ou do ofendido.

Em razão disso, a coisa julgada será *rebus sic stantibus*.

■ 13. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, SENTENÇA ARBITRAL E SENTENÇA ESTRANGEIRA

A peculiaridade no cumprimento desses tipos de sentença é que não terá havido fase de conhecimento antecedente, na esfera cível. Nem anterior citação do devedor.

Será indispensável que ele seja citado, embora se trate de execução fundada em título judicial.

Pode ser que o título já seja líquido, caso em que será promovida diretamente a execução, que constituirá um processo autônomo, no qual o deverá ser citado, para pagar em quinze dias, sob pena de multa de 10% e expedição de mandado de penhora e avaliação. O procedimento será o dos arts. 475-J e ss., com a única peculiaridade de que, em vez de intimação do executado na pessoa do advogado, para efetuar o pagamento, haverá a citação.

Pode ainda ocorrer que, antes da execução, seja necessária a liquidação, por arbitramento ou artigos. Se assim for, o devedor será citado para acompanhá-la; apurado o *quantum debeatur*, será intimado para fazer o pagamento do débito, no prazo de quinze dias, sob pena de multa de 10% e expedição de mandado de penhora e avaliação.

Ainda que essa execução possa constituir um novo processo, já que não há nenhum outro precedente, a execução far-se-á na forma dos arts. 475-J e ss., dos CPC.

■ 14. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA A FAZENDA

PÚBLICA

A execução de que trata o CPC é aquela promovida **contra a Fazenda Pública**, em que ela figura como devedora. A ajuizada pela Fazenda, na condição de credora, é execução fiscal, regulada pela Lei n. 6.830/80. A expressão "Fazenda Pública" abrange a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas.

A execução por quantia contra a Fazenda pode estar fundada em título judicial ou extrajudicial. Durante muito tempo controverteu-se sobre a possibilidade de estar fundada em título extrajudicial, mas a questão ficou superada com a edição da súmula 279 do STJ: "É cabível a execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública".

Na execução por quantia contra a Fazenda Pública, não existe dualidade de procedimentos. **Este será sempre o mesmo, esteja a execução fundada em título judicial ou extrajudicial e implica sempre a constituição de um novo processo, com a citação da Fazenda Pública**, ainda que se trate de mero cumprimento de sentença. Fundada em um tipo de título, ou noutro, o procedimento dessa execução vem regulado no Livro II, do CPC, arts. 730 e 731. A defesa será sempre apresentada por embargos, nos quais a cognição do juiz estará sempre restrita às matérias enumeradas no art. 741 do CPC.

A unicidade de sistemas vale apenas para as execuções por quantia. Para as execuções de obrigação de fazer e não fazer ou de entregar coisa, vale o sistema dual. Se a obrigação estiver fundada em título judicial, o procedimento será o dos arts. 461 ou 461-A, do Livro I do CPC; e se fundada em título extrajudicial, o do Livro II.

14.1. Impossibilidade de penhora de bens

O ato mais característico das execuções por quantia certa é a penhora de bens, afetados a uma futura expropriação.

Os bens da Fazenda, por serem públicos, não podem ser expropriados, sendo, por essa razão, impenhoráveis. É o que dispõem o art. 100 e seus parágrafos, da Constituição Federal.

A execução por quantia não será feita, portanto, com a constrição e oportuna expropriação de bens, mas por meio de precatórios judiciais.

A execução contra a Fazenda Pública tem muito pouco de execução forçada, já que não são praticados atos satisfativos, ao menos de maneira direita. O que há é uma requisição que o Poder Judiciário dirige à Fazenda, para que esta efetue o pagamento dos débitos, respeitada a ordem dos precatórios.

14.2. A citação e a possibilidade de oposição de embargos — prazo

Como a execução por quantia contra a Fazenda constitui sempre um novo processo, nunca uma fase, ainda que fundada em título judicial, **ela será citada, não para pagar ou nomear bens à penhora, mas para opor embargos de devedor, no prazo de dez dias** (CPC, art. 730). O prazo corre da juntada aos autos do mandado de citação.

Esse prazo de dez dias foi ampliado para trinta, pela Medida Provisória 2.180-35/2001, que vem sendo sucessivamente reeditada. Foi esse o prazo que se reconheceu para os embargos da Fazenda, no AgRg 1076203/RJ, apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça em 13 de agosto de 2009, Rel. Min. Laurita Vaz.

Mas a referida medida provisória ainda não se converteu em lei, e há numerosas decisões no sentido de que prazo fixado na lei processual não poderia ser modificado por medida provisória. Como ensina Araken de Assis, "Consoante a redação do art. 730, *caput* do CPC, derivada do art. 4º da MP 2.180-35/2001, que criou o art. 1º-B, da Lei n. 9.494/97, o prazo para embargar é de trinta dias, e não de dez dias, como constava no texto originário. O aumento do prazo não infringe, à primeira vista, o princípio da igualdade, pois o particular também dispõe de trinta dias para embargar a execução fiscal (art. 16, *caput*, da Lei n. 6.830/80). Todavia, a jurisprudência do STJ nega vigência ao dispositivo, porque ofende os princípios basilares do processo civil, até a conversão da MP em lei pelo Congresso. Na prática, o prazo continua de dez dias, até pronunciamento em prol da constitucionalidade pela Corte Constitucional"[2].

A esse prazo não se aplica o art. 188 do CPC, seja porque os embargos constituem ação autônoma, seja por já se tratar de prazo específico em execução contra a Fazenda Pública.

14.3. A não oposição dos embargos

A Fazenda Pública pode não opor embargos à execução, caso em que será expedido o precatório, requisitando-se o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente.

14.4. Os embargos

A defesa da Fazenda Pública será sempre veiculada por embargos, nos quais só poderão ser discutidas as matérias enumeradas no art. 741 do CPC:

I — falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;
II — inexigibilidade do título;

III — ilegitimidade das partes;
IV — cumulação indevida de execuções;
V — excesso de execução;
VI — qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença;
VII — incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

O parágrafo único do art. 741 estabelece que "Para efeito do disposto no inciso II do 'caput' deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal".

As hipóteses de cabimento de embargos na execução contra a Fazenda Pública coincidem quase integralmente com as de cabimento da impugnação, em execução de título judicial (art. 475-L).

O procedimento é o mesmo dos embargos de devedor em geral, com a ressalva de que, como prazo de apresentação é de dez dias, e não de quinze, o prazo para impugná-los será também de dez dias. O juiz verificará a necessidade ou não de produção de provas, determinando as que forem necessárias, ou promovendo o julgamento antecipado se não houver provas a produzir.

Caso a Fazenda sucumba nos embargos, a sentença estará sujeito a reexame necessário.

14.5. O precatório

Não havendo embargos, ou sendo eles julgados improcedentes, será expedido o precatório, que consiste em **uma requisição dirigida pelo presidente do tribunal competente, que deverá mencionar a natureza do crédito, para que a Fazenda Pública efetue o pagamento, respeitando a ordem cronológica de chegada**.

Dispõe o art. 730, II, do CPC: "Far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito".

Mesmo os créditos alimentares serão sujeitos a precatório, mas terão preferência de pagamento. A súmula 144 do STJ dispõe que "os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios de ordem cronológica dos créditos de natureza diversa". Haverá duas ordens cronológicas: **a dos precatórios ordinários, referentes a dívidas não alimentares; e os extraordinários, que gozam de preferência sobre os**

ordinários, emitidos para pagamento de dívidas alimentares.

O art. 731 do CPC estabelece a medida a ser tomada, caso o precatório não seja respeitado: "Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o sequestro da quantia necessária para satisfazer o débito". Essa autorização já vem dada pelo art. 100, § 2º, da CF.

Recebido o requisitório, a Fazenda Pública deverá incluir no orçamento verba suficiente para o respectivo pagamento, sob pena de o credor preterido requerer o sequestro ou representar ao procurador-geral da República ou de justiça para que promova ação objetivando a intervenção.

As questões referentes ao pagamento dos precatórios, aos cálculos e à extinção da execução são afetas ao juízo da execução. O presidente do tribunal limita-se a fazer a requisição do pagamento, por meio do precatório, e a decidir sobre eventual pedido de sequestro e de intervenção no Estado ou no Município.

15. EXECUÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

É outra forma de execução especial, prevista no CPC. **Existem três formas de promovê-la:** a convencional, prevista no art. 732 do CPC; a especial, prevista no art. 733; e por desconto em folha, prevista no art. 734.

A convencional é a que se processa como cumprimento de sentença condenatória em quantia certa, observado o procedimento estabelecido pela Lei n. 11.232/2005, arts. 475-J e ss. A especial é aquela na qual o devedor será citado para pagar em três dias, comprovar que já o fez ou provar a impossibilidade de o fazer, sob pena de ser decretada a sua prisão civil. E a por desconto é aquela em que o devedor, funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, ou empregado, terá a prestação alimentícia descontada de sua folha de pagamento.

15.1. Execução de alimentos pelo procedimento tradicional

O credor de alimentos pode sempre preferir a execução pelo método tradicional, com a penhora e expropriação de bens, na forma da Lei n. 11.232/2005. Às vezes, em razão da relação de parentesco ou decorrente de casamento ou união estável, ele quer receber, mas não quer que o devedor corra o risco de ser preso. Bastará então que proponha a execução na forma convencional.

Como a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça só permite a execução especial do art. 733 para os débitos que compreendam as três

prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo, **se o exequente pretende prestações anteriores só poderá valer-se do procedimento convencional**. A prestação de alimentos prescreve atualmente em dois anos (art. 206, § 2º, do CC).

O art. 732 estabelece que "A execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título". Ocorre que o "Capítulo IV deste Título", a que se refere o dispositivo legal, trata da execução por quantia fundada em título executivo extrajudicial.

Isso levantou dúvidas a respeito do procedimento: afinal, a execução da sentença condenatória de alimentos seria feita como cumprimento de sentença, sem novo processo e sem citação do devedor (art. 475-J) ou na forma das execuções por título extrajudicial, por processo autônomo e nova citação?

A sentença condenatória em alimentos deve ser executada como toda sentença condenatória ao pagamento de determinada quantia, isto é, na forma dos arts. 475-J e ss. A remissão feita pelo art. 732 do CPC ao "Capítulo IV deste Título" decorre, ao que parece, de um equívoco legislativo. É que o tal capítulo, de início, se referia às execuções por quantia em geral, fundadas em título judicial ou extrajudicial. Após a reforma, as execuções de título judicial deixaram de ser tratadas no Livro II, e passaram a ser reguladas como cumprimento de sentença, no Livro I. **Por um lapso, o art. 732 não foi alterado, e continuou fazendo remissão a um capítulo e a um título que já não dizem mais respeito aos títulos judiciais**.

Nem por isso, a execução da sentença de alimentos far-se-á como a de títulos extrajudiciais. Mais ainda do que as outras sentenças, a de alimentos exige uma execução pronta e eficiente, e o procedimento dos arts. 475-J e ss. é mais apropriado, dispensando nova citação do devedor.

15.2. Execução especial de alimentos

É a que vem regulada no art. 733 do CPC, cujo *caput* aduz: "Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo".

O credor não poderá valer-se da execução especial, para exigir todo o crédito de alimentos, mas apenas os três últimos, vencidos antes do ajuizamento da execução, e os que se forem vencendo no seu curso. É o que dispõe a Súmula 309 do STJ. As anteriores terão de ser cobradas por execução convencional, respeitado o prazo prescricional de dois anos, a

contar dos respectivos vencimentos.

O que distingue a execução especial de sentença condenatória em alimentos é que ela constituirá um processo subsequente ao de conhecimento, e não apenas uma fase: **tanto que o devedor continua tendo de ser citado**.

A redação do *caput* do art. 733 poderia levar à impressão de que só a sentença ou decisão concessiva de alimentos provisionais é que poderia ensejar a execução especial. Alimentos provisionais são aqueles de natureza cautelar, cabíveis nas hipóteses do art. 852 do CPC.

Mas não é assim: **a execução especial pode ser utilizada tanto em relação a alimentos fixados em cognição sumária, provisórios ou provisionais, como definitivos, fixados por sentença**, mas desde que decorrentes do direito de família, isto é, de parentesco, casamento ou união estável. As ações em que se pede a condenação do réu ao pagamento de prestação alimentícia podem ter procedimento especial ou comum. Terão procedimento especial, quando há prova pré-constituída da obrigação alimentar. Se houver prova de parentesco, união estável ou casamento, terão rito especial, no qual é admissível a concessão de liminar de alimentos provisórios. Quando não houver prova pré-constituída, como, por exemplo, na ação de alimentos proposta contra aquele que não reconheceu a paternidade do autor, correrá pelo procedimento comum, sem alimentos provisórios. Estes não se confundem com os provisionais, **pois são os fixados liminarmente em ação de alimentos de procedimento especial; enquanto estes têm natureza cautelar e são fixados nas hipóteses do art. 852 do CPC**.

Os alimentos de caráter indenizatório, que decorrem de ato ilícito, quando o réu é condenado a pagar pensão ao autor ou a seus herdeiros, em caso de incapacidade ou morte, **são executados na forma convencional, sem possibilidade de prisão do devedor**.

15.2.1. Procedimento

Feita a citação do devedor, ele terá o prazo de três dias para tomar uma entre três condutas possíveis. Poderá:

- pagar, caso em que a execução será extinta;
- provar que já pagou, caso em que também haverá extinção;
- justificar a impossibilidade de efetuar o pagamento. Se for essa a escolha, **o juiz terá de dar ao réu oportunidade de fazer prova do alegado**, instituindo uma espécie de pequena instrução no bojo da execução, com a possibilidade até de designar audiência de instrução e

julgamento. A comprovação da impossibilidade do executado servirá apenas para afastar a prisão. Mas o devedor não ficará isento do pagamento das prestações, que poderão ser executadas na forma convencional, com penhora de bens. Ainda que comprovada a impossibilidade, **o juiz da execução não poderá reduzir o valor das prestações futuras, o que só poderá ser determinado em ação revisional de alimentos**.

Se o devedor, no prazo de três dias, não fizer nem uma coisa nem outra, isto é, não pagar, provar que pagou ou comprovar a impossibilidade de pagamento, o juiz decretar-lhe-á a prisão civil.

15.2.2. Prisão civil do devedor de alimentos

Desde que o Supremo Tribunal Federal afastou a prisão civil do depositário infiel, **a do devedor de alimentos tornou-se a única hipótese de prisão por dívida** (CF, art. 5º, LXVII).

Ela não constitui pena, mas meio de coerção. Tanto que, feito o pagamento, o devedor será imediatamente posto em liberdade.

A prisão civil não pode ser decretada de ofício, mas depende do requerimento do credor; por razões pessoais, e dadas as ligações que mantém ou manteve com o devedor, ele pode não desejar que ela seja decretada. Há controvérsias quanto à possibilidade de o Ministério Público a requerer, nos casos em que intervenha. Parece-nos que, pela mesma razão, não se justifica que o faça, cabendo tão somente ao credor a iniciativa.

A prisão pode ser decretada tanto na execução especial de alimentos definitivos como provisórios ou provisionais.

O CPC prevê que o prazo dela é de um a três meses (CPC, art. 733, § 1º). **Mas prevalece o entendimento de que deve valer o prazo estabelecido na Lei de Alimentos, de até sessenta dias** (art. 19, da Lei n. 5.478/68). Embora o CPC seja posterior, a Lei de Alimentos é especial, e deve prevalecer sobre a geral. Nesse sentido: "É ilegal a prisão do devedor de pensão alimentícia por prazo superior ao previsto na Lei de Alimentos (60 dias), pois esta, em face do princípio da especialidade das normas, prevalece sobre o prazo prisional prevista no Código de Processo Civil" (*RT* 854/345).

O § 2º do art. 733 esclarece que "o cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas", que poderão ser cobradas na forma convencional, com penhora de bens. **Mas o devedor não pode ser preso mais de uma vez, pelas mesmas prestações**. Ele poderá ser preso novamente se não efetuar o pagamento das novas, que se forem

vencendo.

15.2.3. O desconto em folha

Foi previsto no art. 734 do CPC: "Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia".

A comunicação será feita por ofício à autora, empresa ou empregador. Do ofício, constarão os nomes do credor, do devedor, a importância e o tempo de duração da prestação.

Esse é o meio mais eficiente de executar a prestação alimentícia, embora só seja possível quando o devedor tem emprego fixo.

15.2.4. Possibilidade de cumulação de execuções com procedimento especial e convencional

É comum que o exequente postule, no mesmo processo, a execução de parcelas mais recentes, pelo procedimento especial, e de parcelas mais antigas, pelo procedimento convencional.

Mas isso não pode ser admitido, já que um dos requisitos da cumulação é que os procedimentos sejam compatíveis. Ora, o procedimento do art. 733 é diferente do cumprimento de sentença do art. 732. No primeiro, o devedor é citado para pagar em três dias, provar que o fez, ou justificar a impossibilidade de o fazer, sob pena de prisão. Não é possível conciliar esse procedimento, com o da Lei n. 11.232/2005, na qual não há citação, e o devedor é apenas intimado para pagar em quinze dias, sob pena de multa de 10% e expedição de mandado de penhora e avaliação.

Só será possível a cobrança das parcelas recentes e das mais antigas no mesmo processo de execução, se o credor abrir mão do procedimento especial em relação àquelas, e optar pelo procedimento comum. Mas isso terá a desvantagem de não lhe permitir o uso da prisão civil, como meio de coerção.

16. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR INSOLVENTE

16.1. Introdução

Os limites a que se propõe o presente curso justificam que se examine esse tipo de execução de forma bastante resumida, com a finalidade única de dar uma breve noção ao leitor, de seu funcionamento.

O que há nela de peculiar é não ser feita de modo individual, em

benefício de um ou alguns credores, mas de forma coletiva, em proveito da universalidade deles.

Decretada a insolvência do devedor, todo o seu patrimônio servirá para o pagamento dos credores, respeitadas as suas forças e as preferências de crédito.

O processo de execução contra devedor insolvente é autônomo, e resulta de uma prévia declaração de insolvência do devedor, requerida por um ou mais credores. **Não é possível converter a execução contra devedor solvente em contra devedor insolvente** se no curso daquela verificar-se que o patrimônio do devedor é insuficiente para fazer frente aos seus débitos.

16.2. Procedimento — as duas fases

A execução por quantia contra devedor insolvente pressupõe sempre uma fase prévia, cuja finalidade é obter a declaração de insolvência do devedor. Essa primeira fase tem natureza cognitiva, e não executiva.

Há grande semelhança com o que ocorre nos processos de falência: antes de iniciar-se a execução coletiva, há uma fase inicial de declaração da quebra.

A primeira fase, de cunho cognitivo, conclui-se com a sentença que, se for de procedência, declarará a insolvência do devedor, e permitirá o início da execução coletiva.

Mas há uma diferença fundamental entre os requisitos da falência da empresa, e da declaração de insolvência civil: a primeira será decretada, bastando que se prove a impontualidade do devedor, ou a prática de atos de falência. De acordo com o art. 94 e incisos da Lei n. 11.101/2005, a quebra será decretada quando o devedor não pagou dívida líquida, certa e exigível, de valor superior a quarenta salários mínimos, na data aprazada, ou praticou atos de falência. Não é relevante que o passivo do devedor ultrapasse, ou não, o ativo. **A quebra será decretada mesmo que este supere aquele, desde que haja impontualidade ou atos falimentares**.

Já a insolvência civil pressupõe que, na fase cognitiva, fique demonstrado **que os débitos do devedor ultrapassam o seu ativo**.

Por isso a primeira fase do procedimento é necessária. Para que o credor procure fazer a demonstração do estado de insolvência, e para que o devedor tenha a oportunidade de fazer a prova contrária.

Nas hipóteses do art. 750 do CPC, a insolvência será presumida, mas a presunção é relativa (*juris tantum*), cumprindo ao devedor afastá-la.

16.2.1. A primeira fase — declaração de insolvência

16.2.1.1. Requerida pelo credor

Qualquer credor quirografário pode requerer a declaração de insolvência do devedor, esteja munido de título executivo judicial ou extrajudicial. Mas é preciso que seja quirografário. Ao preferencial não se reconhece interesse em postular a declaração de insolvência, porque, dada a natureza de seu crédito, ele tem garantias de prioridade no recebimento. **Mas ele pode renunciar à preferência, se deseja formular o requerimento**.

Ainda que o devedor esteja em estado de insolvência, qualquer credor, quirografário ou preferencial, pode preferir tentar valer-se da execução por quantia certa contra devedor solvente, em vez de postular a declaração de insolvência, tal como qualquer credor de devedor comerciante pode preferir, havendo impontualidade, promover a cobrança individual do crédito, em vez de postular a decretação da quebra.

Tendo o credor requerido a insolvência, o juiz mandará citar o devedor para, em dez dias, opor embargos. Como essa primeira fase é de conhecimento, tem-se reconhecido que, conquanto a lei se refira a "embargos", **a defesa do devedor terá natureza de verdadeira contestação, e não de ação autônoma**, como a expressão "embargos" poderia sugerir.

Na contestação, o devedor poderá valer-se das defesas do art. 475-L, se o título for judicial, ou do art. 745, se extrajudicial, que sejam compatíveis com o pedido de declaração de insolvência. Além disso, o devedor poderá alegar que não se encontra em estado de insolvência, cabendo-lhe provar que tem bens suficientes.

O devedor poderá ilidir o pedido de insolvência, depositando em juízo o valor do crédito, tal como ocorre nos processos de falência. Isso não impedirá que o juiz acolha os embargos e julgue improcedente a pretensão do autor; mas, se ele afastá-los, e acolher o pedido inicial, **não declarará a insolvência, mas autorizará o credor a levantar o valor depositado**.

Se houver necessidade, o juiz determinará as provas necessárias para formar a sua convicção, designando, se for o caso, audiência de instrução e julgamento.

A primeira fase será concluída com sentença, no prazo de dez dias. Em caso de procedência, será declarada a insolvência do devedor, passando-se à segunda fase do processo.

16.2.1.2. Insolvência requerida pelo devedor ou seu espólio

Tal como a falência, a insolvência também pode ser declarada a pedido do devedor. Bastará que apresente uma petição dirigida ao juiz, indicando a relação dos credores, de seus bens, acompanhada de um relatório de seu estado patrimonial, com a indicação das causas que determinaram a insolvência (CPC, art. 760).

16.2.2. A declaração judicial de insolvência

Nos termos do art. 761 do CPC, a insolvência será declarada por sentença na qual o juiz:

- nomeará, dentre os maiores credores, um administrador da massa;
- mandará expedir edital, convocando os credores para que apresentem, no prazo de vinte dias, a declaração do crédito, acompanhada do respectivo título.

Essa sentença provocará o vencimento antecipado de todas as dívidas do devedor, e ao juízo da insolvência concorrerão todos os credores. As execuções individuais contra ele promovidas que estejam em curso serão remetidas ao juízo da insolvência.

As atribuições do administrador estão previstas nos arts. 763 a 767 do CPC.

Na segunda fase, de execução coletiva propriamente dita, serão arrecadados os bens do devedor, verificados e classificados os créditos, de acordo com a preferência.

Posteriormente, serão alienados judicialmente, e os credores serão pagos, observadas as respectivas prelações.

17. A REFORMA DA EXECUÇÃO E O DIREITO INTERTEMPORAL

Com a entrada em vigor, em 23 de junho de 2006, da Lei n. 11.232/2005, que implantou o novo sistema de cumprimento das sentenças condenatórias ao pagamento de quantia certa, surgiram importantes questões de direito intertemporal.

Aquelas execuções concluídas antes disso não foram afetadas, porque a lei nova não pode retroagir para alcançar processos já extintos, nem para prejudicar atos processuais já realizados.

Também não surgiram dúvidas a respeito dos títulos executivos que se constituíram somente após a vigência da nova lei, já que a execução neles fundada adotou o novo procedimento.

As dúvidas surgiram a propósito das execuções em andamento. A

regra geral de direito intertemporal, no processo civil, é a de que **a lei nova alcança os processos em andamento, devendo ser respeitados os atos processuais já praticados na vigência da lei antiga**.

Se, na vigência da lei anterior, o executado já fora citado para pagar, em 24 horas, ou nomear bens à penhora, terá ele o direito processual adquirido de o fazer, indicando quais os bens sobre os quais a penhora possa recair. Ainda que a lei nova atribua o direito de indicação ao credor, se o devedor foi citado na vigência da lei anterior, caberá a ele a prioridade de indicação.

Mas os atos processuais subsequentes já serão realizados de acordo com a nova lei. Será expedido mandado de penhora e avaliação, e o devedor será intimado para, no prazo de quinze dias, apresentar impugnação.

Mas, se ainda na vigência da lei antiga, foi realizada a penhora e o devedor foi intimado para embargar (no prazo de dez dias, da lei antiga), **será por embargos que ele poderá se defender, prosseguindo-se sob a forma da lei antiga, caso em que a avaliação só poderá ser feita depois de julgados os embargos, como era antes da edição da Lei n. 11.232/2005.** No entanto, na fase expropriatória, será aplicável a lei nova, e a adjudicação, alienação ou arrematação de bens será feita em conformidade com a nova lei.

A multa de 10% só será aplicável se o devedor ainda não tiver sido citado, na vigência da lei antiga, quando da entrada em vigor da lei nova. Se a citação já se realizou, para que ele pague ou nomeie bens à penhora, a multa não pode ser cobrada. Se não tinha sido citado quando a Lei n. 11.232/2005 entrou em vigor, então não mais o será, bastando que seja intimado para o pagamento, sob pena de multa.

As mesmas regras valem para a reforma da execução por quantia fundada em título extrajudicial, promovida pela Lei n. 11.232/2006. Os processos já concluídos não serão afetados pela nova lei; os ainda não iniciados serão inteiramente regidos por ela.

A lei nova aplica-se aos processos em curso, mas devem ser respeitados os atos processuais já realizados e os direitos processuais adquiridos.

Se o devedor já havia sido citado para, em 24 horas, pagar ou nomear bens à penhora, será dele a prioridade de indicação dos bens penhoráveis. O prazo para embargos não estará fluindo, ainda, porque ele não foi intimado do prazo para apresentá-los. Somente depois da penhora e da intimação desta é que fluirá o prazo para tanto, não sendo aplicáveis

ainda as regras da lei nova.

1 Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, 4º volume, *Responsabilidade civil*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 354.

2 Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, p. 964.

7

DA SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DAS EXECUÇÕES

1. Da suspensão do processo de execução

2. Extinção da execução

3. A sentença de extinção

4. Questões

1. DA SUSPENSÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

São variadas as razões pelas quais a execução pode ser suspensa. O art. 791 enumera algumas, em rol que não é taxativo. Suspende-se a execução:

I — **no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução** (art. 739-A). Conquanto excepcional, o efeito suspensivo pode ser concedido, tanto aos embargos quanto à impugnação, caso em que a execução ficará suspensa até que eles sejam julgados;

II — nas hipóteses previstas no art. 265, I a III, isto é, quando houver **a morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador**; quando as partes convencionarem a suspensão ou quando for apresentada exceção de incompetência, suspeição ou impedimento;

III — **quando o devedor não possuir bens penhoráveis**. Essa é a causa mais frequente de suspensão. A execução por quantia só pode prosseguir com a penhora de bens, que serão oportunamente excutidos para pagamento da dívida. Mas se o devedor não tem bens, nada resta senão a suspensão, até que o devedor venha a adquirir algum bem, que possa garantir o pagamento do débito. **A falta de bens não ensejará a extinção, mas a suspensão da extinção até que sejam localizados**.

Mas o processo ficaria paralisado indefinidamente? E se o devedor nunca adquirir bens, ou o fizer muitos anos depois? Ainda assim, a execução poderia prosseguir? Não existindo bens, em princípio não corre o prazo de prescrição, porque a suspensão não decorre da inércia do credor. Os autos serão remetidos ao arquivo, e ali permanecerão até que possam ser penhorados bens do devedor. Mas, se remetidos os autos ao arquivo, e o credor não efetuar nenhuma diligência para verificar se o devedor adquiriu bens, poderá ficar configurada a negligência.

A sugestão de Cândido Dinamarco para a solução do problema é bastante aceitável: "É por isso muito razoável o entendimento de que, perdurando mais de um ano a paralisação por falta de bens, a partir de então comece a fluir o prazo para uma prescrição intercorrente se o executado nada diligenciar com o objetivo de localizar o que penhorar. Essa é a solução adotada nos executivos fiscais, onde, por imposição do art. 174 do Código Tributário Nacional, após passado um ano sem se encontrarem bens, começa a fluir o prazo para a prescrição intercorrente"[1].

O rol do art. 791 do CPC não é taxativo. A execução pode ficar suspensa, por exemplo, em razão de ação autônoma, anteriormente ajuizada, na qual se postula a inexigibilidade do título executivo. Ou o oferecimento de embargos de terceiro.

Determinada a suspensão do processo, não serão praticados atos processuais, ressalvadas as providências cautelares urgentes, na forma do art. 793 do CPC.

2. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO

O art. 794 do CPC enumera, em rol meramente exemplificativo, algumas formas de extinção da execução. Ela ocorrerá quando:

> I — **o devedor satisfaz a obrigação**. É a forma natural de extinção, em que a execução alcança o resultado almejado, e a pretensão do credor é satisfeita. A lei não distingue entre a satisfação obtida por ato voluntário do devedor, quando ele faz o pagamento; ou obtida coativamente, com a alienação de bens e o pagamento da dívida;
> II — **o devedor obtém, por transação ou qualquer outro meio, a remissão total da dívida**. Existem várias formas de obter a extinção de uma obrigação. O pagamento é uma delas, e vem mencionado no inc. I. Outras formas poderão ocorrer: compensação, novação, confusão, além da transação, mencionada expressamente na lei;
> III — **o credor renunciar ao crédito**. Se isso ocorrer, nada mais haverá a executar, e cumprirá ao juiz extinguir a execução.

Essas hipóteses não esgotam as de extinção. É possível, por exemplo, que a execução seja extinta quando do acolhimento de embargos, impugnação ou qualquer outro meio de defesa, nos quais o devedor demonstre que ela não pode prosseguir; se houver prescrição, se inexistir título executivo, ou se ele for inexigível. Ou ainda se faltar uma das condições da ação executiva ou um dos pressupostos processuais da execução.

Também pode haver extinção em caso de desistência da execução, pelo credor.

■ 3. A SENTENÇA DE EXTINÇÃO

A extinção da execução será sempre declarada por sentença, esteja ela fundada em título judicial — caso em que a sentença porá fim ao processo sincrético, iniciado com a fase cognitiva — ou em título extrajudicial.

Mas ela não pode ser comparada com as proferidas nos processos de conhecimento, que podem ser de extinção com ou sem julgamento de mérito. A finalidade dessa sentença é simplesmente encerrar a execução, porque alguma das causas extintivas está presente. Ela tem função estritamente processual, de dar por encerrada a execução.

O mérito da execução consiste na pretensão à satisfação do credor, obtida com atos materiais, concretos, como penhoras e expropriações de bens.

A execução pode ser extinta tendo o devedor sido satisfeito, como nos casos de pagamento, compensação, transação; ou sem a satisfação do credor, como na desistência, ou verificação da falta de condições da ação executiva ou de pressupostos processuais da execução. Nem por isso a sentença será de mérito, no primeiro caso, e de extinção sem julgamento de mérito, no segundo, porque não é ela que satisfaz ou não o credor, mas os atos que se realizaram no processo.

■ 4. QUESTÕES

1. (Ministério Público/SP — 86° — 2009) Considere as assertivas seguintes:

I. A pensão alimentícia do filho é automaticamente cancelada com o alcance da maioridade, independentemente de decisão judicial.
II. A prisão civil do alimentante não é possível no caso de inadimplemento de parcelas vencidas após o ajuizamento da execução de prestação alimentícia.

III. O Ministério Público não pode requerer a prisão do alimentante nos processos em que atua como fiscal da lei.

Assinale a alternativa correta:

a) Somente III é verdadeira.
b) Somente I e II são verdadeiras.
c) Somente I e III são verdadeiras.
d) Somente II e III são verdadeiras.
e) Todas as assertivas são falsas.

Resposta: "a".

2. (Juiz de Direito/SP — 2008) Assinale a alternativa falsa acerca dos títulos executivos extrajudiciais:

a) São títulos executivos extrajudiciais a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.
b) Os títulos executivos extrajudiciais oriundos de país estrangeiro dependem de homologação pelo STJ para serem aqui executados, devendo satisfazer os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação.
c) Constituem títulos executivos extrajudiciais o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio, e os créditos decorrentes de foro e laudêmio.
d) A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

Resposta: "b".

3. (Juiz de Direito/SP — 2007) Assinale a alternativa incorreta sobre execução:

a) Conforme súmula do Superior Tribunal de Justiça, o encargo de depositário dos bens penhorados em execução não pode ser recusado pelo executado.
b) O fiador executado, quando pagar a dívida, poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo.
c) A penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, quando apresentada certidão da respectiva matrícula.
d) A penhora de crédito representado por cheque far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não em poder do devedor.

Resposta: "a".

4. (Juiz de Direito/SP — 2007) Assinale a alternativa incorreta.

a) Na execução para entrega da coisa certa, se ela tiver sido alienada, será ouvido o terceiro adquirente antes da expedição de mandado de busca e apreensão, mesmo que a transferência de propriedade tenha sucedido quando já litigiosa a coisa.
b) Na execução contra a Fazenda Pública, há excesso na execução quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título.
c) Na mesma execução, há excesso de execução se o credor não provar que a condição se realizou.
d) Nos embargos de retenção por benfeitorias, o exequente poderá requerer compensação com frutos ou danos que se considerem devidos pelo executado.

Resposta: "a".

5. (Juiz de Direito/MG — 2006) Quando o imóvel de incapaz não alcançar em praça pelo menos 80% (oitenta por cento) do valor da avaliação, o juiz:

a) suspenderá a praça e determinará nova avaliação com designação de nova data;
b) o confiará à guarda e administração de depositário idôneo, adiando a alienação por prazo não superior a 1 (um) ano;
c) o confiará à guarda e administração do representante legal e designará, desde logo, dia e hora para outra praça;
d) suspenderá a praça, adiando a alienação pelo prazo de 1 (um) ano, salvo justificada discordância do representante legal.

Resposta: "b".

6. (Promotor de Justiça/SP — 2005) Leia as assertivas a seguir:

I. Extingue-se a execução se o devedor não tiver bens penhoráveis.
II. Extingue-se a execução quando o devedor obtém a remissão parcial da dívida.
III. Extingue-se a execução se o credor não cumprir a obrigação que lhe cabe, quando o devedor já tenha depositado em juízo a coisa ou a prestação exigida por aquele, quando se tratar de obrigação decorrente de contratos bilaterais.
IV. Extingue-se a execução se o credor aquiescer ao pedido de parcelamento do débito.
V. Extingue-se a execução na hipótese de morte do procurador do executado, considerando a perda da capacidade postulatória deste.

Assinale a alternativa correta.

a) A afirmativa I é verdadeira, mas a IV é falsa.
b) As afirmativas I e III são verdadeiras.
c) A afirmativa IV é falsa, mas a V é verdadeira.
d) A afirmativa III é verdadeira.

e) As afirmativas II e III são falsas.

Resposta: "e".

7. (Juiz de Direito/MG — 2004) Na execução por quantia certa contra devedor solvente, o oficial de justiça, não o encontrando para a citação, deverá:

a) penhorar-lhe tantos bens quantos bastem para garantir a execução, certificando o ocorrido;
b) arrestar-lhe tantos bens quantos bastem para garantir a execução, procurando-o por 10 (dez) dias, certificando o ocorrido;
c) arrestar-lhe tantos bens quantos bastem para garantir a execução, procurando-o nos 10 (dez) dias seguintes e por 3 (três) vezes em dias distintos após a efetivação do arresto; não o encontrando, certificará o ocorrido;
d) sequestrar tantos bens quantos bastem para garantir a execução, procurando-o nos 10 (dez) dias seguintes e por 3 (três) vezes em dias distintos; não o encontrando, certificará o ocorrido.

Resposta: "c".

8. (Juiz de Direito/SP — 2006) Destas afirmações, três estão incorretas. Indique a correta.

a) Do requerimento de liquidação de sentença, que pode ser feito na pendência de recurso, a parte será intimada na pessoa de seu advogado.
b) Admitem-se a liquidação civil e a execução provisória de sentença penal condenatória.
c) Na liquidação por artigos de sentença condenatória, é admissível discussão a respeito do *an debeatur.*
d) Do ato judicial que decide a liquidação cabe apelação.

Resposta: "a".

9. (OAB/SP — 2007) Sobre os embargos à execução, é correto afirmar que:

a) somente serão cabíveis e admissíveis se garantido o juízo com a penhora;
b) somente serão cabíveis e admissíveis se citado o executado;
c) deverão ser apresentados no prazo de 15 dias, contados da juntada do mandado de citação aos autos;
d) o seu conhecimento depende de prestação de caução.

Resposta: "c".

10. (Promotor de Justiça/MG — 2007) Ao ser citado, o executado

deverá efetuar o pagamento da dívida, não o fazendo CABERÁ:

a) ao Juiz proceder à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado;
b) ao oficial de justiça de imediato proceder à penhora das quantias depositadas em conta corrente referentes a vencimentos, soldos ou salários;
c) ao juiz, de ofício ou a requerimento do exequente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora;
d) ao credor, na inicial de execução, não indicar bens a serem penhorados;
e) ao oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe todos os seus bens.

Resposta: "c".

11. (OAB/SP — agosto 2006) Sobre a liquidação de sentença, é incorreto afirmar que:

a) será processada nos mesmos autos, sem a necessidade de instaurar-se um novo processo;
b) são duas as espécies, por artigo e cálculo;
c) o pronunciamento que determina o *quantum debeatur* é decisão interlocutória e, por isso, agravável;
d) não haverá liquidação de sentença em procedimento sumário.

Resposta: "b".

12. (OAB/SP — agosto 2006) De posse de uma sentença condenatória, transitada em julgado onde já se encontra presente o an debeatur e o quantum debeatur, a parte credora:

a) instaurar o processo de execução, apresentando o cálculo devidamente atualizado e requerendo a citação para o pagamento em 24 horas, sob pena de penhora;
b) apresentar o cálculo devidamente atualizado mais a multa de 10% e requerer a penhora e avaliação;
c) requerer a instauração da liquidação para apurar o valor do débito devidamente atualizado, para só depois praticar atos de natureza executiva;
d) requerer a citação do devedor para pagar em 15 dias, sob pena de incidir multa de 10% sobre o valor total do débito.

Resposta: "b".

13. (OAB/SP — janeiro 2006) São sujeitos passivos na ação de execução:

a) o devedor, reconhecido como tal no título executivo; o novo devedor; o espólio; o responsável tributário e o fiador;
b) o devedor, seus herdeiros e sucessores a título universal ou singular;
c) o devedor; o sócio ou acionista, independentemente de se desconsiderar a pessoa jurídica ou atribuir-lhe responsabilidade direta;
d) tão somente o devedor reconhecido no título como tal; outras pessoas somente responderão pela execução se participarem do processo executivo.

Resposta: "a".

14. (Juiz de Direito — TJ/PA — 2005) Analise as proposições a seguir.

Ao estimar o valor dos bens penhorados, não se procederá à avaliação se:

I. o credor aceitar a estimativa feita na nomeação de bens;
II. se tratar de títulos ou mercadorias que tenham cotação em bolsa, comprovada por certidão ou publicação oficial;
III. os bens forem de pequeno valor.
Assinale:
a) se apenas a proposição I estiver correta;
b) se apenas a proposição II estiver correta;
c) se apenas as proposições I e II estiverem corretas;
d) se todas as proposições estiverem corretas. (Obs.: resposta em desacordo com a nova redação do CPC);
e) se nenhuma estiver correta.

Resposta: "c".

15. (Ministério Público/SP — 2009 — 86º) Assinale a alternativa correta.

a) Nenhum título executivo judicial depende da instauração de novo processo para a sua execução.
b) É de valor fixo e invariável a multa coercitiva prevista para estimular o cumprimento de sentença condenatória que tem por objeto obrigação de fazer, de não fazer ou entregar coisa.
c) O juiz não pode impor de ofício a multa coercitiva para o cumprimento da sentença condenatória que tem por objeto obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa.
d) Não é possível condenação de pagamento de honorários advocatícios em cumprimento de sentença nem em impugnação.
e) Independe de embargos e pode ser feita por meio de simples petição a defesa do executado diante do cumprimento de sentença que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa.

Resposta: "e".

16. (Ministério Público/SP — 2010) Os embargos do devedor, na ação de execução por título extrajudicial contra devedor solvente:

a) Podem ser opostos independentemente de segurança do juízo.
b) Podem ser opostos somente após seguro o juízo.
c) Em regra, terão efeito suspensivo.
d) Nunca terão efeito suspensivo.
e) Nenhuma das anteriores.

Resposta: "a".

17. (Ministério Público/SP — 2011) Da decisão que julgar a liquidação de sentença caberá:

a) embargos do devedor, seguro o juízo.
b) recurso de apelação.
c) exceção de executividade.
d) objeção de executividade.
e) recurso de agravo de instrumento.

Resposta: "e".

18. (Magistratura/SP — 2011) A impugnação, na fase de cumprimento de sentença:

a) terá efeito suspensivo, em regra.
b) não impedirá o prosseguimento da execução, mesmo que tenha efeito suspensivo, se o credor demonstrar que a paralisação poderá lhe causar grave dano de difícil ou incerta reparação.
c) será sempre instruída e decidida nos próprios autos.
d) será rejeitada liminarmente quando o executado alegar excesso de execução e não declarar de imediato o valor que entende correto.
e) admite somente agravo de instrumento da decisão que a julgar.

Resposta: "d".

1 Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições*, v. IV, p. 784.

LIVRO IX

DA TUTELA ANTECIPADA E DA TUTELA CAUTELAR

O CPC trata, em locais diferentes, das tutelas antecipadas e das tutelas cautelares. As primeiras, em dispositivos diversos do CPC, em regra do Livro I, que cuida do processo de conhecimento. **Para as segundas, o CPC reservou o Livro III, dividido em dois capítulos, que versam sobre as disposições gerais relativas às medidas cautelares e sobre os procedimentos cautelares específicos**.

Poderia suscitar-se dúvida sobre a conveniência de tratar os dois tipos de tutela conjuntamente, em vez de tratar a primeira como incidente do processo de conhecimento, e a segunda como processo autônomo.

Mas a atual sistemática recomenda que assim seja feito, por várias razões:

- atualmente, **no bojo do processo ou da fase de conhecimento podem ser concedidas tanto tutelas antecipadas, quanto cautelares**, sem que para estas, haja necessidade de processos cautelares autônomos;
- a tutela cautelar é **sempre** de urgência, pressupõe a necessidade de afastar um prejuízo irreparável ou de difícil reparação; a tutela antecipada é, **quase sempre**, de urgência, porque tem os mesmos pressupostos; mas há casos em que pode ser concedida sem urgência, **como nos de incontrovérsia, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu**. Isso tem feito com que muitos reúnam os dois tipos sob a epígrafe comum de "tutelas de urgência", com a ressalva de que a tutela antecipada nem sempre exige urgência;
- **a lei estabelece a fungibilidade entre os dois tipos de tutela**, porque nem sempre será possível identificar, com precisão, quando será antecipada ou cautelar havendo, em determinados casos, uma espécie de "zona cinzenta" entre as duas categorias;
- conquanto o legislador reserve o Livro III do CPC para o processo cautelar, um exame das cautelares específicas indica que ele incluiu entre elas medidas que não têm natureza cautelar. Há medidas judiciais de natureza diversa, incluídas entre as cautelares por engano.

Por essas razões, pareceu-nos conveniente tratar dos dois tipos de medida neste Livro IX. Nem por isso deixaremos de identificar cada uma, examinando-as em separado, para que seja possível indicar as suas principais características, o que têm em comum, e o que há de diferente. O presente livro será dividido em dois capítulos, o primeiro destinado ao exame da tutela antecipada, e o segundo, da tutela cautelar.

1

DA TUTELA ANTECIPADA

1. Introdução

2. A tutela antecipada e a efetividade do processo

3. Conceito

4. Satisfatividade e caráter provisório

5. Tutela antecipada e cautelar

6. Requisitos para a concessão da tutela antecipada

- 6.1. Requerimento do autor
- 6.2. Prova inequívoca da verossimilhança da alegação
- 6.3. Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação
- 6.4. O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu
- 6.5. A não irreversibilidade dos efeitos do provimento
- 6.6. A tutela antecipada em caso de incontrovérsia
- 6.7. A tutela antecipada nas obrigações de fazer ou não fazer (art. 461, § 3º, do CPC) e de entrega de coisa (art. 461-A, § 3º)
- 6.8. Tipos de processo em que cabe a antecipação de tutela
- 6.9. Momento para a concessão da tutela antecipada
- 6.10. Possibilidade de revogação e modificação
- 6.11. Recurso cabível

6.12. Fungibilidade entre tutela cautelar e antecipada

6.13. Tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública

6.14. A efetivação das tutelas antecipadas

1. INTRODUÇÃO

Diz-se, com frequência, que foi a partir da Lei n. 8.952/94, que deu nova redação ao art. 273 do CPC, que a tutela antecipada foi introduzida em nosso ordenamento jurídico. A assertiva não é verdadeira, porque antes da lei já havia numerosas medidas judiciais que tinham essa natureza, embora não fossem chamadas por esse nome. O que a lei fez foi **estender a possibilidade de concedê-las em qualquer ação, desde que preenchidos os requisitos genericamente estabelecidos em lei**.

Por exemplo, antes da lei, liminares nas ações de alimentos de rito especial, e nas ações possessórias, tinham natureza de antecipação de tutela.

Tanto numa como noutra, o juiz concedia antes aquilo que, por atender no todo ou em parte, à pretensão do autor, normalmente só poderia ser deferido no julgamento final, satisfazendo-o antecipadamente, e em caráter provisório. Na liminar de alimentos provisórios, ele concede ao autor o direito de cobrar os alimentos, antes da sentença. O autor era atendido em sua pretensão logo no início; o mesmo nas ações possessórias: se a pretensão do autor era a sua reintegração de posse, ao conceder a liminar — nas ações de força nova — o juiz já lhe deferia o direito de reintegrar-se, satisfazendo-o, ainda que em caráter provisório.

Essas medidas, cuja natureza era de antecipação de tutela, **só podiam ser concedidas em algumas ações de rito especial, como nas de alimentos ou possessórias** — desde que preenchidos requisitos específicos previstos pelo legislador. Inexistia a antecipação em ações de procedimento comum, ou de procedimento especial, para a qual não havia previsão de liminares.

Com a nova lei, **generalizou-se a possibilidade de antecipação de tutela, em todos os processos de conhecimento, de procedimento comum ou especial**, para o qual não havia previsão de tutela antecipada específica — desde que preenchidos os requisitos genéricos, estabelecidos nos arts. 273 e 461 do CPC.

Se, antes, ela só cabia em ações específicas, expressamente previstas pelo legislador, e desde que preenchidos requisitos determinados, agora é admitida em geral, desde que o juiz verifique o preenchimento dos requisitos genéricos estabelecidos por lei.

2. A TUTELA ANTECIPADA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

A Lei n. 8.952/94, ao generalizar a concessão de tutelas antecipadas, atendeu a um reclamo **de maior efetividade do processo**. Talvez a maior reclamação sobre funcionamento do Judiciário seja a da morosidade da justiça, que inegavelmente acaba trazendo maiores prejuízos àquele que tem menos condições econômicas e menores possibilidades de suportar o longo transcurso do processo até o resultado final.

A tutela antecipada permite uma melhor distribuição dos ônus da demora, permitindo que o juiz, sendo verossímeis as alegações do autor, **conceda antes aquilo que só concederia ao final, quando há perigo de prejuízo irreparável, abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório, ou quando determinadas pretensões são incontroversas**.

Sem a antecipação, o ônus da demora seria sempre do autor, podendo o réu sentir-se estimulado a fazer uso dos mais diversos mecanismos para retardar o desfecho do processo.

Atualmente, se o juiz verifica que isso ocorre, antecipa a tutela e concede antes, ao autor, a satisfação de sua pretensão, em cognição sumária, de caráter provisório.

3. CONCEITO

A antecipação da tutela **consiste na possibilidade de o juiz antecipar os efeitos da sentença, para uma fase do processo anterior àquela em que normalmente tais efeitos seriam produzidos**.

A pretensão formulada pelo autor na petição inicial só pode ser acolhida pelo juiz, no todo ou em parte, na sentença. E mesmo assim, é possível que não produza efeitos de imediato, se o réu interpuser recurso dotado de efeito suspensivo. Havendo condenação, o autor não poderá promover a execução; havendo constituição ou desconstituição de relação jurídica ou declaração, não se obterão os efeitos que delas irradiam, enquanto ainda houver recurso dotado de efeito suspensivo.

Com a antecipação de tutela, o juiz antecipa para uma fase anterior, no todo ou em parte, os efeitos que seriam produzidos somente após a sentença, caso não coubesse recurso com efeito suspensivo.

Se antecipar os efeitos de uma pretensão condenatória, permitirá ao autor promover a execução do que entende devido; e se for de pretensão constitutiva ou desconstitutiva, ou declaratória, permitirá ou autor auferir as consequências jurídicas decorrentes de uma coisa ou outra.

Como a tutela antecipada é dada em cognição sumária, **as suas**

consequências são sempre provisórias. Somente com a sentença de procedência, ou do acórdão, havendo recurso, os efeitos tornar-se-ão definitivos.

Em síntese: **com a antecipação, o autor poderá obter uma consequência jurídica do processo, que só obteria normalmente muito mais tarde**.

4. SATISFATIVIDADE E CARÁTER PROVISÓRIO

O que há de mais característico é que o juiz, antecipadamente, **satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão formulada pelo autor, concedendo-lhe os efeitos ou consequências jurídicas que ele visou obter, com o ajuizamento da ação**. Se postulou a condenação, o juiz, antecipando a tutela, permitirá ao credor obter aquilo que da condenação lhe resultaria. Por isso, o juiz não pode concedê-la com efeitos que ultrapassem a extensão do provimento final, ou que tenham natureza diferente da deste. Por exemplo: não pode o juiz em ação declaratória conceder tutela antecipada condenatória.

Se a tutela antecipada fosse total, e tivesse caráter definitivo, e não provisório, o autor ficaria plenamente satisfeito. A sua pretensão teria sido atingida. Isso não ocorre, porque **ela é sempre provisória**, e precisa ser substituída por um provimento definitivo.

5. TUTELA ANTECIPADA E CAUTELAR

A satisfatividade é o mais útil para distinguir a tutela antecipatória da cautelar. As duas são provisórias, e podem ter requisitos muito assemelhados, como a verossimilhança do alegado, e o perigo de prejuízo irreparável.

Mas somente a **antecipada tem natureza satisfativa**, o juiz já concede os efeitos que, sem ela, só poderia conceder no final. Na cautelar, o juiz não defere, ainda, os efeitos pedidos, mas apenas **uma medida protetiva, assecurativa, que preserva o direito do autor, que corre risco em decorrência da demora no processo**.

Tanto a tutela antecipada quanto a cautelar podem ser úteis para afastar uma situação de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Mas diferem quanto à maneira pela qual alcançam esse resultado: enquanto a primeira afasta o perigo, atendendo ao que foi postulado, a segunda o afasta tomando alguma providência de proteção.

Imagine-se, por exemplo, que o autor corra um grave risco de não receber determinado valor. A tutela antecipada lhe concederá a possibilidade de, desde logo, promover a execução do valor, em caráter provisório, alcançando-se os efeitos almejados, que normalmente só seriam obtidos com a sentença condenatória.

Já por meio de tutela cautelar, o autor pode arrestar bens do devedor, preservando-os em mãos de um depositário para, quando obtiver sentença condenatória e não houver recurso com efeito suspensivo, poder executar a quantia que lhe é devida. A tutela cautelar não antecipa os efeitos da sentença, mas determina uma providência que protege o provimento, cujos efeitos serão alcançados ao final.

Tanto a tutela cautelar quanto a antecipada devem manter correspondência com a pretensão final, mas de formas diferentes. A primeira, por conceder, antes, aquilo que só seria concedido ao final; a segunda, por determinar providências que não satisfazem ainda a pretensão, mas viabilizam que, quando isso ocorrer, os efeitos decorrentes do provimento ainda sejam úteis para o credor.

6. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Os dois dispositivos fundamentais do CPC que tratam da tutela antecipada são os arts. 273 e 461, § 3º, do CPC.

O primeiro trata de três hipóteses distintas, em que a tutela pode ser concedida: perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação; abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e incontrovérsia, quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

O segundo trata da tutela antecipada quando houver pretensão condenatória em obrigação de fazer e não fazer.

Nos itens seguintes, serão examinados os requisitos gerais e os específicos de cada uma dessas hipóteses.

6.1. Requerimento do autor

O primeiro requisito **é que o autor requeira a antecipação de tutela**, o que vem expresso no *caput* do art. 273: "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial...".

Há divergência doutrinária a respeito da antecipação de ofício. Cássio Scarpinella Bueno entende que "à luz do 'modelo constitucional do processo civil', a resposta mais afinada é a positiva. Se o juiz, analisando o caso

concreto, constata, diante de si, tudo o que a lei reputa suficiente para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, à exceção do pedido, não será isso que o impedirá de realizar o valor 'efetividade', máxime nos casos em que a situação fática envolver a urgência da prestação da tutela jurisdicional (art. 273, I), e em que a necessidade da antecipação demonstrar-se desde a análise da petição inicial"[1].

Em sentido oposto, a lição de Nelson e Rosa Nery: "É vedado ao juiz conceder 'ex officio' a antecipação da tutela, como decorre do texto expresso do CPC 273, 'caput'. Somente diante de pedido expresso do autor é que pode o juiz conceder a medida"[2].

É esse segundo entendimento que tem obtido adesão majoritária da doutrina e da jurisprudência. Parece-nos que, se o processo versar sobre interesses disponíveis, não haverá como conceder, de ofício, a antecipação dos efeitos da tutela, ficando o requerimento ao alvedrio do autor. Mas se versar interesse indisponível, e houver risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, o juiz poderá, excepcionalmente, concedê-la.

Quando o Ministério Público for autor da ação, nenhuma dificuldade haverá quanto à possibilidade de que ele requeira a medida. Mais controvertida será a situação, quando ele o requerer na condição de fiscal da lei. Se o processo tem a intervenção do Ministério Público é porque a condição da parte ou o tipo de interesse discutido no processo é de ordem tal que recomenda um cuidado especial. Por isso, parece-nos que, **na defesa dos interesses em razão dos quais intervém, o Ministério Público poderá postular a antecipação**.

6.2. Prova inequívoca da verossimilhança da alegação

A redação do *caput* do art. 273 tem sido criticada, por aludir, simultaneamente, a prova inequívoca e a verossimilhança. A expressão "prova inequívoca" traduziria a ideia de uma prova definitiva, feita em cognição aprofundada, ao passo que verossimilhança transmitiria a ideia de algo examinado em cognição superficial.

A expressão prova inequívoca **não pode ser entendida como prova definitiva, cabal, conclusiva**, porque o provimento antecipado é provisório, dado em cognição superficial, já que a definitiva é exigida apenas para o julgamento do processo. A expressão deve ser interpretada como prova consistente que, em exame ainda superficial, sem as oportunidades de prova, seja suficiente para convencer o juiz da verossimilhança das alegações. O juízo emitido será provisório, bastando que o juiz se convença da plausibilidade das alegações.

Ao proferir a decisão concessiva, sempre fundamentada, o juiz exporá os fundamentos que o levaram a se convencer, em cognição sumária, da verossimilhança das alegações.

6.2.1. Prova inequívoca da verossimilhança da alegação e "fumus boni juris"

O *fumus boni juris,* requisito da tutela cautelar, é também verossimilhança, plausibilidade do alegado.

Costuma-se estabelecer uma diferença de gradação entre ele e a prova inequívoca da verossimilhança. A verossimilhança exigida para a concessão da tutela antecipada seria maior do que para a cautelar. Ao utilizar a expressão "prova inequívoca da verossimilhança das alegações", a lei quis marcar esse rigor maior que se exige para a primeira.

Nem sempre é fácil demarcar com precisão a linha que separa esses dois requisitos. É quase impossível dizer quando haveria apenas *fumus boni juris* e quando passa a existir a "prova inequívoca da verossimilhança do direito". O que é fundamental, para o juiz conceder a medida, seja antecipada ou cautelar, é que se convença de que as alegações são plausíveis, verossímeis, prováveis.

Entre os requisitos da tutela antecipada nas ações em que se pretende a condenação do réu em obrigação de fazer ou não fazer, o legislador não se vale nem de uma expressão, nem de outra, exigindo que sejam **"relevantes os fundamentos da demanda"** (art. 461, § 3º), mesmo requisito da liminar em mandado de segurança (art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009). Costuma-se dizer que esse requisito seria mais rigoroso do que a prova inequívoca da verossimilhança das alegações, mas valem as mesmas considerações, de que é muito difícil traçar os limites entre cada um desses requisitos, já que todos eles exigem que as alegações sejam plausíveis e verossímeis a ponto de convencer o juiz, em cognição sumária.

6.3. Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação

Uma das hipóteses para a tutela antecipada é a da **existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**.

Não basta prova robusta da verossimilhança do direito. É preciso que a demora do processo possa trazer dano irreparável para o autor. Não dano remoto, hipotético ou improvável. Mas fundado em elementos que permitam concluir pela probabilidade iminente, caso a tutela não seja concedida, de que venha a ocorrer e não possa ser reparado, ou seja de difícil reparação. **Não basta um temor subjetivo da parte. É preciso que haja elementos objetivos que levem ao convencimento de que o dano**

ocorrerá ou se agravará, se a tutela não for concedida.

Esse requisito é comum às tutelas cautelares. Por isso, havendo verossimilhança das alegações, e *periculum in mora*, o autor poderá requerer qualquer dos dois tipos, a cautelar e a antecipatória, já que ambas poderão ser úteis para afastar o risco iminente. E como são fungíveis entre si, o juiz poderá conceder tutela diferente da pleiteada, desde que verifique ser mais adequada.

As tutelas cautelares e as antecipadas, deferidas com base em perigo de dano irreparável, podem ser reunidas sob o título comum de "tutelas de urgência".

6.3.1. As tutelas de urgência e a proporcionalidade

Ao deferir uma tutela antecipada de urgência, o juiz objetiva afastar um perigo iminente de dano irreparável ou de difícil reparação. Ao fazê-lo, pode ocasionar um dano para o réu, que se verá obrigado a cumprir a determinação, antes que se torne definitiva.

A medida é deferida em cognição sumária, quando o juiz ainda não tem todos os elementos para decidir quem tem razão. A lei toma alguns cuidados, exigindo a prova inequívoca da verossimilhança, e o receio fundado de dano.

Além de examiná-los, **deve o juiz comparar os danos que poderão ocorrer caso ele conceda a tutela e caso não a conceda**. Essa comparação deve ajudá-lo na hora de decidir, embora não seja o único critério.

O juiz levará em consideração eventual desproporção entre os danos que poderão advir do deferimento ou do indeferimento da liminar. **Deve cotejar ainda os valores jurídicos que estão em risco, num caso ou noutro**. Se o deferimento da liminar pode afastar um risco à vida do autor, embora possa trazer prejuízo patrimonial ao réu, o juiz deve levar essa circunstância em consideração, junto com os demais requisitos da tutela.

6.4. O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu

A segunda hipótese de antecipação de tutela é a **da existência do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu**, o que dispensa a situação de urgência. O juiz a concede quando, no curso do processo, **a conduta do réu é tal que permite inferir que está protelando o julgamento, ou buscando auferir vantagens indevidas, pelo decurso do tempo**. Nesse caso, a tutela tem menos caráter preventivo, como na situação anterior, e mais repressivo: **visa sancionar a atitude abusiva, de má-fé, de**

abuso por parte do réu. Se o juiz constata que ele se aproveita para fazer recair o ônus da demora do processo exclusivamente sobre o autor, concede a tutela como forma de redistribuir esse ônus. Afinal, concedida a medida, passará a ser do interesse do réu que o processo tenha rápida solução.

O requisito ficará caracterizado quando o réu suscita defesas ou argumentos inconsistentes apenas para ganhar tempo, ou incidentes protelatórios, para retardar o julgamento. Se a matéria é só de direito, e a defesa do réu é manifestamente protelatória, nem será caso de antecipação de tutela, mas de julgamento antecipado da lide. Mas, quando o julgamento não é ainda possível, porque há necessidade de provas, a medida poderá ser concedida.

6.5. A não irreversibilidade dos efeitos do provimento

Um dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, **nos casos de urgência e de abuso de direito de defesa, é que os seus efeitos não sejam irreversíveis**. A irreversibilidade não é do provimento, já que este, em princípio, sempre poderá ser revertido, **mas dos efeitos que ele produz**.

Não é fácil determinar quando o provimento é ou não irreversível. Em princípio, seria reversível aquele que, **em caso de posterior revogação, não impeça as partes de serem repostas ao *status quo ante***.

Mas há situações complexas: às vezes, a volta à situação anterior não é impossível, mas muito difícil. Por exemplo: impor ao réu o pagamento de determinada quantia é reversível, porque a quantia pode ser reposta; mas no caso concreto, a reposição pode ser muito difícil, porque o autor não tem condições econômicas para tanto.

Haverá ainda irreversibilidade quando as partes não puderem ser repostas ao *status quo ante*, embora possa haver conversão em perdas e danos.

Não sendo reversíveis os efeitos do provimento, o juiz não deve deferir a tutela antecipada. Mas é preciso considerar que, às vezes, haverá o que Athos Gusmão Carneiro chama de **"irreversibilidade recíproca":** "Com certa frequência, o pressuposto da irreversibilidade ficará 'superado' ante a constatação da 'recíproca irreversibilidade'. Concedida a antecipação de tutela, e efetivada, cria-se situação irreversível em favor do autor; denegada, a situação será irreversível em prol do demandado"[3].

A solução será o juiz **valer-se do princípio da proporcionalidade, determinando a proteção do interesse mais relevante, e afastando o risco mais grave**.

A irreversibilidade deve ser levada em conta tanto para negar quanto para conceder a tutela. Se a concessão gerar situação irreversível, e a denegação não, o juiz deve denegá-la; se a denegação gerar situação irreversível, e a concessão não, o juiz deve concedê-la; mas se ambas gerarem situação irreversível, a solução será aplicar o princípio da proporcionalidade.

6.6. A tutela antecipada em caso de incontrovérsia

O art. 273, § 6º, autoriza a concessão de tutela antecipada em uma terceira situação, diferente das duas anteriores. **Trata-se da hipótese de incontrovérsia:** "A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso".

Não havendo controvérsia, o alegado pelo autor não será apenas verossímil. Aquilo que não é controvertido presume-se verdadeiro. **Se a falta de controvérsia for sobre todos os pedidos, não será caso de antecipação de tutela, mas de julgamento antecipado**. Mas, sendo a incontrovérsia parcial, o juiz não poderá ainda promover o julgamento, porque a sentença não pode ser cindida (há quem sustente que, com a modificação do conceito de sentença, resultante da alteração do art. 162 do CPC, seria possível ao juiz julgar um dos pedidos, e determinar o prosseguimento do processo em relação aos demais, o que daria ensejo ao surgimento de sentenças interlocutórias. Esse entendimento, conquanto respeitável, não é acolhido nesta obra. Parece-nos que o nosso sistema continua considerando que para que o ato judicial possa ser considerado sentença é preciso que, se não puser fim ao processo, ponha, pelo menos, fim à fase condenatória).

Não seria razoável que o autor tivesse de ficar esperando o julgamento final, para poder obter os efeitos do provimento relativo à pretensão incontroversa.

Por exemplo: se ele cobra uma quantia na petição inicial, e o réu só contesta metade, o juiz pode antecipar a tutela, permitindo ao autor que já promova a execução da outra metade; se o autor formula dois pedidos, e o réu só contesta um, o juiz pode antecipar a tutela em relação ao outro.

A incontrovérsia não gera presunção absoluta de veracidade, mas apenas relativa: mesmo na ausência de impugnação, o juiz pode indeferir a antecipação, se concluir que o pedido é descabido ou inverossímil. Não haverá incontrovérsia quando o autor fizer pedidos que guardem relação de prejudicialidade, e o réu impugnar um deles. Assim, em ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, não haverá

incontrovérsia sobre a pretensão a alimentos, se o réu impugnou a própria paternidade. Só há incontrovérsia quando o pedido guarda autonomia em relação a outros, que tenham sido impugnados.

Como não se trata de julgamento antecipado, mas de antecipação de tutela, a execução subsequente será provisória, e aquilo que foi concedido terá de ser confirmado na sentença. Não há necessidade, para o deferimento da tutela, **em caso de incontrovérsia, que os efeitos do provimento não sejam irreversíveis**. Afinal, o réu não impugnou a pretensão apresentada pelo autor.

6.7. A tutela antecipada nas obrigações de fazer ou não fazer (art. 461, § 3º, do CPC) e de entrega de coisa (art. 461-A, § 3º)

O CPC contém dispositivo especial, que trata da antecipação de tutela condenatória em obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa. Dispõe o art. 461, § 3º: "Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada".

Esse dispositivo trata apenas de tutela antecipada em caso de urgência. Os requisitos são praticamente os mesmos que os da tutela antecipada das demais pretensões, com ligeiras diferenças. Em vez de prova inequívoca da verossimilhança das alegações, fala-se em relevância do fundamento, e em vez de risco de dano irreparável, exige-se receio de ineficácia do provimento final. **Não nos parece que sejam relevantes as diferenças de redação**. O que se exige para a antecipação de tutela, em casos de urgência, nas obrigações em geral, exige-se também nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa.

Não há óbice à antecipação também nos casos de abuso de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório, bem como nos casos de incontrovérsia.

HIPÓTESES DE	

CABIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA	REQUISITO
Em caso de urgência	Prova inequív da verossimilhan das alegaçõe Perigo de dar irreparável ou difícil reparaç Que o provim jurisdicional n seja irreversív Que se obser princípio da proporcionalic sobretudo qu

	houver risco d irreversibilidad recíproca.
Em caso de abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório	Prova inequív da verossimilhan das alegaçõe Abuso do dire de defesa ou manifesto intu protelatório, d leve o juiz a concluir que o pretende se beneficiar da demora no processo.

	Não irreversibilidad do provimento Que não seja caso de julgamento antecipado da lide.
Em caso de incontrovérsia	Que um ou m dos pedidos cumulados, ou parte deles, f incontroverso Que o pedido incontroverso guarde autono

	sobre os dem e que a reveli possa produz efeitos. Não é precisc haja a não irreversibilidad do provimento
Nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa	Que seja relevante o fundamento d demanda e qu haja receio de ineficácia do provimento fir Admite-se também quan

houver abuso
direito de def
manifesto intu
protelatório e
incontrovérsia
caso em que
requisitos ser
os acima
mencionados.

6.8. Tipos de processo em que cabe a antecipação de tutela

O ordenamento jurídico prevê três tipos de processo: **os de conhecimento, os de execução e os cautelares**. Nos processos de conhecimento, os provimentos podem ser condenatórios, declaratórios e constitutivos. Cumpre examinar se há incompatibilidade entre a antecipação e alguns deles.

O processo de conhecimento é o campo em que, por excelência, poderá haver a concessão da medida, o que independerá do procedimento, que poderá ser especial ou comum, ordinário e sumário.

Ressalva-se, no entanto, **as ações de procedimento especial, em que há previsão de liminares específicas**, que tem natureza de antecipação de tutela, mas dependem de requisitos próprios. Os melhores exemplos são as ações de alimentos, de procedimento especial; e as possessórias de força nova. A lei processual prevê liminar própria, cuja finalidade é antecipar os efeitos da sentença, mas que depende de requisitos específicos: no caso dos alimentos, a prova pré-constituída do parentesco; e na possessória, o esbulho, turbação ou ameaça há menos de um ano e dia.

Havendo previsão de um mecanismo próprio, específico, não se há

de admitir a tutela antecipada genérica, cujos requisitos são os estabelecidos no art. 273 do CPC. Se o autor da possessória de força nova ou da ação de alimentos pretende antecipar os efeitos da tutela, deve requerer a liminar própria, de requisitos específicos.

Mas não há óbice a que seja deferida a tutela antecipada genérica, do art. 273, **nas ações de alimentos de procedimento ordinário (quando não há prova prévia de parentesco) e nas possessórias de força velha (em que a agressão à posse ocorreu há mais de ano e dia)**.

Nem por isso, desapareceram as diferenças entre as ações de alimentos de rito especial e as de rito ordinário; e as ações possessórias de força nova e as de força velha. Nas primeiras, há possibilidade de deferimento da liminar específica, cujos requisitos são diferentes que os da tutela antecipada genérica do art. 273, e em regra mais simples.

Não há controvérsia quanto à possibilidade de tutelas antecipadas **nas ações em que a pretensão é condenatória**, tanto de pagar como de fazer, não fazer ou entregar coisa.

Também nas ações constitutivas ou desconstitutivas, desde que a pretensão seja compatível com a provisoriedade da medida. Por exemplo: não é possível antecipar em ação de divórcio ou separação judicial, porque não se admite que alguém possa mudar de estado civil em caráter provisório.

Muito se discute sobre a possibilidade de antecipação de tutela nas ações declaratórias, porque elas têm por finalidade afastar uma incerteza jurídica. O juiz declara a existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou a falsidade ou veracidade de um documento, pondo fim às dúvidas a respeito. Como a tutela antecipada é sempre provisória, poder-se-ia argumentar que ela é incompatível com a pretensão declaratória, de atribuir certeza a questão a respeito da qual pairava dúvida. Para os que assim pensam, a tutela antecipada de pretensão declaratória serviria para trazer **uma certeza de natureza apenas provisória, do que resultaria um paradoxo**.

Mas o que se antecipa não é propriamente a declaração, mas os seus efeitos. O juiz não pode antecipar a tutela para declarar que uma dívida é inexigível, já que não existe inexigibilidade provisória. **Mas pode antecipar os efeitos de uma futura declaração de inexigibilidade, determinado, por exemplo, que o nome do devedor seja tirado dos cadastros de inadimplentes, ou que o protesto contra ele lavrado fique suspenso**.

6.8.1. Caberia a antecipação de tutela em execução?

Em princípio, a resposta é negativa, porque, na fase de execução, já é possível buscar a satisfação material do direito postulado, por atos concretos e materiais de satisfação do credor.

No entanto, é possível conceber, em hipóteses excepcionais, **que o juízo possa antecipar providência satisfativa, como o arresto ou até a expropriação de bens, que só poderia ser tomada mais adiante, em casos de urgência, quando houver perigo de prejuízo irreparável**.

Cândido Dinamarco esclarece: "Entre os atos pertinentes ao processo executivo, existem ainda as 'medidas urgentes' (cautelares ou antecipatórias de tutela jurisdicional), que o juiz determinará e serão efetivadas por ato de um auxiliar da justiça. É o caso do arresto a ser realizado incidentalmente ao processo de execução (CPC, arts. 653 ou 813) ou de alguma medida destinada à imediata fruição do bem pelo credor, a ser concedida quando presentes os requisitos estabelecidos no art. 273 do Código de Processo Civil"[4].

