Flávio Tartuce

O novo CPC e o DIREITO CIVIL

Impactos, diálogos e interações

- *Normas fundamentais*
- *Boa-fé objetiva processual*
- *Técnica de ponderação*
- *Desconsideração da personalidade jurídica*
- *Negócios jurídicos processuais*
- *Prescrição e decadência*
- *Provas*
- *Teoria geral das obrigações*
- *Responsabilidade patrimonial*
- *Ações possessórias*
- *Usucapião*
- *Remição da hipoteca*
- *Ações de direito de família*
- *Separação e divórcio*
- *União estável*
- *Alimentos*
- *Tutela, curatela, interdição*
- *Inventário e partilha*

gen | EDITORA MÉTODO

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

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

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

Sobre nós:

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

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

O novo CPC
e o DIREITO CIVIL

Impactos, diálogos *e* interações

abdr
Respeite o direito autoral

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

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

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

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

Flávio Tartuce

O novo CPC *e o* DIREITO CIVIL

Impactos, diálogos *e* interações

gen | EDITORA MÉTODO

São Paulo

■ A EDITORA MÉTODO se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.
Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.
Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

■ Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2015 *by*
EDITORA MÉTODO LTDA.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714
metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

■ O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).
Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

■ Capa: Danilo Oliveira
Produção digital: Geethik

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

T198i

Tartuce, Flávio

Impactos do novo CPC no Direito Civil / Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-309-6369-9

1. Direito civil - Brasil 2. Responsabilidade (Direito) 3. Responsabilidade social. I.

15-20999

CDU: 342.71

Dedico esta obra a todos os amigos processualistas, personificados nos meus irmãos Daniel Amorim Assumpção Neves e Fernanda Tartuce, padrinhos do meu filho Enzo.

PREFÁCIO

Há momentos na História que servem para definir o tamanho de um doutrinador.

Estamos vivendo um deles.

Temos um novo CPC. Pela primeira vez na história, um CPC publicado em regime democrático.

Dentre inúmeras novidades, o CPC traz consigo a marca de ser um Código de Processo preocupado com a harmonização com o Código Civil de 2002, que veio quase 30 anos depois do CPC de 1973.

A influência do CC no CPC é evidente, e a recíproca é verdadeira. Basta ver o inciso II do art. 1.072 do CPC, que procede à revogação expressa de mais de dez artigos do Código Civil. Ainda há a alteração da redação de dois artigos do Código Civil pelo art. 1.068 do CPC: o art. 274 e o art. 2.027.

Afora essas mudanças expressas, o impacto do CPC/2015 no Direito Civil é um dos principais temas a serem explorados pela doutrina pelos próximos anos.

Convocado pela História, Tartuce chega antes e nos apresenta, com a sua aguçada e atualizada visão, as suas primeiras impressões, abordando inúmeros aspectos, da evicção à partilha, da posse aos alimentos. Com isso, Tartuce ratifica a sua posição de proeminência na atual geração de civilistas brasileiros. É uma obra de seu tempo.

É obra indispensável. Uma daquelas que todos haverão de ler.

Parabéns ao Autor e à Editora.

Salvador, março de 2015.

Fredie Didier Jr.
Professor-associado da Universidade Federal da Bahia.

APRESENTAÇÃO

O Tartuce (assim o chamo) me convidou para fazer a apresentação da presente obra. Aceitei com prazer, porque, além de sermos amigos há tempos, a obra certamente despertará o interesse dos estudiosos do Direito.

Conheci o Tartuce na faculdade e desde então temos seguido em paralelo nossos caminhos. Ele, no Direito Civil, e eu, no Direito Processual. O chamo de irmão porque para mim ele é exatamente isso. Meus pais me deram um irmão que amo, o Carlinhos, e a vida me deu outro irmão que amo, o Tartuce. Amizade essa definitivamente consagrada com o chamado que me fez para ser padrinho de seu filho Enzo, mesmo sabendo que eu seria um padrinho um tanto quanto relapso em razão da desgastante correria do dia a dia.

No plano acadêmico, o brilho do Tartuce é manifesto, fruto de trabalho sério e persistente. É "chover no molhado" dizer que ele é um dos expoentes da nova geração do Direito Civil em nosso País. Como provas disso, tem várias obras escritas e o reconhecimento como professor.

Poderia falar muito, e bem, do Autor. Contudo, minha missão não é propriamente apresentá-lo, e sim sua presente obra. É o que passo a fazer.

No Capítulo 1, é abordada a constitucionalização do Direito Processual Civil, consagrada pelo Novo CPC por meio da previsão expressa de vários princípios constitucionais já em suas regras inaugurais. O Autor faz interessante paralelo com o mesmo fenômeno ocorrido no Direito Material com o advento do CC/2002. Comenta, ainda, a respeito da consagração dos poderes do juiz no preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas legais abertas, dando especial ênfase à boa-fé processual.