6.8.2. Caberia tutela antecipada em processo cautelar?

Aquele que ajuíza processo cautelar **pretende que o juiz determine providências para proteger, assegurar os efeitos do provimento final, que corre risco na demora**.

Ao acolher a pretensão cautelar, o juiz determinará a providência assecuratória, mas não examinará a pretensão final. O pedido cautelar está sempre vinculado a um principal, do qual é acessório.

Como, em determinados casos, a urgência é extrema, o juiz poderá conceder a providência liminarmente. Caso ele o faça, estará antecipando os efeitos da sentença cautelar. Nem por isso a liminar terá natureza de tutela antecipada, porque o juiz não está antecipando os efeitos da pretensão final; essa liminar não satisfaz ainda a pretensão do credor. **Ela terá natureza cautelar, porque concede apenas uma providência assecuratória, protetiva e não satisfativa da pretensão final**.

Seria possível concluir pela impossibilidade de tutela antecipada em ação cautelar, já que a finalidade desta é apenas proteger, ao passo que a daquela é satisfazer de pronto.

Mas, diante **da fungibilidade das tutelas de urgência, que permite ao juiz conceder a cautelar quando for postulada a antecipada**, e vice-versa, não será impossível que o autor ingresse com uma ação cautelar e que o juiz acabe por conceder tutela antecipada, desde que verifique que ela é mais adequada para afastar a situação de urgência.

6.9. Momento para a concessão da tutela antecipada

O autor pode formular o requerimento de tutela antecipada na petição inicial, e o juiz concedê-la desde logo, sem ouvir a parte contrária. O deferimento da liminar, de plano, sem a ouvida do réu, deve ficar restrito às hipóteses em que se possa, de plano, constatar a verossimilhança do alegado, e a extrema urgência, quando **ou não haja tempo hábil para ouvir o réu, ou disso possa resultar perigo para a eficácia da medida**.

Somente a tutela antecipada **de urgência** pode ser concedida nessa fase. A fundada em abuso de direito de defesa, manifesto intuito protelatório ou incontrovérsia só depois da resposta do réu.

O juiz pode designar audiência de justificação prévia, quando necessário para colher melhores elementos. O art. 461, § 3º, do CPC prevê expressamente essa possibilidade, o que se estende às hipóteses do art. 273. Caso haja audiência de justificação, o réu será citado, salvo se disso puder advir risco de ineficácia para a medida.

A tutela antecipada ainda pode ser concedida em outras fases, ao longo do processo, quando a urgência só se manifeste em fase mais avançada; ou o intuito protelatório do réu se evidencie somente na fase de instrução.

6.9.1. Tutela antecipada na fase de sentença?

Como, ao proferir sentença, o juiz examina a pretensão do autor, em caráter definitivo, caberia indagar se, nesse momento, ele ainda poderia conceder tutela antecipada.

É preciso verificar se eventual apelação teria ou não efeito suspensivo. Se não, produzirá efeitos desde logo, e não haverá interesse na antecipação. Se sim, como o julgamento do recurso pode ser demorado, **o juiz poderá concedê-la, o que, nesse caso, equivalerá a afastar o efeito suspensivo, permitindo que a sentença produza efeitos de imediato**.

Haverá interesse na tutela antecipada enquanto a sentença ou o acórdão não puderem produzir efeitos, em razão da existência de recurso com efeito suspensivo. Quando não houver mais, a antecipação não será mais possível.

Recomenda-se, porém, que o juiz a conceda não no bojo da sentença, mas em decisão separada, pois isso facilitará a interposição de recurso pela parte prejudicada.

Se ele a concede dentro da sentença, por força do princípio da singularidade a parte prejudicada terá de interpor apelação, não agravo de instrumento. Só que ela não é dotada de efeito suspensivo, conforme art.

520, VII, do CPC, e o réu terá dificuldades para obtê-lo.

É mais conveniente que o juiz conceda a tutela antecipada em decisão apartada, ainda que simultaneamente com a sentença, **pois com isso autorizará ao réu o agravo de instrumento, no qual poderá postular, ao relator, efeito suspensivo**.

A tutela antecipada pode ser requerida mesmo depois da interposição de recurso, caso em que caberá ao relator apreciá-la.

6.9.2. Tutela antecipada e as sentenças de procedência e improcedência

Se o juiz concede a tutela antecipada em favor do autor e depois julga procedente o pedido, **a sentença a confirmará**. Eventual recurso não terá efeito suspensivo (CPC, art. 520, VII).

Se a sentença for de improcedência (ou de extinção sem julgamento de mérito), **a tutela antecipada será automaticamente revogada, ainda que a sentença nada mencione**. Ela foi deferida em cognição sumária, baseada na verossimilhança do direito alegado. Ora, se o juiz, em cognição definitiva, conclui pela improcedência, a verossimilhança desaparece, e não mais se justifica a medida.

Em situações muito excepcionais, porém, o juiz pode, na sentença de improcedência, determinar que persista a antecipação de tutela, o que ele deve fazer expressamente, pois do contrário estará revogada. Athos Gusmão Carneiro formula interessante exemplo: "Não é de excluir, entretanto, que em casos excepcionais o magistrado possa (= deva) manter a antecipação de tutela para que seus efeitos persistam na pendência do recurso, assim o declarando expressamente na sentença de improcedência; v.g., se o juiz sentencia ciente de que o faz não obstante a orientação prevalecente, em sentido contrário, no tribunal"[5].

6.10. Possibilidade de revogação e modificação

Da decisão do juiz que concede ou denega a antecipação de tutela, é sempre cabível o agravo, no qual poderá haver retratação do juiz, ou alteração, pelo Tribunal, do que foi decidido.

Dada a natureza provisória e as finalidades da medida, **é possível, a qualquer tempo, que o juiz reveja a anterior decisão, seja concedendo o que antes havia denegado, seja revogando a medida anteriormente concedida**. É o que estabelece o art. 273, § 4º, do CPC: "A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada". O juiz esclarecerá qual a circunstância fática que, alterada,

justifica o reexame. Não lhe é possível alterar a decisão anterior, apenas por ter mudado de opinião. É indispensável que tenha havido **alterações fáticas** — o perigo que não existia anteriormente manifestou-se, ou o que antes havia desapareceu, por exemplo — para que o juiz possa justificar a mudança na sua decisão.

6.11. Recurso cabível

Contra a decisão que aprecia o pedido de antecipação, concedendo-o ou denegando-o, o recurso será sempre o agravo de instrumento. Não há interesse no agravo retido, que só será apreciado após a sentença.

Caso a medida seja deferida, o réu poderá postular ao relator efeito suspensivo; caso denegada, o autor pedirá o efeito ativo.

6.12. Fungibilidade entre tutela cautelar e antecipada

O CPC utiliza mais de uma vez a ideia de fungibilidade: entre recursos, nas ações possessórias, entre as medidas cautelares. O que há de comum em todas?

Tanto a dos recursos como a das ações possessórias pressupõem que possa haver dificuldade em identificar qual a medida cabível. Persistem as dúvidas objetivas, em certos casos, sobre se determinado ato judicial é sentença ou decisão, e se o recurso adequado é apelação ou agravo; e se determinadas agressões à posse são esbulho, turbação ou ameaça.

O legislador recorre à ideia de fungibilidade **quando verifica haver dúvidas objetivas sobre a medida processual cabível ou adequada, e o risco de prejuízo para o litigante**.

Ela traduz a ideia de substituição de uma coisa pela outra. No processo civil, na possibilidade de o juiz conhecer de uma coisa pela outra, conceder não a providência postulada, mas outra. Ela flexibiliza, nos casos em que acolhida, a adstrição do juiz ao pedido, permitindo-lhe conceder algo distinto do que foi postulado.

De início, doutrina e jurisprudência fizeram esforços para distinguir, com precisão, a tutela antecipada da cautelar. E em boa parte dos casos a distinção é clara, uma vez que só na primeira há coincidência, total ou parcial, entre o que se antecipa e o que se espera ao final. Só ela satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão inicial.

Mas a distinção nem sempre será fácil. Há casos em que há dúvida objetiva, não havendo uniformidade de entendimentos. Até mesmo em uma situação comum, como a de sustação de protesto, existem dúvidas. Quando o juiz susta um protesto, ele se limita a tomar uma providência meramente acautelatória, de impedir o protesto para que o devedor não sofra prejuízo

irreparável? Ou antecipa os efeitos de uma futura declaração de inexigibilidade do título contestado que, obtida, não permite o protesto?

A falta de fungibilidade poderia prejudicar o requerente. Imagine-se que o autor postule a sustação de protesto como cautelar, e o juiz entenda que se trata de antecipação de tutela: o indeferimento do pedido, apenas porque o autor o qualificou de maneira diversa daquela que o juiz entende mais correta, trar-lhe-ia prejuízo irreparável.

A fungibilidade afasta esse risco, permitindo que o juiz **conceda a tutela postulada, independentemente da qualificação utilizada pelo requerente; mas vai além, e autoriza que ele conceda tutela de urgência diferente da pretendida, desde que mais adequada para alcançar os fins colimados**.

6.12.1. A fungibilidade de mão dupla

A fungibilidade entre tutelas antecipadas e cautelares foi prevista no art. 273, § 7º, do CPC: "Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado".

A redação provocou grande celeuma. Interpretação literal levaria à conclusão de que, se pedida a tutela antecipada, poderia ser concedida a cautelar, mas não o contrário. Essa conclusão era reforçada pela ideia de que os requisitos da tutela antecipada eram um tanto mais exigentes do que os da cautelar; do que resultava que, se o autor formulou pedido mais exigente (tutela antecipada), o juiz poderia conceder o menos (tutela cautelar), mas não vice-versa.

No entanto, **esse entendimento não se sustenta**. O legislador, no art. 273, § 7º, do CPC disse menos do que pretendeu dizer. Não existe a aludida relação de mais e menos entre a tutela antecipada de urgência e a tutela cautelar. Ambas são mecanismos que têm a mesma finalidade: afastar uma situação de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, quando as alegações do autor forem plausíveis. Apesar das diferenças que se podem apontar entre elas, é preciso considerar que têm muito em comum, pois são proferidas em cognição sumária, com base em mera verossimilhança e com o fim de afastar o perigo.

Se, no início, a preocupação era encontrar as diferenças entre os dois tipos de tutela, em fase mais amadurecida percebeu-se que, diante das finalidades muito próximas, as possíveis diferenças são menos relevantes. O que se quer é que o perigo, a urgência, seja afastado da melhor forma possível.

A lei pretendeu dar ao juiz certa margem de liberdade, para apreciar qual a tutela de urgência mais conveniente, mais adequada para assegurar, à parte, a preservação de seus direitos diante da demora, não importando qual a medida postulada pelo autor, nem qual o nome que ele lhe deu.

Por essas razões, a fungibilidade há de ser reconhecida como de **mão dupla:** o juiz pode tanto conceder a tutela cautelar, quando tenha sido solicitada a antecipada, como vice-versa.

Como sempre quando há fungibilidade, não é preciso que o juiz determine ao autor que emende ou modifique o seu pedido, bastando que conceda a providência que lhe pareça mais adequada.

6.12.2. A extensão da fungibilidade

Na forma como está redigido o art. 273, § 7º, do CPC, tem-se a impressão de que a fungibilidade se limita à hipótese de divergência a respeito da qualificação adequada da tutela de urgência: se o autor qualifica de tutela antecipada uma providência que o juiz considera cautelar, nem por isso ficaria ele impedido de concedê-la.

Mas a extensão da fungibilidade é muito maior e tem a mesma extensão que a das cautelares: **o juiz pode conceder uma tutela antecipada diferente daquela que foi postulada, quando lhe parecer mais conveniente para alcançar o resultado colimado, que é afastar a situação de perigo. E pode conceder tutela antecipada, quando requerida cautelar, e vice-versa, desde que mais apropriado**.

As tutelas de urgência não são um fim em si mesmas. Elas visam afastar a situação de perigo, o risco de prejuízo. Se o autor formula um pedido de tutela de urgência, o juiz poderá conceder outro, em decisão fundamentada, se verificar que este se afigura mais adequado para alcançar o fim perseguido. E sua decisão não poderá ser considerada *extra* ou *ultra petita*, por não corresponder ao que foi pedido, exatamente por força da fungibilidade.

Ela não está limitada à possibilidade de o juiz conceder a medida postulada, ainda que com qualificação diferente da dada pelo autor; mas permite a concessão de tutela de urgência distinta da postulada, desde que mais adequada.

6.12.3. A aplicação da fungibilidade

Há três hipóteses de tutela antecipada: a de urgência, abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório e incontrovérsia. **A fungibilidade existe entre a tutela cautelar e a antecipada de urgência**. Não haverá

grandes dificuldades para aplicação da fungibilidade no que concerne aos requisitos, uma vez que ambas exigem a verossimilhança do alegado, e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. A princípio, a verossimilhança exigida para a tutela antecipada seria maior do que a da tutela cautelar, pois pressupõe prova inequívoca. Mas há dificuldade para medir essa gradação, e, tanto num como noutro caso, basta que o juiz se convença da plausibilidade, da verossimilhança do alegado pelo autor, para que conceda a tutela de urgência, seja ela antecipada ou cautelar.

Uma das novidades decorrentes da fungibilidade, que será mais bem examinada no capítulo das cautelares, **é a possibilidade de deferimento de tutelas cautelares no bojo do processo de conhecimento**, expressamente acolhida no art. 273, § 7º ("... deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado").

Antes, o deferimento de providências cautelares em geral exigia processo autônomo, de natureza cautelar. Não era possível a concessão de tutelas cautelares no bojo do processo de conhecimento, mas somente em processo próprio. Daí a necessidade de, seja de forma preparatória, seja de forma incidental, o requerente ajuizar ações cautelares quando pretendia alguma providência cautelar. Já a tutela antecipada só podia ser concedida no bojo do processo principal, como forma de antecipar os efeitos daquilo que só seria concedido ao final.

Com a fungibilidade, **o juiz pode conceder, no bojo do processo principal, tanto tutelas antecipadas quanto as tutelas cautelares**, sem necessidade de processo cautelar autônomo, do que resulta, em grande parte, a inutilidade dos processos cautelares incidentais, já que as medidas podem ser requeridas dentro do processo principal.

TUTELA ANTECIPADA	TUT CAUT
Pode ser deferida em casos de	É semp tutela d

urgência. É uma das espécies de tutela de urgência. Mas cabe também em outras hipóteses, como de abuso do direito de defesa, manifesto intuito protelatório do réu e incontrovérsia.	urgência pressup existênc risco de irrepará de difíci reparaç
Quando é tutela de urgência, exige: prova inequívoca da verossimilhança das alegações; perigo de dano	Tem co requisito *fumus b juris*, ist plausibil a

irreparável ou de difícil reparação e a não irreversibilidade do provimento, observado o princípio da proporcionalidade.	verossir das aleg e o *peri* *in mora* requisito parecid os da tu antecipa urgência embora entenda verossir exigida tutela ca seja me intensa da ante

Afasta a situação de risco antecipando os efeitos da sentença, isto é, concedendo antes os efeitos que só seriam obtidos ao final. Deve haver coincidência, correspondência, entre o que é o objeto da tutela e a pretensão final do autor. A tutela antecipada tem caráter satisfativo,	Afasta a situaçã risco po de provi que assegur protege resguar provime final. Nã antecipa efeitos sentenç pode te caráter satisfati há coinc

isto é, ela satisfaz, no todo ou em parte, mas sempre provisoriamente, a pretensão do autor.	entre o da tutel cautelar aquilo q objeto d pretens do auto
Pode ser concedida tutela antecipada de urgência mesmo quando o autor tenha requerido tutela cautelar, dada a fungibilidade entre elas. Cumprirá ao	A fungib tem mã assim, d pode co a tutela cautelar mesmo tenha si solicitad tutela

juiz verificar qual a medida de urgência mais adequada para afastar o risco, independentemente daquela que tenha sido postulada.

antecipa
Por forç
fungibili
admite-
concess
tutelas
cautelar
bojo do
process
conheci
não hav
mais a
exigênci
que, pa
la, seja
indisper
process

6.13. Tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública

Desde a lei que, alterando o art. 273 do CPC, permitiu a concessão de tutelas antecipadas de maneira geral, discutiu-se sobre a possibilidade de serem deferidas contra a Fazenda Pública.

O principal argumento contrário era: para produzir efeitos, as sentenças contra a Fazenda precisam passar pelo reexame necessário. Mas não era convincente, porque a tutela antecipada tinha o condão de antecipar os efeitos do ato judicial capaz de produzi-los, fosse ele a sentença de primeiro grau, fosse ele o acórdão. É certo que ela é concedida em primeiro grau. Mas também nos casos em que o juiz antecipava a tutela de pretensões que, se acolhidas por sentença, permitiriam a interposição de recurso com efeito suspensivo, o juiz de primeiro grau antecipava efeitos que só seriam obtidos após o acórdão.

No entanto, a antecipação da tutela contra a Fazenda **adquiriu perfil distinto com as restrições que lhe foram impostas desde a edição da Lei n. 9.494/97 e agora pela Lei n. 12.016/2009, que trata do mandado de segurança**.

O art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 determina que "não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza". Essa proibição diz respeito às liminares em mandado de segurança, mas se estende às tutelas antecipadas dos arts. 273 e 461 do CPC, por força do § 5º, do art. 7º, da lei mencionada. Em decorrência da Lei n. 9.494/97, as tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública devem respeitar o disposto na Lei n. 8.437/92, arts. 1º, 3º e 4º. No art. 3º, a lei outorga efeito suspensivo ao recurso voluntário ou ao reexame necessário contra sentença em processo cautelar, proferida contra a Fazenda Pública e seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, e o art. 4º **atribui ao presidente do tribunal ao qual couber o recurso suspender a execução das liminares contra a Fazenda Pública e seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da própria pessoa jurídica interessada**, "em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas". Da decisão do presidente, cabe agravo inominado no prazo de cinco dias.

Portanto, há restrições às tutelas antecipadas contra a Fazenda Pública, nos casos acima mencionados. Durante muito tempo se discutiu a constitucionalidade de tais restrições, já que, havendo situação de urgência, o interessado não poderia ficar desprotegido. Mas o Supremo Tribunal Federal, por seu plenário, reconheceu a constitucionalidade das impostas pelo art. 1º da Lei n. 9.494/97, na ação declaratória de constitucionalidade 4/DF, com o que se abriu a possibilidade de, dados os efeitos vinculantes do julgamento, a Fazenda Pública valer-se de reclamação, toda vez que for concedida a tutela antecipada nos casos em que há restrição. Fica ressalvado, no entanto, o disposto na súmula 729 do STF: "A decisão da ADC — 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária".

6.14. A efetivação das tutelas antecipadas

O § 3º do art. 273 do CPC estabelece: "A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas no art. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A". O art. 588, que versava sobre execução provisória, foi revogado, sendo substituído pelo art. 475-O.

Como a tutela antecipada é sempre provisória, **a sua efetivação terá também essa natureza, e far-se-á na forma do cumprimento provisório de sentença**. Se a obrigação imposta é de fazer, não fazer ou entregar coisa, o juiz se valerá dos meios de coerção e sub-rogação, previstos nos arts. 461 e 461-A do CPC.

Se a obrigação for de pagamento, far-se-á na forma de execução (cumprimento) provisória de sentença, prevista no art. 475-O, sendo conveniente que se processe em apenso, para que não tumultue o andamento do processo de conhecimento.

O cumprimento da tutela antecipada far-se-á por conta do autor. **Caso a medida venha a ser revogada, o juiz determinará o retorno ao *status quo ante*, cumprindo ao autor indenizar os prejuízos que causar**. Trata-se de responsabilidade objetiva, que independe da prova de culpa do autor. A indenização será postulada nos mesmos autos, na conformidade do art. 475-O, II.

1 Cássio Scarpinella Bueno, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, v. V, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 11.

2 Nelson e Rosa Nery, *CPC comentando*, art. 273, nota 6.

3 Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação de tutela*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 87.

4 Candido Dinamarco, *Instituições*, v. IV, p. 68-69.

5 Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, p. 127.

2

DA TUTELA CAUTELAR

1. Introdução

2. A tutela cautelar como uma das espécies de tutela de urgência

3. Em que consiste a tutela cautelar?

4. Cautelares satisfativas?

5. Tutela antecipada e cautelar

6. É possível obter tutela cautelar fora do processo cautelar?

7. As liminares

    7.1. A pouca utilidade da expressão “liminar” no sistema atual

9. Eficácia da tutela cautelar

    8.1. Acessoriedade

    8.2. Autonomia

    8.3. Urgência

    8.4. Sumariedade da cognição

    8.5. Provisoriedade

    8.6. Revogabilidade e perda de eficácia

    8.7. Inexistência de coisa julgada material

    8.8. Impossibilidade de reiteração, quando há cessação de eficácia

    8.9. Fungibilidade

9. Eficácia da tutela cautelar

9.1. Perda de eficácia quando não ajuizada a ação principal no prazo de trinta dias

9.2. Perda de eficácia por falta de execução dentro de trinta dias

9.3. Perda de eficácia quando o juiz declara extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito

10. Poder geral de cautela

10.1. O poder geral de cautela dá ao juiz poderes para conceder tutelas cautelares de ofício?

10.2. Momentos em que pode haver o exercício do poder geral de cautela

11. O processo cautelar — condições da ação e mérito

11.1. Fumus boni juris

11.2. Periculum in mora

12. Procedimento do processo cautelar — Disposições gerais

12.1. Introdução

12.2. Processo cautelar preparatório e incidente

12.3. A relação processual autônoma

12.4. Competência

12.5. Petição inicial

12.6. A liminar

12.7. Intervenção de terceiros

12.8. Citação

12.9. Resposta do réu

12.10. Sentença

12.11. Recursos

12.12. Coisa julgada

12.13. A caução

12.14. Responsabilidade civil do requerente

12.15. Tutela cautelar contra a Fazenda Pública

1. INTRODUÇÃO

O Livro III do CPC é dedicado ao processo cautelar. No entanto, depois de numerosas alterações e do amadurecimento da teoria geral das tutelas de urgência, é possível considerar que há outros dispositivos, fora do Livro III, que dizem respeito à tutela cautelar e que são de grande importância; e há dispositivos dentro do Livro III, que nada tem a ver com o processo cautelar, o que pode trazer alguma dificuldade no exame do tema.

Apenas para exemplificar: não é possível estudar a tutela cautelar sem examinar, em conjunto, a tutela antecipada, prevista no Livro I, sobretudo em razão da fungibilidade entre elas, consagrada no art. 273, § 7º, do CPC. no entanto, o Livro III inclui entre os procedimentos cautelares em espécie coisas que não têm essa natureza, como a justificação e a homologação do penhor legal, por exemplo.

A tutela cautelar foi concebida com a finalidade de afastar uma situação de ameaça ao resultado de um processo de conhecimento ou de execução. O seu objetivo é sempre acessório e guarda relação com o resultado de um processo principal, ameaçado pelas delongas inerentes aos processos em geral.

2. A TUTELA CAUTELAR COMO UMA DAS ESPÉCIES DE TUTELA DE URGÊNCIA

O processo, seja de conhecimento, seja de execução, demanda tempo, do que decorrem riscos, que se manifestam das mais diversas formas: o patrimônio do devedor pode ser desfalcado, o bem sobre o qual recai o litígio pode perecer, as provas importantes para a instrução podem ficar prejudicadas.

A tutela cautelar foi o mecanismo inicialmente criado para afastar ou minorar os riscos decorrentes da demora no processo. Mais tarde, a ela veio se juntar a tutela antecipada, que também pode ser de urgência.

De duas maneiras a lei processual busca afastar os riscos da demora no processo: pela tutela cautelar e pela tutela antecipada, **ambas espécies do gênero "tutelas de urgência"**. Mas a forma pela qual cada uma obtém o resultado almejado é diferente. A antecipada se caracteriza pela

antecipação dos efeitos da sentença, de modo a que o autor obtenha, antes, aquilo que só obteria ao final. O que a caracteriza é a aptidão para satisfazer, no todo ou em parte, a pretensão do autor, havendo correlação entre aquilo que foi pedido, e o que é o objeto da antecipação. Há, pois, uma coincidência entre a pretensão formulada e o que é antecipado.

Já a tutela cautelar afasta o perigo por outros meios, como se verá no item seguinte.

3. EM QUE CONSISTE A TUTELA CAUTELAR?

A tutela cautelar não satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão do autor. **O juiz não concede já o que só seria deferido ao final, mas determina providências de resguardo, proteção e preservação dos direitos em litígio**.

Imagine -se que o autor proponha em face do réu uma ação de reintegração de posse. Se o juiz concedê -la liminarmente, a medida será de antecipação de tutela, já que o autor obterá aquilo que constitui a sua pretensão. Há coincidência entre o que foi pedido e o que foi deferido de imediato.

Já se, no curso do processo, verifica -se que o bem está correndo um risco de perecimento, porque o réu não toma os cuidados necessários, o autor pode postular o sequestro cautelar, com entrega a um depositário, que ficará responsável pela sua preservação e manutenção até o final do litígio. O sequestro não atende ainda à pretensão do autor, que não se verá reintegrado na posse da coisa, deferida ao depositário, mas é uma providência protetiva, acautelatória, cuja função é afastar um risco de que, até que o processo chegue ao final, a coisa pereça.

Outro exemplo: o autor ajuíza ação de cobrança e postula tutela antecipada, pois tem necessidade imediata do dinheiro e teme que, mais adiante, o réu dilapide o seu patrimônio. O deferimento da medida autorizará o autor a promover o necessário para receber o dinheiro. Ele poderá promover a execução provisória.

Mas se ele não pretende receber o dinheiro já, e sim ao final, temendo, no entanto, que o réu se desfaça dos seus bens, bastar -lhe -á requerer uma cautelar de arresto, para que bens do devedor, suficientes para fazer frente ao débito, sejam preservados, com a nomeação de um depositário que deles cuidará.

Em regra, para distinguir a tutela cautelar da antecipada, basta comparar a medida deferida com a pretensão formulada pelo autor, na inicial. **Se há coincidência entre as duas, haverá tutela antecipada; se não, se a medida apenas protege, preserva o direito, sem antecipar os efeitos**

da futura sentença, será cautelar.

No entanto, nem sempre será fácil tal distinção, e, para evitar que a parte sofra prejuízo, a lei as considera fungíveis entre si.

4. CAUTELARES SATISFATIVAS?

A distinção entre a tutela cautelar e a antecipada decorre de que somente a última satisfaz, no todo ou em parte, ainda que em caráter provisório, a pretensão do autor.

No entanto, desde a entrada em vigor do CPC, a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir tutelas cautelares satisfativas, que dispensariam a ação principal.

Não existe cautelar que seja satisfativa. É inerente à qualidade cautelar a aptidão de não atender desde logo a pretensão. A sua função é sempre acessória de uma pretensão principal, não sendo possível, por via cautelar, satisfazer a pretensão posta em juízo.

A existência das chamadas "cautelares satisfativas" se explica por razões históricas, e por deficiências então existentes em nossa legislação, a respeito das tutelas de urgência. A concessão genérica de tutelas antecipadas, estas sim de cunho satisfativo, só foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 8.952, de dezembro de 1994, que alterou a redação do art. 273 do CPC. Antes, salvo algumas liminares em ações de rito especial, não havia possibilidade de o juiz, para afastar uma situação de urgência, conceder desde logo aquilo que fora postulado pelo autor. A única tutela possível era a cautelar.

Mas havia situações em que o autor pretendia determinada providência judicial com urgência. Propunha a ação, que nada tinha de cautelar, já que nela não se postulava uma providência acessória de proteção, resguardo, mas sim o reconhecimento de certo direito. Tratava-se não de ação cautelar, mas de conhecimento. No entanto, como o autor tinha urgência, em vez de qualificar a sua ação como de conhecimento, fundava-se na urgência para denominá-la ação de cautelar. **Era uma falsa ação cautelar, já que o pedido formulado era definitivo e não acessório**. No entanto, ao qualificá-la de cautelar, o autor buscava a liminar, pela qual o juiz poderia desde logo conceder o que estava sendo postulado. Concedida a medida e julgado o processo, não havia ação principal a ser ajuizada, porque a pretensão formulada na falsa ação cautelar já era a principal. Por isso, dizia-se que a cautelar era satisfativa.

Aquilo que antes era chamado cautelar satisfativa nada mais era que um processo de conhecimento, no qual o juiz concedia antes o que só podia

ser concedido ao final. Como não havia tutelas antecipadas em nosso ordenamento, a ação de conhecimento vinha travestida como cautelar satisfativa, para que o juiz pudesse atender liminarmente ao pleito.

O exemplo mais notório eram as ações de busca e apreensão de pessoas ou coisas. Eram comuns as ajuizadas pela mãe em face do pai que não devolvia os filhos, após vencido o período de visita.

A pretensão de busca e apreensão das crianças não tinha natureza cautelar, porque não guardava relação de acessoriedade com nenhuma outra principal. A busca e a apreensão já eram as pretensões definitivas.

Por que então eram denominadas cautelares? Porque, como não havia tutelas antecipadas genéricas antes de 1995, se a autora propusesse a ação e a qualificasse corretamente como ação de conhecimento, o juiz não poderia conceder liminar, determinando a imediata busca e apreensão das crianças. A mãe, então, propunha a ação como cautelar, porque, nestas, havia liminares. E os juízes a aceitavam, cientes de que só assim poderiam conceder a imediata busca e apreensão, sem as quais haveria grave perigo de dano para a mãe e para as crianças.

Como não era possível antecipar a tutela nos processos cognitivos em geral, muitos deles eram impropriamente qualificados de cautelares — embora por sua natureza e essência não o fossem — para que então o juiz pudesse conceder liminares.

Desde 1995, a dificuldade desapareceu, já que a lei autorizou o juiz a conceder tutelas antecipadas genéricas. **Não é mais preciso qualificar de cautelar aquilo que não tem essa natureza, porque também nas ações de conhecimento é hoje possível a concessão de liminares**. Não é necessário propor ação cautelar satisfativa de busca e apreensão, bastando propor ação de conhecimento de busca e apreensão, no qual se postula antecipação de tutela. A busca e apreensão não será ação cautelar, mas já a principal, uma vez que a autora não tem nenhuma outra pretensão, além dela.

Nem por isso o juiz deve indeferir a petição inicial, se ela for proposta como cautelar satisfativa de busca e apreensão, bastando que a receba como ação principal, de natureza cognitiva, e determine que assim ela seja processada. Nesse sentido: "Tendo a ação cautelar fim eminentemente satisfativo, não incorre em ilegalidade decisório que a converte em ação ordinária" (STJ — *RT* 858/204).

5. PROCESSO CAUTELAR E MEDIDAS CAUTELARES

Uma das características fundamentais da tutela cautelar, tal como prevista originalmente no CPC, é que só poderia ser concedida em processo

próprio, autônomo, embora acessório de um processo principal, cognitivo ou executivo. Se o litigante pretendia tutela cautelar, não podia postulá -la no processo principal, sendo necessário processo cautelar autônomo, já que só neles as cautelares poderiam ser apreciadas.

O CPC, no Livro III, tratou dos processos cautelares, isto é, dos processos autônomos, que não se confundiam com os de conhecimento ou de execução, e que tinham por finalidade proteger o provimento final de eventual risco decorrente do tempo.

No título único, que encabeça o Livro III, faz -se referência à "medida cautelar", o que poderia indicar que a lei usa a expressão como sinônima de processo cautelar.

Não há uniformidade a respeito do uso dessas expressões. **Mas normalmente dá -se à "medida cautelar" um conteúdo mais abrangente do que a "processo cautelar", pois este pressupõe relação processual autônoma, distinta daquela do processo principal**.

Já "medida cautelar" abrangeria não só o processo cautelar, mas todas as providências e determinações judiciais, que visem assegurar, resguardar ou proteger o provimento final, ainda que não façam parte de um processo autônomo.

■ 6. É POSSÍVEL OBTER TUTELA CAUTELAR FORA DO PROCESSO CAUTELAR?

Na redação originária, o CPC não autorizava a concessão de medidas cautelares, senão por intermédio de um processo autônomo, de natureza cautelar. Se no curso de um processo de conhecimento, uma situação de urgência se manifestava, o interessado era obrigado a ajuizar uma ação cautelar incidental, para postulá -la, sendo impossível no bojo do processo em curso.

Com a Lei n. 8.952/94, que passou a autorizar tutelas antecipadas de forma genérica, surgiu a possibilidade de, no bojo do processo de conhecimento, o juiz conceder a medida de urgência, desde que antecipação de tutela. A cautelar continuava exigindo o ajuizamento de processo autônomo.

A situação só mudou quando editada a Lei n. 10.444/2002, que acrescentou ao art. 273 do CPC o § 7º, instituindo a fungibilidade entre as tutelas de urgência. Esse dispositivo permite ao juiz conceder tutela cautelar, quando for requerida tutela antecipada, e vice -versa. Sua aplicação ficaria seriamente comprometida se a tutela antecipatória pudesse ser concedida no bojo do processo de conhecimento, e a tutela cautelar não, por exigir

processo autônomo.

Uma vez que o juiz pode conceder uma coisa pela outra, se a tutela antecipada podia ser concedida no processo de conhecimento, a cautelar também, não sendo necessário processo autônomo. Nesse sentido, é correta a conclusão do acórdão, publicada em *JTJ* 293/375: "Nos dias atuais, estando em vigor a norma do art. 273, § 7º, do CPC, não mais se justifica exigir da parte a propositura de ação autônoma para obter medida cautelar, que pode perfeitamente ser concedida no âmbito do processo de conhecimento".

Quando não havia essa possibilidade, e o interessado era obrigado a ajuizar ação autônoma, deferida a liminar na ação cautelar, e afastada a situação de perigo, o processo cautelar acabava perdendo a utilidade. Como o processo era autônomo, era necessário que o réu fosse citado e que o juiz proferisse sentença. Era frequente que julgasse a cautelar em conjunto com a ação principal.

Hoje, como não é mais necessário o processo autônomo, basta que a medida cautelar seja requerida no processo de conhecimento, do que resulta grande economia de processos.

Nada obsta, porém, que o interessado opte por propor a ação cautelar autônoma. Mas ela será mais útil quando preparatória, em que não será possível postular a medida no processo principal, não instaurado ainda.

7. AS LIMINARES

Com as tutelas antecipadas genéricas, nos processos de conhecimento, e, sobretudo, com o reconhecimento da fungibilidade entre elas e as tutelas cautelares, o conceito de "liminar" sofreu profunda alteração.

Para compreendê -lo, é necessário lembrar o que se passava antes e comparar com a situação atual.

Antes, só havia liminares em alguns poucos processos de conhecimento, de procedimento especial, nos quais eram previstas; nas ações possessórias, nas ações de alimentos com prova pré -constituída do parentesco, nos embargos de terceiro, nas ações de nunciação de obra nova, entre outras. Pela liminar, o juiz concedia, em fase inicial, algo que só seria concedido ao final. Se deferia a liminar de reintegração de posse ou de alimentos, antecipava os efeitos da sentença. Mas isso só era possível em alguns poucos tipos específicos de processo.

Além disso, havia liminares no processo cautelar. Quando desejava uma providência dessa natureza, o autor era obrigado a ajuizar ação

autônoma, da qual decorria o processo cautelar. Como, às vezes, a urgência era muito grande, a medida cautelar podia ser deferida liminarmente pelo juiz. Havia, pois, a possibilidade de o juiz conceder a tutela cautelar, liminarmente, no início do processo.

O que caracterizava a liminar era o fato de ela antecipar o que só seria concedido ao final. Se era deferida nos processos de conhecimento em que admitida, tinha a natureza de tutela antecipada; se deferida em processo cautelar, tinha natureza cautelar, porque destinada à preservação, acautelamento e proteção, sem caráter satisfativo.

Com a fungibilidade dos dois tipos, **passou a existir a possibilidade de que a liminar deferida em processo de conhecimento tenha natureza de tutela antecipada, ou de tutela cautelar**. Como identificar qual a natureza de uma liminar? Basta cotejar o que foi deferido com a pretensão final do autor. Se houver coincidência, parcial ou total, entre uma coisa e outra, será tutela antecipada; já se a medida não tiver cunho satisfativo, não antecipar a pretensão final, mas determinar apenas uma providência assecuratória, sua natureza será cautelar.

7.1. A pouca utilidade da expressão "liminar" no sistema atual

A expressão "liminar" traduz a ideia de algo que é concedido *ab initio*, no limiar inicial do processo. A sua origem é latina (*liminare* — da soleira), e o seu significado está associado a algo que é posto à entrada, no início, como aquilo que antecede algo.

Não há dúvidas de que a tutela antecipada e a cautelar podem ser concedidas liminarmente, no início, limiar do processo.

Mas, no sistema atual, elas podem ser concedidas a qualquer tempo, mesmo na fase de sentença, e até mesmo depois dela. Ainda assim, elas serão anteriores à solução final, definitiva do processo.

A expressão "liminar" nada revela sobre a natureza da medida concedida, que pode ser cautelar ou antecipada, dependendo da relação que guarde com o provimento final.

Por essa razão, o seu emprego pode ser fonte de alguns equívocos. Há aqueles que usam essa palavra apenas para indicar medidas concedidas na fase inicial do processo, antes da resposta do réu; e há aqueles que abrangem, com essa expressão, todo tipo de tutela de urgência, concedida ao longo do processo. Além disso, com esse nome, podem ser deferidas tutelas antecipadas ou cautelares. Se hoje alguém diz que obteve uma liminar, fica difícil entender o que foi conseguido, e em que fase do processo. É melhor que se mencione a obtenção de uma tutela cautelar ou antecipada, indicando -se a fase do processo em que ela foi deferida, o que

afastará qualquer dúvida.

8. CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar tem certas características que a identificam:

8.1. Acessoriedade

A pretensão cautelar nunca é um fim em si mesma. Não é apta para a satisfação do interessado. Sua função é proteger, resguardar e preservar outra pretensão, esta sim satisfativa.

Por essa razão, quando postulada em processo cautelar autônomo, exigirá ação principal, não se admitindo cautelar satisfativa.

Sua função é preservar a eficácia de um provimento cognitivo ou executivo, dos riscos inerentes à demora dos processos.

Todo processo é, por si, um instrumento, cuja finalidade é fazer valer o direito material que nele se discute. Mas a função da cautelar é ser instrumento de preservação da eficácia do próprio provimento jurisdicional. Por essa razão é que Calamandrei se refere à **tutela cautelar como o instrumento do instrumento (instrumentalidade ao quadrado)**.

O processo cautelar goza de relativa autonomia em relação ao principal. Mas não absoluta, **dada a relação de referibilidade que tem com ele**. Ao ajuizá -lo, é preciso que o autor indique a ação principal a ser proposta, para que o juiz verifique se há tal relação.

Em razão dessa acessoriedade é que o processo cautelar não pode existir, se não houver o principal, ou se este já tiver sido extinto.

A cautelar não tutela o direito material em si, mas o provimento jurisdicional. Na expressão de Carnelutti, o processo principal serve à tutela do direito material, enquanto o cautelar serve à tutela do processo.

8.2. Autonomia

A tutela cautelar pode, hoje em dia, ser concedida no bojo do processo de conhecimento, sendo desnecessário processo cautelar. Mas, quando ele existe, goza de autonomia em relação ao principal. Não absoluta, dada a acessoriedade que mantém com ele.

Há uma nova relação processual, com citação do réu, e sentença, distinta da proferida no processo principal. É comum que o juiz acabe julgando os dois conjuntamente. **Mas a sentença deve examinar tanto a pretensão principal quanto a cautelar, já que o mérito de um processo é diferente do mérito do outro**.

8.3. Urgência

A tutela cautelar é sempre de urgência, e pressupõe perigo na demora. Inexiste tutela cautelar quando não houver o *periculum in mora*.

Ela não é a única que pressupõe urgência. A tutela antecipada também pode ser deferida quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Mas esta pode ou não ser de urgência, já que há duas outras causas que autorizam o seu deferimento: o abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório e a incontrovérsia.

A existência ou não da urgência constitui uma das questões de mérito do processo cautelar, em conjunto com o *fumus boni juris*. A procedência do pedido cautelar está condicionada a essas duas circunstâncias.

Por ser sempre de urgência, a medida cautelar é deferida em **cognição sumária**; o juiz se contenta com a mera plausibilidade ou verossimilhança do direito alegado, sem um exame aprofundado, que possa levá -lo à convicção definitiva.

8.4. Sumariedade da cognição

A cognição, na lição de Kazuo Watanabe, pode ser examinada em dois aspectos: extensão e profundidade. A primeira diz respeito à existência de limites quanto às questões que podem ser apreciadas no processo; a segunda, ao grau de certeza, com que o juiz profere a sua decisão.

Nas medidas cautelares, **do ponto de vista da extensão, a cognição é plena, porque não há restrições quanto às matérias cognoscíveis pelo juiz**. O CPC prevê algumas tutelas cautelares específicas, mas atribui ao juiz poder geral de cautela, permitindo -lhe conceder outras que, não previstas em lei, sirvam para afastar o perigo.

Do ponto de vista da profundidade, **a cognição do juiz é superficial, porque ele não decide com base na certeza da existência do direito — o que seria incompatível com a urgência exigida — mas em mera verossimilhança, plausibilidade do alegado**.

Ao proferir a sentença cautelar, o juiz não dirá se o direito invocado existe ou não. Basta, para o acolhimento da pretensão, que se convença da boa aparência do direito alegado, cuja efetiva existência só será decidida no processo principal.

Às vezes, a urgência é tal que o juiz defere a medida sem ouvir a parte contrária, o que basta para mostrar que o faz sem ter ainda todos os elementos para a sua convicção.

A sumariedade da cognição não diz respeito tão somente ao direito (*fumus boni juris*), mas à própria existência do perigo. Não é necessário que

o juiz tenha a certeza da ameaça, do risco de lesão irreparável, bastando que esteja convencido da possibilidade de que o dano venha a ocorrer.

8.5. Provisoriedade

As decisões proferidas em cognição superficial **não são definitivas, porque o juiz nem sempre terá ouvido todos litigantes e colhido todas as provas para emitir o seu pronunciamento**.

A decisão cautelar perdura enquanto não houver a definitiva. Por isso, não está sujeita à preclusão nem à coisa julgada material, como as proferidas em cognição exauriente, após o juiz ter formado em definitivo a sua convicção.

Nisso, não se distinguem as tutelas cautelares das antecipadas, proferidas também em casos de urgência. Estas também são examinadas em cognição superficial, e terão de ser sempre substituídas por um provimento definitivo.

Uma vez que as tutelas cautelares são provisórias, a todo tempo elas poderão ser modificadas, revogadas ou reexaminadas, desde que se altere a situação fática que ensejou o pronunciamento judicial anterior.

Isso vale mesmo que tenha sido proferida a sentença cautelar, já que ela não examina a questão de fundo, mas se limita a determinar providência para afastar a situação de urgência. **Somente a sentença de mérito no processo de conhecimento está sujeita aos efeitos da coisa julgada material**.

8.6. Revogabilidade e perda de eficácia

A revogabilidade das medidas cautelares foi expressamente prevista pelo art. 807 do CPC: "As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas".

A revogação depende de fato novo, que ainda não constava do processo; ou da alteração das circunstâncias ou dos fatos, que recomende a modificação ou revogação da medida. A cessação da eficácia ocorrerá nas hipóteses do art. 808, do CPC.

O processo cautelar pode ser preparatório ou incidental: será preparatório quando ajuizado antes do principal; incidental, quando no curso deste.

Dispõe o art. 806 do CPC, que deferida a medida cautelar preparatória, cabe à parte propor, no prazo de trinta dias, a contar da efetivação da medida, a ação principal. Se não o fizer, a medida cautelar

perderá a eficácia. O prazo vale tanto para a medida deferida liminarmente quanto na sentença cautelar.

Quando a ação principal for proposta no prazo, ou tiver natureza incidental, a medida conservará a sua eficácia, de acordo com o art. 807, *caput*, na pendência do processo principal.

Mas é preciso distinguir: se a sentença for de procedência, a tutela cautelar manter -se -á eficaz ainda que haja recurso, pois ele não tem efeito suspensivo (art. 520, IV, do CPC). **Mas, se for de improcedência, será automaticamente revogada, já que, proferida em exame superficial, não pode subsistir a uma decisão definitiva, em cognição exauriente**. Mesmo que o juiz não o diga expressamente na sentença, as tutelas cautelares ficarão revogadas em caso de improcedência.

Excepcionalmente, o juiz pode determinar que a tutela cautelar subsista, apesar da improcedência, enquanto pender recurso contra a sentença. Por exemplo, quando a improcedência for contrária à jurisprudência dominante dos tribunais, caso em que haverá forte possibilidade de acolhimento do recurso, e da revogação da liminar puder resultar prejuízo irreparável.

Além da cessação de eficácia, o juiz pode, a qualquer tempo, revogar ou modificar as tutelas cautelares concedidas, em caso de alteração nas circunstâncias fáticas que o justifique. Se houver agravo de instrumento, poderá fazê -lo por força do juízo de retratação, mesmo sem alteração fática. O juiz ainda pode modificar ou revogar sua decisão, se novos elementos de convicção forem trazidos aos autos. Por exemplo, deferida liminar sem ouvir o réu, quando ele oferecer resposta, o juiz, verificando que a coisa não era como o autor a havia descrito na inicial, poderá alterar sua decisão. No curso do processo cautelar e do processo principal, o conhecimento do juiz a respeito dos fatos vai aumentando, do que pode resultar a conclusão de que a medida concedida não se sustenta ou é imprópria.

A possibilidade de alteração vale tanto quando a medida cautelar é concedida em decisão interlocutória como em sentença, no processo cautelar.

Diante do que dispõe o art. 807 do CPC, **a alteração ou revogação da liminar não depende de requerimento da parte, podendo ser promovida de ofício pelo juiz, a quem cabe o poder geral de cautela, e a fiscalização para que não haja prejuízos irreparáveis para nenhum dos lados**.

8.7. Inexistência de coisa julgada material

A coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos da sentença, contra a qual não couber mais nenhum recurso. **Há manifesta incompatibilidade entre ela e a tutela cautelar**. Só há coisa julgada material quando a cognição judicial é exauriente, quando o juiz profere sentença não com base em mera plausibilidade ou verossimilhança, mas com a convicção formada pela ouvida de todos os litigantes e colheita de todas as provas, que lhe darão a certeza a respeito da existência ou não do direito alegado na petição inicial.

Não havendo mais recurso contra a sentença cautelar, haverá coisa julgada formal, sem a qual o processo nunca teria fim. Mas o que ficou decidido pode ser reexaminado em outros processos, inclusive no principal, ao qual a cautelar está atrelada.

8.8. Impossibilidade de reiteração, quando há cessação de eficácia

O art. 808, parágrafo único, do CPC, estabelece que "se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento". A medida cautelar perde eficácia nas hipóteses do art. 808, I, II e III, do CPC, isto é, "se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; se não for executada no prazo de trinta dias ou se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito".

A vedação não é decorrência da coisa julgada material — as sentenças cautelares não se tornam definitivas —, **mas da proibição geral de que sejam reiteradas ações idênticas. Trata-se da regra do *ne bis in idem***, que se aplica ao processo civil em geral. Se o juiz extingue um processo sem exame de mérito, não haverá coisa julgada material. Nem por isso, o autor poderá simplesmente repropor ação idêntica, porque se o fizesse, haveria nova extinção, sem julgamento de mérito. É preciso que a deficiência que levou à extinção seja sanada, do contrário haverá mera reiteração de ações idênticas.

Com relação às cautelares, o *ne bis in idem* vem consagrado no art. 808, parágrafo único: **para que o autor reitere a mesma pretensão cautelar, é preciso que haja um novo fundamento, uma nova causa de pedir**, pois, do contrário, haverá mera repetição, com o que os prazos estabelecidos nos incisos do art. 808 tornar-se-iam inúteis.

8.9. Fungibilidade

O legislador processual se vale, com frequência, da fungibilidade para flexibilizar o princípio da adstrição do juiz ao pedido.

As medidas cautelares são fungíveis entre si: o juiz pode deferir uma diferente da postulada, sem que a decisão seja *extra petita*.

Ao acolher a fungibilidade, o legislador confiou ao juiz o poder de, diante de determinada situação concreta, conceder a tutela que se mostre mais apropriada para afastar a situação de perigo, ainda que não corresponda à postulada pela parte.

Esse poder independe de o direito sob ameaça ser disponível ou indisponível. Em toda tutela cautelar, há sempre o interesse público de preservar os direitos sob risco.

Com a Lei n. 10.444/2002, que acrescentou o § 7º ao art. 273 do CPC, a fungibilidade se estendeu também para as tutelas cautelares. As tutelas de urgência, de maneira geral, são fungíveis entre si, e o juiz pode conceder a mais apropriada, independentemente do pedido formulado.

9. EFICÁCIA DA TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar é sempre provisória, destinada a perdurar por algum tempo, nunca definitivamente. Os arts. 806, 807 e 808 trazem regras importantes a respeito da duração da sua eficácia.

O art. 807 estabelece que, a qualquer tempo, elas podem ser revogadas ou modificadas, caso ocorra alguma alteração fática, ou que venha aos autos algum fato novo, que as justifique.

Mas, além da revogação ou modificação, pode haver a perda da eficácia, nas hipóteses estabelecidas no art. 808, do CPC. **Consiste em sanção imposta ao autor que, obtida a tutela, não tomou providências a seu cargo, ou então na consequência natural da extinção ou improcedência do processo cautelar ou do principal**.

Em caso de procedência da ação principal, não haverá cessação da eficácia da cautelar, mas a sua substituição pelo provimento definitivo.

A regra é de que a tutela cautelar conserve a sua eficácia durante a pendência do processo principal. Mas o art. 808 estabelece situações em que haverá a cessação da eficácia. Cada uma delas será examinada nos itens subsequentes.

9.1. Perda de eficácia quando não ajuizada a ação principal no prazo de trinta dias

O art. 806 estabelece: "Cabe à parte propor ação, no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório". **A ação a que se refere o dispositivo é a principal, de conhecimento ou de execução**. Por razões óbvias, o dispositivo só se aplica quando a cautelar for preparatória, já que

na incidental a ação principal já existe.

As cautelares são sempre acessórias, e têm por fim proteger o provimento postulado no processo principal. Ora, se a lei não fixasse prazo, o autor poderia retardar indevidamente a ação principal ou até não a propor. A tutela cautelar implica coerção ou restrição dos direitos do réu, que não podem ficar à mercê da boa vontade do autor em propor a ação principal. O prazo concedido pela lei é suficiente para que ele elabore a petição inicial, reunindo os elementos necessários.

Como a finalidade do dispositivo é impedir que o réu fique sofrendo a coerção ou restrição por tempo indeterminado, **o prazo de trinta dias só começa a correr a partir do momento em que a medida é executada, e não a partir da data em que o juiz profere a decisão, ou que as partes são intimadas**. Enquanto não executada a medida, o réu não sofre nenhum tipo de restrição ou prejuízo. Se o juiz defere uma cautelar de arresto, o prazo só começa a fluir do momento em que ele se efetivar, com a apreensão dos bens pelo oficial de justiça e a entrega a um depositário.

O prazo só se aplica às tutelas cautelares que impõem algum tipo de coerção ou restrição ao réu; não, por exemplo, às cautelares de antecipação de provas, porque, com elas, o réu não as sofre. **A prova continuará eficaz ainda que a ação principal só venha a ser ajuizada depois dos trinta dias**.

A perda do prazo não impedirá o ajuizamento da ação principal, mas implicará a perda de eficácia da tutela cautelar. Prevalece o entendimento de que o prazo é **decadencial** em relação ao direito à cautelar, e não ao direito material discutido na ação principal. Verificada a decadência, o juiz a pronunciará de ofício, determinando a cessação dos efeitos da medida.

Se ela for concedida liminarmente, o prazo correrá quando for executada. Se não deferida liminarmente, não correrá. Se mais tarde, passará a correr o prazo de trinta dias. Sendo decadencial, em princípio o prazo não se suspenderia nem se interromperia. **No entanto, a jurisprudência tende a considerar que, se o término do prazo ocorrer em dia não útil, haverá prorrogação para o primeiro dia útil subsequente** (nesse sentido, STJ — 4ª Turma, REsp 254.443 -Pr, Rel. Min. Barros Monteiro).

Se a tutela cautelar for deferida liminarmente, no processo cautelar, e o autor não propuser ação principal no prazo de trinta dias, a liminar perderá a sua eficácia. Mas, exceto situações excepcionais, **disso não resultará a extinção do processo cautelar sem julgamento de mérito, salvo se o pedido cautelar perder o objeto ou tornar -se inútil**.

Caso contrário, deve prosseguir e ser julgado. Havendo processo cautelar, a medida requerida deve ser apreciada por sentença. A revogação da liminar não impedirá o prosseguimento do processo. **Ao proferir sentença, o juiz poderá conceder novamente a tutela que havia perdido a eficácia, passando a correr novos trinta dias para o ajuizamento da ação principal a partir da sua execução**. Não há ofensa ao art. 808, parágrafo único, porque o autor não está repetindo o pedido cautelar. Ele foi formulado uma só vez, tendo sido deferido liminarmente, perdido a eficácia e depois concedido pela sentença.

No entanto, a Corte Especial de Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, decidiu no EREsp 327.438 -DF, Rel. Peçanha Martins, publicado no *DJ* de 14 de agosto de 2006, que a revogação da liminar implicaria a extinção do processo:

> "Processual civil — Embargos de divergência — Ação cautelar preparatória — Ação principal — Não ajuizamento no prazo estabelecido pelo art. 806 do CPC — Extinção do feito — Precedentes. A ação cautelar é sempre dependente do processo principal e visa apenas garantir a eficácia da futura prestação jurisdicional. O não ajuizamento da ação principal no prazo estabelecido pelo art. 806 do CPC acarreta a perda da medida liminar e a extinção do processo cautelar, sem julgamento de mérito. Embargos de divergência conhecidos e providos".

9.2. Perda de eficácia por falta de execução dentro de trinta dias

Essa hipótese não se confunde com a do item anterior, que trata da propositura da ação principal, em trinta dias depois da execução da medida. Esta trata **da execução da medida, nos trinta dias subsequentes à intimação da decisão concessiva**.

O prazo não é propriamente para que o autor execute a medida, que não cabe a ele, mas ao oficial de justiça. Mas é preciso que ele tome determinadas atitudes, imprescindíveis para que ela possa ser executada, como, por exemplo, recolher as diligências do oficial de justiça.

Não haverá cessação de eficácia se, no prazo, o autor tomou todas as providências ao seu alcance para que a medida fosse cumprida, tendo o prazo sido ultrapassado por fatos alheios à sua vontade, como eventual inércia do próprio oficial de justiça.

9.3. Perda de eficácia quando o juiz declara extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito

Da perda de eficácia quando da sentença no processo principal, já se tratou no item 8.6 supra. Convém esclarecer que, quando a sentença é de

procedência, e há recurso, **a eficácia da medida persiste até que o provimento principal passe a produzir efeitos por si, dispensando a tutela provisória**. Já se a sentença é de improcedência ou de extinção sem julgamento de mérito, a tutela cautelar não subsistirá, ainda que haja recurso pendente. Se no processo principal, em cognição exauriente, ele conclui que o autor não tem razão, a medida não pode subsistir, salvo nas circunstâncias muito excepcionais indicadas no item 8.6, e que devem ser expressamente indicadas na sentença.

10. PODER GERAL DE CAUTELA

Uma grande inovação trazida pelo CPC é a possibilidade de concessão não apenas de tutelas cautelares especificamente previstas em lei, **mas de outras que, conquanto não previstas, possam afastar uma situação de perigo**. O CPC de 1939 já previa o poder geral de cautelar, mas não com a amplitude do atual. Dispõe o art. 798 do CPC: "Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação".

Não há um rol taxativo, predeterminado, de tutelares cautelares possíveis. O juiz tem liberdade para conceder a que lhe pareça mais adequada, esteja prevista ou não. A esse poder que a lei atribuiu ao Judiciário **dá -se o nome de poder geral de cautela**, que pressupõe a impossibilidade de a lei antever todas as situações de urgência no caso concreto.

Isso permite distinguir duas categorias de tutelas cautelares: as específicas, previstas no Capítulo II do Livro II, chamadas **nominadas**. E as demais, não previstas em lei, mas que, nem por isso, o juiz deixará de conceder, quando entender que são as mais adequadas para afastar o perigo. Trata -se das **cautelares inominadas ou atípicas, cujo rol é aberto**. O poder geral de cautela do juiz **não significa discricionariedade**, na concessão da medida, porque ele não se vale dos critérios de conveniência e oportunidade, como faria o administrador. Ele deve observar qual a mais apropriada para proteger o direito que será discutido no processo principal, que assegure o afastamento do risco com mais presteza e segurança. **Poderá haver alguma subjetividade na avaliação de qual a medida mais adequada, mas isso não se confunde com discricionariedade**.

A parte que se sinta ameaçada pode postular ao juiz tutelas cautelares

típicas ou atípicas, conforme as circunstâncias.

Tanto o poder geral de cautela quanto a fungibilidade mitigam os rigores da adstrição do juiz ao pedido, na busca de maior efetividade do processo.

Em outras obras, sustentamos uma limitação ao poder geral de cautela do juiz: havendo cautelar nominada, com requisitos próprios, que a parte interessada não preenchia, parecia -nos que a concessão de tutela cautelar inominada em substituição daquela constituiria verdadeira burla aos requisitos legais. Se o credor não possuía os requisitos para o arresto, parecia -nos impossível cautelar inominada de efeitos equivalentes.

Mas o sistema de tutelas de urgência há de assegurar à vítima proteção integral. Não pode haver restrições ao poder geral de cautela do juiz, preenchidos os requisitos gerais do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Se o credor não tem prova literal da dívida, para postular o arresto, mas há indícios suficientes da dívida e do perigo na demora, o juiz pode conceder tutela inominada, de efeitos equivalentes ao arresto, para a proteção da vítima.

> O poder geral de cautela consiste no poder atribuído ao juiz de conceder a tutela cautelar adequada para afastar os riscos decorrentes da situação de urgência, esteja a medida prevista expressamente na legislação processual ou não. A ele soma -se a fungibilidade, que permite ao juiz conceder tutela de urgência diferente da postulada, desde que mais adequada para afastar os riscos. A conjugação de ambas dá ao juiz ampla possibilidade de tomar as providências adequadas para afastar o perigo iminente. Nem por isso haverá discricionariedade, pois a tutela não é concedida por razões de conveniência e oportunidade, devendo o juiz, ao concedê -la, fundamentar, esclarecendo por que lhe pareceu a mais adequada para a situação concreta.

■ 10.1. O poder geral de cautela dá ao juiz poderes para conceder tutelas cautelares de ofício?

A medida cautelar pode ser deferida em processo cautelar, ou de conhecimento (não fica afastada, embora mais rara, no processo de execução, quando se verifica uma situação de urgência, de perigo, que coloca em risco o provimento executivo).

Ela pressupõe um processo em andamento, instaurado pela parte.

Questão mais complexa é a de saber se, instaurado no processo, o juiz poderá conceder a tutela cautelar, ainda que esta não tenha sido requerida, desde que preenchidos os requisitos. No processo cautelar, a questão nem se põe, porque nele terá sido formulada pretensão cautelar.

Mas e nos outros processos? Poderia o juiz, no curso de um processo de conhecimento, conceder tutelas cautelares não postuladas? A questão é controvertida. Em outras ocasiões, sustentamos a impossibilidade da atuação oficiosa do juiz nessa hipótese. No entanto, **parece -nos que o sistema de proteção criado pelo poder geral de cautela e pela fungibilidade entre as tutelas de urgência só ficará completo se o juiz puder, verificando que o provimento jurisdicional corre risco, conceder a tutela protetiva**. Quando o autor formula uma pretensão a um provimento, fica implícito o de que o juiz o conceda de forma eficaz. Caso verifique que o provimento corre risco, pode conceder a tutela cautelar, ainda que não requerida.

10.2. Momentos em que pode haver o exercício do poder geral de cautela

A tutela cautelar pode ser concedida desde que haja em curso um processo, enquanto o provimento jurisdicional postulado estiver correndo risco.

Se a urgência é extrema, e não há tempo hábil para que o autor ajuíze o processo principal, poderá aforar ação cautelar preparatória, postulando a liminar sem a ouvida da parte contrária. O processo cautelar pode ainda ser ajuizado incidentalmente.

A tutela cautelar pode também ser requerida no bojo do processo de conhecimento ou de execução, e a qualquer tempo. No de conhecimento, o limite é o trânsito em julgado da sentença. Mesmo na fase de recurso é possível postulá -la, tanto que o art. 800, parágrafo único do CPC, estabelece que, nesse caso, deve ser ajuizada no tribunal. Depois do trânsito em julgado no processo de conhecimento, ainda será possível requerer a tutela cautelar para a proteção do provimento executivo.

11. O PROCESSO CAUTELAR — CONDIÇÕES DA AÇÃO E MÉRITO

Também nas ações cautelares faz -se necessário o preenchimento das condições da ação, que são as mesmas de qualquer outra: a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido.

Para a legitimidade é preciso que, em tese, ***in statu assertionis*, o autor da cautelar seja o titular da relação material em conflito, e que o réu seja o ocasionador da situação de perigo e ameaça**.

O interesse de agir consiste na necessidade de obtenção do provimento cautelar, para o afastamento do risco; e na adequação da medida solicitada, observadas as regras da fungibilidade.

Por fim, a possibilidade jurídica do pedido existirá quando a

pretensão formulada, em conjugação com os seus fundamentos e as partes, não ofender o ordenamento jurídico.

Na falta de alguma das condições da ação, o juiz extinguirá o processo sem examinar -lhe o mérito; do contrário, passará ao julgamento do mérito cautelar, que não se confunde com o do processo principal. O mérito consiste na pretensão posta em juí zo, no pedido formulado pelo autor. Ora, o que este postula na cautelar não se confunde com o que pretende na ação principal, seja ela cognitiva ou executiva. O pedido na ação de conhecimento é sempre que o juiz diga quem tem razão, declarando a quem pertence o direito discutido e, eventualmente, condenando, constituindo ou desconstituindo uma relação jurídica ou afastando uma incerteza; na de execução, a satisfação do direito. Já a pretensão cautelar é sempre de um provimento de proteção, de resguardo, de afastamento de um risco ou ameaça à tutela jurisdicional do processo principal.

Há autores que consideram o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* como condições específicas da ação cautelar: se o juiz verificar que não estão presentes, seria caso de extinguir o processo cautelar sem julgamento de mérito.

Não nos parece acertado esse entendimento. É preciso fazer uma distinção. A indicação, em abstrato (hipotética) da existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* é mesmo indispensável para que exista interesse de agir. Sem isso, o processo cautelar não seria necessário, nem adequado.

Mas a sua efetiva existência, em concreto, constituirá o requisito para o próprio acolhimento da pretensão cautelar. Em outras palavras, a existência em abstrato dos dois requisitos é necessária para que o juiz receba a inicial, e determine o processamento da cautelar, podendo julgar -lhe o mérito no momento oportuno. Mas a existência em concreto é necessária para a procedência, para o acolhimento da pretensão cautelar. Trata -se de uma particularidade das cautelares, nas quais a situação de perigo e a verossimilhança do direito são requisitos indispensáveis da tutela, erigindo -se no verdadeiro mérito da ação.

Nos itens seguintes serão examinados esses requisitos.

11.1. Fumus boni juris

Para que o juiz possa conceder a tutela cautelar, **é preciso que o requente aparente ser o titular do direito que está sob ameaça, e que esse direito aparente merecer proteção**. Nas medidas cautelares, a cognição é sempre sumária, feita com base em mera probabilidade, plausibilidade. A efetiva existência do direito sob amea ça será decidida no processo

principal, em cognição exauriente.

Sempre que o juiz aprecia a tutela cautelar, ele o faz em cognição sumária, seja ao conceder liminar em processo cautelar, seja ao julgá -lo. A sentença cautelar não é dada em cognição exauriente, nem se revestirá da autoridade da coisa julgada material. **Ao proferi -la, o juiz se contentará em verificar a plausibilidade, a verossimilhança do direito alegado**.

Trata -se de requisito em tudo semelhante ao das tutelas antecipadas de urgência, onde há necessidade de prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado, embora sempre se diga que na tutela antecipada ela deva ser mais bem demonstrada que na cautelar. Tanto numa como noutra, o juiz tem de estar convencido, senão da existência do direito ameaçado, ao menos de que o alegado aparente ser verdadeiro, plausível e verossímil.

A urgência e a intensidade da ameaça podem muitas vezes repercutir sobre o requisito da verossimilhança. O exame dele pode ser mais ou menos rigoroso, dependendo do grau de urgência, e da intensidade da ameaça.

Por exemplo: em casos de urgência extrema, é possível que o juiz conceda a medida sem ouvir o réu, antes mesmo que ele seja citado. Os elementos que terá para avaliar serão menores que aqueles que poderão ser obtidos, se houver tempo para que o réu seja citado e possa manifestar -se.

Tal como nas tutelas antecipadas, **também nas cautelares o juiz deve valer -se do princípio da proporcionalidade, sopesando as consequências que advirão do deferimento da medida, ou do indeferimento**. Tanto um quanto outro podem trazer prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação. Por isso, o grau de verossimilhança e a proporcionalidade serão bons orientadores para o juiz, na apreciação da tutela.

O juiz não a deverá conceder em caso de inverossimilhança, mas poderá, ainda que o grau de verossimilhança não seja muito elevado, desde que conclua que o não deferimento inviabilizará a efetivação do direito, caso ele venha a ser reconhecido.

O *fumus boni juris* não pode ser examinado isoladamente, mas depende da situação de perigo e dos valores jurídicos em disputa (proporcionalidade). Conquanto não possa afastar o requisito da verossimilhança o juiz pode, eventualmente, atenuá -lo, quando a urgência e os bens jurídicos discutidos o recomendarem.

11.2. Periculum in mora

A tutela cautelar é sempre de urgência. **Só poderá ser deferida se houver risco de dano irreparável ou de difícil reparação**. Sem alegação, em abstrato, da existência de perigo, não há interesse nesse tipo de tutela; e

sem a verificação em concreto, o juiz não a concederá.

Mas é indispensável ter sempre em vista que a cognição é superficial, exatamente por conta da própria urgência, que não permite um exame aprofundado dos fatos. Ao concluir pela situação de urgência, também o juiz terá se valido da cognição superficial: não é preciso que tenha absoluta certeza da ameaça, do perigo, bastando que sejam possíveis.

O art. 798 do CPC autoriza o juiz a conceder a tutela "quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação".

É preciso haver **receio fundado**. O juiz não concederá a medida quando houver um risco improvável, remoto, ou que resulta de temores subjetivos. É preciso uma situação objetiva de risco, atual ou iminente.

O perigo pode derivar de ação ou de omissão do réu. Há casos em que, conquanto possa ser originado de fato natural, cumpre ao réu afastá -lo ou minorá -lo, e se ele não o faz, deixando, por negligência, que o risco persista, o autor poderá valer -se da cautelar.

12. PROCEDIMENTO DO PROCESSO CAUTELAR — DISPOSIÇÕES GERAIS

12.1. Introdução

A tutela cautelar pode ser deferida tanto no processo cautelar quanto nos demais tipos de processo. Interessa -nos aqui o exame do procedimento do processo cautelar, em que há uma relação processual autônoma, regulada pelo Livro III, do CPC.

Ele tem numerosas particularidades, que levam em consideração a urgência e a sumariedade da cognição.

O Livro III trata apenas das particularidades do procedimento. **Naquilo que for omisso, seguir -se -ão as regras do procedimento dos processos de conhecimento, não incompatíveis com a presteza que se exige do processo cautelar**.

Esse Livro tem dois capítulos: o que trata das disposições gerais, e o que trata dos procedimentos cautelares específicos. Mas o art. 812 adverte que "aos procedimentos cautelares específicos, regulados no Capítulo seguinte, aplicam -se as disposições gerais deste Capítulo".

Quando se tratar de um tipo específico de processo cautelar, regulado no CPC, deverão ser observadas as regras específicas, e, quando não existirem, as regras gerais do processo cautelar. Não havendo regras específicas, nem gerais, aplicar -se -ão subsidiariamente as do processo de

conhecimento, que não sejam incompatíveis.

Neste item 12 serão examinadas as disposições gerais, referentes ao procedimento do processo cautelar. E nos itens seguintes, as cautelares específicas.

12.2. Processo cautelar preparatório e incidente

Distingue -se o processo cautelar quanto ao momento em que ajuizado, em relação ao processo principal. O art. 796 do CPC: "O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente". Esse dispositivo trata de processo cautelar, não de medidas cautelares concedidas em outros tipos de processo.

Hoje elas podem ser deferidas no próprio processo principal, de conhecimento ou de execução. Isso reduz, ao menos em parte, o interesse no processo cautelar incidental autônomo. **Mas o interessado, se assim preferir, poderá valer -se dele, instaurando -o antes ou durante o curso do processo principal**.

Há casos em que o perigo, a ameaça, preexiste ao início do processo principal. Às vezes, a urgência é tanta que se faz necessária alguma providência cautelar, sem que haja tempo hábil para elaborar a inicial e colher os elementos da ação principal.

O processo cautelar preparatório mostra -se de grande utilidade, pois permite ao interessado, desde logo, obter a proteção pretendida, ganhando algum tempo para o ajuizamento da ação principal. Como esta ainda não foi proposta, **será sempre indispensável que o autor da cautelar preparatória indique a sua pretensão principal, para que o juiz possa examinar a correlação entre ela e a proteção requerida**.

Há outras situações em que o perigo só se manifesta no curso da ação principal, caso em que o autor terá duas opções: a de postular a tutela no próprio processo principal; ou em processo cautelar autônomo, o que poderá ser eventualmente vantajoso quando o interessado perceber que o deferimento no curso do processo principal pode tumultuar -lhe o andamento (imagine -se, por exemplo, uma tutela cautelar de antecipação de prova. É possível que ela seja deferida no bojo do processo principal, mas pode ser conveniente o ajuizamento de ação cautelar autônoma, porque a colheita da prova em momento antecipado pode tumultuar o processo principal).

Com a possibilidade de concessão da medida no processo principal, o processo cautelar autônomo incidental perdeu boa parte de sua utilidade. Antes disso, era frequente que o interessado ajuizasse o processo cautelar

apenas para a obtenção da liminar. Daí para diante, o processo cautelar se arrastava, e, ao final, o juiz proferia sentença conjunta, na qual examinava a lide principal e a cautelar. Hoje em dia, a tutela cautelar prescinde de processo autônomo e pode ser concedida por simples decisão, no principal, o que não impede, se o interessado o preferir, que haja a instauração do processo.

Quando o processo cautelar é incidental, por razões óbvias não há necessidade de indicar qual o principal.

Os autos do processo cautelar autônomo serão sempre apensados aos do processo principal.

12.3. A relação processual autônoma

No processo cautelar autônomo, tanto preparatório quanto incidental, forma -se uma nova relação processual, que guarda autonomia em relação à do processo principal. A autonomia é relativa, já que mantém referibilidade para com a pretensão principal. O réu será citado, haverá, se necessário, colheita de provas, e, ao final, o juiz proferirá sentença. Com muita frequência, deferida a liminar, o juiz colhe provas apenas no processo principal, e, ao final, profere julgamento conjunto, o que constitui consequência natural de, com a liminar, o processo muitas vezes alcançar a sua finalidade. **Essa prática comum, embora não recomendável, não afasta a autonomia do processo, que terá de ser julgado, ainda que em conjunto, com a ação principal**. Ainda que a sentença seja única, as duas pretensões, a cautelar e a principal, terão de ser examinadas. E se não houver o deferimento da liminar, o julgamento conjunto deve ser evitado, pois não se justifica que o processo cautelar fique suspenso, até o julgamento de ambos: a tutela cautelar, indeferida liminarmente, poderá ser acolhida, ao final, pela sentença.

12.4. Competência

A regra fundamental de competência é dada pelo art. 800, *caput*, do CPC: "As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer a ação principal". Esse dispositivo fixa a competência **levando em conta o caráter acessório das cautelares:** se incidentais, correrão perante o mesmo juízo em que corre a principal; e se preparatórias, perante o juízo competente para a ação principal. **A competência para a cautelar é a do juízo da causa principal**.

Algumas dificuldades poderiam ser aventadas em relação à cautelar preparatória. Na petição inicial, o autor terá de indicar a ação principal, com o que o juiz estará apto para verificar o juízo competente. Se ela for

ajuizada perante o foro incompetente para julgar a ação principal, cumprirá verificar se a incompetência é absoluta ou relativa.

A incompetência absoluta do juízo para o julgamento da principal implicará na ação cautelar, cabendo a remessa de ofício ao juízo competente; já a incompetência relativa não poderá ser conhecida de ofício, cabendo ao réu suscitá -la por exceção de incompetência; se não o fizer, há prorrogação, e o juízo originariamente incompetente, tornar -se -á competente. Mas, se há incompetência relativa, o não oferecimento da exceção na cautelar prorroga a competência para o julgamento da ação principal? Ou, ainda, é possível que a exceção seja oferecida no processo principal?

A reclamação sobre incompetência relativa deve ser feita pelo réu na primeira oportunidade, sob pena de prorrogação. Uma vez que a incompetência relativa é matéria do interesse exclusivo das partes, e que não é de ordem pública, a falta de manifestação na primeira oportunidade revela a anuência do réu quanto à escolha do autor. **Por essas razões, a falta de exceção de incompetência já no processo cautelar preparatório implicará prorrogação**. Nesse sentido, o REsp 489485 -ES, publicado em *RSTJ* 194/373, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito:

> "Competência territorial. Foro de eleição. Prorrogação. Cautelar de protesto e ação de indenização. 1. Se o réu não opuser a exceção declinatória na cautelar de protesto, fica a competência prorrogada para a ação principal indenizatória, sendo intempestiva a exceção quando da contestação desta última. 2 — Recurso especial conhecido e desprovido".

Havendo mais de um juízo competente para a ação principal, o ajuizamento da cautelar preparatória gerará a prevenção. Imagine -se que a ação principal deva ser proposta perante o Foro Central da Capital de São Paulo, onde há numerosos juízos. A cautelar preparatória será distribuída livremente para qualquer deles, já que todos são competentes, mas o juízo para o qual foi distribuída tornar -se -á prevento para a principal, que deverá ser distribuída por dependência.

No Livro III, Capítulo II, do CPC, que trata das cautelares em espécie, foram incluídas algumas medidas que dificilmente podem ser consideradas como tal, porque não visam afastar uma situação de risco ao provimento jurisdicional, e que, por isso mesmo, às vezes, nem mesmo exigem o ajuizamento do processo principal. É o caso, entre outras, das ações de exibição de documento ou coisa, de cunho satisfativo, e as de notificação, interpelação e protesto. **Nessas ações, o ajuizamento da ação cautelar não previne a competência para o ajuizamento da ação principal.**

Quanto à produção antecipada de provas há grande controvérsia. A Súmula 263 do extinto Tribunal Federal de Recursos estabelece: "A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal". Mas, se a cautelar de antecipação não está concluída, o ajuizamento da ação principal haverá de ser por dependência; se há colheita de prova oral também, por força do princípio da identidade física do juiz, já que aquele que colhe prova oral fica vinculado ao julgamento. E mesmo no caso de prova pericial, em regra, deverá ser feita a distribuição por dependência, para que o processo possa ser julgado pelo juiz que nomeou o perito de sua confiança.

12.4.1. A possibilidade de a tutela de urgência ser examinada por juízo incompetente

Em princípio, o juízo que se reconhece absolutamente incompetente não pode proferir nenhuma decisão no processo, exceto aquela em que se declara incompetente, e determina a remessa dos autos ao competente. **Mas, em casos de urgência extrema, essa decisão pode ser fatal para o direito do litigante, pois qualquer demora pode implicar prejuízo irreparável**.

Haverá um confronto entre dois valores jurídicos: um, estritamente processual, da observância das regras de competência absoluta; e um relativo ao direito de proteção ao provimento jurisdicional.

Nesse confronto, parece -nos que o juízo incompetente, ainda que se reconhecendo como tal, **poderá determinar a providência urgente, necessária para afastar o risco imediato, determinando em seguida a remessa dos autos ao juízo competente, a quem caberá dar prosseguimento ao processo, podendo inclusive revogar a decisão anterior**.

Imagine -se que uma pessoa ajuíze uma ação cautelar, porque sua inscrição para realizar determinada prova de ingresso em universidade ou concurso público não foi deferida; e que a prova se realize naquele mesmo dia, ou no dia seguinte. A remessa dos autos ao juízo competente, sem apreciação da tutela de urgência, implicará o perecimento do eventual direito do autor.

O juízo poderá conceder a liminar, determinando que o autor possa fazer a prova, com o que o risco estará afastado, antes de remeter os autos ao juízo competente. Mas essa possibilidade deve ficar restrita às hipóteses em que o juiz verifique que não houve má -fé, e nas quais a urgência seja tal que não possa aguardar a remessa ao juízo competente.

12.4.2. Competência quando o processo estiver em grau de recurso

O art. 800, parágrafo único, define a competência quando o processo já tiver sentença e houver sido interposto recurso: "Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal".

A medida cautelar pode ser requerida em qualquer fase do processo principal, desde antes do seu ajuizamento até o trânsito em julgado. Mas, se o órgão *a quo* já proferiu o julgamento, e houve recurso para o órgão *ad quem*, **a este será requerida a medida cautelar**. Se há apelação, a competência será do Tribunal a quem competirá julgá -la; se recurso especial ou extraordinário, do STJ ou do STF. Com o julgamento, terá se esgotado a função jurisdicional do órgão *a quo*.

Para que a competência passe a ser do órgão *ad quem*, não é preciso que o recurso já tenha subido, bastando que tenha sido interposto. Pode ocorrer que os autos ainda estejam no órgão *a quo*, quando a cautelar é apresentada no órgão *ad quem*, o que obrigará o interessado a instruir convenientemente os autos do processo cautelar, para que a medida possa ser apreciada.

Como não é necessário postular a tutela cautelar em processo autônomo, bastando requerê -la no processo principal, mesmo que tenha sido interposto recurso o interessado não precisará ajuizá -lo, perante o tribunal, bastando que requeira a tutela cautelar por petição dirigida ao relator, acompanhada das cópias necessárias, para que ele possa apreciar o pedido. Conquanto o pedido e as cópias possam implicar a formação de autos distintos, não haverá processo autônomo.

Com relação às tutelas cautelares quando já há recurso extraordinário, aplicam -se as Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, que condicionam a competência do STF a que tenha havido juízo de admissibilidade positivo dos recursos. Enquanto não tiver sido feito o juízo de admissibilidade, a competência será do Presidente do Tribunal de origem: "Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade".

12.5. Petição inicial

O art. 801 do CPC enumera os requisitos da petição inicial. Ele deve ser interpretado em conjunto com o art. 282, do CPC, que trata das petições iniciais em geral. Há três requisitos do art. 282, não indicados no art. 801: o pedido e suas especificações, o valor da causa e o requerimento de citação do réu.

Eles são indispensáveis, ressalvado o requerimento de citação, que é

implícito. Nos itens subsequentes, serão examinados os requisitos da petição inicial dos processos cautelares.

12.5.1. A indicação da autoridade judiciária para a qual é dirigida e das partes

Esses requisitos, mencionados nos incs. I e II do art. 801 do CPC, são comuns a todas as petições iniciais.

No que concerne à indicação das partes, interessa saber se precisa haver exata coincidência entre os participantes do processo cautelar e do processo principal.

Não necessariamente. É possível que na ação cautelar figurem pessoas que não participarão da ação principal. Por exemplo: ajuizada cautelar de produção antecipada de provas, preparatória de ação de indenização, em face de várias pessoas, colhida a prova, verifica -se que somente alguns dos réus foram responsáveis pelos danos.

Como a cautelar de produção antecipada não traz coerção para os demandados, é possível que o interessado proponha a ação cautelar contra apenas alguns dos réus da cautelar.

Mas, se ela for daquelas cujo deferimento traz coerção para o réu, como são as de arresto, sequestro, busca e apreensão entre outras, **todos aqueles que sofreram tal coerção devem ser incluídos no polo passivo da ação principal, sob pena de a medida perder eficácia em relação a eles**.

É também possível que na ação principal figurem pessoas que não participaram da cautelar, por não estarem diretamente relacionadas à situação de risco. Por exemplo: o credor ajuíza ação de cobrança contra vários devedores, mas postula o arresto cautelar de bens de apenas um deles, que esteja dilapidando o seu patrimônio.

Se a ação principal versar sobre direito real sobre bens imóveis, e houver processo cautelar para que o bem imóvel seja constrito, haverá necessidade de outorga uxória ou marital, salvo a hipótese de casamento celebrado no regime da separação absoluta de bens.

12.5.2. Lide principal e seus fundamentos

O art. 801, III, faz referência à "lide e seu fundamento". A lei não se refere aqui à lide cautelar, mas à lide principal e aos fundamentos desta.

A necessidade de indicação, na inicial da cautelar, decorre da referibilidade que esta há de manter com a principal. A tutela cautelar é deferida para proteger o provimento no processo principal. Se o autor não o indicasse, o juiz não teria como saber o que está sob risco, e se a medida postulada é ou não adequada para afastá -lo.

Esse requisito, como é natural, só é exigido para as cautelares preparatórias, já que nas incidentais a ação principal já está proposta.

Ele pode, no entanto, ser flexibilizado em situações excepcionais, quando não for possível identificar de imediato quais são os fundamentos da lide principal, e nem mesmo se ela virá a ser proposta, como ocorre na produção antecipada de provas (como a cautelar de antecipação não traz nenhum tipo de coerção aos litigantes, mas se limita a colher antes uma prova que só seria colhida posteriormente, não se exige a propositura de ação principal, até porque o resultado da prova pode não ser favorável ao autor).

A indicação da lide principal, feita na inicial da ação cautelar, vincula o autor? Ou ele pode propor ação principal diferente daquela que foi indicada?

A indicação tem, em regra, efeito vinculante, porque foi com base nela que o juiz examinou a tutela cautelar e a sua relação de acessoriedade e referibilidade para com a ação principal, tendo o réu se defendido levando em conta a pretensão que o autor disse que apresentaria em juízo. Assim, se ele ajuizar ação principal diferente da que foi indicada, a tutela cautelar concedida perderá a eficácia.

No entanto, devem ser toleradas pequenas alterações, que não modifiquem a natureza ou objeto da pretensão, desde que se verifique que não houve má -fé, isto é, que não houve a intenção de prejudicar o direito de defesa do réu.

Para que o requisito seja satisfeito, basta a indicação sumária da ação principal e dos fundamentos fáticos que embasam a pretensão, de forma a permitir ao juiz saber qual a provimento jurisdicional que deverá ser protegido.

12.5.3. A pretensão e a causa de pedir da ação cautelar

O inc. IV do art. 801 determina que o autor faça a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão. Em síntese, que ele indique o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, que embasam a sua pretensão cautelar.

Além de indicar qual a ação principal e os seus fundamentos, o autor deve explicitar qual a pretensão cautelar, isto é, qual o tipo de tutela cautelar pretendida, e quais os fundamentos que a embasam.

Como já mencionado, o juiz não fica adstrito à concessão da tutela postulada, uma vez que o princípio da fungibilidade e o poder geral de cautela autorizam que ele conceda a medida mais adequada para afastar o perigo, ainda que não corresponda à postulada.

A existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* em concreto constituirão o próprio mérito da ação cautelar.

A referência à "exposição sumária" feita no dispositivo legal diz respeito à sumariedade da cognição que o juiz deverá empregar para examinar esses requisitos. O juiz não irá conceder a tutela antecipada em cognição exauriente e definitiva, mas sumária e provisória.

12.5.4. Indicação das provas

O art. 801, V, do CPC determina que o autor indique as provas que serão produzidas, não para demonstração definitiva do seu direito, **mas para a comprovação sumária dos requisitos da tutela cautelar**. Isso não é indispensável, podendo o requerimento de provas ser feito posteriormente, quando as questões de fato tiverem se tornado controvertidas.

O juiz só deve deferir as provas necessárias para a verificação do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Na prática, é comum que, em processo cautelar, as partes queiram produzir provas para demonstrar o direito a ser discutido no processo principal, o que o juiz não deve admitir.

12.5.5. Valor da causa

Conquanto o art. 801 não o indique expressamente, é indispensável que o autor atribua valor à causa, no processo cautelar. **Ele nem sempre coincidirá com o da ação principal, e deverá levar em conta o benefício patrimonial que se pretende com a tutela cautelar**.

12.6. A liminar

Do conceito e da natureza das liminares, já se tratou no item 7 supra. No processo cautelar, há possibilidade de liminares, como deixa expresso o art. 804 do CPC: "É lícito ao juiz conceder liminarmente, ou após justificação prévia, a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer".

A tutela de urgência, seja cautelar ou antecipada, pode ser concedida a qualquer tempo, no processo cautelar, ou no principal.

No cautelar, **a medida pode ser deferida de imediato, no início do processo, mesmo antes que o réu tenha sido citado**. Isso em circunstâncias excepcionais, de urgência extrema, ou quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida.

Pode ser designada audiência de justificação, para o juiz colher elementos a respeito do *fumus* e do *periculum in mora*. Se houver risco de

que o réu, tomando conhecimento do processo, possa tornar eficaz a medida, a audiência de justificação se realizará sem a citação.

A sua finalidade é permitir ao autor produzir as provas para a obtenção da liminar.

A possibilidade de que ela seja deferida no começo do processo, antes da defesa do réu, não obsta a que o seja em outras ocasiões, no curso do processo cautelar, ou do principal, quando, por exemplo, o juiz, no curso do processo, com mais elementos, se convença da necessidade.

A tutela cautelar sem ouvida do réu traz um risco, já que se terá apenas uma versão dos fatos. Por isso, para que o juiz se sinta mais seguro, o art. 804 do CPC permite que fixe **caução, real ou fidejussória**, de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, a ser prestada pelo autor. A caução não dispensa o exame dos requisitos autorizadores da tutela, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Ela não é obrigatória, cabendo ao juiz examinar, no caso concreto, se é caso ou não de fixá -la. **Não há propriamente discricionariedade, mas certo grau de subjetividade no exame**.

É comum, por exemplo, nas ações cautelares de sustação de protesto que o juiz condicione a medida a que o autor preste caução idônea.

Ela funciona como uma espécie de **contracautela**, para minorar os prejuízos que o réu possa vir a sofrer, sobretudo quando a medida é concedida antes que ele seja ouvido.

12.7. Intervenção de terceiros

Das cinco formas de intervenção de terceiros, apenas duas são compatíveis com o processo cautelar: a assistência e a nomeação à autoria.

Não se pode admitir denunciação da lide e chamamento ao processo, figuras de intervenção que visam à condenação do denunciado e dos chamados. Ora, no processo cautelar não pode haver condenação, pois sua finalidade é garantir e proteger o provimento no processo principal.

É possível que o juiz, antevendo que, no processo principal, as partes façam uso de tais figuras de intervenção, mande citar o futuro denunciado ou os futuros chamados, para que a eficácia da tutela cautelar possa estender -se também a elas. Essa situação ocorre com frequência nas cautelares de antecipação de prova. Se as partes alertarem o juiz de que, no processo principal, farão a denunciação da lide ou o chamamento ao processo, ele deverá mandar citar o denunciado ou os chamados, para que participem da produção da prova; do contrário, aquela prova não será eficaz

em relação a eles, pois haveria violação do princípio do contraditório.

Também incompatível com o processo cautelar é oposição, porque o opoente quer entrar na disputa por determinada coisa ou direito, objeto de processo judicial. Não é no processo cautelar, mas no principal, que vai se estabelecer a disputa sobre o bem, que o opoente pretende disputar.

A assistência, tanto simples quanto litisconsorcial, pode ser deferida nos processos cautelares. O assistente é aquele que tem interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes. Portanto, de que o provimento jurisdicional no processo principal seja protegido, razão pela qual pode ingressar também no processo cautelar.

Por fim, **também compatível a nomeação à autoria**, para corrigir ilegitimidade passiva, na ação ajuizada contra o detentor ou contra aquele que praticou ato danoso por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro.

Se a cautelar for ajuizada, por engano, contra o mero detentor ou contra o preposto, este deverá fazer a nomeação do verdadeiro proprietário, possuidor, ou causador do dano.

12.8. Citação

O juiz fará o exame de admissibilidade da inicial, determinando as emendas necessárias. Se tudo estiver em ordem, mandará que o réu seja citado, sendo admissíveis todas as formas de citação previstas em lei.

Ela produz todos os efeitos do art. 219 do CPC, incluindo a interrupção do prazo de prescrição e a litigiosidade da coisa.

A alienação, depois que o réu tiver sido citado em ação cautelar preparatória de outra em que o bem será disputado, será de coisa litigiosa.

Se o réu for citado em ação de arresto preparatório de futura ação de cobrança, haverá a interrupção do prazo prescricional da pretensão condenatória.

Quando tiver sido deferida a liminar, o autor deve tomar todas as providências para que a citação se realize no prazo de cinco dias, como determina o art. 811, II, do CPC. Se ultrapassado, haverá responsabilização do autor pelos danos da demora.

12.9. Resposta do réu

O réu será citado para oferecer contestação no prazo de cinco dias (art. 802, do CPC). Aplicam -se os arts. 188 e 191 do CPC, havendo quadruplicação quando o réu for a Fazenda Pública ou o Ministério Público, e duplicação, quando houver litisconsórcio passivo, com advogados distintos.

Também haverá dobra se o réu for assistido por órgão público de assistência judiciária.

O parágrafo único do art. 802 estabelece que o prazo corre da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido ou da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

A redação é confusa. Parece-nos que a melhor interpretação é a de que, se o juiz deferiu a liminar antes da citação do réu, quando ela foi executada, ele deve ter tomado ciência do processo cautelar, da decisão liminar e de seu cumprimento; o prazo começará a correr da juntada do mandado liminar aos autos. Mas se ele não estava presente e não foi intimado do cumprimento do mandado liminar, o prazo só começará depois que ele for citado, e o mandado de citação for juntado aos autos.

Na contestação, o réu deve concentrar todos os seus argumentos de defesa. Além das questões preliminares do art. 301 do CPC, pode negar a existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Não será ainda o momento de discutir a existência do direito material, o que será feito no processo principal.

A falta de contestação implicará revelia do réu, e presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial, salvo nas hipóteses em que a lei exclui esse efeito. O juiz poderá então julgar antecipadamente a lide cautelar.

Além da contestação, o réu poderá apresentar exceções rituais e impugnação ao valor da causa. Mas não poderá reconvir. Se pretende formular pedido reconvencional no processo principal, e teme que o provimento possa sofrer algum tipo de prejuízo, deverá ajuizar outra cautelar, requerendo o reconhecimento da conexão com a primeira.

O juiz, em seguida, verificará se há ou não necessidade de provas. Em caso negativo, promoverá o julgamento antecipado; em caso positivo, determinará as provas necessárias. É admissível a prova pericial, quando se verificar que é indispensável para a apuração do *fumus boni juris* ou do *periculum in mora*. Se houver necessidade de prova oral, o juiz designará audiência de instrução e julgamento.

12.10. Sentença

O processo cautelar, sendo autônomo, encerra -se com uma sentença, que não se confunde com a do processo principal. Nela, o juiz julgará o processo extinto com ou sem resolução de mérito, observados os arts. 267 e 269 do CPC.

O mérito cautelar não se confunde com o principal. Este é sempre o reconhecimento do direito de uma das partes, com o afastamento de uma crise de certeza; ou a satisfação do direito do autor, afastando -se a crise de inadimplemento. **Já o mérito (pretensão) cautelar é a medida protetiva que se pretende obter do Judiciário, e que depende do *fumus boni juris* e do *periculum in mora***. Por isso, ao proferir a sentença cautelar, o juiz se limitará a verificar esses requisitos, sem se pronunciar sobre questões que digam respeito ao mérito da ação principal, como a existência do direito material discutido.

Ao acolher o pedido cautelar, o juiz concederá a medida postulada, ou qualquer outra que lhe pareça mais adequada, fazendo uso do princípio da fungibilidade.

É comum que ele julgue com uma só sentença o processo cautelar e o principal. Se o fizer, deverá examinar especificamente o pedido cautelar e o principal. Ainda que contra ela caiba uma única apelação, o juiz deve discriminar em que efeitos a recebe, em relação a cada uma. É que, em regra, as apelações nos processos de conhecimento têm efeito suspensivo, e nos cautelares não (CPC, art. 520, IV). É possível que ela seja recebida apenas no efeito devolutivo em relação ao julgamento da cautelar, e no duplo efeito, em relação ao pedido principal, o que permitirá ao autor fazer valer, desde logo, a medida de urgência, sem que o julgamento do pedido principal produza efeitos desde logo.

Dada a autonomia entre a ação cautelar e a principal, o julgamento da primeira não repercute sobre o da segunda, como estabelece o art. 810 do CPC: "O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou da prescrição do direito do autor".

A ressalva é interessante, porque no processo cautelar, o juiz não se pronuncia ainda sobre a existência do direito, o mérito da lide principal, mas analisa apenas os requisitos da tutela cautelar. Há, no entanto, uma exceção: **é possível que reconheça a prescrição ou decadência, não do direito à tutela cautelar, mas da própria pretensão ou do direito, que seria discutido no processo principal**. Se o autor postula um arresto de bens para garantia de uma dívida do réu, proveniente de ato ilícito, e o juiz verifica que se passaram mais de três anos, poderá reconhecer, na cautelar, a prescrição da pretensão da ação principal. **Na cautelar, ele proferirá uma sentença definitiva, excepcionalmente revestida da autoridade da coisa julgada material**.

12.11. Recursos

Contra a sentença que julga o processo cautelar, o recurso cabível será o de apelação. **A única particularidade é que não terá efeito suspensivo (art. 520, IV, do CPC)**. Será, porém, dotada de efeito devolutivo e translativo. Quanto aos demais recursos, não há peculiaridades.

12.12. Coisa julgada

As sentenças cautelares não fazem coisa julgada material (salvo se reconhecerem prescrição ou decadência). **Nem por isso, se de improcedência, a ação poderá ser reproposta, mantidas as mesmas circunstâncias em que ela foi indeferida**. É preciso que a nova cautelar, com a mesma pretensão da anterior, esteja fundada em novos fatos, novas circunstâncias, pois, do contrário, haverá mero *bis in idem*, simples repetição de ações.

Aplica -se à hipótese de improcedência da cautelar a mesma solução dada para a cessação da eficácia da medida, prevista no art. 808, parágrafo único, do CPC: "Se, por qualquer motivo, cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento".

12.13. A caução

A caução nos processos cautelares é tratada em dois dispositivos distintos: os arts. 804 e 805 do CPC.

O primeiro a trata como contracautela, permitindo ao juiz que a determine quando conceder liminares sem ouvir o réu. A finalidade é evidente: caso a liminar venha a ser revogada, ou perca a eficácia, servirá para garantir o ressarcimento de eventuais danos. Como a liminar é deferida sem que o réu seja ouvido, o juiz pode sentir -se mais seguro, se o autor prestar caução.

Da leitura do art. 804 poder -se -ia concluir que a caução só poderá ser fixada quando houver o deferimento da liminar, sem a ouvida do réu. Parece -nos, porém, que, **em qualquer caso de deferimento de tutela cautelar o juiz poderá fixá -la**, pois é sempre apreciada em cognição sumária e pode, ao afastar o perigo aos direitos do autor, trazer danos ao réu. Nesse sentido, concluindo pela possibilidade de fixar -se caução, ainda que a medida de urgência seja concedida somente na sentença cautelar, STJ — 1ª Turma, REsp 358.228 -SP, Rel. Min. José Delgado, *DJU* 24.04.2002.

O art. 805 trata da caução em outra situação: "A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar lesão ou repará -la integralmente".

Trata -se da possibilidade de o juiz **determinar, em algumas circunstâncias, a substituição da tutela cautelar concedida pela caução**. Imagine -se que o juiz defira uma cautelar de arresto, porque o réu está dilapidando o seu patrimônio. Ele poderá requerer a substituição do arresto por uma caução real ou fidejussória, que garanta ao autor o pagamento da dívida.

A caução do art. 805 do CPC não tem natureza de contracautela e é prestada pelo réu, em substituição à medida cautelar deferida, e não pelo autor.

12.14. Responsabilidade civil do requerente

O legislador preocupou -se com os danos que o réu possa a sofrer como consequên cia do cumprimento de medidas cautelares.

O dispositivo que trata do assunto é o art. 811 do CPC, **que atribui responsabilidade objetiva ao autor**, pelos danos que ocasionar. Ao postular a tutela cautelar, ele assume o risco de obter uma medida em cognição sumária, que pode trazer danos ao réu, e ser revogada ou perder eficácia a qualquer tempo.

O art. 811 estabelece: "Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I — se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II — se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em cinco dias; III — se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808 deste Código; IV — se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810)". E o parágrafo único acrescenta: "A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar".

Sempre que a medida cautelar não prevalecer, os danos serão liquidados nos próprios autos, e por eles o autor responderá objetivamente. Ao promover a liquidação, o réu deverá comprová -los, demonstrando sua extensão. Pode ocorrer que não tenha havido dano nenhum, caso em que nada haverá a indenizar.

Não há necessidade de que, em contestação, o réu postule a reparação, já que essa pretensão é implícita.

O art. 811 ressalva a possibilidade de aplicação cumulativa do art. 16, que trata da responsabilidade em caso de litigância de má -fé.

12.15. Tutela cautelar contra a Fazenda Pública

A possibilidade de tutelas cautelares contra a Fazenda Pública é limitada pela Lei n. 8.937/92.

O art. 1º, *caput*, estabelece que "não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal".

Esse dispositivo deve ser conjugado com o art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, que trata do mandado de segurança: "Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza".

O § 1º, da Lei n. 8.937/92, veda a concessão de tutelares cautelares inominadas, ou liminares, "quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal".

3

DOS PROCEDIMENTOS CAUTELARES ESPECÍFICOS

1. Introdução

2. Arresto

   2.1. Introdução

   2.2. Requisitos

   2.3. Bens que podem ser arrestados

   2.4. Procedimento

3. Sequestro

   3.1. Introdução

   3.2. Requisitos

   3.3. Procedimento

4. Busca e apreensão

   4.1. Introdução

   4.2. Procedimento

5. Da exibição

   5.1. Introdução

   5.2. Cabimento

   5.3. Procedimento

6. Produção antecipada de provas

6.1. Introdução

6.2. Tipos de provas que podem ser antecipadas

6.3. Procedimento

7. Dos alimentos provisionais

7.1. Introdução

7.2. Alimentos provisionais não se confundem com provisórios

7.3. Hipóteses de cabimento

7.4. Procedimento

8. Do atentado

8.1. Introdução

8.2. Requisitos

8.3. Procedimento do atentado

9. Questões

1. INTRODUÇÃO

O Livro III do CPC tem apenas dois capítulos: o que trata das disposições gerais, relativas às medidas cautelares, e o que trata dos procedimentos cautelares específicos.

O juiz tem poder geral de cautela, podendo determinar qualquer providência que seja necessária para a proteção do direito dos litigantes. O CPC trata especificamente de alguns procedimentos cautelares, específicos, ou nominados. **Além deles, o juiz pode conceder qualquer outro não previsto, chamado de inominado**.

Nos itens seguintes, serão examinados os procedimentos cautelares específicos, aqueles que, por sua importância, ou em razão de alguma particularidade, vêm tratados expressamente no CPC.

A finalidade desse livro, que se destina, sobretudo, àqueles que buscam êxito em concursos públicos, recomenda que sejam examinados apenas alguns deles, apenas os mais importantes ou mais comuns, deixando-se de lado os que têm pouca relevância prática.

Serão examinados o arresto, o sequestro, a busca e apreensão, a exibição, a produção antecipada de provas, os alimentos provisionais e o

atentado.

2. ARRESTO

2.1. Introdução

O que se examinará aqui é o arresto cautelar, **a providência destinada a preservar bens do devedor, como garantia de uma futura penhora e expropriação de bens, quando ele ameaça dilapidar o seu patrimônio e tornar-se insolvente**.

Não se confunde com o arresto previsto nos arts. 653 e 654 do CPC, denominado arresto executivo. Este não tem natureza cautelar, pois não é providência acessória, nem tutela de urgência, mas incidente da execução, que cabe quando o devedor não é localizado, mas o oficial de justiça consegue encontrar bens penhoráveis. A penhora não pode ainda ser realizada, porque pressupõe que o devedor já tenha sido citado. Como ato preparatório da penhora, o oficial de justiça arrestará os bens, que permanecerão com o depositário, até que o devedor possa ser citado, pessoal ou fictamente; quando então o arresto converter-se-á de pleno direito em penhora.

O arresto cautelar também se converte em penhora, na forma do art. 818 do CPC. **Mas não é um incidente da execução, mas medida cautelar, que pode ser objeto de processo cautelar autônomo** e que exige os requisitos gerais de tutela cautelar, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

O perigo que o pressupõe é o de que o devedor, no curso do processo, dilapide o seu patrimônio, vindo a tornar-se insolvente, em prejuízo da futura execução.

O processo cautelar de arresto pode ser preparatório ou incidente ao processo principal, **pressupondo uma dívida em dinheiro, ou que possa se converter em dinheiro**. Se a obrigação é de entrega de coisa, e o objeto do litígio corre risco, a providência cautelar adequada é o sequestro.

O arresto se caracteriza pela constrição de um ou mais bens de devedor, suficientes para, em futura execução por quantia, assegurar o pagamento da dívida. **Difere do sequestro, porque a constrição não tem por objeto bem determinado sobre o qual recai o litígio, mas bens não previamente determinados do patrimônio do devedor, que tenham valor econômico, e sobre o qual futuramente possa recair a penhora**.

2.2. Requisitos

O art. 814 do CPC enumera os requisitos específicos para a

concessão do arresto.

2.2.1. Prova literal da dívida líquida e certa

O primeiro é a **prova literal da dívida líquida e certa**. A finalidade do arresto é preservar o patrimônio do devedor, **selecionando bens que ficarão afetados a uma futura penhora e expropriação, e servirão para o pagamento de uma dívida**. Dele resulta uma limitação da disponibilidade do devedor sobre os bens que forem constritos.

É preciso que o titular desses bens tenha uma dívida, de cuja existência o juiz se convença. A redação do art. 814, I, do CPC, poderia trazer a impressão de que o arresto somente poderia ser postulado quando o credor estivesse munido de documento com força executiva, já que se exige prova literal de dívida líquida e certa. Mas não é assim: **como em toda cautelar, na de arresto o juiz há de se contentar com a simples possibilidade do débito, com a mera verossimilhança**.

Do contrário, ele jamais poderia ser postulado como preparatório ou incidental a um processo de conhecimento, já que enquanto não julgado, não há certeza a respeito da existência do débito, que só se torna certo com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Com isso, a sua utilidade seria sobremaneira reduzida.

O dispositivo legal alude à prova literal. Nos termos da lei, para o deferimento do arresto, seria necessário que o autor instruísse a petição inicial com prova documental da existência da dívida. A redação legal tem sido criticada, com razão, por afastar a medida, quando ainda não houver prova literal da dívida, mas houver elementos suficientes para o convencimento do juiz. Imagine-se que o réu tenha praticado um ato ilícito, atropelando a vítima, que ficou gravemente ferida. Ela descobre que o réu está alienando todo o seu patrimônio, com risco de tornar-se insolvente.

Não pode ficar desprotegida, correndo o risco de o devedor dilapidar o seu patrimônio, sem ter como impedi-lo, apenas porque ainda não tem prova literal da dívida. Em casos assim, ou bem se amplia a extensão dos arrestos, permitindo que eles sejam concedidos ainda que sem a prova literal da dívida, ou se autoriza o ajuizamento de ação cautelar inominada, de efeitos semelhantes ao arresto, mas que dispensa a prova literal da dívida.

Em outras ocasiões, sustentamos a impossibilidade de medidas cautelares inominadas, para burlar exigências estabelecidas pela lei quanto às cautelares nominadas, que têm requisitos específicos. Em melhor análise do tema, parece-nos que a vítima não pode ficar desprotegida, devendo o ordenamento jurídico conter mecanismos que garantam a preservação dos seus direitos. **Ainda que o juiz não possa conceder o arresto, por não haver**

prova literal da dívida, poderá conceder medida cautelar inominada, de efeitos equivalentes, desde que haja o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

2.2.2. Perigo na demora

O arresto é uma das espécies nominadas de tutela cautelar. Pressupõe risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

O art. 813 enumera as hipóteses em que o dano estará configurado. O temor que justifica o arresto é o de que o devedor dilapide o seu patrimônio de tal forma que se torne insolvente, prejudicando uma futura execução por quantia.

As hipóteses de perigo têm em comum o fato de indicarem que o devedor irá ou dilapidar o seu patrimônio, ou desaparecer com os bens.

Dispõe o art. 813: "O arresto tem lugar: I — quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado; II — quando o devedor que tem domicílio: a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores; III — quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembaraçados, equivalentes às dívidas: IV — nos demais casos expressos em lei".

O art. 814, II, condiciona a concessão do arresto à existência de prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.

Optou o legislador por enumerar as hipóteses em que há perigo na demora. **O rol não pode ser considerado taxativo**, porque é impossível prever todas as situações em que há risco para o futuro provimento executivo.

Melhor seria que o legislador tivesse se valido de fórmula genérica, autorizando o arresto sempre que houvesse indícios de que o devedor, por qualquer forma, pretende furtar-se a uma futura execução por quantia.

Mesmo as hipóteses enumeradas no art. 813 não são, por si sós, suficientes para o deferimento do arresto, se o juiz verificar que inexiste o perigo de prejuízo. Por exemplo: no inc. I, mesmo que o devedor não tenha domicílio certo e intente alienar bens, o juiz não deferirá a medida, se verificar que há outros no seu patrimônio, que não correm risco, suficientes para a garantia do débito.

O arresto pode ser deferido não apenas em razão de atos comissivos do devedor, que intenta alienar os seus bens ou ausentar-se, mas também em decorrência de atos omissivos, como a negligência no cuidado deles, ameaçados de perecimento.

2.3. Bens que podem ser arrestados

Como o arresto converter-se-á oportunamente em penhora, **podem ser arrestados todos os bens que podem ser penhorados**. Ficam excluídos aqueles indicados no rol do art. 649 do CPC e na Lei n. 8.009/90.

Podem ser objeto de arresto bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, desde que tenham valor econômico, e possam ser alienados.

Ao deferi-lo, o juiz deverá limitá-lo àqueles que sejam suficientes para a garantia da dívida. Por isso, o arresto pode recair sobre um, ou sobre vários bens, dependendo do valor deles, e do débito.

2.4. Procedimento

Como processo cautelar, o arresto segue o procedimento estabelecido no Capítulo I do Livro III. Há, no entanto, algumas peculiaridades.

Requerida a liminar, o juiz poderá concedê-la de plano ou após justificação prévia, que se realizará em segredo, reduzindo-se a termo o depoimento das testemunhas (CPC, art. 815).

Se o arresto for requerido pela União, Estados ou Município, nos casos previstos em lei, ou quando o credor prestar caução, será deferido independentemente de justificação prévia (art. 816, do CPC). A redação poderia dar a impressão de que, nesses casos, a medida poderia ser deferida, ainda que não preenchidos os requisitos legais. Mas não é assim: o juiz só concederá o arresto se verificar o *fumus* e o *periculum in mora*.

O que o dispositivo permite é que, quando o requerente for uma das pessoas mencionadas, ou quando houver apresentação de contracautela, o juiz possa flexibilizar o exame dos requisitos. **Não os dispensando, mas examinando-os com um menor grau de exigência**.

O deferimento do arresto exige a nomeação de um depositário, que se responsabilizará por preservar os bens, e entregá-los quando solicitado.

Caso a ação principal venha a ser julgada procedente, e se dê início à fase de execução, o arresto anteriormente realizado converter-se-á em penhora. Caso a ação principal seja improcedente, o arresto perderá a sua eficácia.

Não há peculiaridades quanto à citação, à resposta do réu, à produção de provas e à sentença.

O art. 819 do CPC prevê a possibilidade de o devedor, depois de deferido o arresto, obter a suspensão da execução. Isso ocorrerá quando ele pagar, ou depositar em juízo, a importância da dívida, mais os honorários de advogado que o juiz arbitrar e as custas; ou quando der fiador idôneo, ou prestar caução para garantir a dívida, honorários do advogado do requerente e custas.

A razão é que terá desaparecido, com tais providências, o perigo de prejuízo, o que tornará inócua a media.

3. SEQUESTRO

3.1. Introdução

O sequestro é medida cautelar de constrição de bens determinados e específicos, discutidos em processo judicial, que correm o risco de perecer ou de danificar-se.

Difere do arresto, porque neste o autor não postula a constrição de um bem determinado, objeto de litígio, mas de bens suficientes para a garantia da dívida. **O risco diz respeito a uma futura execução por quantia, em que o interesse do credor não está voltado para um bem determinado, mas para bens de valor econômico que garantam a dívida**; já no sequestro, o perigo é a uma futura **execução para entrega de coisa certa**, em que determinado bem, objeto do litígio, corre risco de perecer ou ser danificado. O sequestro não tem relação com uma dívida em dinheiro, mas com um litígio sobre determinado bem.

Por isso, só o arresto, no momento oportuno, converter-se-á em penhora, fase do procedimento das execuções por quantia; o sequestro não, já que a penhora não faz parte do procedimento das execuções para entrega de coisa.

Há, no entanto, numerosos pontos comuns: tanto no arresto como no sequestro há uma constrição de bens, entregues ao depositário encarregado de preservá-los ou para uma futura expropriação e conversão em dinheiro, no primeiro; ou para futura entrega ao autor, no segundo.

Ambas são providências cautelares, condicionadas à demonstração do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. No sequestro, o *fumus* decorrerá da existência de indícios de que o autor tenha direito a um bem determinado, seja por ser o seu proprietário, seja por ter direito à posse; e o *periculum*, da existência de risco à integridade do bem.

O sequestro pode recair tanto sobre bens móveis quanto imóveis.

3.2. Requisitos

As hipóteses de sequestro estão previstas no art. 822 do CPC: "O juiz, a requerimento da parte, pode decretar o sequestro: I — de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações; II — dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicado, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar; III — dos bens do casal, nas ações de desquite e de anulação do casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando; IV — nos demais casos expressos em lei".

O rol não pode ser considerado taxativo, porque é possível imaginar outras situações em que um bem determinado corre risco de perecimento.

A hipótese mais comum é a do inc. I, quando duas ou mais pessoas disputam a propriedade ou posse, havendo temor de que o bem possa desaparecer ou ser danificado.

A redação desse inciso poderia levar à conclusão de que o sequestro só pode ser preparatório ou incidental a uma ação real imobiliária, ou a uma ação possessória, já que alude à disputa de posse ou propriedade.

Mas não é assim: **há ações pessoais ou reipersecutórias, cujo resultado repercute sobre o bem**. Imagine-se, por exemplo, uma ação de anulação de escritura pública de venda de imóvel. A ação é pessoal, porque o seu objeto é o desfazimento da compra e venda do bem. Mas o resultado repercutirá sobre a sua titularidade, uma vez que, anulada a escritura, ele tornará ao domínio do vendedor. Se este constatar que há um risco de dano ou perecimento, poderá valer-se do sequestro.

O dispositivo só faz alusão expressa a rixas ou danificações, como se só elas pudessem trazer perigo à integridade do bem. Mas há outras hipóteses de risco: de o bem desaparecer, ser alienado, ou perecer em razão não de ato comissivo do réu, mas de omissão, de negligência nos cuidados necessários à preservação. Em todas essas hipóteses, será admitido o sequestro.

O segundo inciso é mais específico: pressupõe que já tenha havido sentença condenatória, que ainda não pode ser executada. E que o réu, que tem consigo os bens, dissipe os frutos e rendimentos do imóvel.

Esse dispositivo merece críticas, por várias razões: a primeira é que nem só bens imóveis mas também móveis podem produzir frutos e rendimentos, que merecem proteção; a segunda é que desde a citação, e não somente após a sentença, o réu será considerado possuidor de má-fé, não podendo mais ficar com os frutos que a coisa produzir. **Mesmo que não haja sentença condenatória, mas apenas a citação do réu, o autor poderá**

requerer o sequestro de frutos e rendimentos.

O fato de o inc. II ser específico não impede que o juiz conceda o sequestro nas hipóteses acima mencionadas, já que o rol legal, como visto, não é taxativo, mas meramente exemplificativo.

A terceira hipótese versa sobre o sequestro de bens do casal, nas ações que visem pôr fim à sociedade conjugal. O objeto do sequestro pode ser tanto bens comuns, como particulares de um dos cônjuges, que estejam na posse do outro.

Por fim, o sequestro pode ser concedido em outras hipóteses previstas em lei, como a dos arts. 919, § 1º, e 1.218, VII (c/c art. 659 do CPC de 1939), todos do CPC.

3.3. Procedimento

O art. 823 do CPC estabelece que, **ao sequestro, aplica-se, no que couber, o procedimento que a lei estatui para o arresto**, já examinado no item 2.4 supra. Os arts. 824 e 825 tratam da nomeação do depositário.

4. BUSCA E APREENSÃO

4.1. Introdução

É medida cautelar que não se confunde nem com o arresto nem com o sequestro, porque não visa garantir o patrimônio do devedor para a uma futura execução por quantia, nem salvaguardar um bem litigioso, para futura execução para entrega de coisa.

Tais medidas só podem ter por objeto bens, **ao passo que a busca e apreensão pode ser de pessoas ou coisas**, como menciona o art. 839 do CPC.

A busca e apreensão de bens guarda semelhança com o arresto e o sequestro, porque haverá constrição, e o bem ficará preservado em mãos de um depositário, até que sobrevenha a decisão final.

O que permite distingui-la das cautelares anteriores **é que o seu principal aspecto recai sobre a busca, o que pressupõe um bem ou pessoa cujo paradeiro não seja previamente conhecido, sendo necessárias diligências para a sua localização**. É diferente do arresto ou sequestro, em que não há uma busca, mas tão somente a constrição, já que o paradeiro do bem há de ser indicado pelo autor. Será sempre assecuratória e protetiva, de outro provimento, no processo principal. Com muitíssima frequência, têm sido ajuizadas ações de busca e apreensão **satisfativas**, como única pretensão do autor. **Estas não podem ter natureza cautelar, mas definitiva,**

devendo ser formuladas em processo de conhecimento. Não há cautelares satisfativas. O que se admitia eram processos de conhecimento, disfarçados em cautelares, para a concessão de liminares, num tempo em que inexistia a possibilidade generalizada de antecipações de tutela.

A busca e apreensão pode ou não ter natureza cautelar: terá, se as providências foram postuladas para proteção, resguardo de um outro provimento; não terá, se for satisfativa, caso em que será processo de conhecimento.

Imagine-se um pai, cujo filho, que vive sob a guarda da mãe, vem sendo maltratado. Ele pretende, então, ajuizar ação de modificação de guarda. Teme, no entanto, que até o julgamento o filho possa sofrer graves privações. Ajuíza a busca e apreensão como medida cautelar, para afastar um risco, sem que a medida tenha cunho satisfativo, já que a pretensão final é a guarda da criança.

Agora imagine-se que a criança, sob a guarda da mãe, seja retirada de casa pelo pai, no período de visitas, e não restituída na data aprazada. A mãe ajuizará a busca e apreensão, que não terá natureza cautelar, já que a única coisa que pretende é reaver a criança, cuja guarda já detém. Se houver urgência, nessa ação de conhecimento, poderá postular liminarmente a tutela antecipada, para que a criança seja logo restituída.

Correto o acórdão no qual ficou decidido: "A ação que sob o nome de busca e apreensão seja ajuizada para dirimir em definitivo o direito à posse ou guarda de incapaz deve ser processada como ação de cognição, sob rito ordinário, e não como cautelar, de rito sumário" (*RT* 688/88).

Há leis especiais, que preveem hipóteses de busca e apreensão de coisas, em decorrência de determinadas situações específicas. **É o caso de alienação fiduciária em garantia, quando o devedor transfere a propriedade resolúvel de bem ao credor, como garantia de pagamento, e não paga as prestações, apesar de constituído em mora**. O credor, que tem a propriedade, mas não a posse direta do bem, pode ajuizar ação de busca e apreensão, para que a garantia lhe seja entregue, e ele possa vendê-la, para pagamento da dívida (art. 3º, do Decreto-Lei n. 911/69). **A ação nada tem de cautelar, sendo processo de conhecimento de procedimento especial**.

A busca e apreensão, além de poder ter natureza cautelar ou de conhecimento, pode constituir apenas um incidente previsto por lei, no bojo de processos de conhecimento ou de execução. Por exemplo, nas execuções para entrega de coisa móvel, se o devedor não a entregar ou não a depositar em juízo, no prazo de dez dias, o juiz determinará a expedição de mandado de busca e apreensão. A medida não tem natureza cautelar, mas executiva,

sendo concedida dentro da execução.

4.2. Procedimento

O procedimento que será tratado neste item é o da **ação cautelar de busca e apreensão**, e não e da busca e apreensão como processo de conhecimento, seja de rito comum, seja o de rito especial, nos casos de alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei n. 911/69).

Na petição inicial, o autor exporá as razões da medida, e fornecerá as indicações que tiver a respeito do paradeiro do bem ou da pessoa (art. 840, do CPC). É fundamental que os descreva, com precisão, para que o oficial de justiça possa executar a providência a contento.

O juiz pode deferir a medida de plano, se os requisitos já estiverem preenchidos, ou designar audiência de justificação prévia, que será feita em segredo de justiça se indispensável. **Esse segredo, a que alude o art. 841, é diferente do segredo de justiça comum, do art. 155 do CPC, pois abrange o próprio réu**. Geralmente é dele que a audiência há de ser ocultada, para que não possa tomar providências que tornem ineficaz a medida, como desaparecer com o bem, ou com a pessoa procurada.

Deferida a medida, o seu cumprimento far-se-á na forma mencionada no art. 842 do CPC: "O mandado será cumprido por dois oficiais de justiça, um dos quais o lerá ao morador, intimando-o a abrir as portas. par. 1º: Não atendidos, os oficiais de justiça arrombarão as portas externas, bem como as internas e quaisquer móveis onde presumam que esteja oculta a pessoa ou a coisa procurada. par. 2º: Os oficiais de justiça far-se-ão acompanhar por duas testemunhas. par. 3º: Tratando-se de direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, o juiz designará, para acompanharem os oficiais de justiça, dois peritos, aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação, antes de ser efetivada a apreensão".

5. DA EXIBIÇÃO

5.1. Introdução

A exibição pode ser requerida como ação cautelar autônoma, ou como incidente no curso do processo de conhecimento. A primeira é tratada nos arts. 844 e 845, e a segunda, nos arts. 355 a 363 do CPC. Somente a primeira implicará a formação de um novo processo, pois a segunda é apenas um incidente.

O que nos interessa neste item é a ação **autônoma** de exibição, já que

o incidente foi examinado no Livro do processo de conhecimento.

Entre as ações que têm por objetivo a exibição, é possível distinguir as cautelares e as não cautelares. **A exibição terá natureza cautelar quando tiver por finalidade proteger, garantir ou assegurar o provimento jurisdicional do processo principal**. É preciso que ela, por si só, não seja suficiente para satisfazer a pretensão do autor. Por exemplo: ele ajuíza o pedido de exibição como forma de preservar o documento ou seu conteúdo, que estão correndo risco de perecer, e que servirão para instruir um processo principal.

Pode acontecer que a única pretensão seja a exibição de documento ou coisa, e que isso baste para satisfazer o autor. Se assim for, a ação não será cautelar, mas de conhecimento, de cunho definitivo, já que não será acessório de nenhum processo principal.

A ação **cautelar** de exibição será **sempre preparatória** do processo principal, como deixa claro o art. 844 do CPC, já que, se a necessidade de examinar o documento ou coisa aparecer no curso de processo já existente, o autor deverá valer-se do incidente, e não da ação autônoma.

5.2. Cabimento

De acordo com o art. 844, do CPC, "Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial: I — de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer; II — de documento próprio ou comum, em poder de cointeressado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios; III — da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivos, nos casos expressos em lei".

Para que a ação seja cautelar, **é preciso que o autor postule a exibição desses documentos ou coisas, porque há um risco de que se percam, sendo necessários para instruir o processo principal**.

A exibição só pode ter por objeto **coisa móvel**. Se o autor pretende ter acesso a bem imóvel, deve postular uma vistoria (CPC, art. 420), que pode ser objeto de produção antecipada de provas. Ou então, se não houver necessidade de que a coisa seja vistoriada por perito, uma cautelar inominada, para que tenha acesso ao imóvel, e possa verificar em que estado se encontra.

Os documentos que podem ser objeto de exibição são os próprios ou comuns, não necessariamente aqueles que pertencem também ao autor, mas que digam respeito aos seus interesses. A ação será sempre ajuizada

em face daquele que tiver o documento em seu poder.

O exame dos livros comerciais deverá observar o disposto na Súmula 260 do Supremo Tribunal Federal: "O exame dos livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes".

5.3. Procedimento

A exibição, quando cautelar, **previne a competência para o aforamento da ação principal, que deve ocorrer no prazo de trinta dias a contar da efetivação da medida**. Se satisfativa, não será cautelar, nem haverá ação principal. Mas pode ocorrer que, no exame da coisa ou do documento, o autor acabe ajuizando uma outra ação, que não guarda relação com a de exibição.

Por exemplo: o autor propõe ação de exibição de seus extratos bancários, como medida satisfativa, porque quer examinar o que eles contêm, e não porque queira preservá-los de um risco iminente. A cautelar será satisfativa e não exigirá ação principal. Mas, ao fazer o exame, ele detecta uma quantia indevidamente sacada da conta, por negligência do banco, e decide promover ação de reparação de danos. Essa ação não estará ligada à anterior exibição, embora os documentos possam ser usados como prova. Por isso, não haverá prevenção do juízo, nem necessidade de ajuizamento no prazo de trinta dias.

O procedimento da ação cautelar de exibição é, no que couber, o mesmo do incidente de exibição, previsto nos arts. 355 a 363, já examinado no Livro do processo de conhecimento. **A peculiaridade é que, havendo processo autônomo, o réu precisará ser citado, e o julgamento será feito por sentença, não por decisão interlocutória**.

6. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

6.1. Introdução

É ação cautelar que visa antecipar a produção de determinada prova, realizando-a em momento anterior àquele em que normalmente seria produzida.

Em regra, a prova testemunhal e a pericial são produzidas depois de concluída a fase postulatória e a ordinatória. Isto é, depois que o réu foi citado, ofereceu contestação, o juiz determinou as providências preliminares, verificou que não é caso de julgamento antecipado e saneou o processo, abrindo-se a fase de instrução.

Há casos em que a prova poderá ser antecipada, e há duas razões

para isso:

- **o temor de que se perca**. É a causa mais comum de antecipação. Teme-se, por exemplo, que uma testemunha não possa ser ouvida no momento oportuno, seja porque vai se mudar para local distante, seja porque está muito doente ou muito idosa. Ou o autor pretende reformar o imóvel em que habita, e teme que, no momento oportuno, a prova pericial fique prejudicada, diante da alteração do local. Pode ser realizada uma vistoria *ad perpetuam rei memoriam*, que retratará a situação do imóvel antes da reforma;
- **a colheita de elementos necessários para o ajuizamento da demanda principal**. Há situações que, se a antecipação da prova não for feita, o autor terá dificuldade para ajuizar a ação principal. Por exemplo: ele pretende postular indenização porque houve um vazamento, que trouxe graves danos para o seu apartamento. Porém, não sabe ainda qual foi a causa, nem onde se originou, se na coluna central do prédio — caso em que a responsabilidade será do condomínio; ou se no encanamento do imóvel superior, caso em que a ação deverá ser dirigida contra o seu titular. A antecipação da prova servirá para que colha elementos necessários para a ação principal.

Só na primeira dessas duas situações a produção antecipada de provas terá natureza cautelar, porque só então será considerada tutela de urgência, que depende do perigo na demora. Na segunda, será satisfativa, porque não servirá para afastar um risco, mas para fornecer uma informação, um esclarecimento. É certo que a ação servirá para colher elementos para outra, a principal, mas não haverá a urgência, que é requisito indispensável das cautelares.

6.2. Tipos de provas que podem ser antecipadas

O art. 846 do CPC permite a antecipação do **interrogatório da parte, da inquirição das testemunhas e do exame pericial**. Não há possibilidade de antecipar a prova documental, pois se houver necessidade de preservação de um documento, a parte deve valer-se da ação cautelar de exibição ou da busca e apreensão.

A lei não alude ao depoimento pessoal nem à inspeção judicial, o que traz dúvidas sobre a possibilidade de antecipação.

O depoimento pessoal não se confunde com o interrogatório, que é determinado de ofício pelo juiz, a qualquer tempo, ao passo que ele depende de requerimento do adversário, e tem por fim extrair confissão a respeito de fato que interessa à causa, devendo ser colhido na audiência de instrução e julgamento.

Sendo assim, o art. 846, embora mencione o interrogatório, não pode estar se referindo a esse ato, porque quem o determina é apenas o juiz, quando pretende algum esclarecimento complementar das partes, podendo fazê-lo a qualquer tempo. **Não há interesse das partes em postular a antecipação do interrogatório, porque não são elas que podem requerê-lo, cabendo ao juiz determiná-lo, de ofício**.

O que pode ser antecipado é o **depoimento pessoal da parte**, a respeito de algum fato que possa ser relevante para o desfecho do processo. É certo que se o processo principal ainda não foi aforado, nem há contestação, ainda não será possível saber quais os fatos controvertidos, a ensejar confissão. Mas sempre será possível saber quais fatos são relevantes para a causa, e uma das partes pode ter interesse em colher o depoimento da outra, quando houver perigo de que, oportunamente, essa prova não possa ser colhida.

Não há óbice a que seja antecipada a inspeção judicial, quando houver necessidade de que o juiz verifique, com os próprios olhos, a situação atual.

6.3. Procedimento

A produção antecipada de provas pode ter caráter preparatório, quando ainda não ajuizada a ação principal; ou caráter incidental, se já há ação principal, que ainda não alcançou a fase de instrução. Só não haverá interesse se o processo principal já estiver nessa fase.

Ela pode ser requerida tanto pelo autor quanto pelo réu da ação principal. **O autor da ação principal pode ser réu da antecipação de provas e vice-versa**. Por exemplo: em ação de indenização proposta por A contra B, o réu tem necessidade de antecipar a ouvida de uma testemunha, ou uma prova pericial. Ajuizará, então, a cautelar, onde figurará como autor, embora seja réu do processo principal.

Também é possível que a antecipação seja ajuizada por terceiros, desde que demonstrem interesse jurídico na solução do processo principal.

Por exemplo: uma seguradora pode requerer a produção antecipada de prova pericial em veículo segurado que tenha se acidentado, para que fique resguardada a prova dos danos, não porque ela vá entrar com ação contra o segurado, mas porque o terceiro, que se envolveu no acidente, pode ajuizar ação contra o segurado, e este pode requerer a denunciação dela, caso em que haverá necessidade de prova dos danos.

6.3.1. Petição inicial

A petição inicial deve preencher os requisitos comuns, do art. 282 do

CPC (incluindo o valor da causa) e deve indicar a justificativa para a antecipação da prova.

Deve haver certa liberalidade do juízo, na avaliação da justificativa, já que a antecipação da prova não traz prejuízos ou coerção para a parte contrária. Isso não significa que ele pode deferir a medida, sem razão para tanto; no entanto, deve ser tolerante, no exame dos requisitos.

É o que estabelece o art. 848 do CPC: "o requerente justificará sumariamente a necessidade de antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova". Não há necessidade de uma justificativa aprofundada, bastando que o autor a exponha de forma sumária. Os arts. 847 e 849 expõem as razões que podem autorizar a antecipação da prova. O primeiro diz respeito à prova oral: "Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: I — se tiver de ausentar-se; II — se por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor". O segundo trata da prova pericial: "Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial".

Na petição inicial, o autor deve indicar, com precisão, qual a prova que pretende antecipar e os fatos sobre que deve versar. Sem isso, o juiz não terá como questionar a testemunha ou a parte, porque não saberá quais os fatos relevantes para a causa; e o perito não saberá que aspectos técnicos investigar.

Ao contrário do que ocorre nos demais processos cautelares em geral, a inicial da produção antecipada de provas **não precisa indicar o processo principal, pois a medida não traz nenhuma coerção ao réu, e não perde a eficácia se não houver a propositura de outra ação, no prazo de trinta dias**.

Se o juiz entender que não há razão para antecipar a prova, indeferirá a inicial, julgando o processo extinto por sentença, contra a qual caberá apelação. Se deferir a antecipação, designando data para colher a prova oral, ou nomeando perito, proferirá decisão interlocutória, contra a qual caberá agravo.

6.3.2. Competência

É controvertida a aptidão da cautelar de produção antecipada de provas, para tornar prevento o juízo. No item 12.4 do Capítulo 2, supra, já se

tratou da competência nas ações cautelares em geral, e na produção antecipada de prova.

A Súmula 263 do extinto Tribunal Federal de Recursos estabelece que "A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal". Como a medida não exige ação principal, nem mesmo a indicação da lide e seus fundamentos, não haveria razão para que seu ajuizamento prevenisse a competência. **No entanto, atualmente tem prevalecido o entendimento contrário**, pois o princípio da identidade física do juiz recomenda que aquele que colheu a prova oral fique adstrito ao julgamento; e, no caso da prova pericial, que o processo seja julgado pelo juiz que nomeou o perito de sua confiança.

6.3.3. Procedimento

Ao receber a petição inicial, o juiz, se entender justificada a antecipação, designará audiência para colher a prova oral, ou determinará a produção de prova pericial, nomeando perito para realizá-la. E determinará a citação do réu, para acompanhar a prova. **A citação deve se aperfeiçoar antes que ela tenha início**.

Serão citados todos aqueles que, de qualquer forma, possam vir a participar do processo principal como partes ou intervenientes, sob pena de a prova não poder ser usada contra eles, por causa do princípio do contraditório. Se uma das partes pretende valer-se da denunciação da lide no processo principal, convém que o informe no processo cautelar, para que o futuro denunciado seja incluído e possa participar da prova, que só assim poderá ser eficaz em relação a ele.

Se a prova for oral, o réu será intimado da data da audiência, para que possa comparecer; e se for pericial, terá oportunidade de formular quesitos, e indicar assistente técnico que acompanhe a produção da prova.

O prazo de resposta do réu é de cinco dias. Nela, o réu só poderá impugnar a justificativa apresentada para antecipação. É comum que ele queira já se defender de uma futura e eventual ação principal, aduzindo, por exemplo, que não é culpado pelos danos, ou que o contrato celebrado com o autor não tem a extensão que este lhe quer dar. **Não é esse o momento apropriado para o fazer, já que, na cautelar de antecipação, o juiz não se pronunciará sobre os fatos e sobre as consequências deles decorrentes, mas tão somente sobre a necessidade de antecipação da prova, e sobre a regularidade de sua realização**.

O réu pode valer-se da exceção de incompetência relativa, e ambas as partes, das exceções de impedimento ou suspeição do juiz. Não cabe reconvenção, nem ação declaratória incidental.

Como a resposta do réu fica limitada à necessidade de antecipação, não podendo dizer respeito a eventuais pretensões futuras do autor, caso este desista da ação, a homologação independerá do consentimento do réu.

A audiência e a prova pericial far-se-ão na forma prevista nos arts. 413 e ss. e arts. 420 e ss. do CPC, sem nenhuma peculiaridade.

Ao final, verificando o juiz que a prova foi colhida regularmente, julgará a produção antecipada por sentença. **Ela será meramente homologatória:** ele não se pronunciará sobre os fatos e suas consequências jurídicas, mas tão somente sobre a regularidade na colheita das provas, homologando-as sem qualquer juízo de valor quanto ao seu conteúdo. Da sentença caberá apelação, que servirá apenas para discutir a regularidade da prova.

Após a homologação, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem (art. 851, do CPC). **Não há prazo para a propositura da ação principal: a prova continuará eficaz ainda depois dos trinta dias**.

7. DOS ALIMENTOS PROVISIONAIS

7.1. Introdução

Os alimentos que podem ser fixados em caráter provisional, na forma dos arts. 852 do CPC, são apenas aqueles oriundos do direito de família, fundados no casamento, união estável ou parentesco, e que podem ser executados na forma do art. 733 do CPC, em que a prisão é usada como meio de coerção.

Não cabem alimentos provisionais fundados em contrato ou em ato ilícito. Se uma pessoa é vítima de acidente de trânsito, e perde a capacidade de trabalho, poderá fazer jus à pensão mensal, que lhe garanta o sustento. Se houver urgência, poderá valer-se de uma cautelar inominada, ou de uma antecipação de tutela, para que a pensão venha a ser paga desde logo, mas não da cautelar nominada de alimentos provisionais, já que a origem da pensão não é o direito de família, mas ato ilícito que enseja reparação.

7.2. Alimentos provisionais não se confundem com provisórios

Aquele que tem prova pré-constituída do direito a alimentos, como o cônjuge ou o filho reconhecido, **pode valer-se da ação de alimentos de procedimento especial**. Regulada pela Lei n. 5.478/68, prevê a concessão de liminar, por meio da qual, no começo da ação, já serão antecipados os alimentos ao autor. Essa é **a liminar de alimentos provisórios**, não processo

autônomo, mas medida incidente, deferida no bojo da ação de alimentos de rito especial, quando haja prova pré-constituída do direito.

Há casos em que o credor de alimentos tem urgência de recebê-los, mas não pode se valer dos alimentos provisórios, seja porque não tem a prova pré-constituída do parentesco (por exemplo, o filho não reconhecido, que só pode promover ação de alimentos pelo procedimento ordinário), seja porque a ação ajuizada não é de alimentos, mas de outra natureza, como a separação, o divórcio ou a investigação de paternidade, e o credor precisa dos alimentos para seu sustento. Nesse caso, poderá valer-se da ação cautelar de alimentos provisionais, cuja função é prover o sustento daqueles que dele necessitam, enquanto tramita determinada ação. **Daí serem chamados alimentos *ad litem***.

Os alimentos provisionais têm natureza cautelar, e dependem do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. O credor não tem prova pré-constituída de seu direito, mas deve demonstrar que ele é verossímil, isto é, que existem indícios que tornem plausível o parentesco, ou união estável, por exemplo; e que há *periculum in mora*, a necessidade urgente de alimentos, para o seu sustento.

7.3. Hipóteses de cabimento

O art. 852 enumera as hipóteses em que poderá ser proposta a cautelar: "É lícito pedir alimentos provisionais: "I — nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges; II — nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial; III — nos demais casos expressos em lei. Parágrafo único. No caso previsto no n. I deste artigo, a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda".

A redação desse dispositivo é confusa, porque o próprio legislador parece ter confundido os alimentos provisionais com os provisórios.

Por exemplo: no inc. I, o cônjuge separado pode ajuizar ação de alimentos de rito especial, obtendo assim os alimentos provisórios. Só haverá necessidade de alimentos provisionais se ele ajuizar ação de separação judicial cumulada com alimentos, caso em que ambas terão de correr pelo procedimento ordinário, o que inviabilizará os alimentos provisórios, abrindo a possibilidade do ajuizamento da cautelar de alimentos provisionais.

Já a hipótese do inc. II só pode se referir à ação de alimentos de procedimento ordinário, em que não há prova pré-constituída do parentesco.

O inc. III permite a concessão de alimentos provisionais em hipóteses previstas em lei, como nas ações de investigação de paternidade (art. 7º, da

Lei n. 8.560/92).

7.4. Procedimento

A cautelar de alimentos provisionais pode ser preparatória ou incidental. A petição inicial deve preencher os requisitos do art. 282 do CPC, e indicar quais os fatos ou circunstâncias que tornem verossímeis as alegações (*fumus boni juris*) e que demonstrem a urgência (*periculum in mora*). É preciso, ainda, que o autor indique as suas necessidades e as possibilidades do réu (art. 854, do CPC).

O art. 843 traz uma exceção à regra geral de competência do art. 800, parágrafo único, ao estabelecer que "Ainda que a causa principal penda de julgamento no tribunal, processar-se-á no primeiro grau de jurisdição o pedido de alimentos provisionais".

No mais, o procedimento segue as regras gerais dos arts. 801 a 812 do CPC.

8. DO ATENTADO

8.1. Introdução

O atentado é a ação que tem por fim coibir a inovação ilegal das circunstâncias materiais relativas a processo em curso, determinar a restauração do *status quo ante* e, se for o caso, condenar quem a praticou a ressarcir os prejuízos provocados.

Enquanto o processo estiver em curso, nenhuma das partes pode inovar, provocando alterações fáticas que, ou prejudiquem o julgamento do processo, ou impliquem em descumprimento de ordens judiciais.

Aquele que pratica o atentado pode ter por objetivo prejudicar a colheita de provas, impedir o cumprimento das determinações judiciais ou fazer justiça com as próprias mãos.

8.2. Requisitos

Para que se configure o atentado é preciso:

- **que haja processo em andamento**, isto é, que a inovação se realize entre a citação do réu e o trânsito em julgado da sentença. Se ela ocorrer fora desse período, poderá ensejar outra ação, mas não atentado. O processo em curso pode ser de conhecimento, de execução ou cautelar;
- **que a inovação seja realizada por uma das partes**. Não cabe atentado quando decorre de fato natural ou de ato de terceiro;

- que estejam presentes as hipóteses do art. 879 do CPC: "Comete atentado a parte que no curso do processo: I — viola penhora, arresto, sequestro ou imissão na posse; II — prossegue em obra embargada; III — pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato".

Não constituem atentado a fruição normal da coisa, os atos comuns de administração e a alienação de coisa litigiosa.

8.3. Procedimento do atentado

A ação de atentado nunca será preparatória, mas sempre incidental. De acordo com o art. 880, parágrafo único, do CPC, "a ação de atentado será processada e julgada pelo juiz que conheceu originariamente da causa principal, ainda que esta se encontre no tribunal". Não se aplica a regra do art. 800, parágrafo único.

A petição inicial será autuada em separado, observando-se o disposto nos arts. 802 e 803. Não há necessidade de indicação de ação principal (atentado é sempre incidental), mas é indispensável que o autor indique com clareza qual a inovação perpetrada pela parte contrária que se quer reprimir.

O autor poderá cumular vários pedidos: **o de que o réu se abstenha de continuar inovando, o de que seja compelido a restaurar o *status quo ante*, e o de que tenha de indenizar os prejuízos provocados**. O autor da ação de atentado poderá ser tanto autor quanto réu da principal.

Havendo urgência, o juiz pode determinar, liminarmente, os pedidos cominatórios, de abstenção e restauração da situação originária. É o que ocorrerá, por exemplo, se o réu do atentado tiver inovado para prejudicar provas indispensáveis para o julgamento.

Ao proferir sentença, se o juiz acolher a pretensão do autor, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado (art. 881, do CPC). Além disso, a sentença pode condenar o réu a ressarcir à parte lesada as perdas e danos decorrentes do atentado.

A suspensão da causa principal, a que alude o art. 881, só será deferida se o restabelecimento da situação anterior for necessário para o julgamento, ou para a prática de qualquer outro ato do processo principal.

A proibição de falar nos autos refere-se à ação principal e não à própria cautelar, na qual o sucumbente poderá interpor recurso de apelação.

9. QUESTÕES

1. (Juiz de Direito — TJ/PA — 2005) Em matéria de caução, como procedimento cautelar específico, não há previsão expressa no Código de Processo Civil no sentido de que:

a) possa ser prestada por interessado ou por terceiro;
b) o autor nacional, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, bem como na reconvenção, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhe assegurem o pagamento;
b) possa ser real ou fidejussória;
c) quando a lei não determinar a espécie de caução, esta poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança;
d) julgando procedente o pedido, o juiz assinará prazo para que o obrigado reforce a caução. Não sendo cumprida a sentença, cessarão os efeitos da caução prestada, presumindo-se que o autor tenha desistido da ação ou o recorrente desistido do recurso.

Resposta: "b".

2. (Juiz de Direito — TJ/MG — 2004-2005) A pena de confissão será aplicada à parte que, intimada:

a) por publicação no órgão oficial, não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor;
b) pessoalmente, constando do mandado que reputar-se-ão verdadeiros todos os fatos afirmados pela parte contrária, não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor;
c) pessoalmente e se recuse a depor;
d) pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça, ou, comparecendo, se recuse a depor;
e) juntamente com seu procurador, não compareça.

Resposta: "d".

3. (Juiz de Direito — TJ/MG — 2004-2005) A parte que desejar esclarecimento oral do perito, requererá ao juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência.

a) sob pena de destituição do cargo;
b) sob pena de redução da verba honorária;
c) sob pena de condução coercitiva;
d) sob pena de imediata nomeação de outro *expert* para o cargo;
e) formulando desde logo as perguntas, sob forma de quesitos.

Resposta: "e".

4. (Juiz de Direito — TJ/SP — 176º) Considere as proposições a seguir:

I. Face ao princípio da adstrição da sentença ao pedido, consagrado pelo Código de Processo Civil, em ação de manutenção de posse o juiz está impedido de conceder, na sentença, a reintegração, se demonstrado que, por ocasião do ajuizamento, o autor não mais conservava a posse do bem em decorrência de esbulho praticado pelo réu.

II. Na ação de consignação em pagamento, se alegar a insuficiência do depósito, o réu poderá desde logo levantar a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.

III. Se, prestadas as contas pelo inventariante, pelo tutor, pelo curador ou pelo depositário, vier ele a ser condenado a pagar o saldo e não o fizer no prazo legal, o juiz poderá ordenar o sequestro dos bens sob sua guarda para garantia do processo e do credor.

IV. Qualquer que seja o fundamento da ação de despejo, dar-se-á ciência do pedido aos sublocatários, que poderão intervir no processo como litisconsortes.