O Capítulo 2 é destinado à análise do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, consagrado de forma inovadora pelo Novo CPC. Como bem apontado pelo autor, os aspectos materiais da desconsideração da personalidade estão previstos tanto no CC (art. 50) como no CDC (art. 28), mas o ordenamento jurídico não tinha regramento exauriente do procedimento do fenômeno do Direito Material. O Novo CPC veio para suprimir esse vácuo.

Os negócios jurídicos processuais são tratados no Capítulo 3, em que traz um substrato relevante e completo dos negócios jurídicos no plano do Direito Material e faz a devida correlação com a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais consagrada no art. 191 do Novo CPC. Nesse Capítulo, é feita uma homenagem implícita ao *Fórum Permanente dos Processualistas Civis*, ao comentar, nem sempre de forma elogiosa, os seus Enunciados a respeito do tema.

Os reflexos do Novo CPC na prescrição e decadência são analisados no Capítulo 4. Nesse Capítulo, o Autor enfrenta a inovadora inclusão da prescrição intercorrente na execução, o reconhecimento de ofício da prescrição e o momento da interrupção da prescrição.

O Capítulo 5 trata de tema versado tanto pelo Código Civil como pelo Código de Processo Civil: a prova. O Autor trata do rol dos meios de prova, da prova atípica e de todas as novidades a respeito do procedimento das provas em espécie que afetam as previsões contidas no Código Civil. Indica, ainda, os dispositivos do Código Civil que foram expressamente revogados pelo Novo Código de Processo Civil.

As consequências do Novo Código de Processo Civil para a teoria geral das obrigações ocupam o Capítulo 6 da presente obra. Nesse Capítulo, é realizado um estudo sobre as novidades, ainda que não substanciais, na efetivação das decisões judiciais que tenham como objeto as obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa.

No Capítulo 7, o Autor enfrenta as novidades do Novo Código de Processo Civil a respeito da responsabilidade patrimonial, tais como as novas hipóteses de responsabilidade patrimonial secundária, as hipóteses ampliadas de fraude à execução, a consagração da fraude contra credores como ato anulável e a mitigação do Enunciado da Súmula 375 do STJ.

O Autor, no Capítulo 8, faz uma análise da evicção no plano do Direito Material e como o Novo CPC trata da matéria, em especial no tocante à denunciação da lide em razão da evicção. Ressalta que, apesar de certa pacificação a respeito da possibilidade de denunciação da lide *per saltum*, como o Novo CPC impede tal forma de intervenção. Primeiro porque expressamente prevê que a denunciação seja do alienante imediato, e em segundo, porque revogou o art. 456 do CC.

As ações possessórias são tratadas no Capítulo 9, em especial as novidades criadas pelos parágrafos do art. 551 do Novo CPC a respeito de conflitos fundiários: forma de citação dos réus; publicidade da citação; intimação do Ministério Público e em casos que envolverem pessoas em situação de hipossuficiência econômica da Defensoria Pública; e realização de audiência especial.

É bem observado no Capítulo 10 que o Novo CPC retirou do rol de procedimentos especiais o procedimento de usucapião, mas que as regras diferenciadas referentes à citação nesse tipo de ação foram mantidas. Lembra que nas espécies de usucapião constitucionais continua a existir procedimento especial previsto em legislação extravagante.

Tendo sido os arts. 1.482 e 1.483 do CC expressamente revogados pelo art. 1.069, II, do Novo CPC, o qual o Autor chama de "aniquilador de normas materiais", no Capítulo 11 enfrentam-se as consequências dessas revogações no tratamento da remição da hipoteca.

Em interessante inovação do Novo CPC, é criado um procedimento especial destinado às ações de família. O âmbito de sua aplicação, bem como as peculiaridades procedimentais de tal procedimento são analisados no Capítulo 12, no qual o Autor também expõe suas opiniões a respeito do tratamento processual da ação de alteração de regime de bens.

Depois de acaloradas discussões sobre o tema, foi mantida no Novo CPC a previsão do procedimento da separação e do divórcio. O Autor, no Capítulo 13, defende não existir mais o instituto da separação em nosso ordenamento jurídico, critica a opção legislativa, mas não deixa de enfrentar o procedimento da separação e divórcio, bem como os dispositivos legais que preveem a separação para determinação de competência, de segredo de justiça e de aplicação do procedimento especial das ações de família.

O Capítulo 14 é destinado ao enfrentamento das regras processuais do Novo CPC relativas à união estável e suas consequências para o Direito Material. Chama especial atenção para a nova exigência de outorga convivencial para as ações reais imobiliárias.

O Capítulo 15 é destinado à análise de diferentes espécies de alimentos e de seu tratamento procedimental. O Autor se dedica a enfrentar as normas procedimentais previstas no Novo CPC que, de alguma forma, estejam associadas aos alimentos, dando especial ênfase ao meio executivo indireto exclusivo da execução de alimentos: a prisão civil.