As únicas proposições verdadeiras são as dos itens:

a) I e II.
b) II e III.
c) II e IV.
d) III e IV.

Resposta: "b".

5. (Juiz de Direito — TJ/SP — 176º) Analise as proposições e indique a alternativa correta.

I. O juiz poderá antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial caso se convença da verossimilhança da alegação e estiver caracterizado o manifesto propósito protelatório do réu.

II. Exigindo prova inequívoca da causa de pedir e da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a tutela antecipatória objetiva assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor.

III. Em se tratando de ação que verse sobre direito indisponível, o juiz pode conceder de ofício a antecipação dos efeitos da tutela.

IV. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que isso ocorra por decisão fundamentada.

São verdadeiras apenas as proposições da alternativa:

a) I e II.
b) II e III.
c) I e IV.
d) II e IV.

Resposta: "c".

6. (Ministério Público/SP — 86º — 2009) Assinale a alternativa que não contempla requisito para a antecipação de tutela.

a) Verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.
b) Verossimilhança da alegação e abuso do direito de defesa.
c) Verossimilhança da alegação e manifesta intenção protelatória do réu.
d) Verossimilhança da alegação e autor beneficiário da assistência jurídica gratuita.
e) Ausência de controvérsia em torno em um mais dos pedidos cumulados.

Resposta: "d".

7. (Juiz de Direito/SP — 2007) Considere as seguintes afirmações:

I. No protesto contra alienação de bens, o juiz pode ouvir, em três dias, aquele contra quem for dirigido, desde que lhe parece haver no pedido fim ilícito, decidindo em seguida sobre o pedido de publicação de editais.
II. A sentença que julgar procedente a ação de atentado deverá proibir o réu de falar nos autos até a purgação dele.
III. O procedimento cautelar de caução pode ser iniciado por aquele que for obrigado a dá-la ou por aquele em cujo favor há de ser dada.
IV. Para efeito de arresto, equipara-se à prova literal de dívida líquida e certa a sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso condenando, o devedor ao pagamento de prestação que em dinheiro possa converter-se.

Estão corretas:
a) todas as afirmações;
b) apenas as afirmações I, II e III;
c) apenas as afirmações II e IV;
d) apenas as afirmações I e IV.

Resposta: "a".

8. (Promotor de Justiça/SP — 2005) Leia as assertivas a seguir:

I. A medida cautelar de arresto de bens pode ser deferida quando o devedor, que tem domicílio certo, caindo em insolvência, põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros.
II. Admite-se como prova literal da dívida líquida e certa, para fins de conceder o arresto de bens, a sentença ilíquida pendente de recurso que condene o devedor ao pagamento de obrigação que possa se converter em dinheiro.
III. Antes de deferir o arresto, o juiz poderá designar audiência de justificação prévia, mas em segredo de justiça.

IV. O deferimento do arresto de bens, na hipótese do devedor com domicílio certo, que possui bens de raiz, e intenta hipotecá-los, sem lhe restar algum ou alguns livres que garantam o pagamento de suas dívidas, é causa de presunção de insolvência civil.

Assinale a alternativa correta:

a) As assertivas III e IV são falsas.
b) A assertiva III é falsa, mas a I é verdadeira.
c) A assertiva II é verdadeira, mas a I é falsa.
d) As assertivas I e IV são verdadeiras.
e) A assertiva IV é verdadeira, mas a II é falsa.

Resposta: "d".

9. (OAB/MG — agosto 2004) Sobre o processo cautelar, marque a opção incorreta.

a) A indicação da lide e seu fundamento são requisitos obrigatórios da petição inicial apenas quando a cautela for preparatória.
b) O prazo para contestação é de 5 (cinco) dias.
c) O indeferimento da medida cautelar por motivo de prescrição não impede que a parte intente a ação principal nem influi em seu julgamento.
d) A medida cautelar pode ser substituída por caução, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Resposta: "c".

10. (Juiz de Direito/MG — 2007) Conforme disposto no CPC, é CORRETO afirmar que a concessão liminar da medida cautelar, sem audiência do réu, restringe-se e condiciona-se à hipótese de:

a) realização de prévia audiência de justificação;
b) verificação de que o réu, sendo citado, poderá tornar a medida ineficaz;
c) prestação de caução real ou fidejussória por parte do autor;
d) impossibilidade de localização do réu.

Resposta: "b".

11. (Juiz de Direito/MG — 2006) No procedimento cautelar, o requerido será citado para contestar o pedido no prazo de 5 (cinco) dias a partir da:

a) certidão passada pelo oficial de justiça no mandado de execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após a justificação prévia;
b) publicação da juntada do mandado da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia;
c) juntada aos autos do mandado da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia;

d) publicação da certidão passada pelo oficial de justiça no mandado de execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após a justificação prévia.

Resposta: "c".

12. (OAB/MG — agosto 2005) Sobre as medidas cautelares é correto afirmar, EXCETO:

a) interposto recurso de apelação contra sentença proferida na ação principal, a medida cautelar, como regra, deve ser requerida perante o juízo monocrático;
b) pode o juiz conceder a medida cautelar liminarmente ou após a justificação prévia, sem oitiva do requerido, quando verificar que este, citado, poderá torná-la ineficaz;
c) o requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para no prazo de 5 (cinco) dias contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir;
d) podem ser substituídas, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Resposta: "a".

13. (OAB/SP — janeiro 2007) O arresto é uma das demandas cautelares típicas, prevista nos arts. 813 a 821 do Código de Processo Civil, sendo cabível:

a) quando o oficial de justiça, não localizando o executado pra proceder à citação, encontra bens suficientes para garantir a execução;
b) quando o devedor sem domicílio certo deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;
c) quando lhes foi disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de danificação;
d) quando houver fundado de extravio ou de dissipação de bens.

Resposta: "b".

14. (Juiz de Direito/SP — 2004) Analise as proposições e indique a alternativa correta.

I. O juiz poderá antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial caso se convença da verossimilhança da alegação e estiver caracterizado o manifesto propósito protelatório do réu.
II. Exigindo prova inequívoca da causa de pedir e da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a tutela antecipatória objetiva assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor.
III. Em se tratando de ação que verse sobre direito indisponível, o juiz

pode conceder de ofício a antecipação dos efeitos da tutela.

IV. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que isso ocorra por decisão fundamentada.

São verdadeiras apenas as proposições da alternativa:

a) I e III.
b) II e III.
c) I e IV.
d) II e IV.

Resposta: "c".

15. (Magistratura/SP — 2011) Assinale a alternativa correta.

a) A dívida deve estar vencida para que o credor possa requerer o arresto de bens, quando o devedor, sem domicílio certo, intenta alienar os bens que possui.
b) A sentença ilíquida, ainda pendente de recurso, que condena o devedor ao pagamento de dinheiro, pode ser admitida para fins de concessão de arresto.
c) A decisão proferida no arresto que decreta a decadência ou prescrição do direito do autor não prejudica o julgamento da ação principal.
d) O juiz concederá o arresto, mediante justificação prévia, se o credor prestar caução.
e) Cessa o arresto se o devedor prestar caução para garantir a dívida, honorários do advogado do requerente e custas.

Resposta: "b".

LIVRO X

DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

1

DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

1. Introdução

2. Por que alguns procedimentos são especiais e outros não?

3. Os vários tipos de procedimentos especiais

4. Uma seleção dos processos de procedimentos especiais de jurisdição contenciosa

5. Da consignação em pagamento

- 5.1. Introdução
- 5.2. Dois tipos de ação de consignação
- 5.3. Quais os bens que podem ser consignados?
- 5.4. Até quando é possível requerer a consignação em pagamento?
- 5.5. É possível, em ações de consignação, discutir a validade de cláusulas contratuais?
- 5.6. Procedimento

6. Da ação de depósito

- 6.1. Introdução
- 6.2. Depósito judicial — desnecessidade de ação
- 6.3. A prisão civil do depositário infiel
- 6.4. Procedimento

7. Da ação de prestação de contas

7.1. Introdução

7.2. Alguns exemplos de relações das quais resulta a obrigação de prestar contas

7.3. Natureza dúplice

7.4. A ação de exigir contas e a de prestá-las

7.5. Da ação de exigir contas

7.6. Da ação de dar contas

7.7. Forma pela qual as contas devem ser prestadas, tanto na ação de exigir como na de dar contas

7.8. Prestação de contas por dependência

8. Ações possessórias

8.1. Introdução

8.2. Peculiaridades das ações possessórias

8.3. Procedimento das ações possessórias

9. Ação de nunciação de obra nova

9.1. Introdução

9.2. Natureza

9.3. Nunciação de obra nova e dano infecto

9.4. Hipóteses de cabimento

9.5. Procedimento

10. Ação de usucapião de imóveis

10.1. Introdução

10.2. Procedimento especial?

10.3. Competência

10.4. Natureza

10.5. Legitimados ativos

10.6. Legitimados passivos

10.7. Intimações necessárias

10.8. Procedimento

11. Do inventário e da partilha

11.1. Introdução

11.2. Casos em que o inventário pode ser feito por escritura pública, dispensando-se o inventário judicial

11.3. Inventário

11.4. Inventário e partilha

11.5. Procedimento do inventário

11.6. Da partilha

11.7. Inventário conjunto

11.8. Arrolamento

11.9. Arrolamento sumário

12. Dos embargos de terceiro

12.1. Introdução

12.2. Requisitos específicos de admissibilidade

12.3. Casos especiais de embargos de terceiro

12.4. Procedimento

13. Da arbitragem

13.1. Introdução

13.2. O que é arbitragem?

13.3. A utilidade da arbitragem

13.4. Limites da arbitragem

13.5. Constitucionalidade da arbitragem

13.6. Espécies de arbitragem

13.7. Da convenção de arbitragem e seus efeitos

13.8. Os árbitros

13.9. O procedimento arbitral

13.10. Sentença arbitral

14. Procedimento monitório

14.1 Introdução

14.2. Espécies de procedimento monitório

14.3. Facultatividade do procedimento monitório

14.4. Natureza da ação monitória

14.5. Requisitos

14.6. Ação monitória contra a Fazenda Pública?

14.7. Procedimento

15. Juizados Especiais Cíveis

15.1. Introdução

15.2. Fundamento constitucional e legal

15.3. Natureza

15.4. Princípios

15.5. Competência

15.6. Litisconsórcio e intervenção de terceiros

15.7. O advogado no juizado especial cível

15.8. Do juiz, dos conciliadores e dos juízes leigos

15.9. Procedimento

1. INTRODUÇÃO

O Livro IV do CPC não é dedicado a um novo tipo de processo, do qual só existem três espécies: de conhecimento, de execução e cautelar,

tratados nos três primeiros livros.

No IV, a lei tratou especificamente dos processos de conhecimento que não tem procedimento comum — ordinário ou sumário — mas especial, com alguma particularidade, que refoge ao procedimento padrão.

O sistema adotado pelo legislador foi o de tratar especificamente apenas dos procedimentos especiais. Se a lei não tratar como especial, é porque o procedimento será comum, devendo seguir as regras do Livro I, do CPC.

■ 2. POR QUE ALGUNS PROCEDIMENTOS SÃO ESPECIAIS E OUTROS NÃO?

A razão pela qual a lei determina que determinados procedimentos sejam especiais e outros não **é de natureza material e não processual**. O que se leva em conta é o direito material que se discutirá nos processos, plasmando-se o procedimento de forma tal a melhor atender às suas exigências.

Por exemplo: a lei civil estabelece que o possuidor esbulhado ou turbado na posse, há menos de ano e dia, tem o direito de ser reintegrado ou mantido na posse, desde logo. Para atender a esse preceito do Direito Civil, o CPC estabelece a possibilidade de o juiz conceder liminares, de plano ou após a audiência de justificação, nas ações possessórias de força nova, tornando o procedimento especial.

O mesmo ocorre com a consignação em pagamento. As peculiaridades do procedimento decorrem de o devedor oferecer o pagamento ao credor, que se recusa a recebê-lo. Ou então do haver dúvida fundada a respeito de quem seja o verdadeiro credor. Em cada caso, a lei processual determinará peculiaridades procedimentais, correspondentes às exigências do direito material. **As regras do procedimento comum aplicam-se subsidiariamente aos processos de procedimento especial**.

■ 3. OS VÁRIOS TIPOS DE PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Como cada procedimento especial tem a sua peculiaridade, a legislação processual tem de tratar de cada um deles, expressamente, indicando-lhes as especificidades.

É possível distinguir procedimentos inteiramente especiais, que se processam de forma completamente distinta do procedimento comum; e há os que são especiais apenas no início, e depois prosseguem pelo comum.

Por exemplo: nas ações de prestação de contas e de inventário, o

procedimento distingue-se inteiramente do comum.

Já nas ações possessórias de força nova, a única particularidade é a concessão de liminar, com ou sem audiência de justificação, na fase inicial do processo. Ultrapassada essa fase, o procedimento torna-se comum.

Também é preciso distinguir entre **os procedimentos de jurisdição contenciosa e voluntária**. São processos de jurisdição contenciosa aqueles que servem para o juiz afastar uma crise de certeza, para dizer quem tem razão, se o autor ou o réu. Já a voluntária é aquela que serve para que o juiz tome algumas providências necessárias para a proteção de um ou ambos os sujeitos da relação processual.

Enquanto, na primeira, busca-se uma sentença que obrigue a parte contrária, na segunda, busca-se uma situação que valha para o próprio proponente da demanda, sendo possível que a sentença beneficie as duas partes. Em capítulo próprio, serão examinadas as características específicas da jurisdição voluntária e as principais diferenças em relação à contenciosa.

4. UMA SELEÇÃO DOS PROCESSOS DE PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

O CPC contém regulamentação de numerosos processos de procedimento especial. O exame de todos fugiria ao propósito da presente obra, que tem por fim auxiliar os que se preparam para aprovação em concursos públicos.

Pareceu-nos conveniente selecionar aqueles que são objeto do maior número de questionamentos nos exames, ou que, com mais frequência, se apresentam nas lides forenses.

Nos itens subsequentes, serão examinados os procedimentos especiais das ações de consignação em pagamento, depósito, prestação de contas, possessórias, nunciação de obra nova, usucapião, inventário e partilha, embargos de terceiro e monitórias.

Serão ainda examinados alguns aspectos da arbitragem e do procedimento no Juizado Especial Cível. De cada um deles, será feito um exame resumido, sobretudo daquilo que cada qual tem de peculiar.

5. DA CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

5.1. Introdução

A consignação é um mecanismo previsto na lei civil, de que pode se valer o devedor que queira desonerar-se e que esteja em dificuldades para o

fazer, seja porque o credor recusa-se a receber ou dar quitação, seja porque está em local inacessível ou ignorado, seja ainda porque existem dúvidas fundadas a respeito de quem deve legitimamente receber o pagamento.

As hipóteses de consignação foram previstas no art. 335 do CC. São elas:

- a recusa do credor em receber ou dar quitação. A recusa pode provir de ato comissivo ou omissivo. Pode ocorrer, por exemplo, que o devedor procure o credor para pagar, e este se recuse a receber, alegando que o depósito é insuficiente, ou qualquer outro motivo. Pode ainda ocorrer que a obrigação seja quesível, isto é, que seja do credor a obrigação de vir buscar o pagamento em mãos do devedor. Caso ele se omita, o devedor terá interesse em requerer a consignação. Essas hipóteses correspondem às dos incs. I e II, do art. 335, do CC: "I — se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação, na forma devida; II — se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos";
- a impossibilidade de o credor receber, porque é incapaz, desconhecido, declarado ausente, ou por residir em lugar incerto ou de acesso difícil ou perigoso;
- a dúvida a respeito de quem deva legitimamente receber;
- a existência de litígio sobre o objeto do pagamento.

Esse rol do art. 335 não é taxativo. Pode-se dizer que a consignação será possível sempre que o devedor quiser pagar e houver algum óbice para que o faça.

5.2. Dois tipos de ação de consignação

A lei processual trata de dois tipos diferentes de procedimento, nas ações de consignação em pagamento. Um para as hipóteses em que se sabe quem é o credor, mas não se consegue fazer o pagamento, porque ele não aceita receber ou dar quitação; ou não vai buscar o pagamento, embora seja sua tarefa; ou está em local inacessível ou desconhecido. Outro, quando houver dúvida sobre a quem deve ser feito o pagamento.

Ambos exigem que o autor deposite em juízo o valor oferecido. Mas no primeiro, não existe litígio senão entre o devedor e o credor; já no segundo, pode surgir uma disputa entre os dois ou mais credores potenciais, em relação aos quais existe dúvida sobre quem deva levantar o dinheiro. Por isso, o procedimento da consignação em caso de dúvida sobre quem seja o credor terá importantes diferenças em relação à consignação comum, que serão examinadas oportunamente.

5.3. Quais os bens que podem ser consignados?

A consignação será feita com o depósito, **judicial ou extrajudicial, de dinheiro ou de outro qualquer bem, que seja objeto da obrigação, podendo ser móvel ou imóvel**. É possível que o pagamento seja feito por consignação, quando a obrigação é de pagamento ou de entrega de coisa certa, móvel ou imóvel, por exemplo, na consignação das chaves de um imóvel, que o devedor pretende restituir e o credor se recusa a receber.

Somente as obrigações de fazer ou não fazer é que não podem ser extintas por consignação.

5.4. Até quando é possível requerer a consignação em pagamento?

A consignação em pagamento cabe quando **há mora do credor, provocada pela recusa em receber o pagamento (ou dar quitação) ou pela omissão em ir buscar o pagamento, quando isso lhe competir**.

É preciso distinguir obrigações quesíveis (*quérable*) ou portáveis (*portable*). A primeira é aquela em que incumbe ao credor mandar receber no tempo, lugar e condições devidos, e ele não faz; a segunda é aquela em que a iniciativa é do devedor, que deve procurar o credor, no tempo, lugar e condições devidos, para efetuar o pagamento. **Salvo previsão contratual em contrário, as obrigações são quesíveis**.

O devedor tem o direito de liberar-se da obrigação. Se a dívida é quesível e o credor não o procura para receber, na forma convencionada, haverá a possibilidade de consignar o pagamento. Se a obrigação é portável, ele só poderá consignar se, tendo buscado o credor para fazer o pagamento, não conseguiu, seja porque houve recusa, seja porque ele está em local desconhecido ou inacessível.

Há casos em que o devedor **em mora** deseja livrar-se da obrigação e procura o credor, para finalmente efetivar o pagamento, ainda que com atraso.

Pode o credor licitamente recusá-lo, alegando que o devedor está em mora? Havendo tal recusa, pode o devedor liberar-se, por meio da consignação?

Mesmo em mora, o devedor poderá consignar. É preciso que ofereça ao credor o valor da dívida, acrescido dos encargos decorrentes de sua mora, como juros, correção monetária e eventual multa contratual. Se assim for, o credor não pode recusar o pagamento, salvo em duas hipóteses:

- **se ele não for mais útil ao credor**. Por exemplo: o devedor comprometeu-se a entregar ao credor vários folhetos de publicidade para um determinado evento. O material não foi entregue no prazo.

Não caberá a consignação, se na data em que for feita a oferta, o evento já tiver sido realizado, pois terá perdido a utilidade para o credor;

- **quando ele já tiver ajuizado ação em decorrência da mora**. Por exemplo: não cabe mais a consignação se o devedor não pagou prestação de um contrato e o credor já ajuizou ação de rescisão desse contrato. No entanto, é preciso fazer a ressalva de que, em alguns tipos específicos de ação, permite-se a purgação da mora, com o pagamento feito no próprio processo. Por exemplo, nas ações de despejo por falta de pagamento ou nas de busca e apreensão de bens dados em alienação fiduciária em garantia.

5.5. É possível, em ações de consignação, discutir a validade de cláusulas contratuais?

Com frequência, o devedor oferece um valor em pagamento que o credor recusa-se a aceitar, alegando que não é suficiente, porque não respeita as cláusulas do contrato que fixam juros, correção monetária ou multa.

O devedor alega que tais cláusulas são nulas. Surgem, então, no curso da consignação, discussões a respeito da legalidade ou validade de cláusulas contratuais.

A ação de consignação não tem por fim declarar nulidade de cláusula contratual, **mas nela pode haver o reconhecimento *incidenter tantum* de um abuso contratual, que pode repercutir sobre o *quantum debeatur***.

Por essa razão, tem-se admitido que, no curso da consignação, se discuta a validade ou licitude de cláusulas contratuais, em caráter incidente.

5.6. Procedimento

São dois os tipos de ação de consignação em pagamento: a fundada na recusa em receber, cabível quando presentes as hipóteses do art. 335, I a III, do CC, e a fundada na dúvida sobre a titularidade do crédito (art. 335, incs. IV e V). A estes, pode acrescentar-se um terceiro tipo, que é a consignação de alugueres, prevista na Lei n. 8.245/91. Cada uma delas será examinada em item próprio.

5.6.1. Consignação fundada na recusa em receber

5.6.1.1. Competência

Variará conforme a natureza da dívida. **Sendo portável, a ação deve ser proposta no foro de domicílio do réu, e se quesível, no domicílio do devedor-autor**. A razão é simples: se portável, o devedor deve buscar o

credor para fazer o pagamento. Portanto, a competência será do domicílio deste; e se quesível, é o credor que tem de buscar o pagamento com o devedor.

Em ambas as hipóteses, **a competência é relativa**, e pode ser derrogada, quando as partes instituírem outro foro de pagamento, que não os de seus domicílios, ou quando houver eleição de foro.

5.6.1.2. Legitimidade

Tem legitimidade ativa quem pode fazer o pagamento. O principal legitimado é o devedor; se tiver falecido, o espólio, enquanto não tiver havido a partilha, ou os herdeiros, depois dela.

O pagamento também pode ser feito por terceiro interessado, ou por terceiro não interessado, desde que o faça por conta e em nome do devedor. Tal autorização é dada pelo art. 304 e parágrafo único, do CC. O legitimado passivo é aquele que pode receber e dar quitação: o credor, seus sucessores ou herdeiros.

5.6.1.3. O depósito

A consignação pressupõe que o devedor **ofereça ao credor determinada quantia ou bem**, para o cumprimento de sua obrigação. É necessário que ele efetive o depósito do dinheiro ou da coisa oferecida.

Na redação originária do CPC, havia uma audiência inicial, chamada audiência de oblação, que o juiz designava para que o credor viesse receber o pagamento. Se o aceitasse, a consignação era extinta.

Hoje, não há mais tal audiência, cumprindo ao autor efetuar o depósito. Se o objeto da consignação for pagamento em dinheiro, o depósito pode ser judicial ou extrajudicial; se for determinada coisa, só cabe o depósito judicial.

5.6.1.3.1. Depósito extrajudicial

Só pode ter objeto obrigações em dinheiro. É opção do credor, que, antes de ingressar em juízo, **pode depositar o valor em estabelecimento bancário situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando o credor por carta com aviso de recepção**. Recebida a carta, o credor tem prazo de dez dias para manifestar a sua recusa (art. 890, § 1º, do CPC).

O prazo de dez dias conta-se da data em que o credor recebe a carta de cientificação, que lhe dará ciência do depósito e do prazo.

A recusa deve ser manifestada por escrito ao estabelecimento

bancário em que o depósito foi efetivado. Embora haja alguma controvérsia, prevalece o entendimento **de que deve ser fundada**, cumprindo ao credor expor as razões pelas quais não o aceita.

Não havendo recusa no prazo, **reputa-se o devedor liberado da obrigação**, ficando o dinheiro depositado à disposição do credor. Não terá havido ação de consignação em pagamento, mas apenas consignação extrajudicial.

Quando houver recusa, manifestada no prazo, o devedor ou qualquer legitimado **deverá ajuizar a ação de consignação no prazo de trinta dias**, instruindo a petição inicial com a prova do depósito e da recusa. O prazo corre da data em que o devedor toma conhecimento da recusa do credor.

Caso a ação não seja proposta no prazo, o depósito fica sem efeito, e poderá ser levantado pelo devedor. Isso não impede que ele, oportunamente, proponha ação de consignação. O devedor não perde esse direito, por não o ter feito, no prazo de trinta dias. **Mas a eficácia liberatória só existirá a partir do novo depósito**, não do anterior. Não é possível, no entanto, que o autor faça nova consignação extrajudicial, do mesmo valor, se ele já foi recusado pelo credor anteriormente. Havendo recusa, a solução é a consignação judicial.

Proposta a ação no prazo de trinta dias, o devedor estará livre das consequências da mora, como, por exemplo, os juros, salvo se ela for julgada improcedente.

5.6.1.4. Petição inicial

Deve preencher os requisitos do art. 282 do CPC, sendo fundamental que o autor indique a quantia ou a coisa oferecida. Se for montante em dinheiro, deve indicar como chegou a ele, declinando os encargos acrescidos, o tempo, modo e as condições de pagamento.

Na petição inicial, o autor requererá o depósito do valor ou da coisa, no prazo de cinco dias. Caso tenha depositado extrajudicialmente o valor, instruirá a inicial com o respectivo comprovante.

Nada impede que, em vez de requerer o prazo para o depósito, o autor já o comprove, no momento do ajuizamento da ação. **Caso esteja em mora, deve depositar o valor do débito, com todos os encargos**.

Não há óbice à cumulação de outros pedidos aos de consignação, como, por exemplo, de reparação de danos, porque, após o depósito inicial, a ação corre pelo procedimento ordinário.

Havendo prestações periódicas, consignada a primeira, o devedor poderá continuar a consignar as demais, à medida que se forem vencendo,

no curso do processo, em até cinco dias, contados da data do vencimento (CPC, art. 892).

Há controvérsia sobre até quando as parcelas periódicas podem ser consignadas no mesmo processo, se até a sentença ou até o trânsito em julgado.

Ainda há controvérsia no Superior Tribunal de Justiça, mas na maioria das seções prevalece o entendimento de que **pode haver a consignação até o trânsito em julgado**. Esse é o entendimento que tem prevalecido, embora pareça-nos aplicável à consignação comum o art. 67, III, da Lei do Inquilinato, que permite a consignação das parcelas vencidas tão somente até a sentença. É certo que esse dispositivo diz respeito somente às consignações de alugueres, mas a mesma regra deve ser aplicada, a nosso ver, às consignações comuns.

O art. 894 do CPC trata da hipótese de a coisa objeto da obrigação ser indeterminada: "Se o objeto da prestação for coisa indeterminada e a escolher couber ao credor, será este citado para exercer o direito dentro de cinco dias, se outro prazo não constar de lei ou do contrato, ou para aceitar que o devedor o faça, devendo o juiz, ao despachar a petição inicial, fixar lugar, dia e hora em que se fará a entrega, sob pena de depósito".

5.6.1.4.1. Recebimento da inicial e citação do réu

Para que seja determinada a citação do réu, é preciso que o autor tenha feito o depósito da coisa ou valor devidos. Se não o tiver feito nem no momento da propositura da ação, o juiz lhe dará cinco dias para fazer. **A omissão implica extinção do processo sem julgamento de mérito**, pois não há consignação sem a oferta e o depósito daquilo que o devedor entender devido.

O réu é citado para receber o valor ou a coisa depositada, ou para oferecer resposta.

Nas hipóteses em que a consignação é requerida porque o credor é desconhecido, a citação será feita necessariamente por edital.

Se o credor aceitar o valor ou coisa que foi depositada, haverá reconhecimento jurídico do pedido, e o juiz extinguirá o processo com julgamento de mérito, condenando o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

5.6.1.4.2. Resposta do réu

Caso o réu não aceite a oferta, o prazo para oferecer resposta é de quinze dias. Todos os tipos de resposta são admissíveis: a contestação, a reconvenção e as exceções rituais.

O art. 896 enumera as principais matérias que o réu pode alegar em contestação. Ele pode dizer que: "I — não houve recusa ou mora em receber a quantia ou coisa devida; II — foi justa a recusa; III — o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento; IV — o depósito não é integral". O parágrafo único acrescenta que, no caso do inc. IV, a alegação só será admissível se o réu indicar o montante que entende devido.

Esse rol não é taxativo. O réu pode alegar as matérias preliminares enumeradas no art. 301, do CPC. E, no mérito, qualquer fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor.

Cada um dos incisos do art. 896 merece um exame mais aprofundado:

I — **Não houve recusa ou mora em receber a quantia ou coisa devida**. Isto é, que não há *mora credendi*, caso em que incumbirá ao devedor o ônus de prová-la.

II — **que a recusa foi justa**. São vários os motivos que podem embasar esse tipo de defesa. O réu pode, por exemplo, negar a sua qualidade de credor, afirmando não existir entre ele o autor a relação de direito material que ensejaria o pagamento; pode ainda alegar que já recebeu o pagamento, ou que a dívida que o devedor pretende pagar foi extinta, por novação, ou por compensação; ou pode alegar que a dívida não está vencida. A recusa por insuficiência de depósito é tratada em inciso específico, o IV.

III — **que o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento**. Esse tipo de alegação só servirá como defesa do devedor se o objeto da obrigação tiver perdido a utilidade para o credor, ou se este já tiver ajuizado ação para demandar o devedor pela dívida que este pretende pagar. Não estando presentes essas circunstâncias, o credor não pode recusar o pagamento do devedor, mesmo em mora, desde que acompanhado de correção monetária, juros de mora fixados no contrato ou, na omissão, os juros legais, e a multa convencionada.

IV — **o depósito não é integral**. Essa é a causa mais comum de recusa do credor em receber o pagamento. Ao apresentar contestação, é indispensável que ele indique qual o valor que entende devido, sob pena de sua defesa não ser conhecida pelo juiz. Por isso, é preciso que, na inicial, o autor indique, de forma discriminada, como chegou ao montante que pretende depositar, permitindo ao credor conferir os cálculos, e apresentar sua resposta, demonstrando-lhe a insuficiência. Quando for essa a alegação do credor em sua contestação, o procedimento da consignação sofrerá uma variação, devendo ser observado o disposto no art. 899 do CPC, que será examinado em item apartado.

Admite-se a reconvenção em ação de consignação em pagamento. Não há óbice procedimental já que, feito o depósito, a consignação seguirá o procedimento ordinário. Em caso de alegação de insuficiência de depósito, a consignação será dúplice, o que tornará desnecessário ao réu reconvir para postular eventual diferença. Mas a reconvenção poderá ser apresentada para que o réu formule outras pretensões, que não a de condenação ao pagamento do saldo.

Não há peculiaridades quanto à apresentação de exceções rituais de incompetência, impedimento ou suspeição, nem quanto à impugnação ao valor da causa.

5.6.1.4.2.1. A insuficiência do depósito

Quando a defesa está fundada na insuficiência do depósito, surgem algumas particularidades procedimentais, que merecem um exame mais aprofundado. **A primeira é a exigência de que o réu indique o valor que entende devido, sob pena de o juiz não conhecer a sua alegação**.

Mas o art. 899 do CPC traz outras peculiaridades. O autor, intimado para manifestar-se sobre a alegação de insuficiência, **poderá completar o depósito no prazo de dez dias**, salvo quando o saldo corresponder à prestação cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.

Em regra, após a resposta, o autor não pode modificar a sua pretensão. Mas nas consignações, ele pode complementar a oferta a inicial, depositando o saldo apontado pelo credor.

Se isso ocorrer, o juiz julgará procedente a consignação e liberará o devedor. **Mas carreará os ônus da sucumbência — custas e honorários advocatícios — ao autor-devedor**, já que o valor por ele oferecido inicialmente era mesmo insuficiente, tendo, ao final, sido deferida a liberação pelo valor reclamado pelo credor.

Outra peculiaridade da consignação em que a defesa estiver fundada na insuficiência do depósito é que ela terá **caráter dúplice**.

O art. 899, § 2º, do CPC estabelece: "A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos". A redação do dispositivo deixa claro que o juiz só condenará o autor ao pagamento do saldo se for possível, no curso do processo, determinar qual é o montante devido.

Quando a única defesa do réu for a insuficiência do depósito, o juiz poderá, desde logo, autorizar o levantamento da quantia ou coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, caso em que o processo

prosseguirá quanto à parcela controvertida (CPC, art. 899, § 1º).

5.6.1.4.3. Fase instrutória e decisória

Não há particularidades quanto à instrução nas ações consignatórias, podendo o juiz determinar, de ofício ou a requerimento das partes, todas as provas necessárias à formação de seu convencimento.

Julgada procedente a consignação, o juiz declarará extinta a obrigação, condenando o réu ao pagamento das custas e honorários advocatícios. O juiz ainda autorizará ao réu o levantamento da coisa ou valor depositado, descontando-se aquilo que for devido ao autor, em razão de custas e honorários.

Se o juiz julgar improcedente a ação, o depósito inicial não terá efeito liberatório e poderá ser levantado pelo autor, salvo nos casos de insuficiência, em que o réu poderá levantá-lo, havendo liberação parcial.

A sentença que acolhe a consignação é meramente declaratória, pois se limita a declarar a extinção da obrigação, e de seus efeitos reflexos, desde o momento em que o depósito tiver sido efetivado. Nos casos de insuficiência de depósito, ela terá natureza declaratória, no que se refere à extinção parcial do débito, e caráter condenatório, quando ao saldo remanescente, que puder ser apurado.

5.6.2. Consignação fundada em dúvida quanto à titularidade do crédito

É aquela fundada nos incs. IV e V, do art. 335, do CC. Não há recusa do credor em receber, mas, sim, dúvida a respeito de quem tenha essa qualidade.

A razão é afastar o risco de pagar à pessoa errada, com o que não se obterá o efeito liberatório da obrigação.

Dada a peculiaridade de circunstâncias, o procedimento dessa consignação será diferente. Para que caiba, **é preciso que a dúvida seja razoável, séria, fundada**. Mas não que os dois ou mais potenciais credores tenham se apresentado, exigindo o pagamento. É possível que haja dúvida fundada sobre a qualidade do credor, ainda que nenhum deles, ou apenas um, tenha se apresentado como tal.

Por exemplo: com o falecimento do credor, podem surgir dúvidas a respeito de quem seja o legítimo sucessor; ou podem surgir questões decorrentes de uma cláusula obscura ou mal redigida em um contrato, que não permita identificar a quem deva ser dirigido o pagamento.

5.6.2.1. Procedimento

5.6.2.1.1. Petição inicial

A ação será ajuizada **em face de todos aqueles que tenham a possibilidade de ser reconhecidos como credores**. Na petição inicial, o autor exporá as razões pelas quais tem dúvidas a respeito de a quem deva ser feito o pagamento. Conquanto ela precise ser séria e fundada, **o juiz deve ter tolerância, uma vez que o devedor não pode correr o risco de pagar mal**, sob pena de ter de fazê-lo novamente. Ele receberá a inicial, ainda que o risco de equívoco seja pequeno, pois o só fato de ele existir já justifica a consignação. Somente em caso de inexistência de dúvida, quando a titularidade do crédito for evidente e indiscutível, ele indeferirá a inicial.

Havendo entre os potenciais credores litígio judicial a respeito da titularidade do crédito, a consignação se justifica com ainda mais razão. O art. 334 do CC estabelece que "o devedor de obrigação litigiosa exonerar-se-á mediante consignação, mas, se pagar a qualquer dos pretendidos credores, tendo conhecimento do litígio, assumirá o risco do pagamento".

5.6.2.2. Depósito e citação

Se o autor não efetuar o depósito da quantia ou coisa já de início, o juiz determinará que o faça em cinco dias.

Somente depois, será determinada a citação dos réus. Se o depósito não for feito, o processo será extinto sem julgamento de mérito.

5.6.2.3. As diversas posturas que os réus podem assumir

O art. 898 do CPC traça um panorama das várias possibilidades, conforme as posturas que os réus venham a assumir. Pode ocorrer que:

- **nenhum deles compareça a juízo**. A lei determina que o depósito converter-se-á em arrecadação de bens de ausentes. Mas não foi feliz a redação, porque os ausentes são aqueles que desapareceram sem deixar procurador que cuide de seus negócios. Não é o que ocorre, porque o não comparecimento dos réus não os torna ausentes, mas demonstra que eles não querem a quantia ou coisa depositada. A melhor solução será que o juiz julgue extinta a obrigação do devedor, liberando-o, e aplique, a partir da aí, o procedimento relativo a coisas vagas, tratado nos arts. 1.170 a 1.176 do CPC. O depósito converter-se-á em arrecadação de coisa vaga;
- **apenas um dos potenciais credores compareça reclamando a coisa para si**. Nesse caso o juiz decidirá de plano, salvo quando a revelia não produzir efeitos, em relação aos demais. Como só um apareceu, e os demais ficaram revéis, o juiz presumirá que o verdadeiro credor é aquele que manifestou interesse pela quantia ou coisa depositada. O juiz dará sentença, reconhecendo-lhe o direito de levantá-las. Pode

ocorrer que esse credor reclame da insuficiência do depósito, caso em que, se o autor não o complementar no prazo de dez dias, o juiz, a sentença, além de reconhecer àquele o direito ao levantamento, decidirá se o depósito era ou não suficiente. Não o sendo, haverá liberação apenas parcial, e o juiz, se possível, condenará o autor ao pagamento do saldo, na forma do art. 899, § 2º, do CPC;

- **dois ou mais dos potenciais credores apareçam, postulando o levantamento da quantia ou coisa depositada**. De acordo com o art. 898, o juiz declarará efetuado o depósito e extinta a obrigação, continuando o processo unicamente entre os credores, caso em que se observará o procedimento ordinário.

Para que o juiz libere o devedor, é preciso que o depósito seja suficiente. Do contrário, o autor será instado a complementá-lo no prazo de dez dias. Se o valor for insuficiente e não houver complementação, o juiz declarará efetuado em parte o pagamento, e liberará o devedor apenas em parte, de sua obrigação, condenando-o a pagar o saldo remanescente. No entanto, antes que haja o levantamento e a execução do saldo, haverá necessidade de prosseguimento entre os credores, para que o juiz decida a qual deles caberá fazê-lo.

Sendo suficiente o depósito, a liberação do devedor será completa. Mas existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da natureza do ato judicial que declara efetuado o depósito e extinta a obrigação.

Ovídio Baptista da Silva e Adroaldo Furtado Fabrício sustentam que esse ato tem natureza de **decisão interlocutória**[1,2], sob o fundamento de que o que segue não é um novo processo, mas continuação do anterior. Para eles, o recurso adequado seria o de agravo. Já Antonio Carlos Marcato sustenta que o ato teria natureza de **sentença** sendo, então, apelável[3].

Parece-nos que, como o processo tem de prosseguir em primeira instância, para que se apure quem é credor, **melhor que o ato seja considerado decisão interlocutória e o recurso interposto seja o de agravo de instrumento**, embora, diante da dúvida objetiva, dada a controvérsia doutrinária e jurisprudencial, seja aplicável o princípio da fungibilidade.

Com a declaração de que houve o pagamento, e a consequente liberação do devedor, haverá a fixação de honorários advocatícios, em favor dele. O juiz autorizará o devedor (ou o seu advogado) a levantá-los, abatendo-os do valor depositado. O valor ficará desfalcado. Mas, com o prosseguimento do processo, e a apuração de quem é o verdadeiro credor, este também fará jus a honorários, devendo o juiz condenar o seu adversário a repor o que foi abatido e a pagar os honorários devidos ao

verdadeiro credor.

5.6.2.4. A segunda fase

Quando dois ou mais credores comparecerem reclamando o depósito, o juiz extinguirá a obrigação do devedor, e o excluirá, **prosseguindo-se apenas entre eles, para que se decida a quem compete o levantamento**.

Essa segunda fase nem sempre será necessária. Pode ocorrer que, apesar de dois ou mais credores reclamarem o depósito, seja possível, desde logo, identificar qual é o verdadeiro credor, sem necessidade de outras provas. **O juiz proferirá sentença, na qual não apenas liberará o devedor, como identificará a quem compete o levantamento**.

Também não haverá segunda fase, quando já houver entre os credores litígio judicial a respeito da titularidade do crédito, caso em que, excluído o devedor, o juiz determinará que se aguarde o resultado do processo em curso, para que fique apurado a quem compete o levantamento.

Só haverá a segunda fase, quando houver necessidade de provas a respeito da qualidade de credor. Se esta envolver apenas matéria de direito, ou matéria de fato que não dependa de outras provas, o juiz dispensará a fase subsequente.

Quando isso não for possível, o juiz, após a exclusão do devedor, determinará o prosseguimento entre os credores, pelo rito ordinário, com a produção das provas necessárias para a solução.

5.6.3. Consignação de alugueres

Além das duas já examinadas, há uma terceira espécie de ação, cujo procedimento se distingue dos demais: **a ação de consignação em pagamento de alugueres**, regulada nos arts. 67 e ss., da Lei do Inquilinato.

O procedimento se assemelha ao da consignação comum, mas há algumas particularidades que o distinguem. São elas:

- Na consignação comum, se o autor não tiver feito o depósito extrajudicial, nem fizer o judicial quando da propositura da demanda, o juiz determinará que ele o faça em cinco dias. Somente depois do depósito, determinará que o réu seja citado; na consignação de alugueres, estando em termos a petição inicial, **o juiz, no mesmo despacho, ordena a citação do réu, e determina o depósito do valor oferecido, no prazo de 24 horas**.
- Na consignação de alugueres, como a prestação é periódica, o autor depositará os que se forem vencendo no curso do processo, tal como

na consignação comum. Mas naquela, a lei é expressa: **o limite dos depósitos é a sentença** (art. 67, III, da Lei do Inquilinato), ao passo que na consignação comum não há previsão legal, prevalecendo o entendimento de que poderá ser feita até o trânsito em julgado. Além disso, na de alugueres, o depósito deve ser feito na data do vencimento, ao passo que na comum, até cinco dias depois.

- Não há autorização expressa da lei, para que se faça a consignação dos alugueres extrajudicialmente. Parece-nos que não haverá óbice para que o devedor o faça, **já que, naquilo que a Lei do Inquilinato for omissa, será aplicável o procedimento da consignação comum**. O enunciado 41 do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo estabelece: "O depósito bancário, a que alude o art. 890 do CPC, é instrumento de direito material e também se presta à exoneração de obrigações oriundas dos contratos de locação".
- Quando houver alegação de insuficiência de depósito, o autor poderá complementá-lo **no prazo de cinco dias, e não de dez, como na consignação comum** (art. 67, VII, da Lei n. 8.245/91), acrescido de multa de 10% sobre o valor da diferença. Haverá essa possibilidade mesmo que o réu credor ofereça reconvenção, postulando o despejo e a condenação ao pagamento do saldo.
- Se o valor for insuficiente, **o juiz não poderá, na consignação de alugueres, condenar o autor ao pagamento do restante**, porque o art. 899, § 2º, do CPC não se aplica. A situação é regida pelo art. 67, VI, da Lei do Inquilinato. O réu, se quiser a condenação do autor ao pagamento das diferenças, terá de reconvir, caso em que também poderá postular o despejo.
- Em caso de o réu não contestar a consignação de alugueres, ou de receber os valores oferecidos, o juiz o condenará a pagar honorários advocatícios de 20%. Na consignação comum, não há honorários prefixados.

6. DA AÇÃO DE DEPÓSITO

6.1. Introdução

É possível distinguir três espécies diferentes de depósito: **o voluntário, o necessário e o judicial**. Os dois primeiros são tratados no Código Civil e o último, no CPC.

O depósito voluntário é o oriundo de um contrato, e vem tratado nos arts. 627 a 646 do CC. De acordo com o art. 627, "pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame". Caracteriza-se por ser contrato real, que só se aperfeiçoa quando o depositante entrega a coisa ao depositário; é também unilateral, porque só gera obrigações para o depositário; e, em regra, gratuito, embora possa ser

oneroso, nas hipóteses do art. 628 do CPC.

O depositário tem a obrigação de guardar, conservar a coisa como se fosse sua, e restituí-la, quando solicitado, com todos os frutos acrescidos. Conquanto a lei aluda apenas ao depósito de coisas móveis, tem-se admitido que possa ter por objeto também imóveis.

O depósito necessário é aquele que se estabelece **compulsoriamente**, por força de obrigação legal ou em situação especial como calamidade, incêndio, inundação, naufrágio ou saque (art. 647, do CC). O depositário tem as mesmas obrigações que no depósito voluntário.

O depósito judicial é aquele que se estabelece **por determinação do juiz**, no curso de um processo. Tem por finalidade garantir e preservar um bem litigioso, ou que foi objeto de apreensão judicial, como arresto e penhora.

6.2. Depósito judicial — desnecessidade de ação

Quando o depósito é judicial, o **depositário não chega a ter a posse do bem, mas apenas a sua detenção**. Por isso, se não restituir a coisa, não há necessidade da ação de depósito, bastando que, no próprio processo em que o depósito foi constituído, o juiz expeça um mandado de imissão de posse, se o bem for imóvel, ou de busca e apreensão, se móvel.

O depósito que ensejará a ação é o contratual, já que no judicial, regulado pelo CPC, a solução é dada no próprio processo.

6.3. A prisão civil do depositário infiel

Característica das mais marcantes do depósito era a possibilidade de prisão civil do depositário, como meio de coerção, para obrigá-lo a manter o bem, cuidar dele e restituí-lo quando solicitado. O descumprimento, tanto no depósito voluntário quanto no judicial, ensejava a sua prisão civil. Tratava-se de uma das poucas hipóteses admitidas em nosso ordenamento jurídico.

Tal possibilidade não mais existe, porque em dezembro de 2008, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343, decidiu, por maioria de votos, **pela proibição da prisão civil do depositário**. Conquanto a hipótese concreta versasse sobre alienação fiduciária em garantia, decidiu-se pela impossibilidade da prisão em qualquer hipótese de depósito contratual. **E estendeu-se a proibição também para o depositário judicial, com o que ficou revogada a Súmula 619 do STF**, que assim dizia: "A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituir o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito".

Sem a possibilidade de prisão, o juiz terá de valer-se de outros meios de coerção, como aqueles previstos no art. 461, § 5º, do CPC, para compelir o depositário a restituir o bem.

6.4. Procedimento

6.4.1. Natureza

A ação de depósito é **de conhecimento, condenatória, e de procedimento especial**. Se procedente, o réu será condenado a restituir o bem, em 24 horas, sob pena de expedição de mandado de entrega da coisa; ou o equivalente em dinheiro, quando a restituição não puder ser feita.

O art. 906 do CPC estabelece que "Quando não receber a coisa ou o equivalente em dinheiro, poderá o autor prosseguir nos próprios autos para haver o que lhe for reconhecido na sentença, observando-se o procedimento da execução por quantia".

Não há opção do réu. **A restituição do equivalente em dinheiro só caberá quando não for mais possível a do bem, por ter perecido ou se perdido**.

A ação de procedimento especial só cabe quando houver depósito voluntário, isto é, contrato. No depósito necessário, previsto nas hipóteses do art. 647 do CC, a ação seguirá pelo procedimento ordinário, e não pelo especial.

6.4.2. Petição inicial

A ação será ajuizada pelo depositante em face do depositário tido por infiel. Em caso de falecimento de qualquer deles, a legitimidade passará ao espólio ou sucessores.

A inicial preencherá os requisitos do art. 282 do CPC e deverá ser instruída com o contrato de depósito, sempre escrito, conforme 646 do CC. O autor deve ainda apresentar uma estimativa do valor do bem — para a hipótese de só ser possível a restituição do equivalente em dinheiro — se ela já não constar do próprio contrato.

O valor da causa será o da coisa depositada. O autor pedirá que o réu seja citado para, em cinco dias, entregar a coisa, depositá-la em juízo, ou consignar o equivalente em dinheiro. Nesse prazo, o réu poderá apresentar resposta.

6.4.3. As atitudes do réu

O réu, citado, poderá tomar diversas atitudes:

Entregar o bem, caso em que haverá reconhecimento jurídico do

pedido, e extinção do processo, com resolução de mérito. O réu será condenado nas custas e honorários advocatícios.

Depositar a coisa em juízo, quando o autor se recusar a recebê-la de volta, ou quando o réu reconhecer a obrigação de restituir, mas quiser exercer o direito de retenção. O depósito judicial não é condição necessária para que o réu ofereça contestação.

Consignar o valor da coisa em dinheiro, desde que tenha se tornado impossível a restituição da própria coisa. O réu não tem o direito de optar pela restituição do dinheiro, e manter a coisa com ele. A consignação do equivalente fica reservada à hipótese de a coisa ter perecido, se deteriorado ou se perdido, por culpa do réu, uma vez que se não tiver culpa, fica isento de pagar.

Deve-se ressalvar, no entanto, a ação de depósito, nos **contratos de alienação fiduciária** em garantia. Nelas, o bem é dado como garantia do pagamento de uma dívida em dinheiro. Por isso, o devedor pode, a seu critério, **entregar a coisa ou o equivalente em dinheiro, não podendo haver recusa do credor em receber a quantia**.

O equivalente em dinheiro deve corresponder ao valor atualizado do bem. Havia controvérsia se deveria corresponder ao valor do bem ou valor da dívida por ele garantida. **Hoje, prevalece o entendimento de que deve corresponder ao valor atualizado do bem, não da dívida**.

Oferecer resposta, que será examinada em item apartado.

Se não tomar nenhuma das atitudes anteriores, nem oferecer resposta, o juiz, verificando que são aplicáveis os efeitos da revelia, promoverá o julgamento antecipado da lide, na forma do art. 330, II, do CPC.

6.4.4. Resposta do réu

No prazo de cinco dias, o réu poderá oferecer contestação. Não há óbice a que apresente exceções rituais de incompetência, suspeição e impedimento. Nem de que ofereça reconvenção, já que o art. 903 do CPC prevê que o procedimento, após a contestação, será o ordinário.

O art. 902, § 2º, do CPC alude à possibilidade de o réu alegar eventuais nulidades ou falsidades do título, a extinção da obrigação ou qualquer uma das defesas previstas na lei civil (por exemplo, a perda ou deterioração da coisa em razão de caso fortuito ou força maior ou direito de retenção por benfeitorias, previstas respectivamente nos arts. 642 e 644 do CC). Esse rol não esgota as possibilidades, já que ele poderá também arguir as preliminares previstas no art. 301 do CPC.

6.4.5. A conversão do rito

Com a resposta, o processo prosseguirá pelo procedimento ordinário, na forma do art. 603, do CPC. **O procedimento só é especial até a resposta**.

6.4.6. Sentença

Se o juiz julgar procedente a ação, ordenará a expedição de mandado para a entrega do bem ou do equivalente em dinheiro, no prazo de 24 horas. Eventual apelação será dotada de efeito devolutivo e suspensivo.

Na fase de cumprimento de sentença, o devedor será intimado para cumprir o determinado na sentença. Não o fazendo, será expedido o mandado de busca e apreensão (se o bem for móvel) ou de imissão na posse (se imóvel). Caso o réu oculte o bem, ou ofereça algum obstáculo para o cumprimento, o juiz poderá valer-se dos meios de coerção, estabelecidos no art. 461, § 5º, do CPC, o que inclui a fixação de multa diária.

Não sendo mais possível a entrega da coisa — em razão de perecimento, perda ou deterioração —, o autor poderá executar o equivalente em dinheiro, na forma dos arts. 475-J e ss., do CPC.

Em nenhuma hipótese o juiz poderá decretar a prisão civil do devedor, afastada pelo Supremo Tribunal Federal.

6.4.7. Ação de depósito de bens dados em alienação fiduciária em garantia

A alienação fiduciária é direito real de garantia, pelo qual o devedor transfere ao credor a propriedade resolúvel de um bem, dado em garantia como pagamento de uma dívida, permanecendo com a posse direta. Em caso de pagamento, a propriedade resolve-se em favor do devedor, que torna a ser proprietário pleno da coisa. Não havendo pagamento, tendo o devedor sido constituído em mora, o credor poderá ajuizar ação de busca e apreensão, para obter a posse do bem, e aliená-lo, para pagamento da dívida.

O procedimento da ação de busca e apreensão é regulado pelo Decreto-lei n. 911/69. **Para que seja ajuizada, é indispensável que o devedor tenha sido constituído em mora (Súmula 72 do STJ)**.

Caso o bem não seja encontrado em poder do devedor, o credor requererá a conversão da busca e apreensão em depósito. O devedor será citado para entregar o bem ou equivalente em dinheiro, tal como na ação de depósito comum.

Aplica-se a essa ação de depósito o procedimento do CPC, examinado acima, com a particularidade de que a ação terá sido precedida de busca e apreensão na qual não se conseguir apreender o bem. Além

disso, o devedor tem a opção de eximir-se da entrega da coisa se pagar a dívida ou o equivalente em dinheiro da coisa. Afinal, na hipótese de alienação fiduciária, o objetivo do autor é receber o pagamento da dívida. A entrega da coisa tem por objetivo apenas permitir ao credor vendê-la para obter esse pagamento.

7. DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

7.1. Introdução

Existem relações jurídicas das quais resulta a obrigação de um dos envolvidos prestar contas a outrem.

Isso ocorre quando, por força dessa relação, um deles administra negócios ou interesses alheios, a qualquer título. Aquele que o faz deve prestar contas, apresentar a indicação pormenorizada e detalhada de todos os itens de crédito e débito de sua gestão, para que se possa verificar se, ao final, há saldo credor ou devedor.

A prestação de contas serve para aclarar o resultado da gestão, permitindo que se verifique se há saldo em favor de alguém. Quem administra negócios ou bens alheios, pode receber valores que devem ser entregues ao titular, e fazer despesas, que devem por este ser repostas. Só por meio dela será possível verificar se há saldo em favor de algum dos envolvidos.

Não se admite a prestação de contas se não há necessidade de aclaramento. Quando já é possível saber se há saldo credor ou devedor, sem a prestação de contas, não há interesse na ação, bastando que aquele que tem crédito a seu favor ajuíze ação de cobrança, ou aquele que tem débito ajuíze ação de consignação em pagamento.

7.2. Alguns exemplos de relações das quais resulta a obrigação de prestar contas

A lei brasileira enumera situações das quais resulta a obrigação de prestas contas.

No Código Civil podem ser mencionadas:

- a obrigação do tutor e do curador, pela gestão de bens e negócios do tutelado ou curatelado (arts. 1.756 e 1.774);
- a do sucessor provisório, em relação aos bens dos ausentes (art. 22, *caput*);
- a do inventariante e do testamenteiro, por sua gestão à frente do espólio (arts. 2.020 e 1.980);

- a do mandatário frente ao mandante (art. 668).

No Código de Processo Civil:

- a do administrador da massa na insolvência;
- a do imóvel ou empresa no usufruto executivo;
- a do curador da herança jacente;
- eventualmente, do depositário.

No Direito Comercial:

- nos contratos de sociedade, pois qualquer sócio pode pedir aos demais que prestem contas da sua administração da sociedade;
- nos contratos de comissão e mandato mercantil;
- o administrador da falência, que deve prestar contas de sua gestão.

Algumas situações específicas:

- as instituições financeiras devem prestar contas dos valores depositados aos titulares dos depósitos. A Súmula 259 do STJ: "A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular da corrente bancária". O envio de extratos mensais não afasta essa obrigação, pois o correntista pode discordar dos lançamentos, e exigir as contas;
- o consorciado pode exigir contas da administradora, ainda que o grupo esteja inadimplente e o consórcio ainda não esteja encerrado;
- no condomínio em edifícios, o condomínio, representado pelo síndico, pode exigir contas da Administradora. Já o síndico deve prestar contas à Assembleia Geral e ao Conselho Consultivo. Só se ele não o fizer, e não forem tomadas providências, é que a ação poderá ser ajuizada pelos condôminos, individualmente;
- o advogado deve prestar contas ao cliente, já que é mandatário deste.

7.3. Natureza dúplice

Característica da ação de prestação de contas é a sua natureza dúplice. O art. 918 do CPC estabelece que "o saldo credor declarado na sentença poderá ser cobrado em execução forçada". Mas pode haver saldo credor tanto em favor do autor da ação quanto do réu. **Na sentença, o juiz pode reconhecer saldo em favor deste, sem que ele o postule**. Reconhecido, o saldo poderá ser executado, seja em favor do autor ou do réu.

A prestação de contas é exemplo de ação **intrinsecamente dúplice**. Nas que não são, o réu não pode formular, na própria contestação, pretensão em face do autor (salvo a de que o juiz julgue improcedente o pedido). Se o réu quiser formulá-la, deverá valer-se da reconvenção.

O que caracteriza as ações dúplices é a possibilidade de o réu formular a sua pretensão na própria contestação, sem necessidade de reconvir. Mas dentre elas, é possível identificar duas categorias. Há aquelas em que é preciso que o réu, na contestação, formule pretensão contra o autor. Por exemplo: as ações possessórias. O réu pode formular pedido contra o autor na contestação. Mas pode não formular, caso em que o juiz só examinará a pretensão do autor. **Mas há as intrinsecamente dúplices, como a prestação de contas, em que o juiz pode reconhecer crédito em favor do réu, e condenar o autor a pagá-lo, independentemente de pedido**. Na pretensão à prestação de contas está ínsita a noção de que, aquele contra quem for reconhecido o saldo, deve pagá-lo, independentemente de ser autor ou réu.

7.4. A ação de exigir contas e a de prestá-las

Havendo uma relação jurídica da qual resulte a obrigação de prestar contas, e tendo a ação natureza dúplice, **há legitimidade tanto daquele que as tem de prestar como daquele que pode exigi-las**.

Há duas ações diferentes: para exigir contas, e para dá-las. Imagine-se que, durante algum tempo, A administrou bens de B. B pode exigir de A que preste contas; e A pode ajuizar ação para prestar a B as contas, liberando-se da obrigação de prestá-las.

Para que haja interesse é preciso que:

- aquele que tem obrigação de prestar contas se recuse a fazê-lo;
- ou aquele a quem as contas devem ser prestadas se recuse a recebê-las;
- que haja divergência sobre a existência e o montante do saldo apontado nas contas prestadas.

Havendo acordo sobre a obrigação de prestar contas, e sobre o valor do saldo credor ou devedor, as contas podem ser prestadas extrajudicialmente.

7.5. Da ação de exigir contas

7.5.1. Procedimento

Vem tratado no art. 915 do CPC. **É proposta por aquele cujos bens foram administrados por outrem**.

O que caracteriza o seu procedimento é a existência, em regra, de duas fases: a primeira, para que o juiz decida sobre a existência ou não da obrigação de o réu prestar contas. Se o juiz decidir que não, o processo

encerra-se nessa fase; mas se decidir que sim, haverá uma segunda, que servirá para que o réu preste as contas, e o juiz possa avaliar se o fez corretamente, reconhecendo a existência de saldo credor ou devedor.

7.5.1.1. Primeira fase

A petição inicial deve preencher os requisitos do art. 282 do CPC, cuidando o autor de expor com clareza as razões pelas quais tem o direito de exigir contas do réu. Na inicial, ele pedira ao juiz que mande citar o réu para, no prazo de cinco dias, apresentá-las ou contestar a ação.

Citado, o réu poderá ter uma entre várias condutas possíveis:

- **pode reconhecer a obrigação de prestar contas, e já as apresentar**, caso em que o juiz considerará superada a primeira fase e passará desde logo à segunda. O juiz ouvirá o autor sobre as contas prestadas, no prazo de cinco dias, e determinará as provas necessárias, podendo, se preciso, designar audiência de instrução e julgamento. Ao final, proferirá sentença, na qual decidirá se há saldo em favor de alguma das partes;
- **pode permanecer inerte**, sem contestar nem prestar as contas solicitadas, caso em que o juiz, aplicando ao réu os efeitos da revelia, julgará antecipadamente a lide, determinando que o réu preste ao autor as contas solicitadas, no prazo de 48 horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar;
- **pode apresentar resposta**. Na contestação, o principal fundamento será a inexistência da obrigação de prestar contas, seja porque a relação que havia entre as partes não o impõe, seja porque as contas já foram prestadas extrajudicialmente. O juiz determinará as provas necessárias, e ao final proferirá sentença. Caso seja de procedência, o réu será condenado a prestar contas em 48 horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar. O réu ainda pode valer-se das exceções rituais. E até mesmo de reconvenção, desde que o objeto desta não seja o reconhecimento de saldo em seu favor, já que para tanto não há necessidade de reconvir, dada a natureza dúplice da ação. Mas a reconvenção pode ter outra finalidade. Por exemplo: o autor postula que o réu seja condenado a prestar contas em razão de um contrato, e o réu reconvém para obter a declaração de nulidade deste;
- **pode o réu contestar, negando a obrigação de prestar contas, mas, ao mesmo tempo, já apresentá-las**. O processo passará desde logo à segunda fase, seguindo-se o procedimento do § 1º, do art. 915. Ao apresentar as contas, o réu reconheceu a obrigação, cumprindo apenas verificar se elas estão corretas e se há saldo em favor dos litigantes.

7.5.1.2. Da sentença que encerra a primeira fase da ação de exigir

contas

Conquanto o ato que condene o réu a prestar contas não ponha fim ao processo, marcando apenas a passagem para a segunda fase, a sua natureza é de sentença, por força de dispositivo legal expresso. Trata-se do art. 915, § 2º, do CPC, que assim dispõe: "Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de quarenta e oito horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar".

O recurso cabível será apelação, dotada de efeito suspensivo. Há controvérsias sobre o momento oportuno para a condenação em honorários advocatícios, em caso de procedência.

Ao proferir a sentença condenando o réu a prestar contas, o juiz o condenará ao pagamento de honorários. Se ele as prestar, e o autor aceitá-las, não haverá a fixação de novos honorários, correspondentes à segunda fase. Mas, se nesta surgir controvérsia — do que pode resultar a necessidade de provas, como a pericial e a testemunhal — novos honorários deverão ser fixados. Pode ocorrer, por exemplo, que o réu seja condenado na primeira fase a pagar honorários, porque se recusou a fazê-lo. Mas que, na segunda fase, ele as preste assim que intimado, e que o autor as impugne, reputando-as incorretas. Serão determinadas as provas necessárias, e se o juiz verificar que a razão estava com o réu, será o autor condenado em honorários.

7.5.1.3. Segunda fase da ação de exigir contas

Tendo o réu sido condenado a prestar contas, passar-se-á à segunda fase, **na qual ele será intimado para o fazer, em 48 horas, sob pena de não poder impugnar as que forem apresentadas pelo autor**.

O réu poderá tomar duas atitudes possíveis:

- **apresentar as contas**, caso em que a segunda fase processar-se-á na forma do art. 915, § 1º, do CPC: o autor será ouvido em cinco dias. Se não as aceitar, o juiz determinará as provas necessárias e, ao final, julgará. Mas é preciso que as contas sejam prestadas na forma do art. 917 do CPC. Se o réu apresentar contas, sem obedecer à forma exigida por lei, o juiz não as considerará prestadas;
- **não prestar as contas**, caso em que se procederá na forma do art. 915, § 3º, 2ª parte do CPC: o autor as apresentará no prazo de dez dias, e elas serão julgadas ao prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, exame pericial contábil. O réu omisso perde o direito de apresentar contas e de impugnar as que o autor apresentar. Mas isso não significa que o juiz vá acolher as do autor. É preciso examiná-las e, se necessário, determinar as provas para formar a sua

convicção. **Não pode o juiz permitir que o autor se valha da proibição de o réu impugná-las, para perpetrar abusos, cobrando mais do que é devido**. Na dúvida, o juiz determinará a realização de exame pericial contábil.

Se o réu não prestar contas, e o autor também não as apresentar, o processo não terá como prosseguir. Cumpre ao juiz intimar o autor para que dê andamento ao feito, sob pena de extinção sem julgamento de mérito.

7.6. Da ação de dar contas

7.6.1. Procedimento

Vem prevista no art. 916 do CPC: "Aquele que estiver obrigado a prestar contas requererá a citação do réu para, no prazo de cinco dias, aceitá-las ou contestar a ação".

Difere esta ação da de exigir contas, porque a iniciativa é daquele que está obrigado a prestá-las, e quer eximir-se da obrigação. **Por isso, não haverá a discussão sobre a existência da obrigação de prestar contas, já que o próprio obrigado a reconhece**.

Só há interesse se a pessoa a quem as contas são destinadas se recusa a recebê-las ou a aceitá-las. Normalmente, a razão para a recusa é a divergência quanto ao conteúdo e aos valores do saldo. Mas ainda é possível que possa fundar-se na inexigibilidade ou extemporaneidade das contas.

Não haverá duas fases, como na ação de exigir contas. O autor apresentará a inicial, que deve preencher os requisitos do art. 282 do CPC, indicando as razões pelas quais deve prestar as contas, e informando sobre a recusa do réu em aceitá-las.

A inicial deve vir instruída com as contas e com os documentos necessários à sua instrução.

O réu será citado para, no prazo de cinco dias, aceitá-las ou contestar. No primeiro caso, o processo será extinto com julgamento de mérito, por ter havido reconhecimento jurídico do pedido. Se o réu não manifestar-se, o juiz considerá-lo-á revel e julgará antecipadamente, salvo nas hipóteses em que a revelia não produzir efeitos.

Se o réu contestar as contas, o juiz determinará as provas necessárias, incluindo perícia contábil, e designará audiência de instrução e julgamento. Mas, para que o juiz possa levar em conta as alegações do réu, é preciso que ele impugne as contas de autor de forma especificada, apontando de forma discriminada os erros do cálculo.

Ao final, o juiz julgará as contas, verificando se há saldo em favor de

alguma das partes.

7.7. Forma pela qual as contas devem ser prestadas, tanto na ação de exigir como na de dar contas

O art. 917 do CPC esclarece que "as contas, assim do autor como do réu, serão apresentadas em forma mercantil, especificando-se as receitas e aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo; e serão instruídas com os documentos justificativos".

O que é a forma mercantil? **Aquela em que todos os itens que compõe o crédito e o débito, o ativo e o passivo, são discriminados, havendo uma coluna referente às receitas e outra às despesas, que devem ser indicadas em ordem cronológica**.

A razão é permitir àquele a quem as contas devem ser prestadas que possa examiná-las e indicar equívocos.

As contas devem vir acompanhadas dos documentos comprobatórios. Se houver a indicação de gastos, é indispensável que sejam comprovados com os recibos ou notas fiscais correspondentes.

Se aquele que deve prestar contas não as apresenta dessa maneira, o juiz as considerará não prestadas. Se a ação é de exigir contas, o juiz devolverá ao autor a possibilidade de, em dez dias, apresentá-las, sem que o réu possa impugnar; se é de dar contas, o juiz, depois de conceder prazo de emenda, indeferirá a inicial e extinguirá o processo.

7.8. Prestação de contas por dependência

Vem tratada no art. 919 do CPC: "As contas do inventariante, do tutor, do curador, do depositário e de outro qualquer administrador serão prestadas em apenso aos autos do processo em que tiver sido nomeado. Sendo condenado a pagar o saldo e não o fazendo no prazo legal, o juiz poderá destituí-lo, sequestrar os bens sob sua guarda e glosar o prêmio ou gratificação a que teria direito".

A peculiaridade é que as pessoas indicadas administram bens alheios por determinação judicial e devem prestar contas de sua gestão.

Não haverá ação autônoma, mas um incidente em apenso. **A determinação para que as contas sejam prestadas pode ser do próprio juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público**.

Como se trata de mero incidente, as contas não serão julgadas por sentença, mas decisão interlocutória agravável. Verificada a existência de saldo a ser pago pelo administrador, ele o fará sob pena de incorrer nas sanções do art. 919 do CPC.

Esse incidente não impede que eventuais interessados possam se valer da ação autônoma de prestação de contas contra o administrador. Ainda que o juiz tenha, por exemplo, determinado que o inventariante preste contas de sua gestão, no inventário, um dos herdeiros, ou qualquer outro interessado, pode ajuizar ação autônoma, que seguirá os procedimentos mencionados nos itens anteriores.

8. AÇÕES POSSESSÓRIAS

8.1. Introdução

8.1.1. A proteção possessória

A lei brasileira confere proteção à posse, permitindo que o possuidor a defenda de eventuais agressões de duas maneiras: **pela autotutela e heterotutela (ações possessórias)**.

A autotutela vem tratada no art. 1.210, § 1º, do CC: "O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse".

Esse mecanismo de defesa, conquanto de grande interesse, foge ao âmbito de nossos estudos, já que feito sem a instauração de processo, e sem a intervenção do Judiciário.

O que os interessa são as ações possessórias e seu procedimento (heterotutela), examinados no item seguinte.

8.1.2. As ações possessórias

São três as ações ou interditos possessórios, previstos em nosso ordenamento jurídico: **a ação de reintegração de posse, a de manutenção de posse e o interdito proibitório**. O que as caracteriza é a pretensão do autor, de recuperar, conservar ou proteger a posse, objeto de agressões ou ameaças.

A ação, para ser qualificada de possessória, **tem de estar fundada na posse do autor, que foi, está sendo, ou encontra-se em vias de ser agredida**. Não interessa se o bem é de propriedade dele, mas se ele tem ou teve posse, e se ela lhe foi tirada de forma indevida.

Para uma melhor compreensão das ações possessórias, cumpre compará-las com outras que, conquanto afins, não têm a mesma natureza.

8.1.2.1. Outras ações, que não podem ser confundidas com as possessórias

8.1.2.1.1. Ação de imissão de posse

O nome poderia levar o leitor a pensar que se trata de ação possessória. **Mas não é: a ação é petitória, fundada não na posse, mas na propriedade**.

A ação de imissão de posse é aquela **atribuída ao adquirente de um bem, que tenha se tornado seu proprietário, para ingressar na posse pela primeira vez, quando o alienante não lhe entrega a coisa**. Essa ação nunca poderia ter natureza possessória, porque o seu autor não tem nem nunca teve posse. O seu objetivo é obtê-la pela primeira vez, quando se obtém a propriedade da coisa. Aquele que compra um bem tem o direito de o ter consigo. Se o vendedor não a entrega, a ação adequada não será possessória, porque o adquirente não quer a coisa para si por ser um possuidor esbulhado ou turbado, mas por ter adquirido a propriedade e ser o novo dono da coisa.

Mas, às vezes, no contrato de alienação de bens, as partes fazem constar uma cláusula especial, pela qual, por meio daquele instrumento, o vendedor transfere ao comprador não só a propriedade, mas a posse do bem. Com isso, o comprador tornar-se-á possuidor, ainda que não apreenda a coisa. **A sua posse é decorrência da cláusula contratual, que se chama *constituti***. Havendo recusa do vendedor em entregar a coisa, o comprador poderá valer-se da ação possessória, já que pela cláusula *constituti* houve transferência da posse, e se o vendedor não a entregar, ficará configurado o esbulho. **Mas só se houver a cláusula**. Sem ela, o comprador só terá a propriedade, tendo que se valer da ação de imissão de posse, que nada mais é que uma **espécie de ação reivindicatória**, de ação do proprietário para, com fundamento no domínio, haver a posse do bem.

A vantagem da ação possessória sobre a imissão de posse é que a primeira, preenchidos os requisitos, permitirá ao juiz conceder liminar específica.

8.1.2.1.2. Ação reivindicatória

Tanto o proprietário, privado injustamente do bem, quanto o possuidor esbulhado têm o direito de reavê-lo. O proprietário, por força do disposto no art. 1.228, do CC, que lhe dá o direito de reaver a coisa do poder de quem injustamente a possua ou detenha. O segundo, porque a posse é protegida por lei, e não pode ser tirada do possuidor de forma indevida, ilícita.

Imagine-se, por exemplo, que A seja proprietário de um bem, e B o seu possuidor, que o tenha consigo sem autorização do dono. O proprietário pode ajuizar ação reivindicatória para reavê-lo, e se provar a sua condição,

terá êxito. **Mas nem mesmo ele (muito menos outras pessoas) pode tomar a coisa do possuidor, indevidamente, com emprego de violência, clandestinidade ou precariedade**. Se isso ocorrer, o possuidor merecerá a proteção possessória, até mesmo contra o proprietário, que tomou a coisa à força.

A ação reivindicatória é a que tem o proprietário para, com base em seu direito, reaver a posse da coisa, que está indevidamente com o terceiro; a ação possessória é a ação que tem o possuidor, cuja posse está sendo agredida ou ameaçada. O fundamento da primeira é o direito de propriedade e o direito de sequela do proprietário, que lhe permite buscar a coisa em mãos de quem quer que com ela esteja indevidamente; o fundamento da possessória é o direito do possuidor de manter a posse, impedindo que ela lhe seja tirada por meios indevidos. A posse pode ser tirada do possuidor apenas por meios lícitos, como pelo ajuizamento de ação reivindicatória pelo dono. Mas não por esbulho, turbação ou ameaça, caso em que o possuidor poderá defender-se pela autotutela e pelas ações possessórias até mesmo contra o dono.

8.1.2.1.3. Ação de nunciação de obra nova

Conquanto pressuponha que o autor seja proprietário ou possuidor do bem, **a nunciação de obra nova não é possessória, porque não tem por finalidade proteger a posse**. Sua função é permitir àquele que tem posse ou propriedade impedir a construção de obra nova em imóveis vizinhos; ou ao condômino, que impeça que o coproprietário altere a coisa comum.

8.1.2.1.4. Embargos de terceiro

É a ação que mais se aproxima das possessórias. Sua função é permitir ao terceiro, que não é parte do processo, recuperar a coisa objeto de constrição judicial. Não é possessória porque pode ser ajuizada não apenas pelo possuidor, mas também pelo proprietário, e visa proteger o terceiro, não propriamente de esbulho, turbação ou ameaça, mas de apreensão judicial indevida.

8.1.3. Os três interditos possessórios

As ações possessórias são também chamadas **interditos possessórios**. São elas: a reintegração de posse, a manutenção de posse e o interdito proibitório, cabíveis quando houver, respectivamente, esbulho, turbação ou ameaça. O que permite identificar qual a adequada é o tipo de agressão que a posse sofreu.

É preciso identificar cada um desses tipos:

- **esbulho:** pressupõe que a vítima seja desapossada do bem, que o perca para o autor da agressão. É o que ocorre quando há uma invasão e o possuidor é expulso da coisa;
- **turbação:** pressupõe a prática de atos materiais concretos de agressão à posse, mas sem desapossamento da vítima. Por exemplo: o agressor destrói o muro do imóvel da vítima; ou ingressa frequentemente, para subtrair frutas ou objetos de dentro do imóvel;
- **ameaça:** não há atos materiais concretos, mas o agressor manifesta a intenção de consumar a agressão. Se ele vai até a divisa do imóvel, e ali se posta, armado, com outras pessoas, dando a entender que vai invadir, haverá ameaça.

Mas nem sempre nos casos concretos será fácil identificar quando há esbulho, turbação ou ameaça. Há casos que ficam em uma zona cinzenta, que alguns podem classificar de uma maneira, e outros por forma distinta.

Imagine-se que o agressor invadiu o terreno da vítima, e a desapossou de uma pequena parte, permitindo que permanecesse no restante: haverá esbulho ou turbação? Ou que uma pessoa se poste na entrada de um imóvel, e ameace as pessoas que queiram ingressar. Haverá apenas ameaça? Mas, se ela for de tal ordem que nem o proprietário consiga entrar, não haverá esbulho?

A lei material não foi precisa, nem estabeleceu com exatidão os limites distintivos entre as diversas formas de agressão. Por essa razão, e para evitar eventuais prejuízos à vítima, no momento de escolher a ação adequada, **a lei considerou as três ações possessórias fungíveis entre si, permitindo que o juiz conceda uma forma de proteção possessória diferente da que foi postulada, sem que a sua sentença seja *extra petita***.

8.2. Peculiaridades das ações possessórias

Antes de examinarmos o procedimento especial das ações possessórias de força nova, convém conhecer algumas de suas peculiaridades, úteis para distingui-las de outras ações. Elas são exclusivas das três ações possessórias anteriormente mencionadas. São elas:

8.2.1. Fungibilidade

Vem expressamente prevista no art. 920 do CPC: "A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados".

Em outras ocasiões, tivemos oportunidade de ver que a lei processual se vale da fungibilidade para evitar prejuízo aos litigantes, em situações nas quais pode haver dúvida sobre qual a providência adequada.

Por exemplo, nos recursos, quando existe controvérsia a respeito da natureza da decisão recorrida; ou nas tutelas de urgência, quando o juiz verifica que a providência postulada não é a que assegure melhor a proteção ao postulante.

Diante da possível dúvida sobre a natureza da agressão à posse, o legislador houve por bem considerar fungíveis as ações possessórias.

Ao fazê-lo, flexibilizou o princípio da adstrição do juiz ao pedido, permitindo que conceda medida diversa da postulada.

Em duas circunstâncias a fungibilidade poderá ser utilizada:

- quando a parte qualificar a agressão de uma determinada maneira (por exemplo, como turbação), postulando a proteção correspondente, e o juiz considerar que a qualificação adequada é outra (por exemplo, esbulho). Ainda que tenha sido pedida a manutenção de posse, o juiz concederá a reintegração na posse, sem necessidade que a inicial seja aditada. E sua sentença não será considerada *extra* ou *ultra petita*;
- quando, no curso do processo, um tipo de agressão transformar-se em outro. Por exemplo: no momento da propositura, havia apenas uma ameaça, ou uma turbação. Mas, depois de ajuizada, o réu perpetra o esbulho. Não haverá necessidade de alterar o pedido, podendo o juiz conceder a proteção possessória adequada à nova circunstância.

8.2.2. A cumulação de pedidos

O art. 292 do CPC autoriza, genericamente, a cumulação de pedidos, nos processos em geral, desde que sejam compatíveis entre si que o juízo tenha competência para julgar todos e que os procedimentos sejam os mesmos.

Ainda quando haja diferenças de procedimento, admite-se a cumulação desde que o autor observe, em relação a todos, o ordinário, quando possível.

Uma importante particularidade das ações possessórias é a que vem consignada no art. 921 do CPC: "É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de: I — condenação em perdas e danos; II — cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho; III — desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse".

O que há de peculiar é que haverá cumulação sem prejuízo do procedimento especial, sem que o autor possa postular a liminar possessória.

Os pedidos mencionados nos incisos acima mencionados observam o procedimento ordinário. A ação possessória que autoriza a concessão de liminar específica é a de força nova, que observa o procedimento especial. Seria impossível cumular tais pedidos, a menos que todos observassem o rito

ordinário, com o que ficará inviável a liminar. **No entanto, o art. 921 autoriza a cumulação, sem prejuízo do procedimento especial**.

Nada impede que, além desses, o autor cumule ainda outros pedidos, além dos previstos no art. 921, como de rescisão de contrato ou anulação do negócio jurídico. Mas terá de observar o procedimento ordinário, o que inviabilizará a liminar específica.

Os pedidos que podem ser cumulados sem prejuízo do rito são:

Reparação de danos: da agressão à posse podem decorrer prejuízos. O invasor pode, por exemplo, provocar destruição e danos à coisa. E pode impedir o possuidor de usá-la, e retirar os frutos que ela produz. Pode haver lucros cessantes e danos emergentes.

Multa cominatória. É instrumento de prevenção. O autor pede ao juiz que fixe uma multa suficientemente elevada para atemorizar o réu de, no futuro, tentar novas agressões à posse. **Essa multa é fixa, e não se confunde com as *astreintes***, multas diárias que o juiz pode estabelecer como meio de coerção para compelir o devedor a cumprir determinada obrigação. Há controvérsia se, havendo nova agressão, a multa pode ser executada no mesmo processo em que foi fixada, ou se há necessidade de ajuizamento de um novo, para que se prove a nova agressão. Parece-nos que, ao fixar a multa, o juiz decide relação condicional, tal como permite o art. 572 do CPC. O réu incorrerá em multa caso promova nova agressão. Não há necessidade de nova ação, bastando ao autor que, na forma do citado artigo, faça a comprovação do novo ataque à sua posse, para que possa executar a multa.

Parece-nos que não é necessária nova ação nem mesmo para expulsar o invasor, após a segunda agressão à posse. Ele terá descumprido a sentença anterior, que reconheceu a melhor posse do autor, bastando a esse que postule ao juiz o revigoramento do mandado de reintegração de posse, sem prejuízo da multa.

A multa cominatória é o pedido principal nas ações de interdito proibitório, cujo caráter é sempre preventivo, já que só há uma ameaça. Nas demais possessórias, a multa não é o pedido principal, mas pode ser postulada cumulativamente.

Desfazimento de construção e plantação.

Pode ocorrer que, no período em que esteve no imóvel, o esbulhador realize construções e plantações. Se o autor não as quiser, pode cumular, aos pedidos possessórios, **o de que o réu seja compelido a, às suas expensas, promover o seu desfazimento**.

8.2.3. Natureza dúplice

O art. 922 do CPC estabelece que "É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor".

Esse dispositivo atribui às possessórias, caráter dúplice, pois autoriza o réu a formular pedidos contra o autor, na contestação, sem reconvir.

Pode ocorrer, por exemplo, que as divisas entre dois imóveis não estejam muito claras. O autor acha que está sendo esbulhado, e o réu, por sua vez, pensa que é o autor quem está desrespeitando as divisas.

Proposta a ação, o réu, na contestação, pode alegar que é a vítima, e postular ao juiz que conceda a ele a reintegração de posse.

O réu poderá cumular, na contestação, os quatro pedidos indicados no art. 921, o possessório, o de reparação de danos, o de multa e do desfazimento de construções e plantações. Só não pode pedir liminar, já que o procedimento só permite que seja postulada pelo autor.

Sobre os pedidos formulados na contestação, o juiz ouvirá o autor e, na sentença, os examinará todos.

Em razão da natureza dúplice, em regra não caberá reconvenção nas ações possessórias, já que ela será desnecessária. **Mas não se pode afastá-la, quando o réu formular contra o autor algum pedido, que preencha os requisitos do art. 315 do CPC, mas não esteja entre aqueles do art. 921**. Por exemplo: o réu pode reconvir para postular rescisão ou anulação de contrato.

8.2.4. Exceção de domínio

Exceção é expressão utilizada para se referir à defesa. **A exceção de domínio consiste na possibilidade de o réu defender-se, com êxito, na ação possessória, alegando a qualidade de proprietário do bem**.

Uma vez que a ação é possessória, poderia o juiz julgá-la decidindo com fulcro na propriedade, em vez de ater-se à questão da posse?

Em princípio, não haveria dificuldade nessa questão, pois posse e propriedade são coisas diferentes, e a primeira pode ser protegida até mesmo contra a segunda, se o proprietário se vale de meios indevidos ou ilícitos, para retirar a coisa do possuidor.

Mas a exceção de domínio tornou-se tema complexo por força do art. 505 do Código Civil de 1916, cuja redação era bastante confusa: "Não obsta à manutenção ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor

daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio".

As duas partes do dispositivo mostravam-se em franca contradição: enquanto a primeira dizia que a possessória deve ser julgada exclusivamente com base na posse, não interessando a questão do domínio, a segunda dizia que a ação não poderia ser julgada a favor de quem não fosse o proprietário. Afinal, a questão da propriedade interessava ou não para o julgamento da possessória?

Depois de muita discussão, **pacificou-se a jurisprudência no sentido de que, em princípio, o juiz deveria ater-se à posse, não interessando quem era o proprietário**. Apenas em um caso era possível julgar com base na propriedade. Era aquele indicado na Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal: "Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada".

Se a ação for possessória, **mas ambas as partes — autor e réu — invocarem a sua condição de proprietários, o juiz poderá julgá-la em favor de quem demonstrar tal qualidade**. Ou seja: a possessória decide-se apenas com base na posse, salvo se ambas as partes arvorarem-se em proprietárias, caso em que o juiz decidirá em favor de quem comprovar melhor seu direito.

Essa discussão só fazia sentido por causa da segunda parte do art. 505 do CC de 1916, que autorizava a discussão dominial no bojo da ação possessória.

O novo Código Civil, no art. 1.210, § 2º, dispõe: "Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa". A lei não traz exceção à regra, **e não permite mais, em nenhuma hipótese, que nas ações possessórias se alegue ou se discuta propriedade, ou que o juiz julgue com base nela**.

Não há mais em nosso ordenamento jurídico, em nenhuma circunstância, a exceção de domínio, e o réu não pode, com sucesso, defender-se invocando a sua condição de proprietário. O juiz deverá ater-se à posse, sem pronunciar-se a respeito da propriedade. **Está revogada, portanto, a Súmula 487 do STF**.

8.2.5. Impossibilidade de, no curso das possessórias, ser intentada ação de reconhecimento de domínio

Dispõe o art. 923 do CPC: "Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio". **Esse dispositivo mostra a preocupação do legislador em manter estanques o juízo petitório e o possessório**.

Se uma das partes pudesse ajuizar ação dominial contra a outra, versando sobre o mesmo bem sobre o qual pende a ação possessória, haveria necessidade de reunião de ações, por conexidade, e a propriedade acabaria interferindo no juízo possessório.

Por isso, na pendência da ação possessória — **portanto, desde o seu ajuizamento até o trânsito em julgado — não se admite ação de reconhecimento de domínio**.

A proibição é temporária: concluída a ação possessória, aquele que quiser propor ação dominial poderá fazê-lo. Mas, se o fizer pendente a possessória, o processo será extinto sem julgamento de mérito, por falta de pressuposto processual negativo, o que poderá ser conhecido pelo juiz de ofício.

Não há inconstitucionalidade na vedação legal, porque o proprietário não fica privado, em definitivo, de seu acesso à justiça, mas somente enquanto tramita a ação possessória.

Um exemplo pode aclarar a situação. Imagine-se que A seja possuidor de um bem, e B, o seu proprietário.

Se B quiser reaver o bem, deverá ajuizar em face de A ação reivindicatória que, se acolhida, obrigará à restituição. Mas, se B, em vez disso, for até o imóvel e tomá-lo à força, ou de forma clandestina, A poderá ajuizar contra ele ação possessória, porque B, embora proprietário, perpetrou esbulho.

Não adianta B alegar em defesa a sua condição de dono, já que não mais se admite a exceção de domínio no Brasil. Ele não poderá ainda ajuizar ação reivindicatória contra A, enquanto a possessória estiver pendente. Comprovado o esbulho, o juiz acolherá a possessória e mandará B restituir o bem a A. Só então B poderá ajuizar em face de A ação reivindicatória, para reaver a coisa por meios legítimos.

8.3. Procedimento das ações possessórias

8.3.1. Os dois tipos de procedimento

Existem dois tipos de ação possessória: **a de força nova e a de força velha**. O que as distingue é o procedimento, o que fica evidenciado pelo art. 924 do CPC: "Regem o procedimento de manutenção e reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentada dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório".

A ação de força nova é aquela intentada dentro do prazo de ano e dia, a contar da data do esbulho ou da turbação. O que a caracteriza é o

procedimento especial, em que há a possibilidade de **liminar própria**, com requisitos específicos. Se o autor propuser a ação depois de ano e dia, ela observará o procedimento comum.

A posse obtida indevidamente, com violência, clandestinidade, precariedade, ou outro meio ilícito, continua injusta mesmo depois do prazo de ano e dia. A vítima do esbulho ou turbação poderá valer-se com sucesso da possessória mesmo depois desse prazo; mas a ação intentada não terá procedimento especial, mas comum. O transcurso desse prazo não tem relevância na qualificação da posse, mas no procedimento da ação possessória.

No caso da violência ou clandestinidade, o prazo de ano e dia corre da cessação de uma e outra, porque só então o invasor adquirirá a posse, nos termos do art. 1.208 do CC. Antes disso, terá apenas detenção. No caso da precariedade, o prazo corre do momento em que o esbulhador evidencia a sua mudança de ânimo em relação à coisa, por não reconhecer mais a obrigação de restituí-la.

Proposta até um ano e um dia depois, a ação seguirá o procedimento especial, tenha por objeto bem móvel ou imóvel; passado o prazo, o procedimento será o ordinário, a menos que o valor da causa seja até sessenta salários mínimos, caso em que será o sumário.

O procedimento especial, examinado nos itens seguintes, **só tem de particular a fase de liminar, que pode ser deferida de plano ou após a audiência de justificação**. Ultrapassada essa fase, prosseguir-se-á pelo procedimento ordinário.

8.3.2. Procedimento especial

Será observado nas ações possessórias de força nova, ajuizada até um ano e dia após a agressão à posse.

O que o torna especial é a liminar, que pode ser concedida de plano ou após a audiência de justificação. Com a autorização, dada pelo art. 273 do CPC, para concessão de tutelas antecipadas em geral, caberia indagar se não teriam desaparecido as diferenças entre a possessória de força nova e a de força velha, já que em ambas é possível o juiz deferir a medida possessória requerida desde logo. A resposta é negativa: **as diferenças persistem, porque a liminar deferida na ação possessória de força nova, conquanto antecipe a providência possessória postulada, tem requisitos muito diferentes da tutela antecipada genérica do art. 273**.

Esta exige prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado, e risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Sem esses requisitos, será negada. Como se exige risco de dano, essa medida é considerada tutela de

urgência. Já a liminar possessória **não exige perigo, nem urgência, mas somente que o autor demonstre, em cognição sumária, que tinha a posse e foi esbulhado ou turbado, há menos de ano e dia**.

Por isso, o que torna peculiar o procedimento da ação possessória não é propriamente a liminar, mas a possibilidade de que seja deferida com requisitos específicos, que não se confundem os das tutelas antecipadas em geral, previstos no art. 273, do CPC.

Nos itens seguintes, serão examinados alguns dos aspectos mais importantes do procedimento especial das ações possessórias.

8.3.2.1. Competência

Se a ação possessória tiver por objeto bem móvel, a competência será do domicílio do réu (art. 94, do CPC); se tiver por objeto bem imóvel, a competência será a do foro de situação da coisa (art. 95).

Para fins de outorga uxória, as possessórias são **tratadas como ações pessoais**, que dispensam a autorização do cônjuge, exigida nas ações reais imobiliárias.

Mas, para fins de competência, **elas são tratadas como reais**, pois seguem a regra das ações reais imobiliárias, devendo ser propostas no foro de situação da coisa. **Trata-se de competência absoluta**.

Essas conclusões valem tanto nas ações de força nova como de força velha.

8.3.2.2. Legitimidade ativa

Quem pode promover ação possessória **é o possuidor que alega ter sido esbulhado**, turbado ou ameaçado. O proprietário não terá legitimidade, a menos que também seja possuidor.

Em caso de morte, a legitimidade passará a seus herdeiros e sucessores, a quem a posse se transmite de pleno direito (art. 1.207 do CC). Mas a ação possessória poderá ser ajuizada tanto pelo espólio (caso não tenha ainda havido partilha de bens), representado pelo inventariante, **quanto pelos herdeiros individualmente**.

Em caso de sucessão entre vivos, por cessão dos direitos possessórios, o cessionário terá legitimidade para defender a posse, já que a ele é facultado unir a sua posse à de seu antecessor (art. 1.289, 2ª parte).

A ação possessória poderá ser ajuizada por qualquer tipo de possuidor: direito ou indireto, natural ou civil, justo ou injusto.

Para que se compreenda porque até o possuidor injusto pode propor

ação possessória, é indispensável recordar o caráter relativo da injustiça da posse. Por exemplo: se A é esbulhado por B, a posse de B é injusta em relação a A. Mas se, posteriormente, C tentar tomar a coisa à força de B, agora a posse de B será justa em relação à C. Por isso, B poderá ajuizar com sucesso ação possessória em face de C, ainda que, em relação a A, a posse dele seja injusta.

8.3.2.3. Legitimidade passiva

É daquele que perpetrou a agressão à posse, a quem se imputa a qualidade de autor do esbulho, turbação ou ameaça. Se tiver falecido, do espólio ou herdeiros.

Se tiver havido transferência a terceiros, a vítima só poderá valer-se da ação possessória com sucesso, se eles tiverem recebido a coisa **de má-fé**. É o que o art. 1.212 do CC estabelece: "O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era".

Se o esbulhador transfere a posse da coisa a um terceiro de boa-fé, que a recebeu ignorando o vício que a contaminava, a vítima do esbulho não poderá ajuizar a ação possessória com sucesso. Se ela for proprietária, deverá valer-se da ação reivindicatória contra o terceiro de boa-fé, mas, se tiver apenas posse, não conseguirá reavê-la. Poderá somente postular reparação de danos em face do esbulhador.

Se o autor da agressão à posse for incapaz, a ação será ajuizada contra os seus pais ou responsável.

8.3.2.3.1. Cabe ação possessória contra a Fazenda Pública?

A resposta é afirmativa, **desde que a Fazenda tenha-se apossado indevidamente de bens alheios**. Mas há duas ressalvas:

- o art. 928, parágrafo único, estabelece: "Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais". Esse dispositivo não veda a concessão de liminares contra a Fazenda, mas exige que primeiro se ouçam os representantes judiciais, pelas razões que serão expostas em seguida;
- a Fazenda Pública pode dar à área ocupada uma finalidade pública, construindo no local, por exemplo, uma escola, um hospital ou uma repartição. Nesse caso, por força do princípio da supremacia do interesse público, **o possuidor e o proprietário perderão a coisa, mas serão ressarcidos pelos prejuízos que sofreram**. Tais prejuízos poderão ser cobrados pelo proprietário, na chamada "desapropriação indireta" ou pelo possuidor, já que também a posse tem valor

econômico.

8.3.2.3.2. O que fazer quando há muitos invasores, que não podem ser identificados?

São notórios os casos de invasões perpetradas por grande número de pessoas, cuja identidade é desconhecida da vítima. Se não puder ser apurada, a ação poderá ser proposta **contra todos indistintamente, sem que se identifique um a um**. Não sendo possível a citação pessoal, seja porque o local tornou-se inacessível, seja porque não é possível identificar os invasores, o juiz autorizará que seja feita por edital, na forma do art. 231, I e II, do CPC.

8.3.2.4. Petição inicial

Não há peculiaridades na petição inicial da possessória, que deve preencher todos os requisitos do art. 282 do CPC.

Os maiores cuidados que o autor deve ter são o de **indicar com precisão o bem** objeto da pretensão para que, em caso de acolhimento do pedido, seja possível cumprir o mandado de reintegração ou manutenção de posse.

Além disso, precisará descrever com clareza em que consiste ou consistia a sua posse, e de que maneira se verificou o esbulho, turbação ou ameaça.

Afinal, essas informações são indispensáveis por constituírem o pedido e os seus respectivos fundamentos.

O valor da causa deve ser o do bem reclamado.

8.3.2.5. Liminar

É o que torna especial o procedimento das possessórias de força nova. Consiste na possibilidade de o juiz **determinar, de plano, a reintegração ou a manutenção de posse. Ou ainda fixar de plano a multa preventiva, no interdito proibitório**.

Ela tem natureza de verdadeira tutela antecipada, já que concede no início do processo aquilo que só seria concedido ao final. Não é a tutela antecipada genérica do art. 273, do CPC, cujos requisitos já foram examinados. **Mas específica, própria das ações de força nova**.

Os seus requisitos são enumerados no art. 927 do CPC: "Incumbe ao autor provar: I — a sua posse; II — a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III — a data da turbação ou do esbulho; IV — a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de

reintegração".

Ela não é tutela de urgência, porque não exige risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Decorre do direito material, que dá ao titular da posse, esbulhado há até ano e dia, o direito de reaver a coisa de imediato, independentemente da existência de perigo.

O juiz examinará os requisitos do art. 927 em cognição sumária, porque o réu, quando da liminar, não terá tido oportunidade de manifestar-se e apresentar a sua versão.

8.3.2.6. Quando pode ser deferida a liminar?

A liminar típica das ações possessórias é deferida sempre antes da ouvida do réu, **antes que tenha tido oportunidade de oferecer resposta**.

Pode ser deferida:

de plano, assim que apresentada a inicial, desde que esteja de tal forma instruída que o juiz, em cognição sumária, se convença do preenchimento dos requisitos do art. 927 do CPC. **A liminar será dada antes que o réu seja citado**. O prazo de contestação correrá da data da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido.

Não é muito comum que a liminar seja deferida de plano, porque, tendo a posse aspectos fáticos, nem sempre é possível, com a inicial, trazer todos os elementos para o convencimento do juiz;

após a audiência de justificação. Se o juiz quiser maiores esclarecimentos, para apreciar a liminar, será designada audiência de justificação. Sua finalidade é **dar ao autor a oportunidade de produzir provas dos requisitos da medida**. Com frequência, somente com prova oral se poderá apurar, ainda em cognição sumária, se o autor tem ou teve mesmo a posse, e se houve o esbulho ou a turbação há até ano e dia.

8.3.2.6.1. Pode a audiência de justificação ser designada de ofício?

Não havendo elementos suficientes para o deferimento de plano da liminar, o juiz designará audiência de justificação. Mas, para isso, é preciso que tenha havido requerimento do autor, ou a audiência pode ser determinada de ofício? Se não houver elementos suficientes e o autor não a tiver requerido, deve o juiz indeferir a liminar?

Há controvérsia doutrinária a respeito. Mas prevalece, e com razão, o entendimento de que, se houve o requerimento de liminar, **está implícito o pedido de que o juiz, caso não a conceda de plano, designe audiência de justificação**. Ainda que o autor não a peça expressamente, o juiz poderá designá-la, sem que sua decisão seja *extra petita*. Nesse sentido, o acórdão

no AgRG no Ag 113.817-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, *DJU* 12.06.2009/SP.

8.3.2.6.2. Procedimento da audiência de justificação

Designada audiência, o juiz determinará a citação do réu, intimando-o da data marcada. **Não é lícito que ela se realize sem que o réu tenha sido citado,** pois, conquanto ele não possa produzir provas, tem o direito de acompanhá-las. Se necessário, a citação será feita por edital ou com hora certa.

Conquanto o réu seja citado antes da audiência, o prazo de resposta ainda não estará correndo, pois se passará a fluir do momento em que ele tiver ciência da decisão a respeito da liminar.

Ela é sempre examinada sem a ouvida do réu, ainda que tenha sido designada audiência de justificação. Por isso, a sua participação é limitada. Ele pode apenas participar da ouvida das testemunhas do autor, **mas não pode arrolar as suas**. Isso não ofende o princípio constitucional do contraditório, porque oportunamente o réu será ouvido, e terá toda oportunidade de manifestar-se. Haverá contraditório diferido.

Só o autor poderá arrolar testemunhas, já que a função da audiência é dar-lhe oportunidade de produzir provas para a liminar. Essa audiência não se confunde com a de instrução e julgamento, na fase de instrução, na qual o juiz colherá tanto as provas orais requeridas pelo autor quanto pelo réu.

O réu poderá assistir à audiência, e, desde que acompanhado de advogado, participar da ouvida das testemunhas do autor, seja formulando perguntas, seja oferecendo contradita. Não há óbice a que, nessa audiência, apresente documentos, que possam esclarecer alguma circunstância importante. Por exemplo, a realização de benfeitorias necessárias e úteis na coisa, enquanto possuidor de boa-fé, o que lhe daria o direito de retenção.

Nessa audiência, presentes as partes, o juiz tentará a conciliação. Se não tiver sucesso, ouvirá as testemunhas do autor e apreciará a liminar, ou na própria audiência, ou no prazo de dez dias.

8.3.2.6.3. O prazo de resposta do réu, quando há audiência de justificação

Designada audiência, o réu será citado, mas o prazo de resposta não fluirá da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido, **mas da intimação do réu sobre a decisão que apreciou a liminar, concedendo-a ou denegando-a**. Se o juiz proferir essa decisão na própria audiência de justificação, o réu sairá ciente e o seu prazo fluirá a partir de então. Se

decidir no prazo de dez dias, só a partir da intimação o prazo passará a fluir. Se o réu já tiver advogado, ela será feita pela imprensa. Do contrário, terá de ser pessoal.

8.3.2.6.4. A decisão que concede a liminar e os meios de impugnação

A liminar é apreciada em decisão interlocutória. O juiz deverá fundamentá-la. O recurso adequado será o agravo de instrumento. Caso a medida seja deferida, o réu poderá postular ao relator que conceda efeito suspensivo; caso seja denegada, caberá ao autor pedir o efeito ativo.

Interposto o agravo, o juiz sempre poderá fazer o juízo de retratação. Mas **poderá modificar a sua decisão mesmo sem ele, desde que venham aos autos novos elementos, considerados tais aqueles que até então não constavam dos autos**.

8.3.2.7. A resposta do réu

O prazo para contestação será de quinze dias, a partir da juntada aos autos do mandado de citação, quando não houver justificação prévia; ou a partir da intimação do réu a respeito da decisão sobre a liminar, se a audiência tiver sido realizada.

São admissíveis todos os meios de resposta: a contestação, as exceções rituais e até mesmo a reconvenção. Mas, dada a natureza dúplice das possessórias, só caberá reconvenção para que o réu formule pretensões distintas daquelas enumeradas no art. 921 do CPC. Mas admite-se para que o réu, por exemplo, peça a resolução ou a anulação de um contrato.

8.3.2.8. O restante do procedimento

A única particularidade do procedimento especial é a fase da liminar. Com a resposta, o procedimento será o ordinário. Em caso de acolhimento do pedido, o juiz determinará a expedição de mandado de reintegração ou manutenção de posse, já que a sentença é executiva *lato sensu*.

8.3.2.9. A retenção por benfeitorias

Uma questão tormentosa é a do exercício, pelo réu, do direito de retenção por benfeitorias, nas ações possessórias. Nas execuções para entrega de coisa em geral, fundadas em título extrajudicial (arts. 621 e ss. do CPC), o direito de retenção por benfeitorias deve ser alegado em embargos, na forma do art. 745, IV, do CPC. Mas quando se trata de ação possessória, haverá cumprimento da sentença, sem oportunidade de apresentação de embargos.

Por essa razão, **o réu deve, na própria contestação, alegar que fez**

benfeitorias necessárias ou úteis, e postular o ressarcimento correspondente, sob pena de não ver reconhecido o seu direito de reter a coisa. Não há necessidade de reconvenção, dada a natureza dúplice da ação possessória.

Tem prevalecido, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, sob pena de preclusão, o direito de retenção tem de ter sido reconhecido na fase de conhecimento, pois não havendo fase executiva subsequente, mas apenas expedição de mandado possessório, não haverá outra oportunidade para que o réu o alegue. Nesse sentido, o REsp 649.296-DF, publicado no *DJE* de 06 de novembro de 2006, Rel. Min. César Asfor Rocha.

O réu terá dificuldade para invocar o seu direito de retenção se a reintegração de posse for deferida liminarmente. Afinal, a liminar é sempre deferida sem a ouvida dele, sem que ele tenha oportunidade de defender-se e de invocar o direito de retenção.

Ele terá de, o mais rápido possível, agravar de instrumento, pedindo a concessão de efeito suspensivo, sob o argumento de que, cumprida a liminar, sofrerá prejuízo irreparável, pois perderá o direito de retenção; ou peticionar ao juiz, pedindo a suspensão ou revogação da liminar, trazendo um novo elemento, qual seja, a realização das benfeitorias capazes de assegurar o direito de retenção.

8.3.2.10. Interdito proibitório

O interdito proibitório é o tipo adequado de ação possessória quando ainda não houve agressão à posse, **mas tão somente ameaça**; tem certas peculiaridades, que o distinguem das demais, pois seu caráter é preventivo, não repressivo. O autor não pedirá ao juiz a expedição de mandado possessório, mas a fixação de uma multa, suficientemente amedrontadora, que desanime o réu de perpetrar a agressão que ele ameaça realizar.

A ameaça que dá ensejo ao interdito proibitório é a **séria, que provoque temor fundado, de agressão injusta à posse**. Por isso, cumpre ao autor descrevê-la, na inicial, com precisão.

O procedimento do interdito proibitório, quando a ameaça tenha ocorrido há menos de ano e dia, é o das ações de força nova. O juiz poderá conceder a liminar, de plano ou após a audiência de justificação. A diferença é que a liminar não será para reprimir alguma agressão realizada, mas para fixar a multa na qual o réu incorrerá caso transforme a ameaça em ação.

Deferida a liminar, caso o réu cometa a turbação ou o esbulho,

haverá duas consequências: por força do princípio da fungibilidade, o juiz, ao final, concederá ao autor a reintegração ou manutenção de posse; e o réu incorrerá na multa, que poderá ser executada nos mesmos autos, após o trânsito em julgado da sentença. Não é possível executar a multa desde logo, dado o seu caráter provisório. É indispensável que a liminar seja confirmada por sentença ou acórdão, contra o qual não caiba mais recurso com efeito suspensivo.

9. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

9.1. Introdução

É ação de procedimento especial, cuja finalidade é impedir o prosseguimento de obra, que ainda esteja sendo realizada, nas circunstâncias previstas em lei. **É também chamada "embargo de obra nova"**.

Sua função é dar efetividade ao disposto no art. 1.299 do Código Civil: "O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos".

9.2. Natureza

A nunciação de obra nova não é possessória, porque não tem por finalidade proteger a posse de agressões perpetradas por terceiros. Tampouco é reivindicatória, porque não visa tornar efetivo o direito de sequela do proprietário, permitindo-lhe reaver a coisa de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

A condição de proprietário ou possuidor é indispensável para dar legitimidade ao autor da ação. **Mas a sua função não é proteger nem uma coisa nem outra**, mas dar eficácia às regras gerais de direito de vizinhança, e aos regulamentos administrativos, que proíbem, em determinadas circunstâncias, a realização de obras.

Durante a discussão do projeto que deu origem ao CPC, pensou-se em atribuir à nunciação natureza cautelar, de prevenir danos decorrentes da realização de obras novas. Mas o caráter preventivo não é bastante para determinar que uma providência judicial seja cautelar. Falta à nunciação o caráter de acessoriedade e referibilidade inerentes à cautelar, **pois a providência postulada é satisfativa**, e não protetiva. E a proteção que se busca não é ao provimento jurisdicional — como nas tutelas cautelares —, mas a uma situação relativa a direito de vizinhança, ou ao descumprimento de provimentos administrativos. Por isso, com razão, foi incluída entre **as ações de conhecimento de procedimento especial, e não entre as**

cautelares.

Discute-se se ela teria natureza real ou pessoal. A condição de proprietário ou possuidor é indispensável, mas o objeto da ação é a condenação do réu a não fazer (paralisar obra nova que esteja sendo realizada) e fazer (repor a situação ao *status quo ante*). Por isso, **é pessoal, o que torna dispensável a outorga uxória, quando o autor for casado**.

Porém, tal como ocorre com as ações possessórias, apesar disso, a nunciação deve ser proposta no foro de **situação do imóvel**, por força do art. 95 do CPC. Trata-se de regra de competência absoluta.

9.3. Nunciação de obra nova e dano infecto

Não se confunde a nunciação, que tem por objeto a paralisação de obra ainda não concluída, que pode trazer danos aos vizinhos, condôminos ou que viole regulamento administrativo, com a ação de dano infecto, cuja finalidade **é exigir do dono de construção já concluída que ameace ruir as providências necessárias para afastar o perigo**. Enquanto a nunciação pressupõe obra não concluída, que traga prejuízo, a de dano infecto pode ter por objeto obra há muito concluída, com risco de ruir.

9.4. Hipóteses de cabimento

As hipóteses de cabimento estão previstas no art. 934 do CPC: "Compete esta ação: I — ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado; II — ao condômino, para impedir que o coproprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum; III — ao Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura".

São hipóteses distintas, mas que têm muitos pontos comuns. Para facilidade de estudo, serão examinados primeiro os requisitos genéricos, comuns a todos os tipos. Em seguida, as particularidades de cada um.

9.4.1. Requisitos comuns

9.4.1.1. Obra

Só cabe a nunciação para evitar a realização e conclusão **de uma obra**. Esse termo deve ser compreendido na mais ampla acepção, abrangendo não apenas as construções, mas qualquer empreendimento que implique alteração do imóvel. Inclui construções, demolições, reformas, plantações, extrações, escavações, terraplenagens, aterros, desterros e tudo o mais que possa, de alguma forma, causar dano.

9.4.1.2. Que a obra seja nova

A expressão pode causar alguma confusão. Por obra nova não se deve entender a recém-concluída, que acabou de ser inaugurada. Se já houve conclusão, a nunciação não será mais cabível.

A obra nova a que se refere o dispositivo legal **é aquela que está em construção, que ainda não foi concluída, nem se encontra em fase de finalização ou acabamento**. Se faltarem apenas os arremates, o acabamento, ou algum detalhe final, a nunciação não será mais adequada, cabendo ao autor valer-se de outros meios processuais (como a ação demolitória, por exemplo).

O momento para que o juiz verifique se a obra é nova, ou se já foi concluída, **é o da propositura da ação**. As alterações supervenientes, que podem até levar à finalização da obra, não devem ser consideradas. Há situações excepcionais em que o juiz pode, apesar de deferir o embargo, determinar o prosseguimento da obra (CPC, art. 938), caso em que, se o processo se alongar, poderá chegar-se à fase de conclusão. Nem por isso a ação perderá o objeto, já que, no momento da propositura, o requisito estava preenchido.

Caso, no entanto, o juiz verifique, nesse momento, que a obra está pronta ou em vias de acabamento, extinguirá sem julgamento de mérito o processo, **por falta de interesse de agir**, pois terá sido inadequada a via eleita.

9.4.2. Requisitos específicos

9.4.2.1. A nunciação em caso de obra nova em imóvel vizinho (art. 934, I)

A primeira hipótese de nunciação diz respeito ao **direito de vizinhança**. A relação entre vizinhos deve ser harmoniosa, e existem certas obrigações entre eles. Há certas coisas que os vizinhos devem tolerar; outras que não. **Uma pessoa não pode realizar obra em seu terreno que coloque em risco a segurança e a saúde dos vizinhos**, trazendo-lhes prejuízos. Se o fizer, a obra poderá ser judicialmente embargada, por meio da nunciação da obra nova.

A lei atribui legitimidade para propô-la tanto ao proprietário quanto ao possuidor. Ao primeiro porque, sendo o titular da coisa, não está obrigado a tolerar que ela seja danificada; e ao segundo, porque sendo o seu usuário, também sofrerá prejuízos.

A lei não faz nenhuma restrição ao tipo de posse, que pode ser direta

ou indireta, civil ou natural, justa ou injusta, de boa ou de má-fé. **É preciso que o autor seja vizinho do imóvel em que a obra está sendo realizada**. A vizinhança deve ser considerada em acepção abrangente: não é preciso contiguidade entre os imóveis, que eles sejam limítrofes. Basta que sejam suficientemente próximos para que aquilo que está sendo realizado em um deles repercuta e possa trazer danos ao outro.

O legitimado passivo será sempre o **dono da obra**, a pessoa que determinou a construção. Não quem a está executando, quando a mando e por conta de outrem. Não contra o engenheiro, ou construtor, mas contra quem os contratou.

Só haverá interesse de agir se da obra **resultar ou puder resultar algum dano**. Pode ser atual ou potencial, mas sem ele não haverá razão para paralisar a obra. É preciso que o dano seja injusto, porque há certos incômodos na relação de vizinhança que devem ser tolerados. Não caberá a nunciação apenas porque a reforma no vizinho faz algum barulho (desde que em horários aceitáveis). Ou porque o prédio construído em frente atrapalhará a vista da cidade (respeitadas as regras do direito de vizinhança).

Qualquer dano injusto pode ser usado para fundamentar a ação, até mesmo a desvalorização excessiva da região ou dos imóveis próximos, desde que haja ofensa a norma legal ou exercício irregular ou abusivo do direito. Devem ser observadas as regras dos arts. 1.277 e seu parágrafo único e 1.299 do Código Civil.

Entre os danos que permitem o ajuizamento da ação de nunciação está **a invasão parcial da obra sobre o terreno vizinho**. Se ela ultrapassar os limites do imóvel, admite-se a nunciação, para que seja paralisada e desfeita, naquilo que for objeto da invasão.

9.4.2.2. Alteração de coisa comum (art. 934, II)

A finalidade da nunciação nessa hipótese é **impedir que um condômino desrespeite a proibição de alterar a coisa comum sem o consentimento dos demais** (art. 1.314, parágrafo único, do CC). A alteração da coisa e de sua destinação dependem do consentimento unânime, já que o bem é de todos.

Será legitimado ativo qualquer condômino; e passivo aquele que estiver promovendo a alteração da coisa. No caso do condomínio em edifício, terá também legitimidade ativa e passiva o condomínio, representando pelo síndico.

9.4.2.3. Construção em desrespeito às normas (art. 934, III)

Essa hipótese se distingue das anteriores, porque não está associada

ao direito de vizinhança e ao condomínio, **mas ao cumprimento das normas legais e administrativas**.

Da leitura do dispositivo legal, poder-se-ia concluir que apenas o Município estaria legitimado. Mas não é assim, pois **também a União e o Estado terão interesse em zelar pelo cumprimento de suas normas**. Os regulamentos e posturas administrativas, relacionadas ao direito de construir, podem provir não apenas do Município, mas dos Estados e da União.

Não é preciso que os legitimados demonstrem prejuízos efetivos. **A violação de leis e regulamentos já é bastante para fundamentar a pretensão de paralisar a obra**.

A questão mais controvertida sobre a legitimidade é a da possibilidade de o vizinho promover a nunciação fundada não no fato de sofrer danos, mas tão somente por ela violar leis ou regulamentos.

Tem predominado o entendimento de que **o particular também está legitimado a promover o embargo judicial, com fundamento na violação às normas administrativas**. Afinal, interessa ao particular que seu vizinho não construa em detrimento das normas edilícias, do que podem decorrer consequências gravosas, como riscos à segurança, higiene e até a desvalorização da área. Nem é preciso que o nunciante comprove prejuízos, já que da violação às regras administrativas pode-se presumir a existência de riscos efetivos ou potenciais que justificam a paralisação da obra.

9.5. Procedimento

Existem procedimentos que são especiais apenas no início, e que, depois da resposta do réu, prosseguem como ordinários. Não é o caso da nunciação de obra nova, **cujo procedimento é inteiramente especial**, em atenção à urgência que o caso pode requerer. Há possibilidade de o autor, antes de ajuizar a ação, promover o embargo extrajudicial da obra, ratificando-o oportunamente em juízo; se não promovê-lo, poderá postular o embargo liminarmente, no bojo da ação; o prazo de resposta é de apenas cinco dias. E, com a apresentação desta, o processo segue o procedimento das cautelares, previsto nos arts. 803 e ss.

Nos itens seguintes, serão examinadas as peculiaridades mais relevantes.

9.5.1. Embargo extrajudicial

Foi previsto no art. 935 do CPC: "Ao prejudicado também é lícito, se o caso for urgente, fazer o embargo extrajudicial, notificando verbalmente, perante duas testemunhas, o proprietário ou, em sua falta, o construtor, para

não continuar a obra".

A nunciação só é cabível quando a obra não está concluída, nem em vias de acabamento. Se a obra for de pequena monta, e puder ser erigida em poucos dias, há o risco de que o réu aproveite para adiantá-la de forma tal que, quando a ação for proposta, o embargo judicial não seja mais adequado.

Para evitar o problema, a lei previu os **embargos extrajudiciais que consistem em uma forma de autotutela, embora tenham de ser ratificados oportunamente pelo juiz**. O parágrafo único do art. 935 esclarece: "Dentro de três dias requererá o nunciante a ratificação em juízo, sob pena de cessar o efeito do embargo". Autotutela porque o autor promoverá o embargo pelas próprias mãos, e, ao menos durante os três dias iniciais, ele terá eficácia, ainda que sem a intervenção do Judiciário.

O embargo extrajudicial só se justifica em situações extremas, quando o autor verificar que não há tempo hábil para propor a ação, sem risco de que a obra se conclua.

O procedimento é previsto o art. 935 do CPC. As duas testemunhas são necessárias para que o autor possa demonstrar ao juiz que o embargo foi mesmo realizado. A notificação é verbal, e não há necessidade de que o dono da obra passe um recibo.

O prazo de três dias para a ratificação é processual e só começa a correr do primeiro dia útil seguinte ao da notificação. Ela deve ser requerida na inicial da ação de nunciação de obra nova. O prazo não é para que a ratificação seja feita, mas para que o autor a requeira, isto é, para que proponha a nunciação, comunicando a existência do embargo extrajudicial e postulando a sua ratificação.

O juiz designará audiência para ouvir as duas testemunhas, verificará se foram observadas as formalidades legais, e se havia a urgência. Em seguida decidirá: se ratificá-lo, **a eficácia de sua decisão retroagirá à data do embargo extrajudicial**. Se o réu o tiver violado, será como se tivesse desrespeitado determinação judicial, com todas as consequências que disso podem advir, inclusive a configuração do atentado, na forma do art. 979, II, do CPC.

A não ratificação dos embargos não constitui óbice a que o juiz conceda liminar de paralisação da obra. Eventualmente, o autor terá promovido o embargo extrajudicial sem observar as formalidades legais, caso em que o juiz não o ratificará. Mas podem estar presentes os requisitos da liminar dos embargos judiciais. Se isso ocorrer, não haverá retroação da eficácia, e a medida se tornará efetiva somente após o seu deferimento pelo

juiz.

9.5.2. Petição inicial

Além dos requisitos gerais do art. 282, do CPC, o autor deverá observar o determinado no art. 936 do CPC. De acordo com esse dispositivo, "na petição inicial, elaborada com a observância do art. 282, requererá o nunciante: I — o embargo para que fique suspensa a obra e se mande afinal reconstituir, modificar ou demolir o que estiver feito em seu detrimento; II — a cominação de pena para o caso de inobservância do preceito; III — a condenação em perdas e danos". O parágrafo único acrescenta: "Tratando-se de demolição, colheita, corte de madeiras, extração de minérios e obras semelhantes, pode-se incluir o pedido de apreensão e depósito dos materiais e produtos já retirados".

Pode-se concluir que, na nunciação, o autor pode formular até cinco pedidos:

- o de paralisação da obra;
- o de restauração do *status quo ante*, podendo o juiz mandar reconstituir, modificar ou demolir o que tiver sido feito;
- a fixação de pena cominatória, para o descumprimento do embargo;
- a condenação em perdas e danos;
- a apreensão e depósito dos materiais e produtos já retirados.

Desses cinco, o único indispensável para que a ação possa ser caracterizada como nunciação de obra nova é o primeiro. **Não há nunciação sem que o autor requeira a paralisação da obra**. Os demais pedidos podem ou não ser feitos, conforme as circunstâncias.

O autor deve fundamentar a sua pretensão, indicando em qual das hipóteses do art. 934 ela se encaixa. Deve ainda cumprir as demais exigências do art. 282 do CPC.

9.5.3. A liminar

O art. 937 do CPC estabelece que "É lícito ao juiz conceder o embargo liminarmente ou após justificação prévia". **A liminar só será necessária se não tiver havido o embargo extrajudicial, posteriormente ratificado em juízo**.

Há respeitável corrente doutrinária no sentido de que se não houver requerimento de liminar, ou se esta for indeferida, o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito, uma vez que a obra poderá prosseguir até a conclusão, tornando inviável o embargo.

Essa não nos parece ser a melhor solução, pois o estado da obra deve

ser examinado no momento da propositura da ação, sendo irrelevante que a conclusão se dê no curso do processo. Afinal, o art. 940 do CPC permite que o nunciado, a qualquer tempo, e desde que preste caução e demonstre prejuízo com a paralisação, requeira o prosseguimento da obra.

O indeferimento da liminar, por si só, não deve levar à extinção do processo.

A liminar pode ser deferida de plano, caso a inicial esteja suficientemente instruída com os elementos necessários; ou após audiência de justificação prévia. Não se exige que ela só possa ser realizada depois da citação do réu, como nas ações possessórias. O juiz, conforme a circunstância, **poderá ou não mandar citar o réu, intimando-o da audiência de justificação**. Ele só não o fará se o réu, tomando conhecimento da ação, puder colocar em risco a eficácia da medida.

Essa audiência, tal como a justificação na possessória, serve para dar oportunidade ao autor de produzir as provas necessárias para a liminar. Por isso, só quem pode produzir prova oral é o autor.

Se o réu for citado para a audiência, o prazo de contestação fluirá da data em que ele for intimado da decisão a respeito da liminar; se não, da juntada aos autos do mandado de citação. No cumprimento da liminar, o oficial de justiça deverá observar o disposto no art. 938 do CPC.

9.5.4. Possibilidade de prosseguimento da obra

Mesmo que o embargo liminar seja deferido, o nunciado pode pedir ao juiz que autorize o prosseguimento da obra, nas condições do art. 940 do CPC: "O nunciado poderá, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, requerer o prosseguimento da obra, desde que preste caução e demonstre prejuízo resultante da suspensão dela. Par. 1º: A caução será prestada no juízo de origem, embora a causa se encontre no Tribunal; par. 2º: Em nenhuma hipótese terá lugar o prosseguimento, tratando-se de obra nova levantada contra determinação de regulamentos administrativos".

9.5.5. Resposta do réu

Deverá ser apresentada no prazo de cinco dias. Além da contestação, pode valer-se dos demais tipos de resposta, como as exceções rituais e a reconvenção na qual poderá até mesmo postular a condenação do autor ao ressarcimento pelo tempo em que a obra ficou paralisada, caso a nunciação seja improcedente.

9.5.6. O restante do procedimento

Depois da resposta do réu, observar-se-á o procedimento das cautelares, previsto a partir do art. 803 do CPC: se não houver necessidade

de produção de provas, o juiz julgará desde logo. Do contrário, designará audiência de instrução e julgamento e, em seguida, julgará.

10. AÇÃO DE USUCAPIÃO DE IMÓVEIS

10.1. Introdução

A ação de usucapião examinada neste item é a prevista nos arts. 941 a 945 do CPC, que tem por objetivo **a declaração da usucapião extraordinária e ordinária de bens imóveis particulares**.

Há vários tipos de usucapião em nosso ordenamento jurídico: o extraordinário e o ordinário, regulados no Código Civil; o especial, que pode ter por objeto imóveis urbanos ou rurais, regulamentado na Constituição Federal, arts. 183 e 191, respectivamente.

As ações de usucapião especial urbano seguem o rito sumário, conforme art. 14 da Lei n. 10.257/2001, que regulamenta o art. 183 da CF. A regra vale tanto para a usucapião individual quanto para a coletiva, prevista no art. 10 da mesma lei.

Já a usucapião especial de imóveis rurais é prevista na Lei n. 6.969/81, cujo art. 5º determina também o procedimento sumário.

Sendo a usucapião especial regulada em leis próprias, **ao CPC cumpre tratar apenas da usucapião comum, ordinária ou extraordinária**. Quando o objeto da ação de usucapião for bem móvel, o procedimento será o comum, ordinário ou sumário, conforme o valor da causa.

O procedimento regulado nos arts. 941 e ss. fica restrito à usucapião comum ordinária ou extraordinária de bens imóveis.

10.2. Procedimento especial?

Quando o CPC entrou em vigor, as ações de usucapião de imóveis tinham procedimento especial, porque havia, no início, uma audiência de justificação de posse. Sua finalidade era fazer o autor demonstrar, *ab initio*, a posse do bem, em cognição sumária, já que os réus não tinham tido oportunidade de defender-se, nem era necessário demonstrar que o tempo de posse era tal que permitisse a usucapião, o que só seria examinado ao final.

A audiência prévia desapareceu, e com ela tudo o que a ação de usucapião tinha de especial. Hoje, o procedimento é ordinário, embora ela continue incluída entre os procedimentos especiais.

10.3. Competência

A ação de usucapião de bens imóveis corre **no foro de situação da coisa**. Trata-se de regra de competência absoluta, inderrogável. Havendo interesse da União, a competência será deslocada para a Justiça Federal, como nas áreas de aldeamentos indígenas ainda ativos. Quando o aldeamento já estiver extinto, a competência será da Justiça Estadual, conforme Súmula 650 do STF.

10.4. Natureza

A ação de usucapião é **de conhecimento, de caráter real, já que visa ao reconhecimento da propriedade, em favor dos usucapientes**. Quando versar sobre imóvel, exige que o autor traga a outorga uxória do cônjuge, salvo no regime da separação absoluta de bens. E que, no polo passivo, sejam incluídos os legitimados e seus cônjuges, em litisconsórcio necessário.

É declaratória e não constitutiva da usucapião. O possuidor adquire a propriedade quando preenche os requisitos exigidos por lei, isto é, quando permanece com posse *ad usucapionem* pelo tempo necessário. Concluído o prazo, ele já é dono. Mas para que isso possa ser reconhecido, e para que as dúvidas a respeito possam ser afastadas, o interessado deve valer-se da ação. Ela não é atributiva da propriedade, mas declara que o autor é o dono da coisa; e serve para que ele possa, então, registrá-la em seu nome, no Cartório de Registro de Imóveis.

10.5. Legitimados ativos

O legitimado ativo é o possuidor, que alega ter a coisa consigo por tempo suficiente para obter a propriedade por usucapião. **O possuidor atual pode somar o seu tempo de posse ao do seu antecessor, por força da *acessio temporis***.

Em caso de morte, a ação pode ser proposta pelo espólio ou pelos herdeiros que, por força do princípio da *saisine*, tornam-se os novos possuidores no momento da morte do seu antecessor.

Não é preciso que o autor da ação tenha posse atual do bem. A ação de usucapião visa a declarar a propriedade em favor de alguém que, por ter permanecido na coisa com posse *animus domini*, contínua, ininterrupta, pacífica e pública, pelo tempo exigido por lei. Pode ocorrer que o possuidor tenha permanecido todo o tempo necessário, e tenha-se tornado proprietário, mas que tenha perdido a posse, logo depois. Isso não o impede de pedir a declaração de propriedade em seu favor. **A única ressalva é que ele deve incluir — no polo passivo — o atual possuidor**. É o que resulta da Súmula 263 do STF: "O possuidor deve ser citado pessoalmente para a ação de

usucapião". O possuidor a que a súmula se refere é o que tem a posse atual da coisa. Ele deve ser citado na ação ajuizada pelo usucapiente, que perdeu posteriormente a posse.

O condômino já é proprietário da coisa, e, por isso, não pode — em princípio — usucapir a coisa comum. Ainda que ele a ocupe e use sozinho, não correrá o prazo da usucapião, por força do art. 1.324 do CC: "O condômino que administrar a coisa sem oposição dos outros presume-se representante comum".

Mas não é impossível que um condômino consiga usucapir a fração ideal dos demais, desde que ele exerça sobre o todo posse *animus domini*, repelindo a posse dos demais. Isto é, desde que ele demonstre que não reconhece o direito dos demais à coisa, passando a possuir a coisa como dono único.

10.6. Legitimados passivos

São vários os legitimados passivos na ação de usucapião:

- **a pessoa em cujo nome o imóvel está registrado**. A usucapião é, ao mesmo tempo, um modo de aquisição e perda da propriedade. De aquisição para o possuidor, que se manteve na coisa pelo tempo exigido por lei; e de perda para o proprietário que, tendo permanecido inerte, ficará privado do bem. O proprietário tem de ser citado, pois tem interesse em, defendendo-se, manter a coisa para si. Para identificar quem é o proprietário, basta verificar quem figura como tal no Cartório de Registro de Imóveis;
- **o possuidor atual**, nos termos da Súmula 263 do STF, como explicado no item anterior;
- **todos os confrontantes do imóvel**. É o que determina o art. 942, II, do CPC. A razão para isso é que os confrontantes têm o direito de verificar se estão sendo respeitadas as divisas e confrontações;
- **como a ação é real sobre bens imóveis**, é preciso ainda citar os cônjuges, salvo regime da separação absoluta de bens.

Há sempre um litisconsórcio necessário, no polo passivo das ações de usucapião. Os indicados anteriormente são apenas os réus certos, conhecidos, identificados ou identificáveis. Somente nos casos previstos em lei serão citados fictamente, por edital ou com hora certa.

Mas o art. 942 do CPC determina ainda a citação **de eventuais interessados**, sempre por edital, já que eles não são identificados nem identificáveis. Em todas as ações de usucapião ordinário ou extraordinário de imóveis, haverá citação por edital desses interessados.

Para defendê-los não será nomeado curador especial, apesar da

citação editalícia, já que não se sabe ao certo se tais interessados efetivamente existem. A citação é dirigida a **eventuais** interessados.

Diversa é a situação dos réus **certos** citados fictamente. A eles deverá ser dado curador especial.

10.7. Intimações necessárias

Além das pessoas indicadas no item anterior, que devem ser citadas, as ações de usucapião exigem a intimação de determinados entes. Eles não figuram como réus, mas a lei exige que sejam intimados, pois podem ter algum interesse no resultado. São eles:

- Os representantes da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na forma do art. 943 do CPC. A intimação é feita por via postal, e serve para que possam manifestar eventual interesse. Será dirigida às três esferas, da União, Estado e do Município em que o imóvel estiver situado.
- Ministério Público. Nas ações de usucapião de imóveis é indispensável a intervenção do Ministério Público, dada a repercussão que a sentença poderá ter sobre o registro de imóveis, do qual o *Parquet* é fiscal. Se o objeto da ação for bem móvel, inexistirá o interesse do Ministério Público.

10.8. Procedimento

10.8.1. Petição inicial

Deve cumprir as exigências do art. 282 do CPC. A única peculiaridade é que deve vir acompanhada de **planta do imóvel**, necessária para que ele possa ser perfeitamente identificado. Tem-se admitido, porém, que a planta possa ser substituída por um croqui, desde que suficiente para delimitar o imóvel.

Deve o autor especificar, na inicial, os elementos que compõem a sua posse, indicando desde quando ela persiste. Em caso de *acessio temporis*, deve apontar quem foram os possuidores anteriores. Deve ainda demonstrar que sua posse tem as características exigidas pela usucapião, isto é, que seja com ânimo de dono, contínua, ininterrupta, pacífica e pública.

10.8.2. Resposta dos réus

Não há peculiaridades quanto à resposta dos réus, na ação de usucapião. Como há sempre litisconsórcio no polo passivo, se houver contratação de advogados diferentes, o prazo será em dobro (art. 191).

Não há nenhum empecilho para que o réu se valha das exceções rituais. Controverte-se sobre a possibilidade de reconvenção. O maior

obstáculo que se opunha era o procedimento especial, que não se coadunaria com o comum da reconvenção. Mas esse obstáculo não mais existe, pois, com a eliminação da audiência de justificação prévia, o procedimento passou a ordinário. Nada obsta, por exemplo, que um dos réus reconvenha, postulando a sua reintegração na posse do imóvel, cujo usucapião se pretende ver declarado.

10.8.3. A sentença

Acolhida a pretensão, **a sentença de usucapião terá natureza declaratória, e eficácia *ex tunc***, retroagindo à data em que o autor preencheu os requisitos para a aquisição da propriedade. Para que adquira eficácia *erga omnes*, o autor deverá promover o seu registro, no Cartório de Registro de Imóveis.

11. DO INVENTÁRIO E DA PARTILHA

11.1. Introdução

Com a morte, termina a personalidade civil do homem, tem início a sua sucessão e ocorre a transmissão aos seus herdeiros, legítimos ou testamentários, dos bens.

Por força do **princípio da *saisine*** (CC, art. 1.784), essa transmissão opera-se no momento do falecimento. Mesmo assim, é preciso fazer o inventário e posterior partilha dos bens, para que a situação fique regularizada.

O patrimônio do *de cujus* — o que inclui os seus ativos e passivos — comporá uma massa indivisa, que receberá o nome de **espólio**. Ele não tem personalidade jurídica, mas a lei lhe atribui capacidade de ser parte. Trata-se de um daqueles entes despersonalizados, aos quais a lei permite que figurem em juízo (art. 12, V, do CPC).

Enquanto não houver a partilha, o espólio figurará como parte em todas as ações de cunho patrimonial, que versem sobre os interesses de massa.

A finalidade do inventário é a apuração do acervo de bens, direitos e obrigações da massa, a identificação dos herdeiros, e da parte cabente a cada um para que, recolhidos os tributos, os bens possam ser partilhados entre eles.

11.2. Casos em que o inventário pode ser feito por escritura pública, dispensando-se o inventário judicial

O objeto de nosso estudo é o processo civil. Interessa-nos o **inventário judicial**, indispensável quando houver testamento ou interessado incapaz. Ou quando não houver consenso entre os interessados.

Desde a Lei n. 11.441/2007, que deu nova redação ao art. 982 do CPC, admite-se que o inventário e a partilha sejam feitos sem a instauração de processo, por escritura pública, **desde que todos os interessados estejam de acordo, e não haja incapazes nem testamento**.

Mesmo que o inventário e a partilha sejam feitos por escritura é indispensável que todos estejam assistidos por advogado, que pode ser comum ou não, nos termos do parágrafo único do art. 982. Sem isso, o tabelião não lavrará a escritura.

Nos próximos itens será examinado o procedimento do inventário judicial, já que o extrajudicial foge ao âmbito de nossos interesses.

11.3. Inventário

> O inventário consiste na enumeração e descrição de todos os bens e obrigações que integram a herança, para que oportunamente possa haver a adjudicação ou partilha aos sucessores.

A expressão "inventariar" traz consigo a noção de enumerar, arrolar, elencar. É para isso mesmo que o inventário servirá: no momento da morte, abre-se a sucessão. É preciso descrever, então, tudo o que integra o patrimônio do morto, sejam ativos ou passivos, sejam direitos ou obrigações.

No inventário se fará a descrição do monte-mor: nele devem ser incluídos não só os ativos e passivos que integram a herança, **mas também a meação do cônjuge**, uma vez que, nesse momento inicial, ainda não é possível distinguir o que compõe uma coisa e outra. O monte-mor será composto da herança propriamente dita, isto é, dos ativos e passivos deixados pelo morto, e de eventual meação do cônjuge.

No inventário, será oportunamente identificado o que faz parte da herança, e o que faz parte da meação, pois só aquela passará aos herdeiros e sucessores, permanecendo esta com o cônjuge supérstite. **O imposto de transmissão *mortis causa* só incidirá sobre a herança, pois só esta passará aos herdeiros**.

11.3.1. Natureza

O inventário é **processo de conhecimento, de jurisdição contenciosa e procedimento especial**, destinado a catalogar o patrimônio deixado por alguém que morreu, indicando ainda quem são seus herdeiros ou sucessores.

Será apurado o quinhão que caberá a cada sucessor, quando for realizada a partilha, e o que deve ser atribuído a eventuais credores e cessionários.

11.3.2. Finalidades do inventário

Entre as finalidades do inventário é possível enumerar:

- a de elencar e enumerar os bens, direitos e obrigações deixados pelo *de cujus*;
- isolar quais bens integram a herança, e quais a meação;
- elencar quem são os herdeiros e legatários do *de cujus*;
- verificar se a herança tem força suficiente para o pagamento das dívidas, já que os herdeiros só respondem pelas do falecido nos limites da força dessa herança;
- estabelecer como serão feitos os pagamentos das dívidas do espólio;
- estabelecer como será feita a partilha, e que quinhão será atribuído a cada um dos sucessores;
- permitir a regularização dos imóveis perante o Cartório de Registro de Imóveis, com a expedição de formal de partilha ou carta de adjudicação, que deverá ser levada a registro. Sem ele, o imóvel continuará em nome do *de cujus*, o que impedirá os herdeiros de vendê-lo, conquanto desde a morte já sejam proprietários;
- permitir a regularização dos aspectos tributários, com o pagamento dos tributos pertinentes;
- permitir que os interesses dos incapazes sejam fiscalizados pelo Ministério Público;
- permitir que as disposições de última vontade do *de cujus* sejam respeitadas e cumpridas.

Essas são as principais funções do inventário. Não se inclui entre elas a atribuição de propriedade dos bens da herança aos sucessores, já que a transmissão ocorre no momento da morte. **O inventário não é atributivo ou constitutivo da propriedade, mas servirá para declarar qual a parte cabente a cada herdeiro**.

11.3.3. Inventário negativo

O inventário tem cunho estritamente patrimonial e sua função está adstrita a regularizar a transmissão do patrimônio do *de cujus* aos seus sucessores. Se ele não deixa nenhum patrimônio, em princípio não haveria que se falar em inventário.

No entanto, doutrina e jurisprudência tem admitido a possibilidade de promover-se o **inventário negativo**, que não tem previsão legal. Sua finalidade é permitir aos herdeiros e sucessores demonstrar que o *de cujus*

faleceu sem deixar nenhum bem, o que pode ser de grande relevância para que sejam afastados eventuais credores. As dívidas do *de cujus* não podem ultrapassar as forças de herança: é possível que todos os bens por ele deixados sejam consumidos no pagamento de seus débitos. Se ainda assim restarem dívidas, o patrimônio pessoal dos herdeiros não responderá por elas. Por isso, pode interessar-lhes demonstrar que o *de cujus* não deixou bem nenhum e que eles, sucessores, nada receberam, para, com isso, desobrigar-se frente aos credores.

Também pode ser útil o inventário negativo para que o viúvo ou viúva possam contrair novas núpcias, sem incorrer nas restrições do art. 1.523, I, do CC.

O inventário negativo será processado no mesmo foro e juízo em que se processaria o comum. O interessado pedirá que o juiz tome suas declarações por termo, que conterá seu nome, qualificação, último domicílio do *de cujus*, o dia, hora e local do falecimento e todas as informações a respeito de cônjuge supérstite e herdeiros. O interessado declarará, ainda, que o falecido não deixou bens a inventariar.

O juiz ouvirá o Ministério Público, se houver interesse de incapazes, e a Fazenda Pública. Não havendo impugnação, julgará de plano. Se necessário, podem ser ouvidas testemunhas, que atestarão a inexistência dos bens, caso ela se torne controvertida.

11.3.4. Bens que não precisam ser inventariados

São aqueles mencionados na Lei n. 6.858, de 24 de novembro de 1980. O art. 1º, *caput*, da lei estabelece: "Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS — Pasep, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em cotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento".

E o art. 2º: "O disposto nesta lei se aplica às restituições relativas ao imposto de renda e outros tributos, recolhidos por pessoa física, e, não existindo outros bens sujeitos a inventário, aos saldos bancários e de contas de caderneta de poupança e fundos de investimento de valor até 500 (quinhentas) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional".

Os bens aqui indicados podem ser levantados por simples alvará judicial, independentemente de inventário. A competência é da Justiça Estadual, nos termos da Súmula 161 do STJ.

11.4. Inventário e partilha

Se o inventário serve para enumerar os bens que compõem o acervo hereditário, a partilha presta-se a atribuir a cada herdeiro o quinhão que lhe corresponde. As finalidades são diferentes: pode haver inventário sem partilha. Só haverá partilha se houver mais de um herdeiro. Do contrário, a ele serão adjudicados todos os bens.

Mas ela não significa, ainda, a efetiva divisão dos bens, com a correspondente extinção do condomínio. **Havendo mais de um herdeiro, a partilha atribuirá a cada qual um quinhão, sobre os bens da herança, que pode consistir em uma fração ideal do bem**. Imagine-se, por exemplo, que o *de cujus* tenha deixado dois imóveis e dois herdeiros. Em regra, a partilha implicará na atribuição, a cada um dos herdeiros, de metade ideal sobre os dois terrenos. Se eles quiserem dividir a herança de forma diferente, poderão fazê-lo, desde que maiores e capazes, e de acordo com a forma da partilha. Do contrário, cada qual ficará com metade ideal das coisas comuns, constituindo-se sobre elas um condomínio, cuja extinção pode ser requerida a qualquer tempo, seja pela divisão da coisa comum, quando divisível, seja pela alienação judicial, quando indivisível.

11.5. Procedimento do inventário

O procedimento do inventário é bastante peculiar, dadas as exigências do direito material. Como há possibilidade de sérias divergências entre os herdeiros, optou o legislador por considerá-lo procedimento **de jurisdição contenciosa**, e não voluntária, como no CPC de 1939.

Entre as principais peculiaridades do inventário, podem ser citadas:

- a inexistência de autor ou réu, de contestação e de produção de provas;
- a conclusão do processo, que não é feita por sentença de procedência ou de improcedência;
- as questões de alta indagação, que não são resolvidas no processo, mas remetidas para a via própria.

11.5.1. Três tipos de procedimento

Existem três tipos de procedimento do inventário: **o tradicional**, tratado nos arts. 982 a 1.030, do CPC; **o arrolamento sumário**, na forma do art. 1.031, quando todos os herdeiros forem maiores e capazes, e estiverem concordes entre si, seja qual for o valor dos bens; **e o arrolamento comum**, na forma do art. 1.036, que será observado quando os bens inventariados forem de baixo valor, até 2.000 ORTNs, independentemente da existência de herdeiros incapazes ou da divergência entre os interessados.

Ao arrolamento sumário e ao comum aplicam-se supletivamente as regras do inventário tradicional. As particularidades de cada um serão examinadas em capítulo próprio.

11.5.2. Competência

Os inventários e partilha de bens situados no Brasil são de competência exclusiva da justiça brasileira, por força do art. 89, II, do CPC, **o que veda a homologação pelo STJ de sentença estrangeira sobre o assunto**.

A competência para processar os inventários e partilhas é dada pelo art. 96 do CPC: "O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Parágrafo único: É, porém, competente o foro: I — da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo; II — do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes".

Como se trata de critério territorial, a competência é relativa.

Se o autor da herança possuía vários domicílios certos, a competência será do foro de qualquer um deles, a ser definida por prevenção.

A parte final do *caput* do art. 96 mostra que o juízo do inventário será competente para processar todas as ações em que o espólio for réu. Tal juízo atrairá as ações de interesse da massa, formando o chamado **"juízo universal do inventário"**. No entanto, não serão atraídas as ações em que o espólio for o autor, as de alta indagação, e ainda as vinculadas aos seus foros ou juízos por regras de competência absoluta, como as ações reais sobre bens imóveis.

11.5.3. Prazo para a abertura

O CPC, no art. 983, estabelece prazo para que o inventário seja aberto: "O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte".

Com isso, alterou-se o prazo de trinta dias, previsto no art. 1.796 do CC. Tal alteração resulta da Lei n. 11.441/2007, que alterou a redação originária do art. 983. **Portanto, hoje o prazo é de sessenta dias**.

Não havendo a abertura de inventário no prazo, as partes ficam sujeitas à multa, que pode ser estabelecida em lei estadual. Nesse sentido, a Súmula 542 do STF: "Não é inconstitucional a multa instituída pelo Estado-

Membro, como sanção pelo retardamento do início ou da ultimação do inventário". No Estado de São Paulo, ela é de 10%, se o atraso for superior a sessenta dias, e de 20%, se ultrapassar 180 dias (Leis estaduais n. 9.591/66 e 10.705/2000).

11.5.4. Legitimidade para a abertura do inventário

A legitimidade para requerer a abertura do inventário vem tratada nos arts. 987 a 989 do CPC. Há um legitimado prioritário, legitimados concorrentes e um legitimado supletivo.

O legitimado prioritário é a pessoa que estiver na posse e administração do espólio, por essa razão, considerado seu administrador provisório.

Além dele, têm legitimidade concorrente: o cônjuge supérstite; o herdeiro; o legatário; o testamenteiro; o cessionário do herdeiro ou do legatário; o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança; o síndico (administrador), da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge supérstite; o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes e a Fazenda Pública, quando tiver interesse.

Se nenhum deles requerer, no prazo legal, a abertura do inventário, o juiz poderá determiná-la de ofício. Trata-se de uma das raríssimas hipóteses em que ele pode dar início, de ofício, a um processo.

11.5.5. Petição inicial

A abertura do inventário será requerida por petição, subscrita por advogado. Nela, o requerente comunicará o falecimento, comprovado com a juntada da certidão de óbito, e postulará a abertura do inventário e a nomeação de inventariante. O requerente deve, ainda, comprovar a sua legitimidade, juntando a documentação necessária.

A inicial será distribuída, onde houver mais de uma vara, autuada e registrada. Em seguida, encaminhada ao juiz, que, verificando que está em termos, **nomeará inventariante**, que deverá prestar compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo, no prazo de cinco dias, conforme art. 990, parágrafo único, do CPC.

11.5.6. Administrador provisório

O inventário não é aberto no momento da morte do *de cujus*. Há sempre um tempo, a mediar desde o óbito. Nesse ínterim já existe espólio, mas não inventariante, já que o inventário não foi instaurado. O art. 985 do CPC estabelece que: "até que o inventariante preste o compromisso, continuará o espólio na posse do administrador provisório". E o art. 986: "O administrador provisório representa ativa e passivamente o espólio, é

obrigado a trazer ao acervo os frutos que desde a abertura da sucessão percebeu, tem direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fez e responde pelo dano a que, por dolo ou culpa, der causa".

O administrador provisório não é nomeado pelo juiz, mas identificado de acordo com o art. 1.797 do CC, que atribui a função, sucessivamente, ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão; ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho; ao testamenteiro e a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas anteriormente ou quando tiverem sido afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.

11.5.7. Inventariante

Aberto o inventário, o juiz nomeará inventariante, que passará a exercer as suas atribuições após prestar compromisso. Ele substitui o administrador provisório, que até então estava incumbido de zelar pelo espólio, e administrar os bens. Não há nenhum óbice a que aquele que já vinha exercendo a função de administrador provisório seja nomeado inventariante.

O art. 990 do CPC estabelece a ordem sucessiva das pessoas que serão nomeadas inventariantes pelo juiz: o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão de bens, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste; o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge supérstite ou este não puder ser nomeado; qualquer herdeiro, nenhum estando na posse ou administração dos bens; o testamenteiro, se lhe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados; o inventariante judicial, se houver, e pessoa estranha idônea, se não houver inventariante judicial.

Embora a lei não mencione, o companheiro com quem o morto vivia ao tempo da morte poderá ser nomeado inventariante, nas mesmas condições do cônjuge.

Nomeado, o inventariante prestará compromisso em cinco dias, salvo quando se tratar de arrolamento.

11.5.8. Atribuições do inventariante

São várias as atribuições do inventariante, enumeradas no art. 991, do CPC:

- representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, observando-se, quanto ao dativo, o disposto no art. 12, § 1º. **O espólio não tem personalidade jurídica, mas tem capacidade de ser parte, e**

figurará em todas as ações que versarem sobre interesses patrimoniais da massa de bens, até que haja a partilha. Em juízo, tanto ativa como passivamente, ele será representado pelo inventariante, salvo quando dativo, caso em que a representação será atribuída a todos os herdeiros;

- administrar o espólio, velando-lhe os bens como se fossem seus. Nesse mister, cumpre-lhe, em nome do espólio, ajuizar as ações judiciais necessárias para a preservação dos bens da massa, bem como defender os bens em juízo. Cumpre-lhe, ainda, comunicar ao juiz as circunstâncias em que eles possam ficar sob risco, cabendo-lhe tomar as providências necessárias para afastá-lo;
- prestar as primeiras e últimas declarações pessoalmente ou por procurador com poderes especiais;
- exibir em cartório, a qualquer tempo, para exame das partes, os documentos relativos ao espólio;
- trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído;
- prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz lhe determinar. Essa obrigação decorre da condição de administrador atribuída ao inventariante. Ele não é o titular dos bens da massa, mas fica incumbido de administrá-los durante a sua gestão. E aquele que administra bens alheios fica obrigado a prestar contas, quando então será apurado se o inventariante tem valores a receber ou a restituir. Essa prestação de contas, a que se refere o art. 991, VII, do CPC, não constitui a ação autônoma de prestação de contas, mas um incidente do próprio inventário, processado na forma do art. 919 do CPC.

Nada impede que os herdeiros, havendo controvérsia sobre a atuação do inventariante, se valham da ação de prestação de contas, que não se processará como incidente do inventário, mas como ação autônoma de procedimento especial.

As atribuições do art. 991 decorrem de lei, e independem de autorização judicial e da prévia ouvida dos interessados.

Mas o art. 992 do CPC enumera três incumbências do inventariante, que diferem das anteriores, porque pressupõe autorização judicial, após a ouvida dos interessados:

- alienar bens de qualquer espécie;
- transigir em juízo ou fora dele;
- pagar dívidas do espólio.

11.5.9. Remoção e destituição do inventariante

O inventariante perderá o cargo quando for removido ou destituído. A remoção ocorrerá como punição ao inventariante que não

cumprir a contento as suas funções, deixando de praticar ato que lhe incumbia. Já a destituição se verificará não em razão de culpa, mas em decorrência de um fato externo ao processo, não ligado ao exercício da função, mas que impede o inventariante de a continuar exercendo. Por exemplo: se ficar gravemente doente, ou se for condenado criminalmente, e ficar impossibilitado de exercer a função.

O art. 995 do CPC enumera as hipóteses de remoção. Todas estão atreladas ao mau desempenho das funções pelo inventariante, que, por culpa ou dolo, não se desincumbe a contento de suas tarefas. **O rol legal não pode ser considerado taxativo**. Não há dispositivo que enumere as hipóteses de destituição, que ocorrerá sempre que o inventariante não puder continuar no cargo, por razões alheias a este.

O incidente de remoção correrá em apenso ao inventário, e poderá ser suscitada por qualquer interessado. O inventariante será intimado para defender-se, no prazo de cinco dias, e produzir provas.

Em seguida, o juiz decidirá. Se determinar a remoção, nomeará outro em substituição, cabendo ao removido cumprir o determinado no art. 998 do CPC.

A remoção também pode ser determinada de ofício pelo juiz, ou a requerimento do Ministério Público.

11.5.10. Primeiras declarações

Entre as atribuições do inventariante está a **de prestar as primeiras declarações**. Para tanto, ele tem o prazo de vinte dias, a contar da data em que presta o compromisso. O art. 993 do CPC enumera o que elas devem conter. Das primeiras declarações, lavrar-se-á termo circunstanciado, que será assinado pelo juiz, escrivão e inventariante.

Pode ocorrer que todas as informações já tenham constado da petição em que se requereu a abertura do inventário, caso em que bastará ao inventariante ratificá-las.

Resumidamente, **as primeiras declarações fornecerão informações sobre o morto, sobre o cônjuge e o regime de bens, sobre os herdeiros e sua qualidade, bem como sobre todos os bens que compõem o espólio**.

Elas devem ser apresentadas de forma clara e precisa. Se houver obscuridade ou equívoco, o juiz determinará que sejam sanados.

Caso o cônjuge, herdeiro ou legatário tenha consigo algum bem não arrolado, deverá informar ao juízo, sob pena de ficar configurada a **sonegação** (CC, arts. 1.992 e ss.), com a consequente perda do direito que o omisso tinha sobre o bem. A imposição da pena, porém, depende de ação

própria.

11.5.11. Citações

De acordo com o art. 999 do CPC: "Feitas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e partilha, 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".

Controvertida a necessidade de citação dos cônjuges dos herdeiros. Como o inventário é ação pessoal e não real, a ele não se aplica o art. 10, § 1º, do CPC. **Por isso, não há necessidade de citação dos cônjuges dos herdeiros**.

Mas haverá necessidade de participação do cônjuge toda vez que, no inventário, houver disposição de bens. O direito à sucessão aberta é bem imóvel por determinação legal, nos termos do art. 80, II, do CC. Assim, se houver cessão ou renúncia total ou parcial do direito à herança, é preciso outorga uxória. Esta também se fará necessária se a partilha for feita de modo diferente do previsto em lei, ou se houver alienação de bens.

A Fazenda Pública será citada, já que ela tem interesse decorrente da incidência dos impostos de transmissão *causa mortis*.

O Ministério Público só participará se houver incapazes.

11.5.12. Impugnações

Somente depois de concluídas todas as citações **correrá o prazo comum de dez dias, para que os citados possam impugnar as primeiras declarações**, apresentadas pelo inventariante. De acordo com o art. 1.000, do CPC, cabe às partes: arguir erros e omissões; reclamar contra a nomeação do inventariante ou contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

Caso acolha a impugnação, o juiz mandará retificar as primeiras declarações. Se ela versar sobre a nomeação do inventariante, o juiz o substituirá.

Mas, se tratar de matéria de alta indagação, como, por exemplo, referente à condição de herdeiro não reconhecido, **o juiz remeterá as partes às vias ordinárias**, e sobrestará, até o julgamento da ação, a entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido.

Quando a matéria referente à condição de herdeiro não for de alta indagação, o juiz decidirá nos próprios autos do inventário.

O art. 1.001 do CPC permite ainda que a impugnação seja

apresentada por aquele que não foi incluído, e que se julga preterido. Antes da partilha, ele requererá a sua admissão no inventário. O juiz ouvirá as partes no prazo de dez dias, e decidirá. Se verificar que a decisão envolve questão de alta indagação, remeterá o requerente para as vias ordinárias, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.

11.5.13. Avaliações

Superada a fase de impugnação, passar-se-á **à de avaliação dos bens do espólio**. O juiz nomeará um perito, se na comarca não houver avaliador judicial (CPC, art. 1.003).

A avaliação de bens tem duas finalidades principais: permitir o cálculo dos impostos, que tem por base de cálculo o valor dos bens; verificar a correção da partilha, para que nenhum sucessor fique prejudicado.

Por essa razão, a avaliação poderá ser dispensada quando:

- todos os herdeiros forem maiores e capazes e estiverem de acordo com o valor dos bens atribuído nas primeiras declarações, inexistente impugnação da Fazenda;
- tiver havido informação do Fisco a respeito do valor dos bens, sem impugnação;
- não tendo havido impugnação da Fazenda, a partilha seja feita com a instituição de condomínio sobre os bens, respeitada a fração ideal de cada um dos herdeiros, já que, assim, não há risco de que algum deles seja prejudicado.

O perito ou avaliador apresentará o laudo, e os interessados poderão apresentar impugnações que o juiz decidirá, mandando fazer nova avaliação se a primeira contiver vícios.

11.5.14. Últimas declarações

Depois de concluída a fase de avaliações, **será lavrado o termo de últimas declarações**, cuja finalidade é permitir que o inventariante tenha a oportunidade de completar, emendar ou corrigir as primeiras. Se não houver nada a corrigir ou a acrescentar, bastará que as ratifique.

Prestadas as últimas declarações, as partes serão ouvidas no prazo comum de dez dias. Havendo impugnações, o juiz as decidirá, determinando as correções necessárias.

Com as últimas declarações, estará concluída a fase do inventário.

11.5.15. Impostos

Depois de prestadas as últimas declarações, será feito o cálculo dos

impostos *mortis causa* e *inter vivos*.

O primeiro tem por fato gerador a transmissão dos bens da herança em decorrência da morte ou da doação de bens do espólio. **A base de cálculo é o valor dos bens na data da sua avaliação, e a alíquota deve ser a vigente na data da abertura da sucessão, nos termos das Súmulas 112 e 113 do STF**. A base de cálculo abrangerá todos os bens, móveis ou imóveis, da herança, mas não inclui a meação do cônjuge supérstite, já que esta não integra a herança. No Estado de São Paulo, esse imposto é regulado pela Lei n. 10.992/2001, e a sua alíquota é de 4% do valor de avaliação dos bens na data da abertura da sucessão.

O imposto *inter vivos* só será devido se houver transmissão onerosa de bens imóveis. Não incide, portanto, sobre a doação, sobre a qual recai o imposto *causa mortis*. Será devido, se, por exemplo, forem atribuídos ao meeiro ou a algum dos herdeiros bens imóveis que ultrapassem a quota que lhe seria devida por força de lei.

Se o *de cujus* tinha alienado o imóvel por compromisso de compra e venda ainda não quitado, incide a Súmula 590 do Supremo Tribunal Federal: "Calcula-se o imposto de transmissão 'causa mortis' sobre o saldo credor da promessa de compra e venda de imóvel, no momento da abertura da sucessão do promitente vendedor".

Havendo renúncia à herança, o renunciante não pagará o imposto *causa mortis*, só devido por aqueles a quem a herança for atribuída. Mas se houver renúncia translativa, quando o herdeiro recebe a herança mas a cede a terceiros, haverá incidência de dois tributos: o *causa mortis*, decorrente do recebimento, e o *inter vivos*, derivado da cessão posterior.

O cálculo do valor do tributo é feito pelo contador, e sobre ele as partes se manifestarão no prazo de cinco dias. Em seguida, será ouvida a Fazenda Pública e o juiz decidirá sobre o montante, em decisão sujeita a agravo de instrumento.

11.5.16. Colações

A colação consiste **no ato pelo qual os descendentes que concorrem à sucessão de ascendente comum são obrigados a conferir as doações e dotes que receberam em vida**, sob pena de sonegados, com a finalidade de igualar suas legítimas e a do cônjuge sobrevivente. Vem regulada nos arts. 2.002 e 2.003 do CC.

Os ascendentes podem fazer doações a seus descendentes. Mas isso é considerado **adiantamento de legítima** (CC, art. 544), como se o antecessor estivesse antecipando ao sucessor a entrega de bens da herança. Com o

falecimento, será necessário que aquele que as recebeu em vida do autor da herança traga os bens à colação, para que sejam abatidos de sua parte, igualando-se os quinhões.

É possível, no entanto, que o doador dispense o descendente de trazer os bens doados à colação, desde que isso não prejudique a legítima dos herdeiros necessários, isto é, desde que os bens doados caibam dentro da parte disponível da herança. Se a dispensa não tiver sido expressamente consignada no ato de doação, o donatário deve trazer os bens à colação, sob pena de sonegação, ainda que eles caibam na parte disponível. O art. 2.003, parágrafo único, do CC, estabelece que, se ao tempo da abertura da sucessão, o bem doado já não mais existir, a colação será feita em espécie, pelo valor do bem ao tempo da liberalidade. Esse dispositivo, que tem merecido críticas, revogou o art. 1.014, parágrafo único, do CPC, que determinava que o valor dos bens colacionados deveria ser considerado na data da abertura da sucessão. **Prevalece, pois, a regra do CC que, por mais recente, revogou a disposição anterior**. Conquanto o valor seja calculado no momento da liberalidade, sobre ele incidirá correção monetária, que não constitui acréscimo, mas mera atualização do valor nominal da moeda.

O art. 2.008 do CC e o art. 1.015 do CPC obrigam até mesmo aquele que renunciou à herança ou foi dela excluído trazer os bens que lhe foram doados à colação. **Mas ele deve repor apenas a parte inoficiosa, que ultrapassa o disponível**. O § 1º do art. 1.015 esclarece: "É lícito ao donatário escolher, dos bens doados, tantos quantos bastem para perfazer a legítima e a metade disponível, entrando na partilha o excedente para ser dividido entre os demais herdeiros". E o § 2º acrescenta: "Se a parte inoficiosa da doação recair sobre bem imóvel, que não comporte divisão cômoda, o juiz determinará que sobre ela se proceda entre os herdeiros à licitação; e o donatário poderá concorrer na licitação e, em igualdade de condições preferirá aos herdeiros".

Os arts. 2.010 e 2.011 do CC dispensam alguns bens da colação, como os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval, despesas de casamento, ou as feitas no interesse de sua defesa em processo crime. São dispensadas de colação ainda as doações remuneratórias.

11.5.16.1. Procedimento das colações

Caso o herdeiro negue o recebimento dos bens ou a obrigação de conferir, o juiz ouvirá as partes em cinco dias, e decidirá à vista das alegações e provas produzidas (CPC, art. 1.016). Não acolhida a negativa do

herdeiro, o juiz mandará que, em cinco dias, ele proceda à conferência, sob pena de sequestro dos bens. Caso não os tenha mais consigo, mandará imputar seu valor no quinhão que lhe couber.

Se a matéria for de alta indagação, o juiz remeterá as partes para os meios ordinários, mas o herdeiro não receberá o seu quinhão senão depois de prestar caução correspondente ao valor dos bens não colacionados.

Qualquer herdeiro pode reclamar, do beneficiado, a colação dos bens que recebeu, sob pena de ação de sonegados.

11.5.17. Pagamento das dívidas

É outro incidente que pode ocorrer no inventário, quando o falecido tiver deixado dívidas. **O espólio responde pelas dívidas, até que haja a efetivação da partilha, caso em que a obrigação passará aos herdeiros, respeitadas as forças da herança**.

Na fase de inventário, serão declaradas as dívidas deixadas pelo *de cujus*, que deverão ser pagas pelo espólio, de sorte que a partilha recaia apenas sobre o patrimônio remanescente.

Quando a dívida já estiver vencida e for exigível, o credor pode habilitá-la no próprio inventário. Ele comprovará a existência do débito e o seu valor. **O pagamento será feito respeitada a prelação, se o passivo for superior ao ativo**.

A petição do credor, que deve vir acompanhada da prova literal da dívida, deve ser distribuída e autuada em apenso aos autos do inventário. Sobre ela o juiz ouvirá as partes. Se houver concordância, determinará que seja separado da herança dinheiro suficiente para o pagamento, e, se não houver dinheiro, que sejam alienados bens, em hasta pública, suficientes para tanto, se o credor não preferir adjudicar os bens.

O ato que julga a habilitação de crédito tem natureza de sentença, e deve ser objeto de apelação, embora eventual agravo de instrumento deva ser conhecido, por força do princípio da fungibilidade, uma vez que há controvérsia sobre a natureza da habilitação.

Caso algum dos interessados impugne habilitação, o juiz remeterá o credor para as vias ordinárias e, desde que a impugnação não esteja fundada em pagamento, determinará que sejam reservados bens em poder do inventariante, suficientes para a solução do débito. Para que eles permaneçam reservados, é preciso que o credor ajuíze ação de cobrança no prazo de trinta dias. Sem isso, a reserva perderá a eficácia.

Se a dívida não estiver vencida, o credor pode pedir ao juízo a reserva de bens, que permanecerá eficaz pelo mesmo prazo. Mas este só

começará a correr a partir do vencimento.

O procedimento de habilitação no inventário é facultativo, já que o credor pode optar, desde logo, por promover a ação de cobrança.

Para o pagamento das dívidas, **será consumida primeiro a parte dos herdeiros**, pois os legados tem preferência. Somente se insuficiente se poderão consumir os bens legados.

11.6. Da partilha

11.6.1. Introdução

A partilha tem início depois de concluída a fase de inventário, apurados quais os bens que efetivamente compõem a herança, os herdeiros, e o quinhão que cabe a cada um.

Consiste na distribuição de bens entre os sucessores. **Pressupõe a existência de mais de um herdeiro, pois, se houver um só, os bens serão adjudicados ao sucessor único**.

Os herdeiros não se tornam proprietários dos bens da herança somente após a partilha, que não é atributiva de propriedade. Por força do princípio da *saisine*, eles são coproprietários dos bens da herança, desde a morte. Mas, por meio da partilha, será declarado o que cabe a cada um deles.

Antes da partilha, é preciso identificar o que é herança e o que é meação, fazer o pagamento dos credores e trazer a colação os bens que tenham sido doados aos descendentes em vida. Com isso, será apurado o monte partível, objeto de distribuição entre os herdeiros. A respeito, ver item 11.4, supra.

11.6.2. Espécies de partilha

Nas hipóteses do art. 982 do CPC, **o inventário e a partilha podem ser feitos por escritura pública, sem intervenção do Judiciário**.

Mesmo que o inventário tenha sido feito judicialmente, os interessados poderão promover a partilha extrajudicial, desde que maiores e capazes, e estejam de acordo. É o que dispõe o art. 2.015 do CC: "Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz".

A partilha amigável, quando judicial, deve ser homologada pelo juiz (CPC, art. 1.031) e pode ser anulada em caso de vício de consentimento, na forma do art. 1.029 do CPC.

Se houver incapazes, ou existir desacordo entre os herdeiros, a partilha será sempre judicial (CC, art. 2.016).

O art. 2.018 do CC ainda traz a possibilidade de a partilha perfazer-se por vontade dos ascendentes, seja por ato entre vivos, seja por disposição de última vontade. Frequentemente, buscando evitar divergências entre seus herdeiros após a sua morte, o titular já transfere a propriedade de seus bens a eles, dividindo-os quando ainda vivo. Isso normalmente é feito por doação, com reserva do necessário para a própria subsistência. Será preciso, nesse caso, que se respeite a legítima dos herdeiros necessários. O autor da herança pode preferir, ainda, dispor da forma pela qual os bens serão partilhados, por meio de testamento, estabelecendo qual o quinhão que deverá caber a cada um. Tais disposições deverão ser respeitadas, contando que não violem a legítima dos herdeiros necessários.

11.6.3. Procedimento da partilha

O Código Civil trata da partilha a partir do art. 2.013, e o CPC, a partir do art. 1.022.

Depois de feito o pagamento dos credores, e apurado o conjunto de bens que deverá ser partilhado, **o juiz concederá às partes o prazo de dez dias para formular o seu pedido de quinhão. Em seguida, também no prazo de dez dias, deliberará sobre a partilha**, resolvendo o pedido das partes e designando o quinhão de cada um (CPC, art. 1.022). Conquanto a lei denomine de despacho tal deliberação, parece-nos que o seu conteúdo decisório é manifesto, o que autoriza a interposição de agravo de instrumento. Pode ser que o autor da herança tenha deixado, por testamento, a forma pela qual os seus bens serão partilhados, caso em que a sua vontade será respeitada, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas (art. 2.014, do CPC).

Depois da deliberação sobre a partilha, os autos serão enviados ao partidor, para que elabore um esboço, de acordo com o que juiz decidiu, observando as dívidas atendidas, a meação do cônjuge, a parte disponível e os quinhões hereditários, a começar do herdeiro mais velho. Sobre o esboço as partes terão prazo comum de cinco dias para falar.

Na partilha, não é necessário que sejam atribuídas frações ideais de todos os bens da herança a todos os herdeiros, estabelecendo-se um condomínio geral. Se possível, **a partilha será feita de modo a atribuir a cada um dos herdeiros bens no valor correspondente à sua quota, evitando-se o condomínio**. Mas o juiz deve observar sempre, quanto ao valor, natureza e qualidade dos bens, a maior igualdade possível.

Pode ocorrer que não possam ser divididos, e não caibam na meação

ou no quinhão dos herdeiros, isto é, que o seu valor ultrapasse a parte que caiba a cada um. Nesse caso, proceder-se-á na forma do art. 2.019 do CC: "Os bens insuscetíveis de divisão cômoda, que não couberem na meação do cônjuge sobrevivente ou no quinhão de um só herdeiro, serão vendidos judicialmente, partilhando-se o valor apurado, a não ser que haja acordo para serem adjudicados a todos. § 1º: Não se fará a venda judicial se o cônjuge sobrevivente ou um ou mais herdeiros requererem lhes seja adjudicado o bem, repondo aos outros, em dinheiro, a diferença, após avaliação atualizada. § 2º: Se a adjudicação for requerida por mais de um herdeiro, observar-se-á o processo de licitação".

Depois de as partes manifestarem-se sobre o esboço de partilha, feito o pagamento de imposto *mortis causa*, o juiz julgará a partilha por sentença, contra a qual cabe apelação.

É preciso fazer uma distinção entre a sentença que homologa a partilha, quando há acordo entre todos os herdeiros, e a que a julga, havendo divergência. A primeira é meramente homologatória e pode ser desconstituída por ação anulatória, não rescisória, como determina o art. 486 do CPC. O prazo de anulação é decadencial de um ano, nos termos do art. 2.027, parágrafo único, do CC. O prazo corre da data em que há o acordo entre os herdeiros a respeito da partilha.

Quando não houver acordo, a sentença não será apenas homologatória, mas julgará efetivamente a partilha. **Havendo trânsito em julgado, só poderá ser desconstituída por ação rescisória, no prazo de dois anos**, nas hipóteses do art. 1.030 do CPC.

A legitimidade para ajuizar tanto a ação anulatória como a rescisória é de qualquer interessado, o que abrange os herdeiros, o cônjuge supérstite, e outros, como cessionários, credores e até o cônjuge do herdeiro, que não tenha concedido outorga uxória, nos casos em que é necessária.

Depois do trânsito em julgado, a partilha ainda pode ser emendada, nas hipóteses do art. 1.028 do CPC.

Com o trânsito em julgado da sentença que julga a partilha, ou que determina a adjudicação de todos os bens a único herdeiro, desaparece o espólio e cessam as funções do inventariante. A partir daí, todas as ações patrimoniais que digam respeito aos interesses que eram do *de cujus* deverão ser dirigidas contra os herdeiros.

11.6.4. Formal de partilha

Depois do trânsito em julgado da sentença que julga a partilha, **será expedido o formal de partilha** (se não tiver havido partilha, mas apenas adjudicação a um único herdeiro, será expedida a carta de adjudicação).

O formal indicará os bens que cada herdeiro receberá. Dele, devem constar as peças indicadas no art. 1.027 do CPC. Se houver bens imóveis, os interessados poderão levar o formal para registro no Cartório de Registro de Imóveis, com o que passarão a figurar em nome do herdeiro beneficiado, e não mais em nome do *de cujus*.

11.6.5. Sobrepartilha

Foi prevista no art. 1.040 do CPC, como mecanismo de partilha de bens, após o julgamento da partilha originária. Os bens que devem ser sobrepartilhados são: os sonegados, os que integram a herança, mas que só foram descobertos depois da partilha; os litigiosos, assim como os de liquidação difícil ou morosa e os situados em lugar remoto da sede do juízo em que se processa o inventário.

O procedimento da sobrepartilha será o do inventário e partilha, e correrá nos mesmos autos.

11.7. Inventário conjunto

Foi previsto no art. 1.043 do CPC: "Falecendo o cônjuge meeiro supérstite antes da partilha dos bens do pré-morto, as duas heranças serão cumulativamente inventariadas e partilhadas, se os herdeiros de ambos forem os mesmos. § 1º: Haverá um só inventariante para os dois inventários. § 2º: O segundo inventário será distribuído por dependência, processando-se em apenso ao primeiro". O art. 1.044 também permite que se faça o inventário e partilha dos bens do herdeiro, que morra na pendência do inventário em que foi admitido, desde que ele não possua outros bens além de seu quinhão na herança.

A realização dos inventários conjuntos se justifica pela economia processual, uma vez que os herdeiros serão os mesmos. **Pressupõe o falecimento do cônjuge ou do herdeiro, enquanto ainda não concluído o primeiro inventário**.

11.8. Arrolamento

É forma simplificada de inventário, prevista para a hipótese de os bens do espólio serem de pequeno valor, até o limite de 2.000 OTNs, ou 13.840 BTNs. Esse valor não pode ser ultrapassado pelos bens do espólio, isto é, da herança que será partilhada, excluída, portanto a meação do cônjuge.

Não há necessidade de acordo entre os interessados, nem é preciso que sejam todos maiores ou capazes. Basta que valor não ultrapasse o teto previsto em lei.

Não se confunde com o arrolamento sumário, forma ainda mais

simplificada, que pressupõe interessados maiores e capazes, concordes com a partilha de bens, independentemente de seu valor.

O procedimento de arrolamento não é faculdade das partes: verificado que o valor não ultrapassa o montante mencionado, **a adoção será cogente**.

O arrolamento vem previsto no art. 1.036 do CPC.

11.8.1. Procedimento do arrolamento

É bastante simplificado. O art. 1.036 traça as regras principais, mas, havendo omissão legal, será aplicável, **supletivamente, o procedimento do inventário comum**.

Pode ser requerido pelos mesmos legitimados ao inventário, enumerados no art. 987 do CPC, que deverão instruir a inicial, com os mesmos documentos.

O juiz nomeará inventariante, que não precisará prestar compromisso.

Nos termos do art. 1.036 do CPC cabe-lhe apresentar, com suas declarações, a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano de partilha.

Se houver algum herdeiro não representado nos autos, será indispensável citá-lo. Os interessados e o Ministério Público, quando intervir, poderão impugnar a estimativa, caso em que o juiz nomeará um avaliador, que apresentará o laudo em dez dias. Antes da partilha, será providenciado o recolhimento do "imposto *mortis causa*", o que deverá ser comprovado com a juntada aos autos de certidão negativa de tributos.

Se houver necessidade, o juiz designará audiência. **Em seguida, deliberará sobre a partilha, em decisão interlocutória agravável** (há acórdãos que entendem que se trata de mero despacho, que não comportaria recurso. Parece-nos, porém, que não se pode negar conteúdo decisório a tal ato judicial).

11.9. Arrolamento sumário

Não se confunde com o examinado no item anterior. Enquanto aquele constituía forma simplificada, a ser adotada quando o valor dos bens é pequeno, este constitui forma ainda mais simplificada, **a ser observada quando todos os herdeiros forem maiores e capazes, e estiverem de acordo**. A rigor, não haveria necessidade de ingresso em juízo, já que preenchidos tais requisitos, o inventário e a partilha podem ser feitos por escritura pública. Mas os interessados podem preferir a via judicial, caso em que se valerão do arrolamento sumário. **O valor dos bens é irrelevante,**

bastando que haja acordo entre os herdeiros, e que eles sejam todos capazes.

11.9.1. Procedimento do arrolamento sumário

A abertura deve ser requerida, em conjunto, por todos os herdeiros, ou por apenas um, com o consentimento dos demais, **o que tornará dispensável a citação, pois estarão todos representados nos autos**. Se algum herdeiro for incapaz ou estiver desaparecido, haverá inventário comum. Havendo herdeiros capazes, será preciso que os cônjuges também outorguem procuração, já que a partilha amigável tem caráter negocial e exige a outorga uxória, ressalvado o regime da separação absoluta de bens.

Na inicial, será postulada a nomeação do inventariante que os herdeiros designarem. Serão indicados e qualificados os herdeiros e os bens do espólio, e já se apresentará a forma pela qual os bens serão partilhados, a respeito da qual existe o consenso entre as partes. Não vai ser necessário avaliar os bens, já que inexistirá impugnação. Mas a Fazenda Pública não fica adstrita ao valor dos bens que foi atribuído pelos herdeiros, podendo cobrar eventual diferença por lançamento tributário. Por isso, dispõe o art. 1.034 do CPC: "No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio". E o § 2º acrescenta: "O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros". **Por isso, a Fazenda Pública não precisa ser citada, bastando que seja intimada da sentença homologatória, para tomar as providências e cobrar o que entender devido**.

A existência de testamento não impede o arrolamento sumário, desde que respeitadas as vontades do testador. Nesse caso, haverá intervenção do Ministério Público, que será intimado dos atos do processo.

O art. 1.035 do CPC estabelece: "A existência de credores do espólio não impedirá a homologação da partilha ou adjudicação, se forem reservados bens suficientes para o pagamento da dívida. Parágrafo único. A reserva de bens será realizada pelo valor estimado pelas partes, salvo se o credor, regularmente notificado, impugnar a estimativa, caso em que se promoverá a avaliação dos bens a serem reservados".

12. DOS EMBARGOS DE TERCEIRO

12.1. Introdução

No capítulo das ações possessórias, vimos que quando o possuidor é esbulhado, turbado ou ameaçado em sua posse, poderá valer-se do interdito apropriado, para reaver a posse da coisa, ou fazer cessar a agressão ou ameaça.

Há casos em que a agressão indevida provém de um ato de apreensão judicial que indevidamente recai sobre bem de quem não é parte no processo. A medida adequada para que o proprietário ou possuidor do bem faça cessar a constrição indevida não será a ação possessória, mas os embargos de terceiro.

> Os embargos de terceiro são a ação atribuída àquele que não é parte, para fazer cessar a constrição judicial que indevidamente recaiu sobre bens do qual é proprietário ou possuidor.

Distinguem-se das ações possessórias em dois aspectos: **podem ser ajuizados não só pelo possuidor, mas também pelo proprietário; e tem por finalidade afastar não esbulho, turbação ou ameaça, mas apreensão judicial, indevida porque recai sobre bem de quem não é parte**.

Os embargos de terceiro estão sempre associados a uma outra ação, na qual foi determinada a apreensão indevida.

A parte não pode valer-se dos embargos de terceiro, pois, figurando no processo, deve usar outros mecanismos processuais para afastar a constrição. Pode recorrer da decisão que a determinou, ou nas execuções civis, valer-se dos embargos ou da impugnação.

O terceiro, por sua vez, terá de valer-se dos embargos, **que têm natureza de ação autônoma**, se quiser afastar a constrição.

Também não se confundem os embargos de terceiro com a oposição. No Livro III, Capítulo 3, item 7.2.5, foram examinadas as diferenças entre eles.

12.2. Requisitos específicos de admissibilidade

Os embargos de terceiro têm natureza de ação e implicam a formação de um novo processo. Por isso, devem preencher os pressupostos processuais e condições da ação, comuns a todos os processos e ações em geral. Além disso, possuem requisitos específicos. São eles:

12.2.1. Que haja um ato de apreensão judicial

Só cabem embargos de terceiro com a finalidade de desconstituir um

ato de apreensão judicial (CPC, art. 1.046). Se a perda da posse decorre de outro tipo de ação, de particular ou da Fazenda Pública, a ação adequada será a possessória. O *caput* do art. 1.046 formula uma lista — meramente exemplificativa — de atos de apreensão: penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário e partilha.

Não é necessário que a apreensão já esteja consumada, **pois admitem-se embargos de terceiro preventivos, quando haja ameaça de que o ato de apreensão judicial se consume**. Por exemplo: basta que o exequente indique à penhora bens de terceiro para que os embargos possam ser opostos, mesmo que ela não tenha sido efetivada.

Por essa razão, eles estarão sempre relacionados a um outro processo, no qual foi feita ou determinada a apreensão do bem. Pode tratar-se de qualquer tipo de processo, de conhecimento, execução ou cautelar, desde que haja a apreensão.

12.2.2. Que sejam interpostos por quem invoque a condição de proprietário ou possuidor

Só tem legitimidade para opor embargos de **terceiro aquele que não figura como parte no processo em que a apreensão ocorreu ou foi determinada**. E que alegue ser proprietário ou possuidor do bem.

De acordo com o art. 1.046, § 1º, do CPC, **os embargos podem ser de senhor e possuidor ou apenas de possuidor**. A redação traz dúvidas sobre a possibilidade de serem opostos por aquele que tenha a propriedade, mas não a posse do bem.

Parece-nos que tanto uma como outra atribuem legitimidade ao terceiro para postular que cesse a apreensão judicial, já que ambos têm interesse em defender a coisa.

O compromissário-comprador também poderá opor os embargos de terceiro. De início, exigia-se que o compromisso de compra e venda estivesse registrado. Nesse sentido, a Súmula 621 do STF: "Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis".

Posteriormente, essa súmula deixou de ser aplicada. A jurisprudência passou a prestigiar o compromisso, ainda que não registrado, e o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 84: "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 de registro".

Não se justificava que os embargos ficassem restritos à hipótese de compromisso registrado porque eles podem ser opostos tanto pelo proprietário como pelo possuidor. Ora, o compromissário sem registro pode não ser titular de direito real sobre a coisa, mas sendo possuidor, pode valer-se dos embargos.

12.2.3. Que o embargante seja terceiro

Aqueles que figuram como partes no processo em que houve a apreensão do bem não podem se valer dos embargos. **Só quem é terceiro pode fazê-lo**. Mas o art. 1.046, §§ 2º e 3º, contém regras que ampliam o conceito de terceiro. O § 2º estabelece: "Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial". E o § 3º: "Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação".

Os embargos de terceiro do cônjuge serão examinados em item separado. A hipótese do § 2º diz respeito àqueles opostos por quem é parte, cujos bens atingidos não são discutidos no processo. Imagine-se, por exemplo, que em uma ação possessória de um determinado bem o juiz defira a liminar, e o oficial de justiça, ao promover a reintegração na posse, restitui ao autor não só o terreno postulado, mas uma parte do terreno vizinho, que pertence também ao mesmo réu. Este, conquanto seja parte, é equiparado a terceiro, no que concerne ao bem que não é objeto do processo.

12.2.4. Que a apreensão seja indevida

Os embargos de terceiro só serão acolhidos se a apreensão for indevida. Para tanto, é preciso não apenas a condição de terceiro, **mas que não seja responsável pelo pagamento da dívida**.

No Livro VIII, Capítulo 1, item 11 e seus subitens, foi visto que, nas execuções, a penhora pode licitamente recair sobre bens de quem não é parte, mas tem responsabilidade patrimonial pelo pagamento das dívidas.

Os principais casos de extensão de responsabilidade patrimonial a terceiros são: o cônjuge; o sócio, em caso de desconsideração da personalidade jurídica; e o do adquirente de bens, em fraude à execução.

Cada uma dessas hipóteses será examinada nos itens seguintes:

12.2.4.1. Embargos de terceiro do cônjuge

O cônjuge, seja qual for o regime de casamento, **responde pelo pagamento das dívidas contraídas pelo outro, desde que tenham revertido**

em proveito do casal. Ainda que a execução tenha sido dirigida tão somente contra o cônjuge que firmou o título executivo, a penhora poderá recair sobre bens do outro A situação é muito particular, **porque a jurisprudência tem autorizado que o cônjuge que não é parte utilize tanto embargos à execução como embargos de terceiro, dependendo do que pretenda alegar**. Poderá opor embargos de devedor para discutir a dívida, alegando fatos extintivos, impeditivos e modificativos do débito. Ainda não sendo parte, tem interesse em defender o patrimônio do outro, tanto que, havendo penhora de imóveis, precisa ser intimado.

Além disso, pode opor embargos de terceiro **quando pretender livrar da constrição a sua meação, ou seus bens próprios ou reservados, que tenham sido atingidos** (CPC, art. 1.046, § 3º). Para que tenha êxito, é preciso que demonstre não ter responsabilidade patrimonial pela dívida, que não reverteu em proveito do casal ou dos filhos, mas tão somente do cônjuge que a contraiu. **O ônus será do embargante, já que presume-se que as dívidas contraídas por um sempre revertem em proveito do outro, seja qual for o regime de bens**.

É condição de acolhimento dos embargos que o cônjuge, mesmo sendo terceiro, prove que a apreensão não poderia ter recaído sobre os seus bens, sendo indevida.

É preciso verificar então o seguinte:

- se a execução foi dirigida contra os dois, marido e mulher, porque há título executivo contra ambos, o mecanismo de defesa será, para ambos, os embargos de devedor (ou a impugnação, quando se tratar de cumprimento de sentença). Nenhum deles poderá valer-se de embargos de terceiro, já que ambos são partes;
- se a execução é dirigida só contra um, porque só ele integra o título executivo, o executado só poderá valer-se dos embargos de devedor. Já o seu cônjuge poderá ajuizar embargos de devedor, se quiser discutir o débito; ou dos embargos de terceiro, se quiser afastar a penhora sobre a sua meação ou seus bens próprios, caso em que, para ter êxito, precisará demonstrar que a dívida não reverteu em proveito do casal ou dos filhos, mas somente daquele que a contraiu. Esse cônjuge, embora intimado da penhora sobre bens imóveis, não se transforma em parte, e poderá valer-se dos embargos de terceiro, como deixa claro a Súmula 134 do STJ: “Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação”.

Diante da complexidade do assunto, **tem-se admitido uma certa fungibilidade entre os embargos opostos pelo cônjuge**, podendo o juiz

receber os embargos de devedor como embargos de terceiro e vice-versa.

Pode ocorrer que a penhora recaia sobre bem indivisível do casal, e que um dos cônjuges consiga livrar a sua meação. Como seria difícil encontrar arrematante de uma fração ideal do bem, autoriza-se que ele inteiro vá à hasta pública, e que do produto da venda seja restituído ao cônjuge a parte em dinheiro correspondente à sua meação.

Nesse sentido, dispõe expressamente o art. 655-B, do CPC: a meação do cônjuge recai não propriamente sobre o bem, mas sobre o produto de sua venda em hasta pública.

12.2.4.2. Embargos de terceiro em caso de penhora de bens dos sócios

Nas execuções contra as pessoas jurídicas, a penhora só pode recair sobre os bens dela, e não dos sócios, que não figuram como parte. Mas, desde que verificadas as hipóteses do art. 50 do CC, **o juiz pode desconsiderar a personalidade jurídica da empresa** e estender a responsabilidade patrimonial aos bens pessoais dos sócios, que poderão ser atingidos. Era muito comum, então, que os sócios procurassem afastar essa penhora por meio de embargos de terceiro, pois, não tendo a qualidade de executados, não podiam valer-se de embargos de devedor. Nesses embargos de terceiro, discutia-se a decisão judicial de desconsideração da personalidade jurídica, e os sócios procuram afastar a sua responsabilidade pessoal.

Hoje em dia, porém, predomina, inclusive no STJ, o entendimento de que, quando há desconsideração da personalidade jurídica, **o juiz deve incluir os sócios no polo passivo da execução, tornando-os coexecutados**. Em razão disso, eles devem ser citados. Havendo penhora sobre seus bens, a defesa não mais será feita por embargos de terceiro, mas por embargos de devedor.

12.2.4.3. Embargos de terceiro do adquirente em fraude à execução

A fraude à execução, se reconhecida, implica ineficácia da alienação, o que permite ao credor requerer a penhora do bem em mãos do adquirente, embora a execução não seja dirigida contra ele, mas contra o alienante.

Se o adquirente quiser negar a fraude e, com isso, afastar a constrição, deverá valer-se de embargos de terceiro, já que ele não é parte na execução.

Para configurar fraude à execução, é preciso que a alienação tenha ocorrido depois da citação do devedor. Além disso, é preciso que se observe

o determinado na Súmula 375 do STJ, que condiciona o reconhecimento da fraude a que tenha havido o registro da penhora, ou prova da má-fé do adquirente.

Na execução, o juiz verificará, em cognição não exauriente, se estão preenchidos os requisitos da fraude. Em caso afirmativo, determinará a penhora do bem alienado, o que é feito sem a ouvida do adquirente, que não é parte na execução. Se ele quiser, no entanto, afastar a constrição, reputando-a indevida e questionar o reconhecimento da fraude, poderá fazê-lo em embargos de terceiro.

Mas tão somente a fraude à execução poderá ser discutida. A fraude contra credores não, como evidencie a Súmula 195 do STJ: "Em embargos de terceiro não se anula o ato jurídico, por fraude contra credores".

12.2.5. Prazo

O prazo de embargos de terceiro vem estabelecido no art. 1.048 do CPC: "Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta".

Não existe mais a remição de bens em execução, a que alude o dispositivo legal. Assim, no processo de execução, o prazo será de cinco dias após a arrematação ou adjudicação.

Se o processo em que houve a apreensão for cautelar, haverá um processo principal, que pode ser de conhecimento ou de execução. E o prazo para os embargos de terceiro será determinado pelo processo principal, observado o art. 1.048: se a cautelar estiver atrelada a um processo de conhecimento, até o trânsito em julgado da sentença; se a um processo de execução, até cinco dias depois da arrematação ou adjudicação, desde que não expedida a respectiva carta.

12.3. Casos especiais de embargos de terceiro

O art. 1.046 trata da hipótese comum de embargos de terceiro, quando o proprietário ou possuidor que não é parte vai a juízo para afastar constrição indevida que recaiu indevidamente sobre seu bem.

O art. 1.047 traz duas outras situações, em que eles são cabíveis:

I — Para a defesa da posse, quando, nas ações de divisão ou demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de rumos.

Essa hipótese, em verdade, nada tem de especial. O legitimado continua sendo o terceiro, cujos bens venham a ser indevidamente atingidos

por atos determinados pelo juízo, nas ações de divisão ou de demarcação. A única peculiaridade **é que não há propriamente uma apreensão judicial, mas apenas atos materiais de partilha ou fixação de rumos** que, se não implicam na perda de posse pelo terceiro, traduzem turbação em seu direito sobre a coisa.

II — Para o credor com garantia real obstar a alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese.

Essa hipótese distingue-se das demais. Nas execuções, os credores com garantia real são intimados tanto da penhora quanto da expropriação dos bens gravados (CPC, art. 615, II, e art. 698), para que possam exercer direito de preferência, pois o crédito com garantia real é preferencial. Eles terão prioridade para levantar o valor da arrematação de bens. Quando caberão, então, os embargos de terceiro a que alude o art. 1.047, II, do CPC?

Quando o credor com garantia real **verificar que o devedor tem outros bens, livres e desembaraçados, sobre os quais a penhora poderá recair**. Mas se ele não os tiver, esse credor não poderá obstar a expropriação do bem, mas tão somente exercer o direito de prelação, quando do levantamento do produto da arrematação.

Além disso, o credor com garantia real **poderá opor embargos de terceiro se não tiver sido intimado das hastas públicas, com pelo menos dez dias de antecedência**. Nesse caso, a hasta não será realizada, mas o credor não poderá opor-se a que outra seja designada, desde que, desta feita, seja intimado com a antecedência necessária, a menos que comprove que o devedor tem outros bens, livres e desembaraçados, sobre os quais a penhora possa recair. Em síntese, esses embargos só poderão ter por fundamento:

- que o devedor tenha outros bens, desonerados, sobre os quais poderá recair a penhora;
- que o credor com garantia real não foi intimado com a antecedência necessária de dez dias.

12.4. Procedimento

12.4.1. Competência

Os embargos de terceiro **são distribuídos por dependência** ao juízo em que corre o processo no qual foi determinada a apreensão do bem. Trata-se de regra de competência funcional (absoluta).

Mesmo que o processo já esteja em grau de recurso, haverá distribuição por dependência, para o juízo de primeiro grau onde o processo correu, e onde foi proferida sentença.

Mas e se a apreensão tiver sido feita por carta precatória? A competência para processar e julgar os embargos será do juízo deprecante ou do juízo deprecado? Depende. Se a precatória já determinava a apreensão de um bem determinado, e o juízo deprecado se limitou a executar a solicitação, a competência será do juízo deprecante; mas se a precatória era **para que o juízo deprecado penhorasse os bens do réu que fossem localizados na Comarca, sem indicação de quais seriam tais bens**, a competência será do juízo deprecado. É o que diz a súmula 33 do extinto Tribunal Federal de Recursos, cuja validade persiste.

Se os embargos de terceiro forem opostos pela ou contra a União, suas autarquias ou empresas públicas, a competência será da Justiça Federal. Se a apreensão tiver sido determinada em processo que corre perante a Justiça Estadual, a competência será deslocada para a Justiça Federal.

12.4.2. São os embargos de terceiro apensados ao processo onde houve a apreensão?

Não. O art. 1.049 do CPC esclarece que "Os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão". Não há razão para o apensamento, pois os embargos de terceiro serão aforados em primeira instância mesmo que o processo já esteja em fase de recurso.

12.4.3. Legitimidade

O polo ativo dos embargos será ocupado pelo terceiro que se arrogue na condição de proprietário ou possuidor do bem constrito. Já o polo passivo será, **em regra, ocupado apenas pelo autor do processo em que ocorreu a apreensão do bem.** Mas haverá **litisconsórcio no polo passivo entre o autor e o réu da ação em que houve a apreensão do bem, quando o réu de alguma forma tiver concorrido para ela**.

Por exemplo, nas execuções em que o devedor indica a penhora determinado bem, que se verifica pertencer ao terceiro. Nesse caso, figurarão no polo passivo tanto o exequente quanto o executado.

12.4.4. Petição inicial

Vem tratada no art. 1.050, *caput*, do CPC: "O embargante, em petição elaborada com a observância do art. 282 do CPC, fará a prova sumária de sua posse e da qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas".

A única particularidade é o rol de testemunhas, caso haja requerimento de audiência preliminar. Tal como nas ações possessórias, o

autor deve fazer uma comprovação, ainda que sumária, de sua condição de proprietário ou possuidor. A de proprietário, quando o bem for imóvel, é mais fácil, bastando, em regra, a juntada de documentos. Mas a de possuidor pode requerer prova testemunhal, para o que será designada audiência prévia de justificação.

O rol a que alude a inicial **não é relacionado a audiência de instrução e julgamento**, para a qual ambas as partes poderão arrolar testemunhas, com a antecedência que o juiz determinar, ou, no silêncio, no prazo de dez dias, mas à de justificação.

O autor deve ainda instruir a inicial com todas as provas que tiver de sua posse e a sua qualidade de terceiro.

Elas servirão apenas para a obtenção da liminar, que poderá ser requerida pelo autor, na forma do art. 1.051 do CPC. Mesmo que, nessa fase inicial, não fique provada a posse do autor, o juiz receberá a inicial, mas negará a liminar.

12.4.5. A liminar

O autor, na inicial, pode pedir ao juiz que, **liminarmente, expeça mandado de manutenção ou de restituição dos bens que foram indevidamente constritos**. Com a apreensão judicial, o embargante terá perdido a posse do bem, ou sofrido turbação. Para que o juiz conceda a liminar, basta que, em cognição sumária, **fique demonstrada a posse do embargante e a sua qualidade de terceiro**. Por isso, é preciso que ele instrua a inicial com todos os elementos que possam convencer o juiz de sua posse. A liminar pode ser deferida de plano, se o juiz ficar convencido, pelos elementos trazidos com a inicial. Mas ele pode, não se sentindo ainda suficientemente esclarecido, designar audiência preliminar, na forma do art. 1.050, § 1º, do CPC.

Ela presta-se a dar oportunidade ao autor de produzir as provas necessárias para a liminar, assemelhando-se em tudo à audiência de justificação nas ações possessórias. O réu será citado, e poderá participar, formulando perguntas ou contraditando as testemunhas do autor. Mas não poderá requerer provas, já que essa audiência não tem essa finalidade.

Há uma diferença relevante entre a liminar possessória e a dos embargos de terceiro. É que o deferimento desta fica condicionado a que o autor preste caução de devolver os bens com seus rendimentos, caso os embargos sejam julgados improcedentes. A apreensão foi determinada por ato judicial. **Para que o embargante o receba de volta, liminarmente, é preciso que preste caução**.

Mas, tem-se admitido que, se o autor não puder prestar caução, o juiz determine o sequestro do bem, e a entrega a um depositário judicial (que pode ser o próprio embargante), ficando com a obrigação de restituí-lo, com os seus rendimentos, assim que solicitado (STJ — 3ª Turma, REsp 754.895, Rel. Min. Nancy Andrigui).

12.4.6. A suspensão do processo em que houve a apreensão do bem

Ao receber os embargos de terceiro, o juiz, além de examinar o pedido de liminar e de determinar a citação do réu, **ordenará a suspensão do processo principal**, na forma do art. 1.052 do CPC: "Quando os embargos versarem sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal; versando sobre alguns deles, prosseguirá o processo principal somente quanto aos bens não embargados".

Para que haja a suspensão é preciso que os embargos sejam recebidos. **Se forem indeferidos de plano, não ocorrerá**.

O processo principal ficará suspenso **até o julgamento dos embargos de terceiro**. E, se houver apelação, persistirá a suspensão até que ela seja decidida, já que ela é recebida no duplo efeito. Isso vale ainda que eles sejam julgados improcedentes (não se deve confundir os embargos de terceiro com os embargos de devedor, em que a apelação contra a sentença de improcedência não tem efeito suspensivo).

Se os embargos nem chegarem a ser recebidos, isto é, se houver indeferimento de inicial, não haverá suspensão do processo principal, mesmo que haja recurso contra a sentença de indeferimento.

12.4.7. Citação

Conquanto os embargos de terceiro estejam sempre atrelados a um outro processo, e sejam, em regra, dirigidos contra o autor da ação principal, será necessário citar o embargado, porque eles têm a natureza jurídica de nova ação. A citação poderá ser feita por qualquer dos meios previstos no CPC. No entanto, por força do § 3º, do art. 1.050, do CPC, introduzido pela Lei n. 12.125/2009, se o embargado tiver advogado no processo principal, **não haverá citação pessoal, mas por intermédio de seu advogado**. Não bastará a mera intimação do advogado pela imprensa, sendo necessária a citação. No entanto, ela será dirigida ao advogado, em situação idêntica à que ocorre na oposição, conforme art. 57, *caput*, do CPC.

12.4.8. Resposta do réu

O prazo de contestação é de dez dias (CPC, art. 1.053). Havendo litisconsortes com advogados diferentes, o prazo dobra.

Não se admite reconvenção nem ação declaratória incidental, já que a finalidade dos embargos é tão somente determinar o fim da constrição judicial no processo principal. A exceção de incompetência também não será admissível, já que os embargos são distribuídos por dependência.

A falta de contestação implicará na aplicação, aos embargados, dos efeitos da revelia.

12.4.9. Após a resposta

O procedimento será o dos processos cautelares, fixado no art. 803 do CPC. O juiz verificará se há ou não necessidade de provas. Se não houver, promoverá o julgamento antecipado; se houver, determinará as necessárias, e depois julgará.

Com a procedência dos embargos, o juiz determinará que cesse a constrição judicial determinada no processo principal.

13. DA ARBITRAGEM

13.1. Introdução

A arbitragem não é mais regulada no CPC, pois os arts. 1.072 a 1.102 foram revogados. Atualmente, é regida pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 2006, que trouxe grandes novidades, modificando o seu panorama no Brasil.

Antes da lei, ela já existia no Brasil, mas era pouquíssimo utilizada, porque o laudo arbitral só se tornava eficaz depois de homologado pelo Poder Judiciário. Tratava-se, portanto, de uma arbitragem feita com a fiscalização do Judiciário, **pois só a partir da homologação o laudo torna-se título executivo extrajudicial**.

A principal novidade da nova lei foi tornar dispensável a homologação das decisões arbitrais pelo Judiciário. O art. 31 da Lei n. 9.307/2006 estabelece: "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo". O CPC passou a considerar a arbitragem como manifestação de jurisdição e a sentença arbitral como título executivo judicial (art. 475-N, IV).

13.2. O que é arbitragem?

> Arbitragem é o acordo de vontades entre pessoas maiores e capazes que, preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de litígios, desde que relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Esse conceito evidencia alguns aspectos importantes: **a arbitragem pressupõe pessoas maiores e capazes e direitos disponíveis**. Elas podem, por acordo de vontade, subtrair determinadas questões da apreciação do Poder Judiciário, atribuindo a solução a árbitros. Não há aí nenhuma ilegalidade ou **inconstitucionalidade porque as partes podem dispor do direito**. Poderiam, por exemplo, renunciar ou transigir. Por essa razão, podem decidir que o litígio seja decidido pelo árbitro.

13.3. A utilidade da arbitragem

A arbitragem aparece como forma alternativa de solução de conflitos de interesses, que prescinde da intervenção do Judiciário. Disso podem advir algumas vantagens. Por exemplo:

- é notória a sobrecarga de processos nos juízos e tribunais e a multiplicidade de recursos, que podem retardar o seu desfecho. A arbitragem poderá ter a vantagem de dar uma solução mais rápida às controvérsias;
- às vezes, a questão controvertida é de natureza muito específica, e exigir um conhecimento técnico particular. As partes podem atribuir a solução a árbitros dotados dos conhecimentos exigidos. A questão seria dirimida pelo juiz, se submetida ao Judiciário, mas ele eventualmente teria de valer-se de peritos, que encareceriam ou retardariam a solução.

13.4. Limites da arbitragem

O art. 1º, da Lei n. 9.307/2006, esclarece: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Esse dispositivo estabelece uma limitação de ordem subjetiva e outra de ordem objetiva. A subjetiva: **somente as pessoas capazes podem valer-se da arbitragem**. Isso afasta a possibilidade de convencioná-la para dirimir conflitos envolvendo interesses de incapazes. Não será possível que o incapaz convencione a arbitragem, ainda que venha representado ou assistido.

A objetiva: **só pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis**. Os direitos não patrimoniais, e os indisponíveis, não podem ser objeto de arbitragem, que fica afastada nas questões que envolvam o estado ou a capacidade das pessoas, os direitos da personalidade, alimentos, falência e registros públicos.

O art. 25 da lei estabelece: "Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua

existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. Parágrafo único: Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem".

13.5. Constitucionalidade da arbitragem

Desde a edição da Lei n. 9.307/2006, surgiu grande controvérsia acerca da constitucionalidade da arbitragem, em razão da dispensa de homologação do Judiciário, para que a sentença arbitral adquira eficácia executiva.

O primeiro fundamento seria a ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Mas não há ofensa à Constituição, porque a arbitragem não é obrigatória, de sorte que a lei não exclui a questão da apreciação do Poder Judiciário. São as partes que preferem que a solução seja dada pelos árbitros. Além disso, as partes podem recorrer ao Judiciário para obter a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos no art. 32, da lei. É o que diz o art. 33, *caput*: "A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta lei".

Um segundo fundamento seria a violação ao princípio do Juiz natural, já que a questão seria decidida por um órgão de escolha dos próprios interessados. **Mas isso não ocorre, porque a arbitragem é instituída antes do conflito entre eles**.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu a questão, em definitivo, no SE 5.206-7. Em sessão plenária, foi **declarada a constitucionalidade da lei** por maioria de votos, vencidos os Mins. Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

13.6. Espécies de arbitragem

São duas as espécies de arbitragem previstas no art. 2º, da Lei n. 9.307/2006: **de direito ou de equidade, a critério das partes.**

A arbitragem de direito **obriga os árbitros a decidirem de acordo com as normas que integram o ordenamento jurídico pátrio**. Para que a sentença arbitral seja válida, o árbitro deve fundamentá-la de acordo com as normas legais. O § 1º do art. 2º prevê que "poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde

que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública", e o § 2º autoriza que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

A arbitragem de equidade é aquela que autoriza o árbitro dar à controvérsia **a solução que lhe pareça mais justa, mais razoável, ainda que sem amparo no ordenamento jurídico**. Isso só é possível porque os direitos em disputa são patrimoniais e disponíveis.

13.7. Da convenção de arbitragem e seus efeitos

O art. 3º da lei estabelece que de duas maneiras as partes interessadas podem valer-se da arbitragem: **por meio da cláusula compromissória e do compromisso arbitral**. Cumpre diferenciá-las:

13.7.1. Cláusula compromissória

> Cláusula compromissória é o pacto pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam surgir, relativamente a determinado contrato. É uma convenção pela qual as partes prometem-se, reciprocamente, submeter à arbitragem eventuais conflitos que possam surgir a respeito de determinado contrato.

Trata-se, portanto, de uma cláusula, inserida em contrato. Por meio dela, fica preestabelecido que, **se vier a surgir um conflito, virá a ser resolvido pela arbitragem**. Da mesma forma que as partes podem convencionar o foro de eleição, caso a questão seja levada a juízo, podem também estabelecer, por cláusula, que os litígios sejam resolvidos por árbitros.

Sua principal característica é que ela é instituída **no momento da celebração do contrato, sendo, portanto, sempre preexistente ao litígio**.

Há algumas restrições: sendo cláusula, pressupõe contrato escrito, do qual ela conste expressamente. Se o contrato for de adesão, só valerá se a iniciativa da convenção for do aderente, ou se ele concordar, expressamente, por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Não se admite esse tipo de cláusula em contrato regido pelo Código do Consumidor, diante da vedação expressa do art. 51, VII, da Lei n. 8.078/90.

13.7.2. Compromisso arbitral

De acordo com o art. 9º, *caput*, da Lei de Arbitragem, "O compromisso

arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial".

Ele difere da cláusula compromissória**, porque pressupõe a convenção de arbitragem depois que o litígio está estabelecido**. O conflito já se apresentou e as partes optam por submetê-lo à apreciação de árbitros, em vez de levar o problema ao Judiciário.

A cláusula compromissória é cláusula de um contrato, no qual se prevê antecipadamente que, em caso de conflito, a solução será dada pela arbitragem. **O compromisso arbitral é a convenção entre os envolvidos em um conflito, para que a questão seja submetida aos árbitros**.

13.7.3. Efeitos da cláusula compromissória

Quando as partes estipulam, por meio da cláusula compromissória, que eventuais litígios serão resolvidos por arbitragem, se qualquer delas for a juízo para dirimi-lo, a parte contrária poderá, na contestação, arguir, como matéria preliminar, a existência da cláusula (art. 301, IX, do CPC). **O § 4º do art. 301 proíbe ao juiz conhecer de ofício da convenção de arbitragem**. Se uma das partes for a juízo e a outra não invocar a convenção, reputar-se-á que ambas **renunciaram tacitamente** à arbitragem, e que preferiram a solução judicial.

Caso, no entanto, o réu invoque a convenção e o juiz verifique que tem razão, julgará o processo **extinto sem resolução de mérito**, nos termos do art. 267, VII, do CPC.

Como a cláusula compromissória é apenas uma convenção, pela qual as partes se comprometem a, em caso de litígio, resolvê-lo por arbitragem, pode ser que ela não preveja a forma pela qual ela se fará, nem antecipe o nome dos árbitros.

Desde que se verifique o litígio, será preciso, então, concretizar a arbitragem, que, conquanto prevista, ainda não está regulamentada.

A lei (art. 7º, da Lei n. 9307/96) previu a forma pela qual a arbitragem será instituída. Se houver consenso entre os litigantes, não haverá necessidade de recorrer ao Judiciário, para que a arbitragem seja implantada. Do contrário, dever-se-á observar o procedimento daquele dispositivo.

O interessado ingressará em juízo e pedirá a citação do adversário para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso. Para tanto, o juiz designará audiência.

Na inicial, o autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem,

instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

Na audiência, o juiz tentará, inicialmente, conciliar as partes a respeito do litígio. Se não tiver êxito, tentará ao menos conciliá-las no que se refere à implantação da arbitragem, com a celebração do compromisso arbitral.

Se também não tiver sucesso nisso, o juiz, após ouvir o réu, na própria audiência, decidirá, ainda na audiência, ou no prazo de dez dias. Ao fazê-lo, **estabelecerá o conteúdo da arbitragem, respeitada a cláusula compromissória**. Se esta não indicar quem serão os árbitros, caberá ao juiz fazê-lo, ouvidas as partes. O juiz pode nomear um ou mais árbitros, conforme as circunstâncias.

Se o autor não comparecer à audiência, o juiz julgará o processo extinto. Se o réu não comparecer, o juiz, ouvido o autor, decidirá.

A sentença que acolher o pedido valerá como compromisso arbitral.

13.7.4. Conteúdo e efeitos do compromisso arbitral

Diferentemente do que ocorre com a cláusula compromissória, estatuída quando ainda não há um litígio concreto, mas a mera possibilidade, o compromisso arbitral pressupõe já a desavença dos litigantes que, por convenção, decidem resolvê-lo sem a intervenção do Judiciário, por arbitragem.

O compromisso pode ser extrajudicial ou judicial. O judicial pressupõe que já exista processo em curso, que será extinto sem julgamento de mérito em razão do compromisso (art. 267, VII). As partes o celebrarão por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

O extrajudicial pode ser celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

O art. 10 da Lei n. 9.307/96 enumera aquilo que deve constar obrigatoriamente do compromisso: "I — o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II — o nome, profissão e domicílio do árbitro ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação dos árbitros; III — a matéria que será objeto da arbitragem; e IV — o lugar em que será proferida a sentença arbitral". E o art. 11 enumera aquilo que pode ainda ser acrescentado no compromisso, embora não seja obrigatório: "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; VI — a fixação dos honorários do árbitro ou dos árbitros".

13.8. Os árbitros

Afora a hipótese de cláusula compromissória, em que o juiz pode se ver compelido a decidir sobre o conteúdo do compromisso e indicar os árbitros, eles são livremente escolhidos pelas partes, e **não há exigências legais a respeito de sua qualidade, exceto a de que sejam capazes**.

A regra vem estabelecida no art. 13 da Lei de Arbitragem: "Pode ser árbitro qualquer pessoal capaz e que tenha a confiança das partes".

Há, no entanto, algumas restrições, enumeradas no art. 14: "Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil".

Cumpre ao próprio árbitro revelar as causas que possam trazer dúvidas a respeito de sua imparcialidade ou independência. Se não o fizer, as partes podem suscitá-las, na primeira oportunidade que tiverem de se manifestar, após a instituição da arbitragem (art. 20).

Essa exigência se justifica porque o árbitro, no desempenho de sua função **deve proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição**.

Também não há regras quanto ao número de árbitros. Pode ser apenas um ou mais de um. Mas para que não haja empate, a Lei determina que as partes os escolham em **número ímpar**. Se o número for par, ficam os próprios árbitros autorizados a nomear mais um. Se houver divergência entre eles, a nomeação será feita pelo juízo a quem competiria julgar o litígio, se não houve o compromisso, e o procedimento a ser observado é aquele mesmo do art. 7º, da Lei.

Quando houver a nomeação de vários árbitros, um dentre eles será eleito presidente. A votação é feita entre os próprios árbitros, e tomada por maioria.

O falecimento ou a impossibilidade de algum árbitro dar o voto extinguirá o compromisso, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto. Sem essa cláusula, far-se-á a substituição, na forma prevista na convenção de arbitragem, ou, se ela for omissa e não houver acordo entre as partes, por decisão judicial, observado o procedimento dos

arts. 7º e 16, da Lei.

Dois aspectos são de grande relevância para que se compreenda o papel do árbitro:

> 1 — Enquanto estiver no exercício de suas funções, o árbitro é equiparado ao funcionário público, para os efeitos da legislação penal;
> 2 — "O árbitro é o juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário" (art. 18, da Lei de Arbitragem).

13.9. O procedimento arbitral

Vem estatuído a partir do art. 19 da Lei, que assim estabelece: "Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários".

Se os árbitros tiverem alguma dúvida sobre o estatuído na convenção, poderão exigir que a questão seja explicitada, com a elaboração de um adendo, juntamente com as partes, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção.

Na primeira oportunidade que tiver após a instituição da arbitragem, a parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção, deverá fazê-lo.

Caso seja acolhida a suspeição ou impedimento, será providenciada a substituição do árbitro, na forma mencionada no art. 16 da lei. Do contrário, a arbitragem terá regular seguimento, mas, no momento oportuno, a parte interessada poderá suscitar a nulidade da sentença arbitral (art. 32, II) perante o Judiciário.

Se acolhida a alegação de incompetência, ou de nulidade ou invalidade da convenção, as partes serão remetidas ao órgão judiciário competente. Não acolhida, a arbitragem seguirá, mas aquele que se sentir prejudicado também poderá postular a nulidade da sentença, perante o Judiciário (art. 32, I).

De acordo com o art. 21 da lei, "a arbitragem obedecerá o 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 ao tribunal arbitral, regular o procedimento".

Não é necessária a participação de advogado no procedimento de arbitragem. Mas nada impede que as partes possam constituir um, para que o acompanhe.

Pode o árbitro colher o depoimento pessoal das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícia, quando entender necessário para proferir a sua decisão. Caso necessário, pode recorrer ao Judiciário para compelir testemunha a comparecer a audiência previamente designada. O mesmo vale para outras medidas coercitivas ou cautelares.

13.10. Sentença arbitral

A solução do litígio será dada pelo árbitro, **por meio de sentença arbitral, que constituirá título executivo judicial**. O prazo para que a profira pode ser estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, mas no silêncio será de seis meses, contados da instituição da arbitragem ou substituição do árbitro.

Quando houver mais de um árbitro, a decisão será tomada por maioria. E, não havendo voto majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

O art. 26 da Lei enumera os requisitos da sentença: "I — o relatório, que conterá o nome 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 lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV — a data e lugar em que foi proferida". O art. 27 determina ainda que a sentença decida sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre a verba decorrente de litigância de má-fé, respeitadas as disposições da convenção, se houver.

Caso, no curso da arbitragem, as partes cheguem a um acordo quanto ao litígio, o árbitro ou tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26.

Da sentença, as partes serão intimadas por via postal, ou qualquer outro meio de comunicação, mediante aviso de recebimento, ou, ainda, com sua entrega diretamente a elas, mediante recibo.

Não há recurso contra a sentença arbitral, mas, de acordo com o art. 30 da lei, "no prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I — corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II — esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único: o árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as

partes na forma do art. 29".

A sentença arbitral terá os mesmos efeitos que a produzida pelo Poder Judiciário, inclusive o da coisa julgada material, constituindo ainda, se condenatória, título executivo judicial.

13.10.1. Nulidades da sentença arbitral

Conquanto não caibam recursos contra a sentença arbitral, **qualquer dos interessados poderá recorrer ao Judiciário, para que declare a nulidade da sentença**, nas hipóteses do art. 32 da Lei. Será nula a sentença se: "I — for nulo o compromisso; II — emanou de quem não podia ser árbitro; III — não contiver os requisitos do art. 26 desta lei; IV — for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V — não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI — comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII — proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, III desta lei; e VIII — forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta lei".

A ação declaratória de nulidade terá procedimento comum, e deve ser proposta no prazo decadencial de noventa dias a contar do recebimento, pelas partes, da notificação da sentença arbitral ou seu aditamento. Nas hipóteses dos incs. I, II, VI, VII e VIII acima mencionados, a sentença apenas declarará a nulidade da sentença arbitral; nas demais hipóteses, ainda determinará que o árbitro ou tribunal arbitral profira outra, em substituição.

Também será possível arguir a nulidade da sentença arbitral em impugnação, oposta na execução de título judicial.

14. PROCEDIMENTO MONITÓRIO

14.1. Introdução

A ação monitória vem tratada, no CPC, arts. 1.102-A, 1.102-B e 1.102-C, introduzidos pela Lei n. 9.079, de 1995. Antes disso, não era admitida em nosso ordenamento jurídico.

A ideia da monitória é permitir **ao credor de uma obrigação de pagar, ou entregar coisa fungível ou determinado bem móvel, munido de prova escrita dotada de força executiva, obter mais rapidamente o título executivo judicial, quando o devedor não oferecer resistência**.

Pelo sistema tradicional do CPC, quando o devedor é citado e não oferece resposta, o juiz, reconhecendo a revelia, profere sentença, condenando-o ao cumprimento da obrigação. A sentença pode ser objeto de

recurso, e só quando contra ela não couber nenhum que seja dotado de efeito suspensivo, poderá ser executada.

Na monitória, a coisa se simplifica, porque se o réu não opuser resistência, **o mandado inicial converte-se em executivo**. Passa-se diretamente da fase de conhecimento, para a de execução, sem necessidade de sentença ou qualquer tipo de decisão. O transcurso *in albis* do prazo de resposta do réu é bastante para que, de pleno direito, o mandado inicial se converta em executivo. Se o réu oferecer resistência, a monitória segue pelo procedimento ordinário, sendo necessária sentença, examinando as alegações das partes.

14.2. Espécies de procedimento monitório

Há dois tipos de monitório: **o puro e o documental**. O primeiro dispensa o documento escrito, sem força executiva, que comprove a obrigação. Basta a alegação do autor, de que ela existe, e a omissão do réu, que não resiste à pretensão inicial, para que se passe da fase de conhecimento para a de execução.

Já o monitório documental é aquele que exige, para o ajuizamento da ação, **obrigação comprovada por documento escrito, sem força de título executivo**.

O nosso CPC acolheu tão somente a monitória documental. Não foi adotado entre nós o monitório puro.

14.3. Facultatividade do procedimento monitório

O credor da obrigação de pagar ou entregar coisa fungível ou móvel, que tenha documento escrito comprobatório da obrigação, pode valer-se da ação monitória, **mas não está obrigado a fazê-lo**. Pode preferir a ação condenatória comum, de procedimento ordinário ou sumário. A ação monitória só é vantajosa quando o réu não resiste à pretensão inicial, pois se oferecer embargos, se processará daí por diante pelo rito ordinário. A adoção do procedimento monitório é sempre facultativa.

14.4. Natureza da ação monitória

É tema dos mais controvertidos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. É possível classificar as diversas opiniões em duas principais: **para uns, a monitória é um novo tipo de processo, que não se encaixa nem como de conhecimento, nem de execução, nem cautelar. Para outros, é apenas um novo tipo de procedimento especial**.

Para os primeiros, que se fundam na lição de Carnelutti, há um verdadeiro processo monitório, que não se encaixa em nenhuma das

espécies de processos tradicionais. Seria uma nova espécie, intermediária entre o processo de conhecimento e o de execução. Ela começa como processo de conhecimento, mas não havendo resistência, sem sentença, passa para a fase de execução. Ela conteria, em seu bojo, as duas fases. Para os que sustentam esse entendimento, os embargos teriam a natureza de nova ação, de conhecimento, utilizada pelo devedor para defender-se, tal como os embargos de devedor, nas execuções por título extrajudicial.

Não nos parece que a monitória constitua um *tertium genus*, uma nova espécie de processo. A ideia de que contém uma fase de conhecimento e outra de execução não é bastante para justificar essa conclusão, uma vez que, desde a edição da Lei n. 11.232/2005, em todos os processos em que há sentença condenatória, haverá mesmo duas fases: a de conhecimento e a de execução, formando o "processo sincrético".

O que há de particular é que a passagem de uma fase à outra prescindirá de sentença, se não houver resistência do réu.

Parece-nos mais razoável considerar que há um **procedimento monitório, e não um processo monitório**. A desnecessidade de sentença, quando inexiste resistência do réu, diz respeito à estrutura do procedimento. Tanto que se ela for oferecida, o procedimento será o comum e se concluirá com uma sentença. E, mesmo não oferecida, haverá a constituição de um título executivo judicial, tal como ocorreria em uma ação condenatória comum, com a diferença de que esse título não será a sentença.

Enfim, **a ação monitória é uma ação de conhecimento, de procedimento especial,** porque, não havendo resistência do réu, constitui-se de pleno direito o título executivo judicial e passa-se à fase de execução, sem sentença. O que há de peculiar nesse tipo de processo de conhecimento, de natureza condenatória, é que o credor pode obter mais rapidamente o título executivo judicial, quando o réu não resistir à pretensão inicial.

A natureza que se atribua à monitória repercute sobre a dos embargos que o devedor apresenta, quando quer resistir à pretensão inicial: para aqueles que sustentam que se trata apenas de um processo de conhecimento de procedimento especial, os embargos **não teriam natureza de ação autônoma de defesa, mas de verdadeira resposta, contestação do réu**.

14.5. Requisitos

Vêm enumerados no art. 1.102-A do CPC: "A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível

ou de determinado bem móvel". Cada um desses requisitos será examinado em item específico.

14.5.1. Documento escrito

O CPC adotou a monitória documental, **que exige que a obrigação esteja comprovada por documento escrito, sem força de título executivo**. Sem ele, o autor será carecedor de ação, por ter-se valido da via processual inadequada.

É preciso que o documento seja idôneo para demonstrar, em uma análise inicial, a existência da obrigação. Da sua leitura, ela deve resultar provável. É preciso que o **documento seja escrito**, o que afasta a utilização de fotografias, gravações, fonogramas, entre outros. Podem ser utilizadas declarações ou confissões, em que o devedor reconhece a dívida, ou promete pagá-las.

Também servem como documentos escritos aqueles que foram títulos executivos extrajudiciais, mas perderam a sua eficácia, por prescrição. A Súmula 299 do STJ explicita que "é admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito". Como, passado o prazo em que o cheque tem força executiva, e o prazo de dois anos da ação cambiária, não se pode mais cobrar o cheque, mas apenas a transação jurídica subjacente, da qual o cheque serve como prova documental, sempre nos pareceu indispensável que, após o prazo de prescrição da ação cambiária (dois anos após o cheque ter perdido a força executiva), fazia-se indispensável que o autor da monitória indicasse a causa da emissão do cheque, a relação jurídica que a embasou. No entanto, no Superior Tribunal de Justiça prevalece entendimento diverso, de que o cheque prescrito pode sempre embasar a ação monitória, independentemente da causa de emissão.

A monitória também pode fundar-se em outros títulos executivos extrajudiciais prescritos, como promissórias ou duplicatas aceitas, ou protestadas e acompanhadas de comprovante de entrega de mercadorias, que já tenham perdido a eficácia executiva.

Durante algum tempo discutiu-se sobre a eficácia executiva dos contratos de abertura de conta corrente, quando acompanhados dos extratos bancários. Para muitos, constituía título executivo, quando assinado por duas testemunhas. Mas ele não indicava o valor do débito. O que o mostrava eram os extratos, e esses são de emissão unilateral da instituição financeira. Por isso, e com razão, acabou prevalecendo o entendimento de que eles não são dotados de eficácia executiva, mas podem ensejar o ajuizamento da ação monitória. É o que estabelece a Súmula 233 do STJ: "O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta corrente,

não é título executivo". E a Súmula 247: "O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória".

Como o documento há de ser tal que, **em um primeiro exame e sem a ouvida do réu, o juiz se convença da possibilidade de existência do crédito, é mais difícil que sejam aceitos aqueles emitidos unilateralmente pelo credor**, sem que deles conste alguma manifestação de anuência do devedor. Mas, conquanto difícil, não é impossível. Há documentos que, emitidos pelo credor, podem revestir-se de um grau mais elevado de veracidade, como a duplicata acompanhada da nota fiscal de venda da mercadoria ou da prestação de serviço. Se o título estiver protestado e vier acompanhado do recibo de entrega de mercadorias, terá eficácia executiva. Se não, poderá dar ensejo à ação monitória, já que a emissão de duplicata pressupõe uma série de cuidados, constituindo crime se feita sem lastro.

Os contratos bilaterais, como de prestação de serviços, podem embasar a ação monitória, desde que acompanhados de comprovação de que o serviço foi prestado. Nesse sentido, o acórdão do STJ no AgRg 732004-DF, Rel. Min. Vasco della Giustina (convocado), publicado no *DJE* de 23 de outubro de 2009.

Parece-nos que a monitória pode ser usada para cobrança de valores de cartão de crédito, desde que as despesas possam ser comprovadas pelos comprovantes de gastos, firmados pelo devedor.

14.5.2. Que os documentos não sejam dotados de eficácia executiva

Falta interesse de agir ao credor que proponha a monitória **munido de título executivo**. Afinal, ela permite ao credor obter mais rapidamente o título; se ele já o tem, deverá promover a execução. Pouco importa que o documento nunca tenha tido eficácia executiva, ou que tenha tido antes, mas perdido.

14.5.3. Obrigações de pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel

O art. 1.102-A explicita que só esses tipos de obrigação dão ensejo à monitória. Como a sua finalidade é promover a constituição de título executivo, **a pretensão é sempre condenatória, jamais declaratória ou constitutiva**, já que a essas não segue nenhuma execução. A condenação pode ser a uma obrigação de pagar, ou de entregar coisa fungível ou móvel. Não se admite monitória que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer, ou de entregar bem imóvel ou infungível.

14.6. Ação monitória contra a Fazenda Pública?

Por muito se controverteu a respeito da possibilidade de ação monitória contra a Fazenda Pública. Para muitos, seria inadmissível, por duas razões: na decisão inicial expede-se mandado de pagamento; e não se poderia passar à fase executiva, sem duplo grau de jurisdição. E, na monitória, não havendo resistência, passa-se diretamente para a fase executiva.

Nenhum desses argumentos era convincente. O primeiro, porque a Fazenda Pública pode pagar voluntariamente, como faz quando satisfaz espontaneamente as suas obrigações. Ela não está obrigada a pagar somente após condenação judicial. E somente estas devem ser satisfeitas após a expedição das precatórias, respeitada a ordem cronológica. Em regra, ela satisfaz suas obrigações voluntariamente. Somente em caso de resistência, será necessário recorrer ao judiciário. Ora, o pagamento na ação monitória é satisfação voluntária da obrigação, e independe de precatório, já que não há ainda nenhuma condenação judicial.

O segundo argumento também não convence, porque somente estão sujeitas a reexame necessário as sentenças proferidas contra a Fazenda, e não há sentença na ação monitória, quando o réu não oferece resistência.

A controvérsia não mais se sustenta nos dias de hoje, **por força da Súmula 339** do Superior Tribunal de Justiça, que autoriza expressamente a monitória contra a Fazenda Pública.

14.7. Procedimento

14.7.1. Petição inicial

Não há peculiaridades importantes na petição inicial da ação monitória, que deve preencher os requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC. O autor exporá os fundamentos de fato e de direito em que se funda a sua pretensão **e requererá a expedição de mandado de pagamento ou de entrega de coisa fungível ou bem móvel**.

É fundamental que a inicial venha instruída com o documento escrito sem força executiva, que embasará a ação.

Não há diferenças de competência na monitória, que segue as regras gerais do CPC.

14.7.2. Decisão inicial

Ao examinar a petição inicial, o juiz verificará, além dos requisitos comuns a todas as ações, se o procedimento monitório é ou não admissível naquele caso concreto.

É preciso um cuidado especial, nessa decisão, que se limitará a verificar se estão presentes os requisitos de admissibilidade, sem se pronunciar ainda sobre a existência efetiva da obrigação. **O juiz não pode, examinando os documentos juntados com a inicial, concluir pela existência ou inexistência do crédito, pois estaria antecipando o julgamento**. O que deve verificar são os requisitos de admissibilidade, se há documento escrito que, em cognição sumária, indique a possível existência do crédito. O juízo nesse momento é o **de mera plausibilidade, verossimilhança**. O recebimento da inicial se contenta com indícios da obrigação, consubstanciados no documento escrito. O juiz apenas verificará se o documento tem a aparência de veracidade, e se traz indicativos da existência da obrigação mencionada na inicial.

Ao realizar esse exame, o juiz pode concluir que a inicial não está em termos, mas que tem um vício sanável, caso em que determinará a emenda, no prazo de dez dias. Não nos parece razoável que o juiz deva, verificando que o documento juntado não atende às exigências da lei, indeferir a inicial de plano, pois o autor deve ter a oportunidade de, não sendo possível a monitória, adaptar a sua inicial ao procedimento comum.

Se a inicial contiver algum vício insanável, ou se o vício sanável não for corrigido no prazo, o juiz a indeferirá.

Se estiver em termos, determinará a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa, no prazo de quinze dias. E também a citação do réu, dando-lhe ciência do prazo de quinze dias para os embargos. Do mandado constará, ainda, a advertência de que a falta deles implicará a conversão, de pleno direito, do mandado inicial em executivo. Em síntese, o réu deve tomar ciência das condutas que pode tomar, e das consequências de cada uma delas.

14.7.2.1. Necessidade de fundamentação

Em regra, nas ações de procedimento comum, o juiz não precisa fundamentar o recebimento da petição inicial, bastando que determine a citação do réu. A situação é diferente no procedimento monitório, porque, caso não haja resistência do réu, **é essa decisão que, de pleno direito, adquirirá eficácia de título executivo judicial**.

Assim, não basta que o juiz determine a expedição de mandado de pagamento e citação do réu, **sendo necessário fundamentar a sua decisão**. Ao fazê-lo, deve tomar cuidado: **limitar-se a examinar se há documento escrito sem força executiva que torne plausível a existência do crédito. Não lhe cabe ainda decidir se o crédito existe**.

A posição do juiz é delicada porque, se o réu oferecer embargos, o processo seguirá pelo procedimento comum, e as questões suscitadas serão decididas por sentença. Será ela o título executivo judicial. Mas, se o réu não os opuser, **será essa decisão inicial que se converterá de pleno direito em título executivo judicial**.

Ela não pode ser absolutamente desfundamentada, nem pode ser fundamentada como uma sentença, em cognição exauriente. A fundamentação deve ser dada em cognição superficial, e o juiz se limitará a examinar os requisitos de admissibilidade.

14.7.2.2. Natureza jurídica da decisão inicial

É tema bastante controvertido, pois depende da natureza que se atribua à própria ação monitória, o que também é tema de acesa discussão.

Para os que entendem que a monitória é um novo tipo de processo, um terceiro gênero, que não se confunde com de conhecimento, nem com o de execução, essa decisão inicial será interlocutória, pois desencadeia o processo monitório e a expedição de mandado de pagamento, cuja eficácia poderá ser suspensa pelos embargos. Se não o for, passar-se-á diretamente para a fase de execução, sem solução de continuidade.

Já para os que entendem que a monitória não é um novo tipo de processo, mas processo de conhecimento de procedimento especial, **a natureza dessa decisão inicial variará conforme a conduta tomada pelo réu, depois da citação**, porque o procedimento variará conforme ele resista, opondo embargos, ou não.

Se o réu resiste, essa decisão não terá eficácia de título executivo judicial. Será apenas uma decisão interlocutória que determinou a expedição de mandado de pagamento. Oferecidos os embargos, o processo seguirá pelo rito comum, e ao final o juiz proferirá sentença, que, **esta, sim, será o título judicial**, a embasar o cumprimento de sentença.

Mas se o réu não opuser embargos, **aquela decisão inicial converter-se-á de pleno direito em título executivo judicial**, e o mandado inicial em mandado executivo. Tal decisão conquanto não condene o autor, adquirirá a força de uma sentença condenatória ao pagamento do valor postulado, ou à entrega da coisa fungível ou bem móvel.

À falta de embargos, **a decisão inicial converte-se em título executivo judicial, com força e eficácia de sentença, revestindo-se da autoridade da coisa julgada material, o que viabiliza até mesmo o ajuizamento de ação rescisória.**

14.7.2.3. Cabe recurso contra a decisão inicial?

A resposta é negativa, e isso independe da natureza que lhe é atribuída, **porque o CPC previu o mecanismo adequado para que o réu impugne o mandado de pagamento**. Não é o recurso, mas os embargos. É por meio deles que o réu poderá apresentar as defesas que tiver, e afastar a pretensão do autor. O deferimento do mandado de pagamento, por si só, não traz nenhum prejuízo ao réu, que pode impedir a sua eficácia por meio de embargos. Falta interesse, portanto, para que ele recorra.

14.7.3. É possível o deferimento de tutela antecipada na monitória?

A especialidade do procedimento monitório não é incompatível com a tutela antecipada.

Em casos de urgência, pode ser concedida desde o ajuizamento da ação, antes que o réu seja citado. Mas se não concedida de início, sendo o réu citado, em regra só haverá interesse para postulá-la *a posteriori*, se ele apresentar embargos; do contrário, passar-se-á à fase de execução, não havendo mais o que antecipar. Se houver embargos, a qualquer tempo a tutela poderá ser postulada, desde que se verifiquem os seus requisitos.

14.7.4. Citação do réu

Na decisão inicial, o juiz ordenará a expedição de mandado de pagamento **e a citação do réu**. Ao ser citado, ele tomará ciência do prazo de embargos, e das consequências da não apresentação.

Como a lei se refere a "mandado de pagamento", surgiram controvérsias a respeito da possibilidade de citação por carta na monitória. **Prevalece amplamente, e com razão, o entendimento de que a citação pode ser por carta**, já que o art. 227 do CPC não a inclui entre as ações em que a citação deve ser feita obrigatoriamente por mandado.

Também admite-se a citação por edital, nos termos da Súmula 282 do STJ ("Cabe a citação por edital em ação monitória"). Por fim, também admite-se a com hora certa, nos casos de ocultação.

Havendo citação ficta, por edital ou com hora certa, haverá nomeação de curador especial, legitimado a opor embargos de devedor (como, a nosso ver, os embargos não têm natureza de ação incidental, mas de mera defesa do devedor, **o curador especial deverá apresentá-los ainda que por negativa geral**, como nas contestações comuns, quando não tiver outros elementos de defesa).

14.7.5. Das possíveis atitudes do réu e suas consequências sobre o procedimento monitório

O réu é citado para, em quinze dias, fazer o pagamento ou entregar a coisa, ou oferecer embargos. A atitude que tomar, nesse prazo, será de grande relevância para o procedimento a ser observado. Nos itens seguintes, serão examinadas todas as variantes.

14.7.5.1. O cumprimento do mandado

O réu pode, no prazo de quinze dias, fazer o pagamento ou entregar a coisa fungível ou bem móvel, **caso em que o processo será extinto com julgamento de mérito, por reconhecimento jurídico do pedido**. Como forma de estimulá-lo, o art. 1.102-C, § 1º, do CPC estabelece que "cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios". Para fazê-lo, o réu nem precisa constituir advogado, já que haverá apenas satisfação voluntária da obrigação.

14.7.5.2. A omissão do réu

O réu pode deixar transcorrer o prazo de quinze dias *in albis*, sem cumprir o mandado nem apresentar defesa. Aplicar-se-á o art. 1.102-C, § 3º, do CPC: "Rejeitados os embargos, constituir-se-á de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta lei". **Passar-se-á da fase de conhecimento à de execução, de pleno direito**. A decisão inicial, em que o juiz determinou o processamento da monitória, transformar-se-á em título executivo judicial, e prosseguir-se-á sob a forma de cumprimento de sentença.

A grande vantagem do procedimento monitório é que, não existindo resistência do réu, é possível passar para a fase executiva, sem nenhum ato judicial intermediando uma fase e outra. **Por isso, não deve o juiz proferir nenhum tipo de sentença ou decisão interlocutória, determinando a conversão**. Se o fizer, estará afastando grande parte das vantagens da monitória. Não é preciso que ele "transforme" a fase de conhecimento em execução, ou converta uma coisa na outra, porque essa conversão faz-se de pleno direito, e não por intervenção judicial. Ultrapassado o prazo, ele apenas proferirá as determinações inerentes à fase de execução, observando os arts. 475-J e ss., do CPC.

14.7.5.3. A resposta do réu

O réu tem prazo de 15 dias para o oferecimento de resposta. O mecanismo de defesa foi denominado pelo art. 1.102-C **de embargos**, que tem o condão de suspender a eficácia do mandado inicial. Eles serão examinados nos itens seguintes.

Mas eles não constituem a única forma de resposta do réu. A Súmula 292 do Superior Tribunal de Justiça não deixa dúvida quanto à possibilidade de reconvenção: "A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário".

O que torna o procedimento ordinário é a apresentação de embargos, pelo réu. Ocorre que a reconvenção tem que ser apresentada no prazo dos embargos. Assim, ela deve ser oferecida não propriamente depois da conversão do procedimento em ordinário, mas no momento mesmo em que, opostos os embargos, dá-se a conversão.

Também será possível o oferecimento **das exceções rituais, de incompetência, impedimento e suspeição**. As primeiras, no prazo de embargos; as demais, no prazo de quinze dias, a contar da data em que as partes tomam ciência da causa de suspeição ou impedimento.

A impugnação ao valor da causa também será oferecida no prazo de resposta.

Como o procedimento converte-se em ordinário, não há óbice à ação declaratória incidental, nos casos em que a lei a admite.

14.7.5.3.1. Dos embargos à monitória

A forma por excelência de defesa do réu na ação monitória são os embargos, nos termos do art. 1.102-C do CPC. Conforme sejam ou não apresentados, o procedimento variará. Se apresentados, seguir-se-á na fase de conhecimento, pelo rito ordinário; se não, passar-se-á, de pleno direito, à fase de execução.

14.7.5.3.1.1. Natureza dos embargos à monitória

É questão muito controvertida, havendo, a respeito, opiniões divergentes. **Parece-nos que a decisão sobre a sua natureza será fortemente influenciada pela opinião que se tiver a respeito da própria ação monitória**.

As opiniões a respeito dos embargos podem ser resumidas a duas principais.

- há os que consideram que **eles têm natureza de ação autônoma, de natureza incidental e cognitiva, que se presta a veicular a defesa do executado**. Teriam, assim, a mesma natureza que os embargos, na execução por título extrajudicial. Em regra, os que sustentam essa opinião são aqueles que atribuem à monitória a natureza de um novo tipo de processo. Entre outros, entendem dessa forma os eminentes Cândido Rangel Dinamarco, José Rogério Cruz e Tucci e Eduardo Talamini;

- há os que consideram que eles **não têm natureza de ação autônoma, mas constituem verdadeira resposta do réu, como uma contestação**. Em regra, adotam essa solução aqueles que não veem a monitória como um novo tipo de processo, mas como processo de conhecimento, de procedimento especial. Sendo processo de conhecimento, a resposta do réu vem na forma de contestação, e não de ação autônoma, só necessária nos processos de execução. Partilham desse entendimento Nelson Nery Junior, Rosa Maria Nery, Sérgio Shimura, Carreira Alvim e Clito Fornaciari Junior.

Como sustentamos que não há um processo monitório, mas tão somente um processo de conhecimento, de procedimento especial, **preferimos a segunda teoria, que considera os embargos mera resposta do réu, verdadeira contestação**.

Os argumentos mais relevantes para o acolhimento dessa tese são:

- sendo a ação monitória uma ação de conhecimento, a resposta do réu não precisa vir sob a forma de embargos. No processo de execução, o legislador adotou a solução dos embargos, para não misturar, em um processo só, atos de execução e de cognição;
- o fato de o legislador ter se referido a embargos é irrelevante, porque nas execuções contra devedor insolvente ele também alude a embargos como mecanismo de defesa, na fase que precede a declaração (art. 755 do CPC), embora haja consenso quanto ao fato de essa defesa ter natureza de contestação;
- a Súmula 292 do STJ, ao mencionar que cabe reconvenção depois que o procedimento converter-se para o ordinário, parece ter adotado também a segunda solução, já que, se os embargos tivessem natureza de ação autônoma, não se poderia falar em procedimento ordinário da monitória.

A questão sobre a natureza jurídica dos embargos monitórios não é irrelevante, pois dela podem advir numerosas questões concretas, como:

- se eles têm natureza de ação, o prazo para oferecê-los, de quinze dias, não estará sujeito aos arts. 188 e 191, do CPC, isto é, não se estenderá, quando o réu for Fazenda Pública, Ministério Público ou litisconsortes com advogados diferentes. Tais artigos determinam a ampliação do prazo de contestação ou de manifestação nos autos, mas não o prazo para ajuizar uma nova ação. **Já para os que sustentam que os embargos são mera resposta, os dispositivos mencionados serão aplicáveis**;
- o curador especial, nos casos de citação ficta, **ficará obrigado a apresentar os embargos, ainda que por negativa geral, se os considerarmos apenas resposta**; se o considerarmos ação, o curador

especial só os apresentará se tiver algo a alegar, já que não seria possível considerar embargos por negativa geral;

- se eles forem apenas contestação, assim que apresentados, o autor será intimado para réplica, no prazo de dez dias. Se eles forem ação, o autor será intimado para impugná-la, no prazo de quinze dias;
- se eles forem ação, o juiz julgará os embargos, e não a monitória, o que repercutirá na coisa julgada. Afinal, cada uma das defesas apresentadas será uma causa de pedir. Já se ela for apenas contestação, cada uma delas será um novo fundamento de defesa.

Não há reiteração de ações, quando é alterada a causa de pedir. Mas, de acordo com o art. 474 do CPC, reputar-se-ão deduzidos e repelidos todos os fundamentos de defesa que o réu poderia opor à rejeição do pedido. Por exemplo, ajuizada monitória para cobrança de determinada quantia, se o réu defender-se alegando apenas pagamento, não poderá mais tarde apresentar outras defesas, como compensação ou transação, pois, com o trânsito em julgado, reputar-se-ão deduzidas e repelidas não só as defesas que apresentou como as que poderia ter apresentado. Mas, se os embargos forem considerados ação autônoma, cada defesa apresentada constituirá uma nova causa de pedir, que, se alterada, modifica a ação. Se o embargante alegar pagamento, e o juiz afastá-lo na sentença, não haverá óbice a que ele ajuíze ação declaratória autônoma, posteriormente, para alegar transação ou compensação, já que cada uma dessas defesas constituirá uma nova causa de pedir.

A solução que nos parece melhor, como já mencionado, **é considerar os embargos como mera contestação, com as consequências daí decorrentes, observadas as distinções mencionadas acima**.

14.7.5.3.1.2. E se os embargos forem apresentados fora de prazo?

O prazo é de quinze dias, e a omissão implicará a transição da fase cognitiva para a executiva, de pleno direito. Mas e se o réu oferecer embargos fora de prazo?

Quando a resposta do réu é intempestiva, o juiz o reconhecerá em decisão fundamentada, **e considerará não opostos os embargos, com todas as consequências daí decorrentes**. Proferida essa decisão interlocutória, passar-se-á de pleno direito à fase de execução. O juiz não proferirá sentença, nem decisão convertendo o mandando monitório em executivo, já que isso se opera de pleno direito. A decisão será a de considerar intempestivos, e, portanto, não opostos os embargos, passando-se automaticamente à fase executiva. O réu poderá agravar de instrumento de tal decisão.

14.7.5.3.1.3. Após a apresentação dos embargos

O processo seguirá pelo procedimento ordinário. Nos casos previstos em lei, o juiz dará ao autor a oportunidade de réplica, determinará as providências preliminares e verificará se há ou não necessidade de provas. Em caso negativo, promoverá o julgamento antecipado; em caso afirmativo, designará audiência preliminar, saneará o processo, fixará os pontos controvertidos e determinará as provas necessárias.

Ao final, proferirá sentença, **julgando não os embargos, mas a monitória**. Em caso de procedência, ela será condenatória.

Contra a sentença que julga a ação monitória o recurso é apelação, que se processará no duplo efeito. Faz-se a ressalva, no entanto, de que, para aqueles que entendem que os embargos têm natureza de nova ação, o juiz julgará não a monitória, mas os embargos. Passar-se-á à fase de execução em caso de improcedência dos embargos, caso em que a apelação teria apenas efeito devolutivo, por aplicação do art. 520, V, do CPC.

14.7.6. Da fase de execução

A ação monitória objetiva sempre pagamento em dinheiro ou entrega de coisa. Não havendo cumprimento voluntário da obrigação, será necessário promover a execução, por quantia ou para entrega de coisa. Ela estará sempre fundada em título executivo judicial: se não houver embargos, a decisão inicial adquirirá força executiva, e valerá como título judicial. Se houver, o juiz os examinará e julgará a monitória, por sentença, que será o título executivo judicial.

Em ambos os casos, a execução se fará na forma do art. 461-A (execução para entrega de coisa) e arts. 475-I a 475-R (execução por quantia).

Por isso, na fase executiva, o executado que queira defender-se deverá opor impugnação — nunca embargos — depois de o juízo estar garantido pela prévia penhora de bens. Essa impugnação só poderá versar sobre as matérias enumeradas no art. 475-L do CPC.

Há importante corrente doutrinária que sustenta que o conteúdo da impugnação poderá variar, conforme tenham ou não havido embargos monitórios. Se eles não tiverem sido opostos, a fase de conhecimento ter-se-á convertido em fase executiva de pleno direito, e o título executivo será a decisão inicial. Nesse caso, as matérias alegáveis em impugnação não estariam limitadas àquelas do art. 475-L, do CPC, pois o executado, não tendo apresentado nenhuma defesa na fase inicial, poderia apresentar qualquer uma na fase executiva. Partilham desse entendimento, entre outros, José Rogério Cruz e Tucci e Nelson Nery Junior.

Não nos parece, no entanto, que esse entendimento, conquanto respeitável, possa ser acolhido. **Ainda que o réu não tenha resistido à pretensão monitória, ele teve oportunidade de o fazer**. Ele poderia ter oposto os embargos, e oferecido as defesas que tivesse. Se não o fez é porque não quis. Convertendo-se a fase cognitiva em executiva, ele não vai poder alegar na impugnação aquilo que deveria ter sido alegado nos embargos monitórios, e estará precluso.

Parece-nos que, na fase execução, a impugnação estará limitada às matérias do art. 475-L do CPC, tendo ou não sido apresentados embargos monitórios.

15. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

15.1. Introdução

Os Juizados Especiais Cíveis **constituem mecanismo de facilitação do acesso à justiça, pois permitem que determinados litígios que talvez não fossem levados ao Judiciário antes possam sê-lo**.

Esse benefício proporcionado pelo Juizado, cujas informalidade e rapidez servem como estímulo àqueles que talvez não ingressassem no Judiciário, atenua em parte o problema da **litigiosidade contida**.

As dificuldades que normalmente acompanham o ingresso em juízo de determinadas pessoas, sobretudo de classes menos favorecidas, ou que tragam questões de menor valor, eram suficientes para desestimulá-las. Nem por isso o litígio não resolvido deixava de trazer insatisfações e problemas.

Com o Juizado, procurou-se a facilitação do acesso, de determinados tipos de demanda, possibilitando a solução judicial de situações que normalmente não seriam resolvidas.

Não se pode dizer que a finalidade do Juizado Especial Cível foi reduzir o número de causas, desafogando o Judiciário; **seu objetivo principal é justamente permitir que certas demandas que jamais seriam propostas pudessem sê-lo**.

Para alcançar tal desiderato, o Juizado se vale de um procedimento muito simplificado, regido pela **informalidade, de custos muito menores e mais célere**. O êxito dos Juizados tem feito com que uma multidão de pessoas a eles acorresse, provocando eventuais demoras, que não são próprias ao seu procedimento; isso apenas prova a litigiosidade contida, a grande quantidade de litígios que antes, provavelmente, nem sequer seriam solucionados.

Na busca por seus objetivos, o Juizado deve exigir daqueles que nele atuam **uma nova mentalidade**, em que se busque a solução dos conflitos da forma mais informal e célere possível, sem prejudicar direitos dos litigantes.

15.2. Fundamento constitucional e legal

Os Juizados Especiais cíveis encontram o seu fundamento no art. 98 da CF, que assim estabelece: "A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I — juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Parágrafo único. Lei Federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal".

Para dar cumprimento à determinação constitucional, foram editadas as Leis ns. 9.099/95, 10.259/2001 e 12.153/2009, que tratam dos Juizados Cíveis Estaduais, Federais e Juizados Especiais da Fazenda Pública, respectivamente.

15.3. Natureza

Os juizados especiais **pertencem à jurisdição comum, estadual ou federal**. Como se sabe, o CPC previu a existência de três tipos de processos: o de conhecimento, o de execução e o cautelar, com procedimentos próprios. Os processos de conhecimento podem ter procedimento comum — ordinário ou sumário — e especial.

Muito se discutiu se nos Juizados haveria um novo tipo de processo, ou apenas um processo de conhecimento, de procedimento especial.

Parece-nos que **há um novo tipo de processo, com uma forma diferenciada de cognição**, onde é possível encontrar processos de conhecimento, de procedimento especialíssimo, mais concentrado e célere, de execução e cautelares.

Em todos eles, devem ser observados princípios típicos: uma oralidade muito maior, mais simplicidade, economia, informalidade e celeridade.

15.4. Princípios

Para que o Juizado Especial pudesse alcançar a sua finalidade, era necessário que fosse regido por princípios compatíveis com a facilitação do acesso à Justiça daqueles que o procuram. O sistema processual do Juizado é

regulado por princípios próprios, enumerados no art. 2º, da Lei n. 9.099/95: "o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou transação". Os mesmos são válidos para o Juizado Federal e da Fazenda Pública.

Esses princípios devem ser harmonizados com **os princípios e garantias constitucionais**, já estudados, do devido processo legal, contraditório, isonomia, imparcialidade do juiz e publicidade, entre outros.

O bom funcionamento do Juizado depende, portanto, da harmonização dos princípios tradicionais do processo civil, com os próprios: exige nova mentalidade, em que o informalismo deve se sobrepor às formas tradicionais, para que se alcance resultado mais eficaz e célere.

Como o Juizado Especial constitui um microssistema, as regras do CPC só poderão ser aplicadas supletivamente na omissão de normas próprias, e desde que não ofendam o sistema e os princípios dos juizados.

Nos próximos itens serão examinados os princípios mais importantes.

15.4.1. Princípio da oralidade

É incluído entre os princípios gerais do processo civil, onde, no entanto, perdeu o sentido e alcance original, pois pouco restou de efetiva oralidade: todos os atos realizados oralmente têm de ser reduzidos a termo. No processo comum, a oralidade acabou traduzindo não propriamente a prática oral dos atos do processo, mas a necessidade de que o juiz esteja sempre o mais próximo possível da colheita de provas. Daí o seu desdobramento nos subprincípios da imediação, identidade física do juiz e concentração.

No Juizado Especial, a oralidade é muito mais intensa, devendo ser observada com muito mais rigor. **Boa parte dos atos é oral, e apenas o essencial é reduzido a termo. O resto pode ficar gravado em fita magnética ou equivalente, conforme o art. 13, § 3º, da Lei n. 9.099/95**.

São exemplos da efetiva oralidade tirados da Lei n. 9.099/95:

- a inicial pode ser apresentada oralmente na Secretaria do Juizado (art. 14, *caput*);
- o mandato ao advogado pode ser verbal, salvo se contiver poderes especiais (art. 9º, § 3º);
- a contestação e o pedido contraposto também podem ser apresentados oralmente (art. 10);
- a prova pericial não é admitida, mas é possível pedir ao juiz a inquirição de técnicos de sua confiança (art. 35);
- a prova oral não é reduzida a escrito (art. 36), podendo ser gravada;

- os embargos de declaração podem ser opostos oralmente.

15.4.2. Princípios da informalidade e da simplicidade

Um dos problemas do processo tradicional é a multiplicidade de formas e solenidades, que redunda na morosidade do processo. É certo que mesmo no processo tradicional, há a instrumentalidade das formas, que impede a decretação de nulidades quando os atos alcançam a sua finalidade.

Mas no Juizado Especial **a busca é pela informalidade, pela simplicidade**. A instrumentalidade das formas é consagrada no art. 13, *caput,* da Lei n. 9.099/95: "Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei". § 1º: "Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo".

A simplicidade e informalidade do procedimento se evidenciam por uma **redução substancial de termos e escritos do processo**, com a adoção de mecanismos diferenciados, como gravações de vídeo, fitas magnéticas, e uso de equipamentos de informática. Há inúmeras simplificações na petição inicial, na citação, na resposta do réu, na colheita de provas, nos julgamentos e nos recursos.

Para as causas de valor abaixo de vinte salários mínimos, no Juizado Especial Cível, a lei dispensa até mesmo a intervenção de advogado, o que colabora para a simplificação do processo (no Juizado Federal e no Juizado Especial da Fazenda Pública, a presença do advogado é sempre facultativa, mesmo para causas que ultrapassem os vinte salários mínimos).

15.4.3. Economia processual

Esse não é um princípio apenas dos juizados especiais, mas do processo civil em geral, já que se há de tentar obter, sempre com o menor esforço possível, os resultados almejados. Mas nos juizados isso se acentua. Esse princípio está relacionado com os anteriores.

15.4.4. Celeridade

É certo que a Constituição Federal assegura a todos o direito a um processo de duração razoável, e que, também no processo comum, deve-se buscar o resultado da forma mais célere possível.

Mas, nos juizados especiais, **a celeridade é erigida em princípio, pois está entre as suas finalidades dar uma solução mais rápida aos litígios em geral**.

A mentalidade deve estar voltada para que esse resultado seja alcançado, sem o desrespeito às garantias dos litigantes. Inegável que esse

princípio está relacionado com os anteriores, pois da maior simplicidade, informalidade e economia, resultará maior celeridade.

Uma leitura cuidadosa da Lei n. 9.099/95 permite constatar que foram vedados aqueles incidentes que pudessem implicar em demora ou retardo do processo:

- não cabem reconvenção e ação declaratória incidental;
- não se admite intervenção de terceiros;
- não se admite prova pericial.

Além disso, a lei, como corolário da oralidade, determina forte concentração de atos, permitindo que tudo se realize numa só audiência (art. 17 da Lei n. 9.099/95). Na de instrução e julgamento, o réu apresentará resposta, que pode conter pedido contraposto, o juiz solucionará os incidentes, colherá as provas e julgará. Não há reexame necessário das sentenças em que houver sucumbência da Fazenda Pública, tanto estadual quanto federal, e os atos de execução são também concentrados.

Daí a Constituição Federal, em seu art. 98, se referir ao procedimento como sumaríssimo.

15.5. Competência

Como o Juizado Especial institui um novo tipo de processo, regulado pelos princípios da informalidade, simplicidade e celeridade, é facultado ao interessado procurá-lo, nas causas que forem de sua competência, ou optar pelo foro comum. **Mesmo nas causas para as quais o juizado tem competência, a parte interessada pode optar por propor a sua ação pelo sistema convencional**. Mas isso só vale para os juizados estaduais cíveis.

A Lei n. 10.259/2001, que trata dos juizados federais, dispõe, no art. 3º, § 3º: "No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta". Sempre nos pareceu que, apesar da dicção legal, ainda assim o aforamento da demanda perante o Juizado Federal deveria ser considerado facultativo, mas prevalece amplamente na jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, nas causas de sua competência, a adoção do procedimento do Juizado Federal é obrigatória. Nesse sentido, o acórdão proferido nos embargos de declaração no conflito de competência n. 103.084, cuja relatora foi a Min. Eliana Calmon.

Se houver um conflito de competência entre o Juizado Especial Federal e a Justiça Federal, ainda que da mesma seção judiciária, o conflito será decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. É o que dispõe a Súmula 348 do STJ: "Compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir os conflitos de

competência entre juizado especial federal e juízo federal, ainda que da mesma seção judiciária".

Da mesma forma, no Juizado Especial da Fazenda Pública, que é estadual, e vem regulamentado pela Lei n. 12.153/2009, a competência é absoluta, como resulta do art. 2º, § 4º: "No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta".

Aquele que quer propor ação perante o juizado deve examinar primeiro se o caso que tem em mãos o autoriza e, em caso afirmativo, em qual dos juizados deve ser aforada.

Para indicar quais causas são de competência do juizado, o legislador valeu-se de três critérios: o valor da causa, a matéria e as pessoas. Entre os diversos juizados, no entanto, o critério prevalente é o territorial.

15.5.1. Competência do juizado em razão do valor da causa

Não há coincidência entre as leis que regulam o juizado especial civil, o juizado especial da Fazenda Pública e o federal, a respeito do valor da causa, como critério de competência. A primeira estabelece que são de competência do juizado as causas de valor **até quarenta salários mínimos** (art. 3º, I, da Lei n. 9.099/95); a segunda e a terceira, as causas de **até sessenta salários mínimos** (art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.153/2009 e art. 3º, *caput*, da Lei n. 10.259/2001).

O juizado terá competência nos valores acima mencionados, **independentemente de sua complexidade**. Podem existir causas de pequeno valor altamente complexas, mas isso não afasta a sua competência. O que a pode afastar é a eventual necessidade de prova técnica complexa, diante da inadmissibilidade de prova pericial.

O valor da causa deverá ser considerado no momento da propositura da demanda, sendo irrelevantes alterações supervenientes. Não há peculiaridades no que concerne à indicação do valor da causa no Juizado, devendo ser aplicadas supletivamente as regras do CPC.

Nos juizados especiais cíveis, o valor da causa será de suma importância, **porque se for até vinte salários mínimos, é dispensada a participação do advogado**. Somente naquelas entre vinte e quarenta salários mínimos tal participação é indispensável. **No Juizado Federal Cível, a participação do advogado é sempre facultativa, independentemente do valor da causa, como determina o art. 10 da lei que o regula**. Foi suscitada a inconstitucionalidade desse dispositivo, mas o pleno do STF, por maioria de votos, reconheceu-lhe a constitucionalidade (ADI 3.168, Rel. Min. Joaquim

Barbosa, j. 08.06.2006).

A lei que regula o Juizado Especial da Fazenda Pública é omissa quanto à necessidade de advogado. Parece-nos, porém, que se ele é facultativo nas causas contra pessoas jurídicas de direito público federal, qualquer que seja o valor, também deverá ser nas causas contra as de direito público estadual, **dada a semelhança de situações, que recomenda o tratamento analógico**.

15.5.1.1. A possibilidade de renúncia ao que exceda ao limite

O interessado pode renunciar àquilo que exceda os limites de valor da competência, tanto no Juizado Estadual quanto no Federal. Ainda que seu crédito ultrapasse os limites legais, **pode recorrer ao juizado, desde que abra mão do excedente**.

No juizado cível, o interessado pode renunciar ao que exceda vinte salários mínimos, para poder promover a ação sem necessidade do advogado. A renúncia implica a perda do direito, o que impede o renunciante de postulá-lo posteriormente.

A questão mais controvertida é a que diz respeito à possibilidade de renúncia implícita, quando o autor propõe ação no juizado especial, de causa cujo valor ultrapasse a alçada. Estará ele implicitamente renunciando ao excedente?

Parece-nos que **a renúncia não se pode presumir, dadas as consequências gravosas que traz para a parte, com a perda do direito ao excedente**. Se o autor propuser ação de valor superior à alçada, o juiz deve primeiro ouvi-lo, para que esclareça se efetivamente está renunciado. Em caso negativo, indeferirá a inicial, porque o juizado não terá competência para a causa; em caso afirmativo, ficará explicitada a renúncia, e o processo prosseguirá, respeitados os limites de alçada.

15.5.1.2. Breve casuística sobre a competência em razão do valor da causa

O valor da causa deve ser considerado no momento da propositura da ação, e deve corresponder ao conteúdo econômico do pedido, o que inclui o principal corrigido e juros vencidos. Havendo cumulação, o valor da causa será o da soma dos pedidos formulados. Tal soma não poderá ultrapassar a alçada do juizado.

O art. 3º, § 2º, da Lei n. 10.259/2001, que trata dos juizados federais, dispõe que "quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, 'caput'". A mesma regra vara para o

Juizado da Fazenda Pública, por força do art. 2º, § 2º, da Lei n. 12.153/2009.

O valor do pedido contraposto também não poderá ultrapassar os limites da competência do juizado.

No entanto, **não há restrições para homologação de acordo entre as partes, ainda que o valor supere a alçada legal**, no Juizado Cível. Mas a mesma regra não vale para o juizado federal e da Fazenda Pública, em que até os acordos estão sujeitos ao limite.

Se a ação proposta é de indenização por dano moral, e o autor não formula pedido certo, eventual condenação não poderá ultrapassar os limites de alçada do juizado.

15.5.2. Competência em razão da matéria

Tanto a lei que regula o Juizado Especial Cível quanto as que tratam do Federal e da Fazenda Pública estabelecem regras de competência em razão da matéria, seja reconhecendo-a para o julgamento de determinadas matérias, independentemente do valor da causa, seja excluindo-a, naqueles casos em que, por força do valor, o juizado seria competente. Assim, para que o estudo fique completo, é preciso distinguir os três juizados.

15.5.2.1. Competência em razão da matéria nos Juizados Cíveis

O art. 3º, inc. II, da Lei n. 9.099/95 atribui aos Juizados Cíveis competência para julgar as causas enumeradas no art. 275, II, do CPC, independentemente do valor da causa. **Ou seja, as que, em razão da matéria, poderiam correr no foro comum, pelo procedimento sumário**.

As hipóteses já foram examinadas, individualmente, no capítulo em que se tratou desse procedimento. Além disso, os incs. III e IV do mesmo artigo atribuem competência para as ações de despejo para uso próprio, independentemente do valor da causa; e para as possessórias de bens imóveis, desde que o valor não ultrapasse os limites de alçada. As ações de despejo por denúncia vazia ou por falta de pagamento não poderão ser processadas no juizado, somente no foro comum, na forma da Lei n. 8.245/91.

Em contrapartida, há algumas matérias que afastam a competência do Juizado, ainda que o valor da causa seja inferior a quarenta salários mínimos. São aquelas enumeradas no art. 3º, § 2º, da lei: "Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidente de trabalho, a resíduos, e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial".

Também não poderão correr perante o juizado **especial aquelas**

causas cujo procedimento seja especial, no qual a natureza da lide exija um procedimento próprio. É o caso das ações demarcatórias, de divisão, de prestação de contas, de anulação e substituição de títulos ao portador, por exemplo.

15.5.2.2. Competência em razão da matéria nos Juizados Federais

O art. 3º, § 1º, incs. I a IV, da Lei n. 10.259/2001 exclui determinadas matérias da competência do Juizado Federal, ainda que o valor da causa seja até sessenta salários mínimos: "Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: I — referidas no art. 109, incisos II, III e XI da Constituição Federal, 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 difusos, coletivos ou individuais homogêneos; II — sobre bens imóveis da União, autarquias ou fundações públicas federais; III — para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal; IV — que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares".

Afora essas exceções, a competência do Juizado Especial Federal é dada pelo art. 109 da CF/88, isto é, a mesma da Justiça Federal, respeitado o limite de alçada de sessenta salários mínimos, excluídas as hipóteses anteriormente mencionadas.

15.5.2.3. Competência em razão da matéria nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

O art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.153/2009 exclui da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública algumas matérias, ainda que o valor da causa seja até sessenta salários mínimos: "Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública: 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".

15.5.3. Competência em razão das pessoas

15.5.3.1. No Juizado Estadual

O art. 8º, da Lei n. 9.099/95, estabelece restrições à competência do juizado estadual, em função da qualidade de parte que nele intervenha.

A primeira delas é que **só as pessoas físicas capazes podem propor ação perante o juizado especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas**. Além das pessoas físicas, podem também propor ação as microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos do art. 74 do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (LC 123, de 14.12.2006).

Embora haja grande controvérsia a respeito, o enunciado 9 do Fórum Permanente dos Juízes Coordenadores dos Juizados Cíveis e Criminais do Brasil autoriza a propositura da demanda por condomínio, nas ações de cobrança de despesas condominiais em atraso, tão somente. Embora *de lege ferenda* seja recomendável que isso seja autorizado — havendo já projeto de lei a respeito — **não nos parece que, diante do que consta da lei, o condomínio possa ajuizar ação de cobrança, perante o Juizado**, uma vez que a lei só autoriza as pessoas físicas capazes, e o condomínio não é pessoa física, mas ente despersonalizado, ao qual a lei atribui capacidade de ser parte. Da mesma forma, o enunciado 72 do Fórum Permanente autoriza ao espólio propor ação, desde que não haja interesse de incapazes.

Nada impede, porém, **que pessoas jurídicas ou entes despersonalizados possam figurar no polo passivo da ação**. Se o fizerem, poderão apresentar pedido contraposto, nos termos do enunciado 31 do Fórum Permanente.

Há, no entanto, algumas restrições a que determinadas pessoas ou entes, figurem como partes, no Juizado, tanto no polo ativo quanto no passivo. São elas as pessoas físicas incapazes, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil (art. 8º, *caput,* da Lei n. 9.099/95). No entanto, admitem-se como réus as sociedades de economia mista.

O art. 8º, § 2º, da Lei n. 9.099/95, que autorizava o maior de 18 anos a ingressar no juizado sem ser assistido, perdeu o objeto, já que o Código Civil de 2002 determina que, aos 18 anos, cessa a incapacidade civil.

15.5.3.2. No Juizado Federal

Podem ser autores as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, hoje definidas pela Lei n. 123, de 14.12.2006, **e rés, a União, autarquias, fundações públicas e empresas públicas federais** (art. 6º, da Lei n. 10.259/2001).

Não há restrição de acesso, no polo ativo, aos incapazes e ao preso,

como nos juizados estaduais. Havendo incapazes, será indispensável a intervenção do Ministério Público.

15.5.3.3. No Juizado Especial da Fazenda Pública

Podem ser autores as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, valendo as mesmas considerações do item antecedente, **e rés, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas** (art. 5º, da Lei n. 12.153/2009).

15.5.4. Competência territorial entre juizados

O critério territorial é adotado para aferição de competência entre os juizados. Pressupõe que a causa possa ser aforada perante o juizado especial, na conformidade dos critérios anteriormente estudados, servindo para apurar em qual deles.

Nos Juizados Especiais Cíveis, as regras de competência estão previstas no art. 4º da Lei n. 9.099/95: "É competente para as causas previstas nesta lei, o Juizado do foro: I — do domicílio do réu, ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório; II — do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita; III — do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, poderá a ação ser proposta no foro previsto no inc. I deste artigo". A regra vale, mesmo que a ação verse sobre bens imóveis, não se aplicando no juizado a determinação de que tais ações corram no foro de situação do bem. Nos termos do enunciado 89 do Fórum Permanente, a incompetência territorial pode ser conhecida de ofício, no sistema dos juizados especiais. **Como a Fazenda não tem foro privilegiado**, as mesmas regras de competência valem para o Juizado Especial da Fazenda Pública (art. 27, da Lei n. 12.153/90, que manda aplicar supletivamente, em caso de omissão, as regras da Lei n. 9.099/95).

Nos juizados federais, a regra de competência é dada pelo art. 109, § 2º, da CF: "As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquele onde houver ocorrido o ato ou o fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal". Os foros são concorrentes e a escolha fica a critério do autor.

15.5.5. Incompetência, conexão e continência

Verificando o juiz que o juizado especial não tem competência para

julgar a ação proposta, extinguirá o processo sem julgamento de mérito. **Não será o caso de remeter os autos à justiça comum, já que a petição inicial não tem as mesmas exigências formais que as dos procedimentos convencionais**.

Não há óbice à reunião de ações conexas que corram no Juizado, com o mesmo pedido ou a mesma causa de pedir, para que sejam instruídas e julgadas conjuntamente. **A reunião se fará no Juizado prevento**, observado o disposto nos arts. 106 e 219 do CPC. O mesmo vale em relação à continência (enunciado 68 do Fórum Permanente).

15.6. Litisconsórcio e intervenção de terceiros

O art. 10 da Lei n. 9.099/95 é peremptório: "Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiros, nem a assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio".

A razão para que a intervenção de terceiros seja vedada é que traria demoras incompatíveis com a celeridade dos processos nos juizados especiais.

O litisconsórcio pode ser ativo ou passivo, **mas exige que todos tenham possibilidade de figurar como partes, perante o juizado especial**.

O Ministério Público intervirá nos casos previstos em lei, o que ocorrerá com mais frequência nos juizados federais, já que nos estaduais o incapaz não pode ser parte, nem se pode propor ação para discutir o estado e a capacidade das pessoas.

15.7. O advogado no juizado especial cível

A necessidade de intervenção do advogado exige o exame separado de cada espécie.

Nos Cíveis, vigora a regra do art. 9º, da Lei n. 9.099/95: "Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior a assistência é obrigatória". **O valor da causa será decisivo, para verificar se a intervenção do advogado é facultativa ou obrigatória**.

Nos casos em que a assistência de advogado for facultativa, se uma das partes comparecer assistida, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, **assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local**. É o que estabelece o art. 9º, § 1º, da Lei n. 9.099/95.

Mas, de acordo com o enunciado 36 do Fórum Permanente, a obrigatoriedade do advogado, nas causas de valor superior a vinte salários

mínimos só terá lugar a partir da fase de instrução, não sendo necessária para o ajuizamento da ação, nem para a fase de conciliação.

Quando a causa o recomendar, o juiz alertará as partes a respeito da conveniência da assistência do advogado. É o que poderá acontecer, por exemplo, se verificar que a questão jurídica é complexa, e que a parte pode ficar prejudicada, se não for assistida.

A parte que desejar a assistência de advogado será encaminhada à assistência judiciária, na forma do art. 56 da Lei n. 9.099/95.

Nas causas até vinte salários mínimos, se o réu apresentar pedido contraposto, cujo valor ultrapasse esse montante, e esteja entre vinte e quarenta salários mínimos, **tornar-se-á indispensável a assistência do advogado, para ambos os litigantes (enunciado 27 do Fórum Permanente)**.

Em qualquer caso, a dispensa de advogado só diz respeito ao primeiro grau de jurisdição. **Havendo recurso, a assistência dele é sempre imprescindível**.

Nos Juizados Federais, tem-se reconhecido que a assistência de advogado é sempre facultativa, independentemente do valor da causa, por força do que estabelece o art. 10 da Lei n. 10.259/2001: "As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não". Parágrafo único: "Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do 'caput' ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais". A mesma regra vale, dada a analogia de situações, para o Juizado Especial da Fazenda Pública.

A constitucionalidade desse dispositivo foi questionada, pelo fato de a advocacia ser função essencial à justiça. Mas o Pleno do STF reconheceu-lhe a constitucionalidade, na ADI 3.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 08.06.2006.

Nos juizados especiais em geral, o mandato outorgado ao advogado pode ser verbal, exceto se contiver poderes especiais, já que estes devem ser especificados por escrito (art. 9, § 3º, da Lei n. 9.099/95).

15.8. Do juiz, dos conciliadores e dos juízes leigos

Tanto nos juizados estaduais como nos federais, **a condução do processo e o julgamento são feitos por um juiz togado**, aprovado em concurso público de ingresso à magistratura. Ele é quem apreciará as provas e sentenciará.

O art. 7º da Lei n. 9.099/95 trata dos conciliadores e juízes leigos como auxiliares da justiça. Os primeiros serão recrutados preferentemente

entre bacharéis em direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência. Enquanto atuarem como juízes leigos, os advogados recrutados não poderão exercer a advocacia perante os Juizados Especiais. Mas o enunciado 40 do Fórum Permanente só os impede de atuar perante os Juizados em que funcionem, não nos demais. No Juizado Especial da Fazenda Pública também atuarão conciliadores e juízes leigos, sendo estes escolhidos entre advogados com mais de dois anos de experiência (art. 15, § 1º, da Lei n. 12.153/2009).

Já nos Juizados Federais, não há juízes leigos, mas tão somente conciliadores, que serão designados pelo juiz presidente, pelo período de dois anos, admitida a recondução.

A participação dos conciliadores ocorre na audiência de conciliação, presidida pelo juiz togado, pelo juiz leigo ou pelo próprio conciliador sob sua orientação.

A sua função é tentar compor as partes, obtendo uma solução amigável para o litígio. **Ele tenta, em contato com as partes anterior ao do juiz, resolver consensualmente os problemas**. Se obtiver êxito, reduzirá o acordo a termo, e o encaminhará à homologação do juiz.

Não pode o conciliador tomar nenhuma medida de conteúdo jurisdicional, como colher provas ou proferir decisões.

Já o juiz leigo poderá dirigir a instrução, sob a supervisão do juiz togado, conforme art. 37, da Lei n. 9.099/95. Se o fizer, proferirá sentença, que deverá ser submetida ao juiz togado, que poderá homologá-la, proferir outra em substituição ou, antes de se manifestar, determinar a realização de atos probatórios indispensáveis (art. 40, da Lei n. 9.099/95).

15.9. Procedimento

15.9.1. Introdução

É muito mais concentrado do que os tradicionais. Começa com a petição inicial, que pode ser apresentada na Secretaria do Juizado, por escrito **ou verbalmente**. O réu é citado para comparecer à audiência de conciliação, conduzida por juiz togado ou leigo ou conciliador sob sua orientação. Nessa audiência, se tentará o acordo entre as partes. Caso o réu, citado, **não compareça, haverá revelia e o juiz julgará o processo**; caso o autor não compareça, **o processo será extinto sem julgamento de mérito**.

Se não houver acordo, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, da qual as partes sairão intimadas. Nela, o réu poderá apresentar contestação, com pedido contraposto, se o desejar. A contestação pode ser apresentada **por escrito ou verbalmente**.

Em seguida, serão colhidas as provas necessárias. A audiência e a instrução serão dirigidas pelo juiz togado, ou por juiz leigo, sob orientação daquele.

Colhidas as provas, será proferida a sentença.

O art. 27, *caput*, da Lei n. 9.099/95 determina que, finda a tentativa de conciliação, proceder-se-á imediatamente à instrução e julgamento, desde que não resulte prejuízo para a defesa. Mas só será possível realizá-los na audiência inicial **se houver a concordância de ambas as partes**. Do contrário, haverá cerceamento de defesa, já que se houver testemunhas, elas precisarão ser intimadas, não sendo a parte obrigada a levá-las. Além disso, o réu tem que ter oportunidade de apresentar defesa, o que pode ser feito até a audiência de instrução e julgamento.

O melhor é que sejam mesmo designadas duas audiências: a de conciliação, e a de instrução e julgamento, podendo o réu apresentar sua contestação até a segunda.

Seja como for, ele terá de ser cientificado da ocasião em que deverá apresentá-la, e das consequências de não o fazer.

Nos itens seguintes, serão examinadas as diversas etapas do procedimento no juizado especial.

15.9.2. Petição inicial

De acordo com o art. 14 da Lei n. 9.099/95, o processo começará com a petição inicial, que deverá ser apresentada, por escrito ou oralmente, à Secretaria do Juizado. O § 1º estatui que a inicial indicará, em forma simples e linguagem acessível: "I — O nome, a qualificação e o endereço das partes; II — os fatos e os fundamentos, de forma sucinta; III — o objeto e seu valor".

A lei determina que a linguagem deverá ser simples e acessível, sobretudo quando o valor da causa for até vinte salários mínimos, em que será dispensado o advogado.

Não há necessidade de requerer a citação do réu, nem de formular requerimento de provas. **Mas é fundamental a atribuição de valor da causa**, tanto para verificar a competência do juizado como a necessidade, ou não, de intervenção de advogado.

Admite-se pedido genérico, quando não for possível determinar desde logo, a extensão da obrigação. Pode ainda haver pedidos alternativos ou cumulados, desde que conexos e que, nesta última hipótese, a soma dos valores não ultrapasse os limites de alçada do juizado.

Quando o pedido for feito oralmente, na Secretaria do Juizado, será

reduzido a escrito, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos (art. 14, § 3º, da Lei n. 9.099/95).

Além do pedido, a inicial deve indicar os fundamentos. **Os mais relevantes são os de fato, porque os de direito o juiz conhece**. Como em determinados casos se admite que a pretensão seja formulada sem intermédio de advogado, deve haver grande tolerância a respeito dos fundamentos jurídicos, que podem até mesmo ser dispensados.

15.9.3. Recebimento e indeferimento da inicial

Há uma particularidade que merece atenção: no sistema tradicional do CPC, o juiz, antes de determinar a citação do réu, examina a inicial, determinando eventuais emendas e correções, sob pena de extinção do processo.

No juizado, registrado o pedido inicial, **independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de quinze dias. Isso é feito antes que o juiz examine a petição inicial**.

Só haverá indeferimento e extinção do processo sem julgamento de mérito, depois de tentada a conciliação. É o que dispõe o art. 51, I, da lei: "Extingue-se o processo sem julgamento do mérito quando inadmissível o procedimento instituído por esta lei ou seu prosseguimento, após a conciliação".

Se, na audiência de conciliação, o juiz verificar a necessidade, determinará a emenda da inicial. O réu, que já terá sido citado para a audiência de conciliação, deverá ser cientificado da emenda, para que até a audiência de instrução e julgamento possa apresentar resposta.

15.9.4. Tutelas de urgência

Muito se discutiu sobre a possibilidade de concessão de tutelas antecipadas e cautelares, nos processos do juizado especial cível. Ora, se a função é permitir uma tutela mais célere, e com menos formalidades, não seria razoável negar-se a possibilidade de tutelas de urgência, quando o provimento estiver sob risco.

O enunciado 26 do Fórum Permanente as autoriza expressamente, tanto as tutelas acautelatórias quanto antecipatórias. Os requisitos são os mesmos que no processo tradicional. Contra a decisão que apreciá-las, ter-se-á de admitir o agravo de instrumento. É certo que a Lei n. 9.099/95 não o prevê, mas ele há de ser admitido nas hipóteses de urgência, pois, do contrário, haveria perigo de prejuízo irreparável.

15.9.5. O regime das custas

Não há custas, taxas ou despesas, em primeiro grau de jurisdição. É o que dispõe o art. 54 da Lei n. 9.099/95: "O acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas". É que o juizado presta-se a tornar o Judiciário mais acessível aos interessados, sobretudo naquelas causas que possivelmente não seriam levadas a juízo, em outras circunstâncias.

Por essa razão, **a sentença não condenará o vencido em custas e honorários advocatícios, ressalvados os casos de litigância de má-fé**, estabelecidos no art. 17 do CPC. O enunciado 44 do Fórum Permanente esclarece: "No âmbito dos Juizados Especiais, não são devidas despesas para efeito do cumprimento de diligências, inclusive quando da expedição de cartas precatórias".

A dispensa de custas vale tanto para os processos de conhecimento como para os de execução.

Mas há um único caso em que haverá condenação em custas na primeira instância. Trata-se da hipótese do art. 51, I, da Lei n. 9.099/95, em que o processo é extinto sem julgamento de mérito, quando o autor deixa de comparecer a qualquer das audiências do processo. O juiz o condenará nas custas (enunciado 28 do Fórum Permanente), a menos que ele comprove que a ausência decorre de força maior, caso em que o juiz o poderá isentar (art. 51, § 2º, da Lei). Mesmo nesse caso haverá somente a condenação em custas, não em honorários advocatícios, só devidos em caso de má-fé.

Se houver recurso, desaparece a isenção de custas e honorários. O recurso contra a sentença deve vir acompanhado de preparo, que compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, salvo se o recorrente requerer e obtiver os benefícios da justiça gratuita (art. 54, parágrafo único, da lei). No Estado de São Paulo, esse preparo será composto das custas iniciais, de 1% do valor da causa, mais o preparo propriamente dito, de 2% do valor da condenação ou da causa, se não houver condenação, conforme disposto na Lei n. 11.608/2003.

Os honorários advocatícios serão impostos ao recorrente vencido, na proporção de 10 a 20% do valor da condenação, ou, não havendo condenação, do valor da causa. Mas os honorários serão devidos pelo recorrente vencido, mesmo que o recorrido não tenha apresentado contrarrazões.

Só haverá a imposição de verba de sucumbência se o vencido for o recorrente. Não se impõe o mesmo ônus ao recorrido vencido.

15.9.6. Citações e intimações

De acordo com o art. 18, da Lei n. 9.099/95, a citação no juizado **far-se-á por carta ou por mandado**. A carta deverá ser encaminhada com aviso de recebimento. Parece-nos que, quando o destinatário for pessoa física, a citação só se aperfeiçoará se o aviso for assinado por ela, até porque o art. 18, II, alude a "recebimento em mão própria". No entanto, o enunciado 5 do Fórum Permanente estabelece que "A correspondência ou contrafé recebida no endereço da parte é eficaz para efeito de citação, desde que identificado o seu recebedor", o que, parece-nos, contraria o texto de lei.

Já quando o citando for pessoa jurídica ou firma individual, a citação se aperfeiçoará mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado.

Somente quando necessário, a citação far-se-á por oficial de justiça, **independentemente de mandado ou carta precatória**. A citação por oficial é excepcional, e só cabe quando, por qualquer razão, for inviável por correio (por exemplo, se o local em que residir o citando não contar com esse serviço).

Se o oficial de justiça verificar que o réu está se ocultando, fará a citação com hora certa.

O enunciado 35 do Fórum Permanente conclui que "É dispensável a expedição de carta precatória nos Juizados Especiais Cíveis, cumprindo-se os atos nas demais Comarcas mediante via postal, por ofício do juiz, fax, telefone ou qualquer outro meio idôneo de comunicação".

Não se admite a citação por edital, em nenhuma hipótese, no juizado especial cível. Se o réu não for localizado, o juiz extinguirá o processo sem julgamento de mérito.

Nos Juizados Federais, a citação far-se-á na forma do art. 7º, da Lei n. 10.259/2001.

Ela deve conter cópia do pedido inicial, dia e hora para comparecimento do citando e advertência de que, não comparecendo este, considerar-se-ão verdadeiras as alegações iniciais, e será proferido julgamento de plano.

Além disso, "deverá constar da citação a advertência, em termos claros, da possibilidade de inversão do ônus da prova" (enunciado 53 do Fórum Permanente).

As intimações far-se-ão da mesma forma que as citações, ou por qualquer outro meio idôneo.

Se, no curso do processo, as partes mudarem de endereço e não o comunicarem ao juízo, reputar-se-ão eficazes as intimações enviadas ao local anteriormente indicado.

O enunciado 51 do Fórum Permanente estabelece que "A intimação do advogado é válida na pessoa de qualquer integrante do escritório, desde que identificado".

15.9.7. Da revelia do réu

Nos processos tradicionais, haverá revelia do réu que não apresentar contestação. Nos Juizados Especiais, além dessa, há outra causa de revelia: **o não comparecimento do réu, a qualquer uma das audiências, tanto a de conciliação quanto a de instrução e julgamento**. É o que estabelece o art. 20 da Lei n. 9.099/95: "Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do juiz". Há necessidade de comparecimento pessoal, **não bastando que ele se faça representar por advogado, ainda que este tenha poderes para transigir**. O enunciado 20 do Fórum Permanente não deixa dúvidas, ao qualificar de obrigatório o comparecimento das partes à audiência, podendo a pessoa jurídica fazer-se representar por preposto. Se o **autor não comparecer pessoalmente a qualquer das audiências, o juiz extinguirá o processo, sem julgamento de mérito; e se o réu não comparecer, será considerado revel**.

Mesmo que o réu tenha apresentado resposta, a sua ausência em qualquer das audiências, implicará em revelia.

Por isso, é indispensável que, ao ser citado, tome conhecimento das consequências do seu não comparecimento.

Também haverá revelia se, sendo a causa de valor superior a vinte salários mínimos, o réu não apresentar contestação, escrita ou oral, subscrita por advogado, o que deverá ser feito até a audiência de instrução e julgamento. Se a causa for de valor até vinte salários mínimos, não há necessidade de contestação por advogado, e o juiz, na audiência de instrução e julgamento apenas ouvirá o réu, que poderá apresentar a sua versão dos fatos.

15.9.8. Da audiência de conciliação

É de grande importância no procedimento do juizado, **e ocupa uma posição de preeminência, sendo realizada logo no início do procedimento**. Assim que for apresentado pedido inicial na Secretaria do Juizado, será, por ela, designada a "sessão de conciliação", no prazo de quinze dias, dentro dos quais o réu deverá ser citado.

A conciliação é tentada, portanto, antes que o réu tenha oportunidade de oferecer resposta, e antes mesmo que o juiz tenha examinado a inicial.

A conciliação é um objetivo primordial do juizado. Por isso, manda o art. 21 da Lei n. 9.099/95 que "aberta a sessão, o juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei". Será essa a oportunidade de o autor ser advertido quanto à eventual renúncia de seu crédito, naquilo que exceder os limites de alçada do juizado.

Esse dispositivo evidencia a necessidade de que **haja um empenho do juiz em obter a conciliação**. Cabe-lhe, no contato com as partes, tentar o acordo, mostrando-lhes as vantagens que este trará, e as desvantagens que podem decorrer do prosseguimento do processo. **Mas esse empenho não pode ir ao ponto de levar o juiz a comprometer a sua imparcialidade, ou antecipar a sua convicção**.

Dada a importância da conciliação, a lei determina que haja o comparecimento pessoal das partes, não bastando o de procurador munido de poderes para conciliar. A ausência do autor implicará a extinção do processo sem julgamento de mérito, e a do réu, a revelia, caso em que o juiz togado proferirá sentença. Mas, se qualquer das partes comprovar a impossibilidade de comparecimento, o juiz designará nova data, já que as sanções acima mencionadas ficam reservadas para a hipótese de ausência injustificada. A pessoa jurídica pode ser representada por preposto, que compareça munido de carta de preposição.

Essa audiência poderá ser conduzida pelo juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação. A atuação do conciliador pode ser muito proveitosa, já que ele poderá ficar mais à vontade para dar sugestões e mediar o acordo, pois não será ele que proferirá a sentença. O juiz, muitas vezes, pode sentir-se tolhido em insistir no acordo, ou sugerir propostas, temendo perder a imparcialidade. Por essa razão, o enunciado 9 do Fórum Permanente considera dispensável a participação do juiz togado ou leigo na sessão de conciliação, que poderá ser conduzida integralmente pelo conciliador, sob a orientação deles.

No Juizado Federal, os representantes da União, autarquias, fundações públicas e empresas públicas têm legitimidade para conciliar e transigir. O mesmo em relação aos Estados e Municípios, no Juizado da Fazenda Pública.

Obtida a conciliação, será reduzida a termo e **homologada pelo juiz togado**, passando a valer como título executivo judicial.

As partes que não conciliarem poderão, no entanto, optar por juízo arbitral, que será examinado no item seguinte.

Nessa audiência, diversas situações podem ocorrer:

- se o réu não for citado, a audiência não se realizará;
- se o réu for citado, e não comparecer, o juiz togado o considerará revel, e proferirá sentença;
- se o autor não comparecer, extinguirá o processo sem julgamento de mérito;
- se ambos comparecerem e houver acordo, o juiz togado o homologará;
- se ambos comparecerem e não houver acordo, poderá haver a opção pelo juízo arbitral;
- não havendo acordo nem opção pelo juízo arbitral, o processo seguirá na forma do art. 27 da lei, com a designação de audiência de instrução e julgamento, na qual o réu terá a oportunidade de oferecer resposta.

15.9.9. A opção pelo juízo arbitral

Estabelece o art. 24, *caput*, da Lei n. 9.099/95 que "não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta lei". **Trata-se de um juízo arbitral que seguirá procedimento próprio, previsto na Lei do Juizado, e não o procedimento da Lei de Arbitragem**.

Para que ele se viabilize, as partes escolherão um árbitro. A partir daí considerar-se-á instaurado o juízo arbitral, independentemente de compromisso do árbitro.

Se ele não estiver presente na sessão de conciliação, o juiz designará data para a audiência de instrução, para a qual o convocará.

Caberá ao árbitro conduzir o processo com os mesmos critérios do juiz, tendo a mesma liberdade que a lei concede a este, seja para determinar as provas necessárias e valorá-las livremente, seja para julgar da forma que entender mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. A decisão do árbitro pode ser proferida por equidade. Mas o laudo arbitral, que será apresentado ao término da instrução, ou no prazo de cinco dias subsequentes, **deverá ser homologado pelo juiz, por sentença irrecorrível**.

15.9.10. Audiência de instrução e julgamento

Será designada caso não haja acordo entre as partes, nem opção pelo juízo arbitral. O art. 27 autoriza que seja realizada imediatamente após a de conciliação, desde que não haja prejuízo à defesa. **Mas raramente isso será possível, porque quase sempre haverá prejuízo ao réu**, que não pode ser compelido a apresentar a sua resposta na sessão de conciliação, nem a

trazer as suas testemunhas. Tampouco o autor deverá trazê-las nessa audiência.

O mais provável é que o juiz designe outra data para a audiência de instrução e julgamento, nos quinze dias subsequentes à de conciliação. É nessa audiência que o réu terá oportunidade de oferecer a sua resposta, se já não o tiver feito anteriormente. Nas causas de valor superior a vinte salários mínimos, apresentará contestação, por advogado, sob pena de revelia. **Nas de valor inferior, se estiver desacompanhado de advogado, o juiz ouvirá a sua versão dos fatos**.

O comparecimento pessoal das partes é sempre indispensável, mesmo nessa audiência de instrução. A ausência do autor implicará a extinção do processo sem julgamento de mérito, e a do réu a revelia, **ainda que ele já tenha apresentado resposta**. Não basta o comparecimento do advogado.

No início da audiência, o juiz tentará mais uma vez a conciliação entre as partes. Não sendo possível, dará oportunidade de resposta ao réu. Depois, serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a sentença. Todas as provas são produzidas em audiência, não havendo necessidade de que sejam previamente requeridas.

Nela, o juiz resolverá todos os incidentes, como os relativos à competência do Juizado, valor da causa, preliminares suscitadas na resposta do réu, provas necessárias para formar a sua convicção e diligências requeridas.

15.9.10.1. Resposta do réu

15.9.10.1.1. Contestação

A contestação é apresentada na audiência de instrução e julgamento, depois de ter sido tentada a conciliação. Pode ser oferecida por escrito ou verbalmente, **e deve veicular todas as defesas que o réu tenha a apresentar, já que também no Juizado Especial vigora o princípio da eventualidade**. É na contestação que o réu alegará preliminares, e toda a defesa de mérito que tiver. Há também o ônus da impugnação especificada dos fatos, sob pena de presunção de veracidade. Mas o juiz deverá considerá-la em consonância com os princípios reguladores do juizado, tolerando eventuais deficiências, sobretudo quando a defesa não seja oferecida por advogado.

Nas causas de valor até vinte salários mínimos, o réu poderá defender-se sem necessidade de advogado. Poderá fazê-lo por escrito, apresentando os argumentos que queira antepor à pretensão inicial; ou

oralmente. **Se oferecida verbalmente, pode ficar registrada apenas em fita magnética ou equivalente** (art. 13, § 3º, da Lei n. 9.099/95). É necessário que haja algum registro, porque pode haver recurso, o que tornará necessário que o Colégio Recursal tenha conhecimento da versão do réu.

Se o valor da causa for superior a esse montante, a contestação terá de ser oferecida por advogado.

15.9.10.1.1.1. Pedido contraposto

Uma das características dos procedimentos do juizado especial é que ao réu será dado formular, na contestação, **pedido contraposto, desde que o seu valor não ultrapasse os quarenta salários mínimos ou, ultrapassando, haja renúncia quando ao excesso**. É indispensável que a matéria suscitada não seja daquelas excluídas da competência do Juizado. **E que possa ser objeto de pedido contraposto**. No Livro VI, Capítulo 6, item 2.3.6.1.1. desta obra, foi examinado aquilo que pode ser objeto de pedido contraposto. Resumidamente, **ele deve estar fundado nos mesmos fatos em que se baseia o pedido inicial**.

Tanto os procedimentos sumários quanto os do Juizado Especial o admitem. Se o valor inicial da causa for de até vinte salários mínimos, **e o réu oferecer pedido contraposto de valor superior, será necessária a intervenção de advogado**.

Apresentada contestação com pedido contraposto, o autor poderá impugná-lo na própria audiência de instrução e julgamento. Mas pode requerer nova data, para ter prazo para oferecer resposta, sobretudo quando forem trazidos fatos ou documentos novos, já que ele não poderá ser instado a defender-se de pronto, sem um prazo para coletar outras informações ou provas.

De acordo com o art. 17, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95 "havendo pedidos contrapostos, poderá ser dispensada a contestação formal". Mas isso se, ao apresentar o pedido contraposto, o réu se opuser aos fatos narrados na inicial.

15.9.10.1.2. Outras formas de resposta

Não cabe reconvenção, uma vez que eventuais pretensões do réu deverão ser objeto de pedido contraposto. **As exceções rituais são admissíveis, mas apenas as de suspeição e impedimento**. A incompetência não será objeto de exceção, pois, ainda que territorial será sempre absoluta. Por isso, o réu deve arguí-la na contestação.

15.9.10.2. Colheita de provas

Todos os meios de prova são admissíveis, como estabelece o art. 32 da Lei n. 9.099/95. No entanto, há certas peculiaridades que merecem exame:

Não há necessidade de requerimento prévio de provas. Nos procedimentos do CPC, conquanto as provas possam ser determinadas pelo juiz de ofício (art. 130, do CPC), as partes que as desejam produzir devem requerê-las com antecedência. Se pretendem ouvir testemunhas, devem arrolá-las no prazo, e se pretendem perícia, devem solicitá-la ao juiz, seja na inicial ou contestação, seja quando instadas a especificar provas.

No juizado especial, o juiz também tem poderes de determinar provas de ofício. O art. 5º da Lei dispõe: "O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica". Mas as partes que queiram produzir provas devem requerê-las na audiência de instrução e julgamento, quando o juiz deliberará sobre quais são pertinentes, indeferindo as que não o forem.

A prova documental pode ser trazida pelas partes, com a inicial ou com a resposta. **Não há óbice a que sejam juntados novos documentos no curso do processo**.

Na audiência, **o juiz pode ouvir as partes, se necessário**. Cada parte pode trazer até **três testemunhas, independentemente de arrolamento prévio ou intimação**. Se for necessária a intimação, a parte pode requerê-la à Secretaria do Juizado. Mas só se necessário, pois do contrário a própria parte trará a testemunha. Aquela que, intimada, não comparecer, poderá ser conduzida coercitivamente para a audiência. Se possível, a condução será feita de imediato; se impossível, o juiz designará nova data.

A colheita da prova será feita informalmente, sendo desnecessário cumprir as formalidades do CPC, e respeitar a ordem do art. 452. O registro dos depoimentos será feito em fita magnética, vídeo ou outro meio equivalente, mas não será reduzido a escrito. O art. 36 da Lei n. 9.099/95 dispõe: "A prova oral não será reduzida a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos".

Não se admite a prova pericial no Juizado Especial Cível. Esse tipo de prova é sempre demorada, o que a torna incompatível com a celeridade que se espera. Havendo necessidade de prova técnica complexa, o juizado será incompetente para o julgamento do processo, que será extinto sem julgamento de mérito.

No entanto, há soluções alternativas, mais consentâneas com a

informalidade e celeridade que se exige dos juizados, tanto nos estaduais como nos federais.

No Especial Cível, se houver questões técnicas a serem dirimidas, o juiz pode ouvir um técnico de sua confiança, permitindo-se às partes a apresentação de parecer técnico. O juiz deliberará sobre a necessidade dessa prova na própria audiência de instrução. Se decidir pela pertinência, nomeará o técnico, que, se possível, será ouvido de imediato. Caso isso não seja possível, pela impossibilidade de trazer o técnico, ou pela necessidade de que ele se inteire dos fatos, o juiz designará para data próxima audiência em continuação.

Na audiência, as partes podem fazer perguntas, fazer comentários sobre as informações técnicas e pedir novos esclarecimentos. Além disso, podem trazer pareceres, sobre os quais será ouvida a parte contrária, e eventualmente, o técnico de confiança do juiz.

No Juizado Federal e no da Fazenda Pública, o juiz nomeará, se for preciso, para realizar exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, pessoa habilitada, que apresentará laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes (art. 12, *caput*, da Lei n. 10.259/2001 e art. 10, da Lei n. 12.153/2009).

O juiz ainda pode, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que pessoa de sua confiança o faça (art. 35, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95).

A instrução será conduzida por juiz togado, ou por juiz leigo, sob orientação daquele.

15.9.10.3. Sentença

Concluída a instrução, o juiz proferirá a sentença. Não há previsão legal para que se façam debates, ou para que as partes apresentem alegações finais.

Se possível, o juiz a proferirá na própria audiência de instrução e julgamento. Mas, se não se sentir habilitado, **pode proferi-la no prazo de dez dias**.

Também no Juizado, as sentenças podem ser de extinção sem ou com resolução de mérito. As primeiras podem ser proferidas a qualquer momento no curso do processo, depois de tentada a conciliação, pois o juiz só examinará a petição inicial depois que ela for tentada, na audiência inicial. **As de mérito, somente na audiência de instrução e julgamento, depois que o réu tiver oportunidade de oferecer resposta**. Há, no entanto, duas hipóteses em que ele poderá proferir sentença de mérito antes da

resposta do réu, logo depois de tentada a conciliação: quando reconhecer, de plano, a prescrição ou decadência; ou nos casos do art. 285-A do CPC — as sentenças de improcedência de plano, em caso de ações repetitivas — **que se aplica, supletivamente, aos juizados especiais**.

Do ponto de vista formal, há algumas peculiaridades na sentença: não há necessidade de relatório, bastando que o juiz faça um breve resumo dos fatos relevantes da audiência, referindo-se, no essencial, aos informes trazidos nos depoimentos. **Mas a fundamentação é indispensável, já que a Constituição Federal a exige em todas as decisões judiciais**. Nos termos do enunciado 46 do Fórum Permanente, ela poderá ser proferida oralmente e registrada por qualquer meio, eletrônico ou digital, constando da ata apenas o dispositivo.

A sentença pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória. Quando tiver por objeto obrigação de fazer ou não fazer, ou de entregar coisa, será mandamental, conforme art. 52, V, da Lei n. 9.099/95.

Um aspecto fundamental dos julgamentos é que **não estão vinculados ao princípio da legalidade estrita:** "O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum" (art. 6º, da Lei n. 9.099/95). **Portanto, o juiz pode julgar por equidade**. Mas isso não afasta a necessidade de que justifique a sua decisão, que deverá basear-se nos fatos trazidos pelas partes, sob pena de ser *extra petita*.

Tal poder, atribuído ao juiz, coaduna-se com a informalidade do juizado, e com o anseio de uma solução rápida e eficaz.

Por essa mesma razão, **as sentenças haverão de ser sempre líquidas**, uma vez que não se admite nenhum tipo de liquidação no juizado especial, nem por arbitramento, nem por artigos. Por isso, ainda que na inicial o autor formule pedido genérico, o juiz na sentença determinará o valor da condenação, que deve ser apurável de plano, por meros cálculos aritméticos.

O valor da condenação deve ficar sempre restrito aos limites do Juizado (art. 39), **sendo ineficaz aquilo que ultrapassar esse montante**. Se a sentença for homologatória de acordo, não há limites no Juizado Cível. No Federal e no da Fazenda Pública, até os acordos devem respeitar os limites da lei.

Não haverá reexame necessário das sentenças proferidas no Juizado Especial, mesmo que contra a Fazenda Pública da União, Estados e Municípios.

15.9.11. Coisa julgada material

Não há peculiaridades no que concerne à coisa julgada material. As sentenças de mérito, quando não mais suscetíveis de recurso, não podem mais ser discutidas, no mesmo processo (coisa julgada formal), ou em qualquer outro (coisa julgada material). Mas as de extinção sem resolução de mérito só ficam sujeitas à coisa julgada formal.

A informalidade e simplicidade do processo não afastam a coisa julgada material: **a cognição no juizado é exauriente, e as sentenças de mérito são definitivas**.

15.9.12. Recursos

15.9.12.1. Recurso contra sentença (recurso inominado)

Contra a sentença caberá um recurso, para o qual a lei não deu nome, mas que guarda semelhança com a apelação. **Ele será sempre escrito, e deverá, seja qual for o valor da causa, ser subscrito por advogado**. Nos Juizados Cíveis e da Fazenda Pública, o recurso é admissível tanto contra a sentença definitiva (de mérito), como contra a extintiva. Já no Juizado Federal, só contra a sentença definitiva, nos termos do art. 5º, da Lei n. 10.259/2001: "Exceto nos casos do art. 4º, somente será admitido recurso de sentença definitiva".

Contra a sentença homologatória de acordo ou de laudo arbitral não cabe recurso.

A competência para examiná-lo será do Colégio Recursal, órgão composto por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado. Não há ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, porque o recurso é examinado por órgão distinto daquele que proferiu o julgamento.

O prazo para interposição não coincide com o da apelação no processo comum: **são dez dias, contados da data em que as partes tomam ciência da sentença**. Se esta for proferida na própria audiência, as partes saem intimadas; do contrário, haverá necessidade de intimação.

Há preparo, que deverá incluir o valor das custas iniciais, não recolhidas quando da propositura da ação, mais o preparo propriamente dito. O valor deverá ser indicado pelas leis de custas estaduais. Não há necessidade de que o recolhimento seja comprovado no momento da interposição do recurso, pois o art. 42, § 1º, do CPC, **determina o recolhimento nas 48 horas seguintes à interposição, independentemente de nova intimação**.

A falta de preparo implicará deserção. Apresentado o recurso, a parte contrária será intimada para oferecer contrarrazões, o que só poderá ser feito por advogado.

O recurso não tem efeito suspensivo. No entanto, em situações excepcionais, quando o juiz verificar que do cumprimento imediato da sentença pode resultar perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, **pode concedê-lo excepcionalmente**. Afora isso, o autor poderá promover a execução provisória da condenação.

Se necessário, pode a parte requerer a transcrição da gravação da fita magnética dos atos realizados, correndo por sua conta as custas correspondentes.

O julgamento, para o qual as partes serão intimadas, será feito na forma do art. 46 da Lei n. 9.099/95: "O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão".

De acordo com os enunciados 102 e 103 do Fórum Permanente, o relator do recurso, nas turmas recursais, poderá valer-se do art. 557 e § 1º-A, do CPC, isto é, em decisão unilateral, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior; e poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Em ambos os casos, o prejudicado poderá apresentar recurso interno, no prazo de cinco dias, para a turma julgadora.

Diante da falta de previsão expressa, **não se admite recurso adesivo nos juizados especiais, conforme enunciado 88 do Fórum Permanente**.

15.9.12.2. Agravo

Não há previsão legal de agravo contra as decisões interlocutórias no Juizado Especial Cível. O princípio da oralidade, muito mais evidente do que nos processos comuns, torna efetiva a regra da irrecorribilidade das interlocutórias.

As decisões proferidas no curso do processo são irrecorríveis, diversamente do que ocorre nos processos tradicionais. Em contrapartida, elas **não precluem**, o que significa que poderão ser rediscutidas, após a sentença, por meio do recurso contra ela interposto. Por isso, no recurso inominado contra a sentença, a parte prejudicada pode rediscutir não só

aquilo que foi nela apreciado, como tudo que ficou decidido no processo, já que as decisões anteriores à sentença, sendo irrecorríveis, não terão ficado preclusas.

Por exemplo: imagine-se que uma das partes requereu a ouvida de testemunhas, que o juiz indeferiu. Não caberá agravo contra essa decisão, mas a parte prejudicada poderá, no recurso contra a sentença que lhe seja desfavorável, suscitar a questão e postular a nulidade do julgamento. No processo tradicional, se o indeferimento das testemunhas tivesse sido determinado no curso da audiência, antes da sentença, haveria necessidade de interposição de agravo, para evitar a preclusão.

A regra, portanto, é que de que não cabe agravo no juizado. No entanto, apesar da falta de previsão, tem-se admitido, em casos muito excepcionais, o agravo de instrumento. São duas as hipóteses: **nos casos em que haja perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, o que ocorre quando o juiz decide as tutelas de urgência, sejam elas cautelares ou antecipadas. E nos casos em que ele indefere o processamento do recurso inominado contra a sentença ou do recurso extraordinário**.

Na primeira hipótese, a admissão do agravo de instrumento é essencial, pois a situação de urgência exige que, de imediato, o Colégio Recursal possa reexaminar o que foi decidido. Não seria razoável que só se pudesse recorrer contra decisões relativas à tutela de urgência depois de proferida sentença. Na segunda, o agravo de instrumento é necessário, pois, do contrário, estar-se-ia dando ao juiz a possibilidade de suprimir o acesso ao Colégio Recursal, nos casos de indeferimento do recurso inominado. E ao juiz ou ao Colégio Recursal a possibilidade de vedar o acesso ao Supremo Tribunal Federal, os casos de cabimento de RE.

Nos casos de urgência, o Colégio Recursal poderá atribuir efeito suspensivo ou ativo ao recurso inominado.

Não cabe agravo retido no Juizado Especial, já que os dois casos de admissibilidade acima mencionados só são compatíveis com o de instrumento. O art. 5º da Lei n. 10.259/2001 e o art. 4º da Lei n. 12.153/2009 admitem a interposição de recurso contra decisão interlocutória, desde que se trate de tutela de urgência, nos Juizados Federais e da Fazenda Pública, respectivamente.

15.9.12.3. Embargos de declaração

Foram expressamente previstos, no art. 48 da Lei n. 9.099/95. Diferentemente daqueles interpostos nos processos tradicionais, **só cabem contra sentenças e acórdãos, não contra decisões interlocutórias**. As hipóteses de cabimento são as mesmas previstas no CPC: quando a sentença

ou acórdão padecer dos vícios da obscuridade, contradição ou omissão.

O prazo também é o mesmo: **cinco dias**. Mas há duas particularidades. A interposição do recurso não interrompe, **apenas suspende o de outros recursos**. No processo tradicional, quando qualquer das partes interpõe os embargos, o prazo para interposição de outros recursos é integralmente restituído às partes, depois que elas são intimadas da decisão dos embargos. No juizado especial não é assim: o prazo é suspenso, e tornará a correr pelo restante.

Outra particularidade é que eles poderão ser **opostos oralmente**, o que, em regra, ocorre quando a sentença for proferida na própria audiência.

Quando a sentença ou acórdão contiverem apenas erros materiais, a correção poderá ser feita de ofício, independentemente de embargos de declaração, aplicando-se supletivamente o art. 463, I, do CPC.

15.9.12.4. Embargos infringentes

O juizado especial não admite embargos infringentes. Nem mesmo a aplicação supletiva do CPC permitiria esse recurso, só previsto quando houver acórdão não unânime, no julgamento de apelação que reforma sentença de mérito, ou que acolhe ação rescisória. Como, no Juizado Especial, não há nem apelação, nem ação rescisória, ele fica excluído.

15.9.12.5. Recurso especial e extraordinário

Não se admite recurso especial no juizado especial cível. O seu cabimento está restrito às hipóteses do art. 105, III, da CF, que exige, como condição *sine qua non*, que a decisão recorrida **tenha sido proferida em única ou última instância por Tribunal Regional Federal ou pelos Tribunais dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios**. Ora, o acórdão, no juizado especial cível não é proferido por tribunal, mas pelos colégios recursais.

O mesmo não ocorre com os recursos extraordinários, já que o art. 102, III, da CF o admite contra **as causas decididas em única ou última instância**, não havendo necessidade de que seja por tribunal. Ora, as decisões do colégio recursal são de última instância, o que o torna admissível.

A Súmula 640 do STF afasta qualquer dúvida: "É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível ou criminal". O art. 15 da Lei n. 9.099/95 o autoriza expressamente.

15.9.13. A execução nos juizados especiais cíveis

A Lei n. 9.099/95 regula o procedimento das execuções e cumprimentos das sentenças proferidas no âmbito do juizado especial.

O art. 52 trata do cumprimento das sentenças proferidas no próprio juizado, isto é, das execuções fundadas em título judicial; e o art. 53, das execuções por título extrajudicial.

Em ambos os casos, pode-se dizer que a Lei n. 9.099/95 estabelece um regime próprio de execução, com numerosas peculiaridades. O regime do CPC, tanto para o cumprimento de sentença quanto para a execução por título extrajudicial, aplica-se supletivamente.

15.9.13.1. Cumprimento de sentença

Cumpre ao próprio Juizado Especial promover o cumprimento das sentenças por ele proferidas, observado o disposto no art. 52 da Lei e, supletivamente, o regime do CPC. Conquanto a Lei n. 9.099/95 seja muito anterior à Lei n. 11.232/2005 que, alterando a execução fundada em título judicial, passou a considerá-la apenas fase de cumprimento de sentença, sendo desnecessária nova citação, **já no Juizado Especial a execução de sentença não constituía um novo processo, mas tão somente uma fase subsequente à cognitiva**. É o que se conclui da leitura do art. 52, § 4º, da lei: "não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação".

O sistema de cumprimento de sentença no Juizado, conquanto tenha algumas peculiaridades, está em harmonia com o do CPC, pois em ambos não haverá um processo de execução, mas apenas uma fase de cumprimento de sentença.

O art. 475-J do CPC prevê uma multa de 10% do débito, caso a obrigação de pagar não seja satisfeita no prazo de quinze dias. Embora não haja previsão de multa no regime do Juizado, o CPC aplica-se supletivamente. De acordo com o enunciado 105 do Fórum Permanente, no prazo de quinze dias subsequente ao trânsito em julgado, o devedor deverá fazer o pagamento do débito, independentemente de nova intimação, sob pena de multa de 10%. E o enunciado 97 acrescenta que essa regra vale, mesmo que, com o acréscimo da multa, **o valor da execução ultrapasse os quarenta salários mínimos**. A intimação é desnecessária, pois, de acordo com o art. 52, III, da Lei n. 9.099/95, o devedor, na própria audiência, quando possível, será intimado da sentença, e será instado a cumpri-la logo que ocorra o trânsito em julgado, com a advertência dos efeitos que poderão decorrer do seu descumprimento.

Caso tenha dificuldades de efetuar o pagamento diretamente ao

credor, ou este se recuse a recebê-lo, o devedor que queira eximir-se da multa deve depositá-lo no juízo de origem, ainda que o processo ainda esteja em instância recursal.

Ultrapassado o prazo de quinze dias, o credor poderá, **ainda que oralmente**, requerer o início da execução, caso em que será expedido mandado de penhora, avaliação e intimação do executado. Ele se considerará intimado desde que o mandado seja entregue em seu endereço, o que será certificado circunstanciadamente, nos termos do enunciado 38 do Fórum Permanente.

As principais peculiaridades do cumprimento de sentença, nos Juizados Especiais, são as seguintes:

- O juiz poderá designar audiência de tentativa de conciliação, quando verificar que há possibilidade de acordo entre as partes (enunciado 71 do Fórum Permanente). Ela não é obrigatória, e dependerá das circunstâncias do caso concreto, e da disposição manifestada pelas partes para uma eventual conciliação.
- O mecanismo de defesa do devedor continua sendo os embargos, apresentados no prazo de quinze dias, a contar da intimação da penhora. É o que estabelece o enunciado 104 do Fórum Permanente. **Não se aplica ao Juizado o art. 475-J, § 1º, que autoriza o devedor a defender-se por meio de impugnação**. A defesa será feita por embargos, que têm natureza de ação autônoma, e que serão julgados por sentença contra a qual o recurso cabível é o inominado, e não agravo de instrumento.
- A cognição nos embargos é, no plano da extensão, limitada, isto é, o devedor só poderá defender-se alegando as matérias previstas no art. 52, IX, da Lei n. 9.099/95: falta ou nulidade de citação no processo, se ele correu à revelia; manifesto excesso de execução; erro de cálculo ou causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença. Esse dispositivo prevalece sobre o art. 475-L do CPC, nos termos do enunciado 121 do Fórum Permanente.
- A penhora é condição dos embargos, tal como, no regime do CPC, é indispensável para a impugnação. Por isso, admite-se, verificadas as hipóteses de cabimento, as objeções e exceções de pré-executividade.
- os embargos à execução poderão ser decididos por juiz leigo, observado o disposto no art. 40 da Lei n. 9.099/95 (enunciado 52 do Fórum Permanente).

Com relação à fase expropriatória, aplica-se supletivamente o CPC. Se a execução for de obrigação de fazer ou não fazer, aplicar-se-á o disposto no art. 52, V, do CPC, e o juiz fixará multa diária, para o caso de descumprimento da obrigação.

Nos Juizados Federais e da Fazenda Pública, a execução é especial e segue o procedimento do art. 17 da Lei n. 10.259/2001 e do art. 13 da Lei n. 12.153/2009.

15.9.13.2. Execução por título extrajudicial

Tem cabimento quando o valor do título for de até quarenta salários mínimos. O regime é o do art. 53 do CPC, aplicando-se supletivamente o CPC. O devedor é citado para pagar no prazo de três dias, sob pena de expedição de mandado de penhora e avaliação. As peculiaridades em relação à execução por título extrajudicial previstas no CPC são as seguintes:

- O prazo para embargos não correrá a partir da citação, **mas a partir da intimação da penhora, que continua sendo indispensável para que eles possam ser apresentados**. O enunciado 117 do Fórum Permanente e o art. 53 da Lei não deixam dúvidas de que, tanto na execução por título judicial quanto na por título extrajudicial, os embargos exigem a prévia segurança do juízo pela penhora.
- Feita a penhora, é indispensável a designação de audiência de tentativa de conciliação. **Mas somente depois da penhora, e é nela que o devedor terá a oportunidade de, querendo, oferecer embargos**. Eles são oferecidos na audiência de conciliação, caso o acordo não saia, por escrito ou verbalmente, nos termos do art. 52, § 1º, da Lei n. 9.099/95; não há limitação de matérias alegáveis.
- Nessa audiência, o juiz buscará o meio mais rápido e eficaz para a solução do litígio, **dispensando, se possível, a alienação judicial**. Deve o conciliador propor, entre outras medidas cabíveis, o pagamento do débito a prazo ou a prestação, a dação em pagamento ou imediata adjudicação do bem penhorado (art. 53, § 2º).
- Caso não haja acordo, nem sejam apresentados embargos, ou eles sejam julgados improcedentes, qualquer das partes poderá requerer ao juiz uma das alternativas mencionadas no item anterior.
- **caso o executado não seja localizado ou não existam bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor**. Não se admite a citação por edital, nem a suspensão do processo por tempo indeterminado, até que o executado venha a adquirir bens. Nada impede que a execução volte a ser proposta, no Juizado Especial, caso o devedor apareça, ou sejam localizados bens.

1 Ovídio Baptista da Silva, *Procedimentos especiais*, 2. ed., Rio de Janeiro, AIDE, p. 64.

2 Adroaldo Furtado Fabrício, *Comentários ao CPC*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988, v. 8, tomo 3, p. 139 e 140.

3 Antonio Carlos Marcato, *Ação de consignação em pagamento*, 2. ed., São Paulo,

RT, p. 115.

2

DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

1. Introdução

2. Natureza

3. Distinções entre jurisdição voluntária e contenciosa

4. Características da jurisdição voluntária

5. Regras gerais do procedimento

- 5.1. Legitimidade
- 5.2. Petição inicial e citação
- 5.3. Intervenção do Ministério Público
- 5.4. Resposta
- 5.5. Instrução e sentença
- 5.6. Recursos

6. Pedidos que obedecem ao procedimento examinado nos itens anteriores (5.1 a 5.6)

7. Dois procedimentos específicos de jurisdição voluntária

- 7.1. Separação consensual

8. Questões

1. INTRODUÇÃO

O Livro IV do CPC, que trata dos procedimentos especiais, é dividido em duas partes, ou dois títulos: o primeiro trata da jurisdição contenciosa, e o segundo, da voluntária. Nesse capítulo, serão examinadas a natureza e as principais características da jurisdição voluntária.

2. NATUREZA

A questão mais discutida a respeito da jurisdição voluntária é a da sua natureza, pois forte corrente doutrinária nega-lhe a qualidade de jurisdição, atribuindo-lhe a condição **de administração pública de interesses privados, cometida ao Poder Judiciário**. Pode-se dizer que tem prevalecido, entre nós, a corrente administrativista, que pressupõe que nesse tipo de jurisdição, o juiz não é chamado a solucionar um conflito de interesses.

Apesar disso, **mais modernamente, a tendência tem sido por considerá-la como verdadeira jurisdição**, entre outras razões, porque:

- administração é tutela de interesse público, e jurisdição voluntária, de interesse privado;
- também na jurisdição voluntária, em regra, **há uma situação conflituosa**, capaz de gerar insatisfação, que será solucionada pelo Judiciário. É verdade que nem sempre há interesses contrapostos, embora muitas vezes haja. Entre os casos de jurisdição voluntária, há aqueles em que o conflito é mais evidente, como no de alienação judicial da coisa comum, quando um dos condôminos quer extinguir o condomínio e outro não. Há casos em que não há propriamente litígio, como na separação consensual. Mas, mesmo nessa hipótese, **há insatisfação com uma situação, ou estado, que só pode ser resolvida com a intervenção do Judiciário**. Ainda que não haja confronto quanto ao desejo de separação, esta teve origem em uma divergência, uma situação de insatisfação dos cônjuges.

3. DISTINÇÕES ENTRE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA E CONTENCIOSA

Apesar de a jurisdição voluntária poder ser considerada jurisdição, não há como confundi-la com a contenciosa. Entre as principais diferenças podem ser apontadas:

- ela não serve para que o juiz diga quem tem razão, como nos processos de conhecimento de jurisdição contenciosa, **mas para que tome determinadas providências necessárias para a proteção de um ou de ambos os sujeitos da relação processual**;
- na contenciosa, busca-se obter uma determinação que obrigue a

parte contrária; na voluntária, **uma situação que valha para o próprio autor**. Ou seja, na primeira, a sentença que favorece uma das partes é dada em detrimento da outra; na segunda, é possível que beneficie ambas;

- na contenciosa, o juiz resolve uma situação de confronto; na voluntária, uma situação conflituosa, cuja solução exige uma alteração das circunstâncias que só pode ser propiciada pelo Judiciário.

4. CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

A jurisdição voluntária tem peculiaridades que merece exame. São elas:

não é apropriado falar em "partes", como nos processos de jurisdição contenciosa, mas em "interessados", pois conquanto pressuponha uma situação conflituosa, nem sempre exige que os litigantes estejam em confronto. Nem sempre a sentença que favorece um deles prejudica o outro, sendo possível que favoreça a ambos. O termo **"interessados"** exprime melhor a condição daqueles que vão a juízo, nos processos de jurisdição voluntário;

o procedimento, como regra geral, é mais sumário que o dos processos de jurisdição contenciosa;

o princípio da demanda é mitigado, pois o juiz pode, em muitos casos, **dar início aos processos de ofício**, como na abertura e cumprimento de testamentos e arrecadação de herança jacente;

não se aplica o princípio dispositivo, mas o inquisitivo. É o que resulta do art. 1.107 do CPC: "Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de qualquer provas".

O poder de determinar de ofício as provas não é peculiar à jurisdição voluntária, bastando lembrar que o art. 130 do CPC o prevê em qualquer tipo de processo. Mas o característico **é a possibilidade de o juiz não se ater aos fatos que embasam a pretensão inicial, podendo investigá-los livremente**. Esse poder ele não tem nos processos de jurisdição contenciosa, nos quais deve se ater aos fatos trazidos pelo autor, na inicial, que constituem a causa de pedir. O art. 128 do CPC veda ao juiz o exame de questões não suscitadas, a respeito das quais se exige iniciativa das partes. Essa regra não vale para os procedimentos de jurisdição voluntária, nos quais não há confronto, e onde o juiz não tem que decidir entre um interesse e outro.

Não se aplica o critério da legalidade estrita, como estabelece o art. 1.109 do CPC: "O juiz decidirá o pedido no prazo de dez dias; não é, porém,

obrigado a observar o critério da legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna".

As sentenças definitivas não se revestem da autoridade da coisa julgada material, como nos processos de jurisdição contenciosa, e podem ser modificadas, se ocorrerem circunstâncias supervenientes que o justifiquem. A razão é que inexistem interesses contrapostos. Mas as modificações são condicionadas a circunstâncias supervenientes, que alterem o *status quo* em que a sentença originária foi proferida. Por exemplo: se alguém é interditado e comprova, posteriormente, que não é mais incapaz, poderá postular o levantamento da interdição. Mas, para tanto, é preciso que demonstre que não estão mais presentes as circunstâncias originais.

5. REGRAS GERAIS DO PROCEDIMENTO

O CPC, nos arts. 1.113 a 1.119, formula algumas regras gerais de procedimento, relativas à jurisdição voluntária. Elas serão aplicáveis, desde que não haja norma especial em contrário, pois, nos capítulos subsequentes, há previsão de alguns procedimentos específicos, com peculiaridades que devem ser observadas. Na ausência de tais disposições, prevalecem as regras gerais, que serão examinadas sucintamente.

5.1. Legitimidade

Em regra, o processo origina-se por iniciativa da parte. Mas há procedimentos que podem ser desencadeados pelo Ministério Público (interdição, por exemplo) ou **de ofício pelo juiz** (abertura e cumprimento de testamento e arrecadação de herança jacente, bens de ausentes ou coisas vagas).

5.2. Petição inicial e citação

A inicial deve observar os requisitos do art. 282 do CPC e indicar com clareza a pretensão do autor e os fundamentos de fato e direito em que está fundada. **O valor da causa é indispensável** e deve corresponder ao conteúdo econômico da pretensão.

A citação será feita pelos meios comuns, previstos no CPC, e deverá abranger todos os interessados (CPC, art. 1.105).

As custas e despesas processuais são adiantadas pelo autor, mas rateadas entre os interessados (art. 24 do CPC).

5.3. Intervenção do Ministério Público

A redação do art. 1.105 do CPC traz a impressão de que o Ministério Público deverá intervir em todos os procedimentos de jurisdição voluntária: "Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público". Mas não é assim. Esse dispositivo deve ser interpretado em consonância com o art. 82 do CPC: só há necessidade de intervenção **se estiverem presentes as razões que tornem necessária a sua participação, como aquelas enumeradas no art. 82:** interesse de incapazes, ações que envolvam o estado e a capacidade das pessoas, ou interesse público. Afora isso, o Ministério Público não intervirá.

5.4. Resposta

O réu interessado será citado para apresentar resposta no prazo de **dez dias** (aplicáveis os arts. 188 e 191, do CPC).

Não se pode, apropriadamente, denominar a resposta do réu como contestação, uma vez que não há interesses contrapostos. O réu apresentará sua manifestação, na qual poderá impugnar a pretensão inicial, e apresentar a sua versão dos fatos. Nessa resposta, pode arguir qualquer das preliminares, do art. 301 do CPC, salvo a convenção de arbitragem, que não é admissível no regime da jurisdição voluntária. O acolhimento das preliminares pode implicar a extinção do processo, sem resolução de mérito.

Além das preliminares, o réu pode discutir a pretensão do autor. A falta de resposta implica revelia, mas o seu principal efeito — o de presumir verdadeiros os fatos narrados na inicial — **fica atenuado, diante da adoção do princípio inquisitivo**, que permite ao juiz investigar livremente os fatos e decidir sem observar a estrita legalidade.

Também é possível o oferecimento de exceções rituais de incompetência relativa, impedimento e suspeição. Mas não cabe reconvenção, que pressuporia um confronto de interesses, que não existe.

5.5. Instrução e sentença

O procedimento é concentrado: oferecida a resposta, e ouvido o autor sobre preliminares suscitadas ou documentos novos, o juiz determinará as provas necessárias, de ofício ou a requerimento das partes, podendo designar audiência de instrução e julgamento se necessário.

Em seguida, proferirá sentença, na própria audiência ou no prazo de dez dias. A sentença não tem particularidades estruturais, devendo conter relatório, fundamentação e dispositivo. O que pode ser peculiar é o seu conteúdo, por duas razões: o **juiz não precisa se ater aos fatos narrados na inicial**, podendo investigá-los livremente, sem que a sentença seja

considerada *extra petita*; e **não precisa se ater à legalidade estrita**, podendo dar ao caso a solução que repute mais conveniente, ainda que não corresponda à previsão legal.

Além disso, a sentença não faz coisa julgada material, podendo ser revista a qualquer tempo, desde que se tenham alterado as circunstâncias originárias.

5.6. Recursos

Não há peculiaridades concernentes aos recursos, nos procedimentos de jurisdição voluntária. Contra decisões interlocutórias, caberá agravo; contra a sentença, apelação. Qualquer interessado poderá valer-se dos embargos de declaração, para suprir omissões, contradições ou obscuridades. Também não há especificidades em relação aos demais recursos.

6. PEDIDOS QUE OBEDECEM AO PROCEDIMENTO EXAMINADO NOS ITENS ANTERIORES (5.1 A 5.6)

O art. 1.112 contém um rol de pedidos que obedecem ao procedimento geral de jurisdição voluntária, examinado nos itens seguintes. São eles: a emancipação; sub-rogação; alienação, arrendamento ou oneração de bens dotais, de menores, de órfãos e de interditos; alienação, locação e administração de coisa comum; alienação de quinhão de coisa comum e extinção de usufruto e de fideicomisso.

Esse rol não é taxativo, havendo outros exemplos, que obedecem ao procedimento geral, examinado nos itens anteriores. Podem ser citados o suprimento judicial de outorga uxória (CPC, art. 11) e o suprimento do consentimento para casamento (CC, art. 1.519).

A alienação judicial de bens comuns obedece ao procedimento geral, até a sentença que determina a alienação. Mas a fase subsequente, em que o bem é avaliado e alienado, deve observar o procedimento específico dos arts. 1.113 e ss. do CPC.

7. DOIS PROCEDIMENTOS ESPECÍFICOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Os limites, a extensão e sobretudo a finalidade desta obra, que visa apresentar ao leitor os aspectos mais relevantes do processo civil, preparando-o para os concursos públicos em geral, não permitem examinar todos os procedimentos de jurisdição voluntária. Foi visto o procedimento geral, e serão examinados dois específicos, por serem mais relevantes e

frequentes: os da separação consensual e da interdição.

7.1. Separação consensual

7.1.1. Introdução

Desde a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010, tem havido enorme controvérsia a respeito da persistência, em nosso ordenamento jurídico, da separação dos cônjuges. Há forte corrente doutrinária que sustenta que a nova redação do art. 226, § 6º, da CF, fez desaparecer o instituto da separação. Não nos cabe, em obra de Processo Civil, tomar partido na discussão. Como a questão não está pacificada, havendo também importante corrente doutrinária que pugna pela sua manutenção, optou-se por continuar tratando do assunto, ao menos enquanto a questão permanecer controvertida.

A separação consensual é o mecanismo pelo qual os cônjuges, de mútuo acordo, põem fim à sociedade conjugal, sem dissolverem o vínculo do casamento. Conquanto cessem os deveres e obrigações conjugais, não há possibilidade de novo matrimônio. A dissolução do casamento válido só ocorre com a morte de um dos cônjuges, ou com o divórcio.

A separação consensual pressupõe concordância deles quanto ao encerramento da sociedade conjugal, e aos termos em que ela se fará. Nenhum deles imputa culpa ao outro, nem lhe atribui a causa da separação. Nisso, a separação consensual distingue-se da judicial ou litigiosa, em que um dos cônjuges imputa ao outra culpa.

A ação é pessoal e intransferível. Em caso de morte de um dos cônjuges, o processo será extinto, e não transmitido aos herdeiros ou sucessores. Não há mais interesse na separação consensual, já que, com a morte, estará dissolvido o vínculo matrimonial.

7.1.2. Requisitos para a separação consensual

Para que o juiz homologue o acordo de separação, é preciso que:

- ambos manifestem a vontade de se separar, perante o juízo;
- ambos estejam de acordo com o término da sociedade conjugal;
- o acordo preserve adequadamente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

Com a Emenda n. 66/2010 desapareceu, a nosso ver, a exigência de que os cônjuges estejam casados há pelo menos um ano. A razão é que, como não se exige mais prazo mínimo para postulação do divórcio direto, não faria sentido que se continuasse exigindo para a separação.

7.1.3. Possibilidade de a separação ser realizada extrajudicialmente

A Lei n. 11.441, de 05 de janeiro de 2007, acrescentou ao CPC o art. 1.124-A que autoriza **a separação e o divórcio consensuais realizados por escritura pública**, sem necessidade de homologação judicial: "A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento".

É indispensável que o casal não tenha filhos menores ou incapazes, o que exigiria a fiscalização judicial e do Ministério Público.

Além disso, é preciso que ambos os cônjuges estejam **assistidos por advogado**, que pode ser comum, ou de cada um, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Da escritura constarão as regras sobre partilha de bens, alimentos e o nome que os cônjuges usarão, após a extinção da sociedade conjugal.

A escritura não será homologada em juízo, e constituirá título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

7.1.4. Procedimento da separação consensual requerida em juízo

7.1.4.1. Petição inicial

O procedimento da separação consensual é regulado nos arts. 1.120 a 1.124 do CPC, com os acréscimos do art. 34 da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio).

O requerimento é formulado em conjunto, por ambos os cônjuges. Não havendo acordo, a separação não poderá ser consensual. Por isso, na inicial, ambos manifestarão a sua concordância quanto aos termos do acordo. Se os cônjuges não puderem ou não souberem assinar, é lícito que outrem o faça a rogo deles.

Se as assinaturas não forem lançadas na frente do juiz, é preciso que estejam reconhecidas por tabelião.

A inicial deve indicar os bens do casal, e a forma pela qual serão partilhados; o acordo relativo à guarda de filhos menores; o valor da contribuição para criar e educar os filhos e a pensão alimentícia que um cônjuge deverá pagar ao outro, que não possuir condições para sustentar-se. Indicará, ainda, se os cônjuges manterão o nome de casados ou voltarão a usar os de solteiros. No silêncio, presume-se que conservarão o de casados.

Nada impede que, depois da homologação do acordo, aquele que optou por manter o nome de casado mude de ideia, e postule a alteração para o nome de solteiro, o que será deferido independentemente da anuência da parte contrária. Trata-se da única cláusula do acordo de separação que, após a homologação, **pode ser alterada unilateralmente**.

O art. 1.121, parágrafo único, do CPC faculta aos cônjuges relegar a partilha para outro momento, caso não haja consenso entre eles. **Eventual desacordo sobre ela não é empecilho a que seja homologada a separação**. Mas, mesmo que isso ocorra, é preciso que a inicial indique quais são os bens. Não há necessidade de que a partilha seja igual, mas o juiz poderá recusar a homologação, se verificar que o acordo não preserva suficientemente os interesses de algum dos cônjuges ou dos filhos.

O direito de visita aos filhos menores também pode ser regulado posteriormente.

A pensão alimentícia devida por um cônjuge ao outro deve ser fixada no acordo, sob pena de presumir-se a sua desnecessidade.

A inicial será acompanhada da certidão de casamento, e de eventual pacto antenupcial. Se houver filhos, das certidões de nascimento. E se houver bens, dos comprovantes de propriedade.

7.1.4.2. Tentativa de conciliação

Se a inicial estiver em termos, o juiz designará audiência, para ouvir os cônjuges, e tentar reconciliá-los. Ele ouvirá cada um separadamente, procurando conhecer os motivos da separação, esclarecendo-lhes as consequências. **Nessa audiência, não há participação de advogado**.

Sua finalidade é permitir ao juiz verificar se as partes estão firmes no propósito de separar-se e se não há possibilidade de uma reconciliação. Caso elas se mostrem hesitantes, ele não a homologará de imediato, mas marcará uma nova data, nos próximos quinze a trinta dias, nos quais as partes refletirão se efetivamente querem separar-se. Se na nova audiência não ratificarem o desejo de separação ou não comparecem, **o juiz arquivará os autos**. Ele só homologará a separação se as partes manifestarem o firme propósito de separar-se.

Mas antes de o fazer, ouvirá o Ministério Público. Em seguida decidirá, podendo indeferir a homologação, se verificar que não estão preenchidos os requisitos, ou que ela não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. Da sentença que negar homologação, cabe recurso de apelação.

7.1.4.3. Da interdição

7.1.4.3.1. Introdução

A incapacidade civil das pessoas naturais cessa quando elas atingem a maioridade, aos dezoito anos. A partir de então, elas se tornam aptas a praticar, por si sós, todos os atos da vida civil, sem precisar ser representadas ou assistidas.

Pode ocorrer que, apesar de a pessoa ter alcançado a maioridade, **outras razões impeçam que ela tenha condições de gerir-se**. Isso pode ser consequência de enfermidade física ou deficiência mental, que afete o seu discernimento.

O art. 4º, do CC, enumera as causas de incapacidade. A menoridade é uma delas, mas há outras, que podem atingir pessoas maiores.

Se a pessoa é maior, mas não é capaz, em razão de causa de incapacidade absoluta ou relativa, é necessário interditá-la, **porque há uma presunção de capacidade dos maiores, que precisa ser afastada**. Fica ressalvada a hipótese do índio, regulada pela Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio). Ele não é interditado, mas fica sob tutela da União, até adaptar-se à civilização. O CPC trata do procedimento da interdição e da nomeação de curador nos arts. 1.177 a 1.186.

Como a finalidade é declarar a incapacidade, não há interesse para promover a interdição de menores de dezesseis anos, que já são absolutamente incapazes, e estão sob os cuidados dos pais ou tutores. Mas é possível a do menor entre dezesseis e dezoito anos, relativamente incapaz, para que se possa reconhecer a incapacidade absoluta, e para que nos atos da vida civil ele passe a ser representado, não apenas assistido.

7.1.4.3.2. Procedimento

O processo de interdição tem por finalidade **declarar a incapacidade, absoluta ou relativa, daquele que está privado do discernimento necessário para praticar sozinho os atos da vida social, ou exprimir a sua vontade**.

Na sentença que declarar a interdição, o juiz fixará os limites da incapacidade — se absoluta ou relativa — e os da curatela.

7.1.4.3.2.1. Competência

A competência é do foro de domicílio do interditando (regra de competência relativa). Se, nesse foro, houver vara de família, será ela a competente; se não, a ação processar-se-á em Vara Cível comum.

7.1.4.3.2.2. Legitimidade

Vem estabelecida no art. 1.768 do Código Civil: podem promovê-la

os pais ou tutores; o cônjuge ou qualquer parente e o Ministério Público. Mas a legitimidade deste último fica limitada aos casos de doença mental grave ou de inexistência ou inércia dos demais legitimados; ou ainda se os demais legitimados forem também incapazes.

O art. 1.177, II, do CPC exigia parentesco próximo, como condição de legitimidade, mas o Código Civil, que é posterior, **contentou-se com o mero parentesco**. Não há, como no CC de 1916, peculiaridades no que concerne à legitimidade para requerer a interdição do pródigo.

7.1.4.3.2.3. Petição inicial

Deve preencher os requisitos do art. 282 do CPC, cumprindo ao requerente provar a sua legitimidade para requerer a interdição, juntando os documentos que comprovem a relação com o interditando. A inicial deve descrever com clareza os fatos em que se funda a atribuição de incapacidade a ele, cabendo ao autor esclarecer por que ele não tem condições ou discernimento para gerir a si próprio ou aos seus negócios.

7.1.4.3.2.4. Citação e interrogatório do interditando; intimação do Ministério Público

Se a petição inicial estiver em termos, **o juiz designará data para interrogar o interditando, determinando que ele seja citado e intimado para comparecer**. O interrogatório é fundamental, pois permitirá ao juiz, em contato direto com o interditando, examiná-lo, tentar apurar o grau de seu discernimento, e extrair impressões a respeito de sua conduta, e de sua capacidade. Por isso, **é obrigatório**, a menos em casos excepcionais, quando o juiz verifique que é tal a condição do interditando que não é viável ouvi-lo. A simples impossibilidade de ele deslocar-se não é pretexto para a dispensa, devendo o juiz e o promotor se deslocarem até onde ele se encontra. A dispensa fica reservada a hipóteses realmente excepcionais, em que o interditando não tem nenhuma condição de ser ouvido.

As perguntas e respostas serão reduzidas a termo, para que se possa formar uma melhor impressão. A audiência se realiza antes do início do prazo que o interditando tem para impugnar o pedido. O autor não participa do interrogatório, mas o Ministério Público deve ser intimado para participar.

Quando o *Parquet* não é o autor, funcionará como fiscal da lei, em todos os processos de interdição, já que eles versam sobre a capacidade das pessoas.

7.1.4.3.2.5. Impugnação

No prazo de cinco dias após o interrogatório, o interditando poderá, constituindo advogado, impugnar o pedido. Mas isso se ele ainda tiver algum discernimento. Por essa razão, **a lei processual permite que qualquer parente sucessível possa constituir, em favor dele, advogado com poderes judiciais que teria se nomeado pelo interditando, respondendo pelos honorários** (CPC, art. 1.182, § 3º). O art. 1.182, § 1º, determina que o Ministério Público defenda os interesses do interditando, a menos que seja o autor do pedido, caso em que lhe será dado um defensor.

A razão de todos esses cuidados legais é que a interdição pode ser utilizada para fins diversos daqueles para os quais foi prevista. Há casos em que é requerida não em razão de verdadeira incapacidade, mas para afastar alguém da gerência de seus negócios, em razão de interesses inconfessáveis.

A falta de impugnação não gera a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial. É preciso obter a certeza de que o interditando é mesmo incapaz. Se a citação tiver sido feita por edital ou com hora certa, será necessária a nomeação de curador especial.

7.1.4.3.2.6. Provas

Tenha ou não sido apresentada contestação, o juiz determinará **prova pericial**, nomeando especialista que examine o interditando e verifique se ele é incapaz e em que grau. Embora o art. 1.771 do CC aluda a "especialistas", **basta um único perito**. As partes e o Ministério Público terão oportunidade de formular seus quesitos.

Além da prova pericial, o juiz pode determinar outras que entenda necessárias para formar o seu convencimento, podendo designar audiência de instrução e julgamento, quando houver necessidade de ouvir testemunhas.

No processo de interdição, vigora o princípio do livre convencimento motivado. Por isso, o juiz pode até mesmo afastar as conclusões do perito, desde que existam nos autos outros elementos de convicção.

A audiência de instrução e julgamento terá o mesmo procedimento que nos demais tipos de processo. Em princípio, no entanto, não será deferido o depoimento pessoal do interditando, que já foi interrogado pelo juiz anteriormente; mas nada impede que ele seja novamente convocado, de ofício, ou a requerimento dos interessados ou do Ministério Público, para prestar esclarecimentos, ou nos casos em que o juiz entender que é útil para formar o seu convencimento.

7.1.4.5.2.7. Sentença e recursos

Concluída a instrução, o juiz proferirá sentença. Não é ela que

tornará o interditando incapaz. A incapacidade é determinada pela existência de alguma das causas previstas em lei, tanto **que ela tem natureza meramente declaratória**, pois se limita a declarar uma incapacidade que já existia.

O que a sentença faz é **afastar eventual dúvida a respeito da existência do estado de incapacidade**. Sem a interdição, aquele que negociar com o incapaz poderá invocar boa-fé, alegando que não tinha conhecimento da incapacidade, sobretudo quando ela não era notória. Já com a sentença de interdição, ninguém poderá alegar que a desconhecia. Por isso, é preciso que seja registrada no Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de dez dias, devendo constar do edital o nome do interditado, o do curador, a causa da interdição e os limites da curatela. Tais providências são indispensáveis para assegurar a publicidade da sentença e a sua eficácia *erga omnes*.

A eficácia da sentença declaratória de interdição é *ex tunc*, retroagindo à data em que se manifestou a causa de incapacidade. Isso levaria à conclusão de que, todos os negócios jurídicos celebrados depois disso, mas antes da sentença, seriam nulos ou anuláveis. Mas não é esse o entendimento que tem prevalecido, pois poderia trazer grave risco ao comércio e aos negócios em geral, prejudicando terceiros de boa-fé. A melhor solução é:

a) se já há sentença de interdição registrada, a incapacidade é presumida e dispensa provas, de forma que o terceiro que negociou com o incapaz não pode alegar boa-fé; **b)** se não há sentença de interdição, cumprirá demonstrar que o terceiro que negociou com o incapaz tinha condições de conhecer a incapacidade, seja porque era notória, seja porque poderia ser constatada com razoável diligência. Isto é, **é preciso provar que o terceiro estava de má-fé, pois a boa-fé é presumida. Sem essa prova, o negócio celebrado pelo incapaz persistirá**.

Na sentença, o juiz estabelecerá o grau de incapacidade e os limites da curatela, designando quem desempenhará a função de curador, respeitado o art. 1.775 do Código Civil, que fixa uma ordem de preferência.

Contra a sentença, o recurso cabível será o de apelação, que não tem efeito suspensivo, nos termos do art. 1.773 do CC: "A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeito a recurso".

7.1.4.5.2.8. Levantamento da interdição

A qualquer tempo, será possível requerer o levantamento da

interdição, desde que demonstre que cessou a causa de incapacidade. A legitimidade para formular o requerimento é atribuída à mesma pessoa que requereu a interdição, ao próprio interditando e ao Ministério Público. Conquanto o interditando seja incapaz, a lei lhe atribui ao menos a incapacidade de requerer o levantamento da própria interdição.

O procedimento vem estabelecido no art. 1.186, §§ 1º e 2º, do CPC. O pedido será autuado em apenso aos autos do processo de interdição. O juiz nomeará perito para proceder a novo exame do interditando, e, se necessário, designará audiência de instrução e julgamento. Conquanto o dispositivo não o mencione, é possível e até recomendável que o juiz ouça o interditando, para melhor avaliar a sua situação.

Caso o pedido seja acolhido e a interdição levantada, a sentença será publicada, após o trânsito em julgado, pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de dez dias, seguindo-se a averbação no Registro de Pessoas Naturais.

■ 8. QUESTÕES

1. (Promotor de Justiça/RS — 2003) Sobre a ação monitória, assinale a alternativa incorreta.

a) A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.
b) Mesmo que o réu cumpra voluntariamente o mandado, deverá arcar com o pagamento de custas e honorários advocatícios.
c) O réu poderá oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo.
d) Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário.
e) Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

Resposta: "b".

2. (Juiz de Direito/MG — 2007) Conforme disposto no CPC, no capítulo específico, interposta a ação possessória, se o réu alegar ter sido ele o ofendido pelo autor em sua posse e pretender demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos, é CORRETO dizer que:

a) somente poderá fazê-lo através de outra ação possessória conexa;
b) poderá fazê-lo somente através de reconvenção;
c) poderá fazê-lo na própria contestação da ação em que é demandado;
d) poderá fazê-lo através da denunciação da lide.

Resposta: "c".

3. (Juiz de Direito/MG — 2007) Quando a ação de consignação em pagamento se fundar em dúvida sobre quem deva legitimamente receber e comparecendo apenas um pretendente, conforme disposição no CPC, é CORRETO afirmar que o juiz:

a) determinará a conversão do depósito em arrecadação de bens de ausentes;
b) declarará efetuado o depósito e extinta a obrigação;
c) decidirá de plano;
d) declarará efetuado o depósito, extinta a obrigação, continuando o processo a correr unicamente entre os credores.

Resposta: "c".

4. (Juiz de Direito/MG — 2007) Na ação interposta por aquele que pretende exigir a prestação de contas, conforme a disposição do CPC, se o réu não negar a prestação de contas, é INCORRETO afirmar que, em consequência:

a) o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença;
b) a sentença que julgar procedente a ação condenará o réu a prestar as contas no prazo de quarenta e oito (48) horas;
c) as contas serão, desde logo, apresentadas pelo autor, em dez (10) dias, sendo julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz;
d) a sentença que julgar procedente a ação, condenando o réu a prestar as contas, também, imporá a este a pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar, caso não cumpra a condenação no prazo fixado.

Resposta: "c".

5. (Juiz de Direito/MG — 2007) Quanto aos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, conforme dispõe o CPC, é INCORRETO dizer que:

a) 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;
b) a sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes;
c) ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas;

d) o prazo para responder é de quinze (15) dias.

Resposta: "d".

6. (Juiz de Direito/SP — 2004) Considere as proposições a seguir:

I. Face ao princípio da adstrição da sentença ao pedido, consagrado pelo Código de Processo Civil, em ação de manutenção de posse o juiz está impedido de conceder, na sentença, a reintegração, se demonstrado que, por ocasião do ajuizamento, o autor não mais conservava a posse do bem em decorrência de esbulho praticado pelo réu.

II. Na ação de consignação em pagamento, se alegar a insuficiência de depósito, o réu poderá desde logo levantar a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.

III. Se, prestadas as contas pelo inventariante, pelo tutor, pelo curador ou pelo depositário, vier ele condenado a pagar o saldo e não o fizer no prazo legal, o juiz poderá ordenar o sequestro dos bens sob sua guarda para garantia do processo e do credor.

IV. Qualquer que seja o fundamento da ação de despejo, dar-se-á ciência do pedido aos sublocatários, que poderão intervir no processo como litisconsortes.

As únicas proposições verdadeiras são as dos itens:

a) I e II.
b) II e III.
c) II e IV.
d) III e IV.

Resposta: "b".

7. (OAB/MG — 2005) As seguintes afirmativas, no que tange às ações de prestação de contas, são verdadeiras, EXCETO:

a) O saldo credor declarado na sentença poderá ser cobrado em execução forçada.
b) Tanto credor quanto devedor tem o direito de propô-la.
c) Se o réu contestar a ação ou impugnar as contas e houver a necessidade de produzir provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento.
d) O prazo de resposta do réu é de quinze dias.

Resposta: "d".

8. (OAB/MG — dezembro 2005) Nas ações de reintegração e de manutenção de posse, incumbe ao autor provar, EXCETO:

a) A sua posse, bem como a sua propriedade.
b) A turbação ou o esbulho praticado pelo réu.

c) A data da turbação ou esbulho.
d) A continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Resposta: "a".

9. (OAB/SP — abril 2006) Quanto ao processo de interdição, é correto afirmar:

a) somente os pais, tutores e curadores têm legitimidade para requerer a interdição cuja ação deverá ser proposta no foro do domicílio deles, requerentes;
b) os parentes mais próximos, ou seja, aqueles que estiverem incluídos no rol sucessório, também têm legitimidade para requerer a interdição cuja ação deverá ser proposta no foro do domicílio do interditando;
c) tanto o cônjuge como o companheiro têm legitimidade para requerer a interdição, e a ação deverá ser proposta no foro do domicílio do casal;
d) o cônjuge tem legitimidade *ad causam*, mas não tem *ad processum* para requerer a interdição do respectivo parceiro e a ação deve correr no foro do domicílio do interditando.

Resposta: "b".

10. (OAB/SP — abril 2006) Acerca do processo monitório, é correto afirmar:

a) acolhida a inicial, o juiz ordenará a citação do réu para pagar ou entregar a coisa no prazo de 15 dias;
b) acolhida a inicial, o juiz ordenará a intimação do réu para pagar ou entregar a coisa no prazo de 15 dias;
c) desnecessária a intimação ou citação do réu para pagar ou entregar a coisa no prazo de 15 dias, pois basta a expedição do mandado monitório;
d) o mandado monitório é idêntico ao relativo à ação executiva, de modo que o prazo para cumprimento da obrigação deve ser de 24 horas.

Resposta: "a".

11. (OAB/SP — abril 2006) Quanto aos embargos de terceiro, é correto afirmar que:

a) se a decisão que ordenou a penhora for proferida por juiz absolutamente incompetente, o terceiro prejudicado não tem necessidade de embargar, pois não produzirá qualquer efeito aquela decisão com relação ao seu direito. Dessa forma, no cumprimento do mandado, o oficial poderá deixar de cumprir a ordem do juiz, mediante a simples alegação do terceiro de que a decisão é nula e de nenhum efeito;
b) o compromisso de compra e venda desprovido de registro é negócio

nulo e, por isso, não poderá ser fundamentado de embargos de terceiro;
c) somente por embargos de terceiro se anula ato jurídico por fraude contra credores;
d) é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda no compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro.

Resposta: "d".

12. (OAB/SP — agosto 2005) São procedimentos especiais de jurisdição voluntária:

a) a alienação judicial, a curatela dos interditos e a especialização da hipoteca legal;
b) a separação consensual, a abertura, registro e cumprimento dos testamentos e a demarcação de terras;
c) o inventário, o arrolamento e a separação consensual;
d) a prestação de contas, a demarcação de terras e o arrolamento.

Resposta: "a".

13. (Juiz de Direito/MG — 2003-2004) No procedimento de jurisdição voluntária, por provocação do interessado:

a) serão citados, sob pena de nulidade, todos os demais interessados;
b) não haverá citação por ser o respectivo ato incompatível com o procedimento. Serão apenas intimados, por via postal, todos os interessados;
c) não haverá citação pelo fato de que todos os interessados devem constar da inicial;
d) a citação ocorrerá, apenas, se os demais interessados residirem em outra comarca.

Resposta: "a".

14. (Juiz de Direito — TJ/MG — 2004-2005) No procedimento de jurisdição voluntária, por provocação do interessado:

a) serão citados, sob pena de nulidade, todos os demais interessados;
b) não haverá citação por ser o respectivo ato incompatível com o procedimento;
c) serão apenas intimados, por via postal, todos os demais interessados;
d) não haverá citação pelo fato de que todos os interessados devem constar da inicial;
e) a citação ocorrerá, apenas, se os demais interessados residirem em outra comarca.

Resposta: "a".

15. (Juiz de Direito — TJ/MG — 2004-2005) O pedido de levantamento da interdição, cessando a causa que a determinou poderá ser feito:

a) pelo curador nomeado e nos próprios autos da interdição;
b) pelo próprio interditado e apensado aos autos da interdição;
c) pelo próprio interditado e nos autos da interdição;
d) pelo Órgão do Ministério Público nos próprios autos da interdição;
e) de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte.

Resposta: "b".

16. (Ministério Público/SP — 2010) Marque a alternativa correta.

a) O possuidor tem direito à retenção por benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias.
b) O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de esbulho e reintegrado no de turbação.
c) Na pendência do processo possessório, é permitido, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio.
d) Para efeitos de concessão de liminar, o Código de Processo Civil não faz distinção entre posse nova e posse velha.
e) Cabe liminar na ação possessória intentada no prazo de seis meses da violação.

Resposta: "e".

17. (Ministério Público/SP — 2010) A sentença no procedimento de jurisdição voluntária poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos:

a) De ofício pelo juiz, a qualquer tempo, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.
b) A requerimento do interessado, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.
c) A requerimento do interessado, por haver esquecido de juntar prova documental relevante.
d) A requerimento do Ministério Público, na condição de fiscal da lei.
e) A requerimento das partes, no prazo recursal, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.

Resposta: "b".

18. (Ministério Público/SP — 2010) Na chamada "Ação de desapropriação indireta", o desapossado:

a) Não pode invocar defesa possessória como reintegração de posse, apenas podendo reclamar indenização.
b) Pode reclamar indenização pela ocupação ilícita decorrente do esbulho feito por autoridade pública.
c) Pode invocar defesa possessória, vedado reclamar indenização.

d) Não pode optar em utilizar a via possessória ou a indenizatória.
e) Deve aguardar ajuizamento de ação expropriatória pelo poder público, para nela se defender.

Resposta: "b".

19. (Ministério Público/SP — 2010) Assinale a alternativa correta. José teve negada ação de usucapião por não ter demonstrado o tempo necessário para a aquisição dominial:

a) O caso é de carência de ação, não podendo reiterar o pedido.
b) O caso é de improcedência de ação, o que opera coisa julgada impedindo reproposição da ação.
c) O caso é de improcedência de ação, que poderá ser reproposta se completado ulteriormente o decurso do tempo.
d) O caso é de improcedência de ação, podendo ser ajuizada ação rescisória caso, no período de dois anos, se complete o período de tempo aquisitivo.
e) O caso é de carência de ação, cabendo ação rescisória, caso se complete o período de tempo aquisitivo.

Resposta: "c".

REFERÊNCIAS

ABREU SAMPAIO, Marcus Vinicius de. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ALBERTO DOS REIS, José. *Intervenção de terceiros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1948.

ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ALMEIDA BAPTISTA, Sonia Marcia Hase. *Dos embargos de declaração*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico y práctico de derecho procesual civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1956.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 8, t. 2.

————. *Alienação da coisa litigiosa*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

————. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et al. *Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

———— et al. *Atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

————. *Mandado de segurança contra ato judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

————. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

————. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 1998.

ALVES BARBOSA, Antônio Alberto. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1.

————. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

————. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 4.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e partilhas*. 15. ed. São Paulo: Leud, 2003.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A democratização da justiça. *RT*, *748*:69.

ARAGÃO, Egas Moniz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 2.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

————. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 1.

————. *Tratado de direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 2.

————. *Direito processual civil. Teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. v. 1 e 2.

ARRUDA ALVIM et al. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

————. *CPC comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 5.

ASSIS, Araken de. *Execução civil nos juizados especiais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

————. *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

————. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

————. *Manual do processo de execução*. Porto Alegre: Lejur, 1987.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

————. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 1.

BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1974. v. 9.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 5.

————. *O novo processo civil brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

————. O juiz e a prova, *RePro 35*.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 7.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BELLINETI, Luiz Fernando. *Sentença civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 1 e 2.

————. *Direito das obrigações*. 9. ed. ed. Paulo de Azevedo, 1957.

BOAVENTURA PACÍFICO, Luiz Eduardo. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BORGES, Marcos Afonso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Leud, 1975. v. 1.

BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

————. Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005. In: Wambier , Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

————. Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

————. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II, t. I.

————. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de*

Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1945.

CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

————. *Honorários advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1943.

CAMERLINGO, André. Os percalços da arbitragem no Brasil. *Phoenix — Informativo do Curso Damásio de Jesus*, n. 20, jun. 2004.

CAMPOS, Antonio Macedo de. *Medidas cautelares*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

CAMPOS JUNIOR, Ephraim. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

————. *Intervenção de terceiros*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

————. *Audiência de instrução e julgamento*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

————. *Do rito sumário na reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996.

————. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro. Forense.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936.

CARREIRA ALVIM, J. E.; CARREIRA ALVIM, Luciana G. *Nova execução de título extrajudicial*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

————. *Elementos de teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

————. *Procedimento monitório*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da ação monitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 8.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1976. v. 10.

CASTRO, José Antonio. *Medidas cautelares*. São Paulo: Leud, 1979.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

CIMARCI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse*. 2. ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CINTRA ALLA, Valentina Jungmann. *O recurso de agravo e a Lei 9.139, de 30.11.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

————. *Manual de direito comercial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Assistência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesual civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

————. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

————. *A* "causa petendi" *no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

————. Precedentes como fonte do direito.

CRUZ E TUCCI, José Rogério et al. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Recurso de terceiro:* juízo de admissibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

————. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. 1 e 2.

————. *Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

————. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, 2 e 3.

————. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

————. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

————. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

————. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 1994.

————. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

————. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 8, t. 3.

FADEL, Sérgio Sahione. *CPC comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

FERRAZ, Sérgio. *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Novo procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

————. *Liminares nas ações possessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Reconhecimento jurídico do pedido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

————. *Da reconvenção no direito processual brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

————. *Ação de nunciação de obra nova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

————. *Direito civil brasileiro*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

————. *Responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

————. *Principais inovações no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto et al. Prescrição: questões relevantes e polêmicas. In: *Novo Código Civil. Questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003. (Série grandes temas de direito privado.)

GOZZO, Débora. *Comentários ao Código Civil brasileiro*; do direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 16.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

————. *Intervenção de terceiros no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 8. ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GUASP, Jaime. *Derecho procesual civil*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1961.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

HANADA, Nelson. *Da insolvência e sua prova na ação pauliana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

JHERING, Rudolf von. *A teoria simplificada da posse*. José Bushatsky Editor, 1976.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível. Teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

————. *Chamamento ao processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JUNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953.

LAMBAUER, Mathias. *Do litisconsórcio necessário*. São Paulo: Saraiva, 1982.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Il titulo esecutivo riguardo ai terzi. In: *Problemi del processo civile*. Napolis: Morano, 1962.

————. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

————. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 7, t. 2.

LIMA FREIRE, Rodrigo da Cunha. *Condições da ação:* enfoque sobre o interesse de agir no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas preventivas*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

————. *Da intervenção de terceiros no processo*. São Paulo: Ed. C. Teixeira, 1930.

LOPES DE OLIVEIRA, Gleydson Kleber. *Recurso especial*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

————. *Ação declaratória*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MALACHINI, Edson Ribas. *Questões sobre a execução e os embargos do devedor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANDRIOLI, Crisanto. *L'azione esecutiva*. Milano: Giuffrè, 1955.

MARCATO, Antonio Carlos. *Anotações de direito processual civil*. Paraná: Bird Gráfica, 1993.

————. *Procedimentos especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

————. Da consignação em pagamento — o procedimento do Código de Processo Civil e da Lei n. 8.245, de 1991. *Revista do Advogado*, n. 63, jun. 2001.

————. A sentença dos embargos ao mandado monitório e o efeito suspensivo da apelação. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. (Coord.) Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

————. *Ação de consignação em pagamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

————. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974.

————. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 1 e 2.

MARTINS, Sandro Gilberto. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATTEIS DE ARRUDA, Antonio Carlos. *Liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. V.

MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTEIRO, João Baptista. *Ação de reintegração de posse*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MORAES SALLES, José Carlos. *Recurso de agravo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

————. *Usucapião de bens imóveis e móveis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOREIRA, Alberto Camiña et al. *Nova reforma processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

MURITIBA, Sérgio. *Ação executiva* "lato sensu" *e ação mandamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

————. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

————. *Teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 7.

NIEMEYER, Sérgio; CONRADO, Paulo Cesar. *Temas controvertidos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. (Vários autores.)

NOGUEIRA MAGRI, Berenice Soubhie. *Ação anulatória:* art. 486 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

————. *Ação de usucapião*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PISANI, Andrea Proto. *Opposizione di terzo ordinaria*. Napoli: Jovene, 1965.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2.

REYNALDO FILHO, Demócrito Ramos. Aspectos do instituto da arbitragem. *RT*, *743*:65.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Novo curso de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

————. *Processo de execução e cautelar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Sinopses Jurídicas, v. 12.)

————. *Procedimentos especiais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. (Coleção Sinopses Jurídicas, v. 12 e 13.)

RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

————. *Vícios da posse*. 4. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 2008.

ROCHA, José Albuquerque. *O procedimento da uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROCHA, José de Moura. *Sistemática do novo processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SACCO NETO, Fernando et al. *Nova execução de título extrajudicial*. São Paulo: Método, 2007.

SANCHES, Sidney. *Execução específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

————. *Poder geral de cautela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

————. *Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SANSEVERINO, Milton. *Procedimento sumaríssimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São

Paulo: Saraiva, 1985. v. 1 e 2.

————. *As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS LUCON, Paulo Henrique. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

————. Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Juizados especiais cíveis e criminais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

SHIMURA, Sérgio Seiji et al. *Execução no processo civil*. São Paulo: Método, 2005.

————. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

————. *Nova reforma processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

————. *Arresto cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Procedimentos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

SOUZA JUNIOR, Adugar Quirino do Nascimento. *Efetividade das decisões judiciais e meios de coerção*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SOUZA LASPRO, Oreste Nestor. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TÁVORA NIESS, Pedro Henrique. *Da sentença substitutiva da declaração de vontade*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1996.

————. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *RT, 735*:45.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

————. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

————. *Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro. Forense, 1981.

————. *Processo de execução*. 11. ed. São Paulo: Leud, 1986.

————. *Processo cautelar*. São Paulo: Leud, 1976.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos reais*. São Paulo: Atlas, 1995.

————. *Manual dos contratos e obrigações unilaterais de vontade*. São Paulo: Atlas, 1997.

VILAR, Willard de Castro. *Ação cautelar inominada*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

YARSHELL, Flávio Luiz. *A interrupção da prescrição pela citação:* confronto entre o novo Código Civil e o Código de Processo Civil. Porto Alegre: Síntese, 2003.

————. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros. 2009.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1955.