A preocupação do Autor no Capítulo 16 é analisar três fenômenos do Direito Material e a influência do Novo CPC sobre eles: a tutela, a curatela e a interdição.

No derradeiro e mais extenso Capítulo, são analisadas as novidades procedimentais do procedimento especial do inventário e partilha, sempre associando as novidades ao plano do Direito Material e expondo como esse plano será afetado pelas novidades processuais.

Daniel Assumpção

NOTA DO AUTOR

Após cerca de cinco anos de trâmite legislativo – devidamente acompanhado com atenção por este autor –, o Brasil tem agora um Novo Código de Processo Civil. Uma nova codificação sempre traz consigo a feliz esperança e a oportunidade de revisão das categorias jurídicas, para uma melhor aplicação das leis em nosso País. Traz também a grande responsabilidade para que os juristas construam uma *nova doutrina* sobre os temas que emergem. Essa tarefa é completada pela jurisprudência, por meio da apreciação concreta dos casos práticos, o que será feito a partir da entrada em vigor da Lei 13.105/2015, em março de 2016.

A presente obra visa a analisar as principais repercussões do Novo Código de Processo Civil para o Direito Civil, e vice-versa. Como é notório, além de revogar e alterar dispositivos da codificação material, o CPC/2015 continua a tratar de assuntos de cunho substantivo, como sempre foi a nossa tradição. Cito, por exemplo, a regulamentação relativa às provas e à responsabilidade patrimonial. Contudo, o Novo CPC foi além, regulando também matérias como os negócios jurídicos processuais, a desconsideração da personalidade jurídica e as ações de Direito de Família, todas aqui analisadas em uma primordial interação entre o material e o instrumental.

Ademais, destaque-se o *sistema aberto* e *principiológico* adotado pelo CPC/2015, que consagrou, especialmente em seus dispositivos inaugurais, uma interpretação processual a partir da Constituição Federal e dos princípios constitucionais, seguindo os passos da escola de *constitucionalização do Direito Civil*. Em complemento, a *técnica de ponderação*, hoje tão cara aos civilistas que seguem esse viés, foi positivada pelo Novo Código de Processo Civil, passando a ser solução expressamente consagrada pela lei brasileira, com grande incidência para os constantes conflitos entre os direitos fundamentais. Por fim, ainda no contexto de um sistema aberto, a boa-fé objetiva passou a ser princípio expresso do Direito Processual Brasileiro, o que trará, sem dúvidas, a emergência de novas teses para o campo prático-processual, assim como ocorreu com o Direito Material.

Sem dúvidas, tais aspectos demonstram uma *mudança de espírito* do Código de Processo Civil, em confronto com o seu antecessor, a gerar muitos embates e debates nos anos vindouros. Apesar da reprodução de muitos dos preceitos que já estavam no CPC/1973 – especialmente diante das reformas processuais engendradas nos últimos anos –, podemos dizer que temos um Novo Código!

Todos esses assuntos estão estudados neste livro, que também aborda as consequências para a prescrição e a decadência; as repercussões para a teoria geral das obrigações; os impactos para o instituto da evicção; a equiparação do companheiro ao cônjuge para todos os fins processuais e suas decorrências para o Código Civil; a interdição, a tutela e a curatela; a infeliz manutenção da separação de direito na norma instrumental; o inventário e a partilha.

Acredito que a adoção de um modelo aberto e principiológico pelo Novo CPC intensificará ainda mais as interações entre essa norma e o Código Civil no futuro, em um necessário e sempre sadio diálogo entre as fontes. Dessa forma, como afirma Fernanda Tartuce, o *diálogo entre civilistas e processualistas* é como um *diálogo entre irmãos*, muitas vezes complicado e difícil, mas primordial para o desenvolvimento científico do Direito Brasileiro. Aceitemos, então, esses debates, para que toda a sociedade brasileira seja deles beneficiada.

Boa leitura a todos. Bons estudos. Pois não serão poucos.

São Paulo, março de 2015.

SUMÁRIO

1. Das Normas Fundamentais do Novo Código de Processo Civil – Constitucionalização do Direito Processual Civil, Técnica de Ponderação, Princípio da Boa-Fé Objetiva e Diálogos com o Direito Material

2. Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

3. Dos Negócios Jurídicos Processuais

4. Da Prescrição e da Decadência – Impactos do Novo Código de Processo Civil

5. O Tratamento das Provas no Código Civil e o Impacto do Novo CPC

6. Das Consequências do Novo Código de Processo Civil para a Teoria Geral das Obrigações

7. Das Regras Gerais de Responsabilidade Patrimonial no Novo Código de Processo Civil e sua Interação com o Direito Civil

8. Das Repercussões do Novo Código de Processo Civil para o Instituto da Evicção

9. Das Ações Possessórias Diretas no Novo Código de Processo Civil e suas Consequências para o Tratamento Constante do Código Civil de 2002

10. Do Tratamento da Usucapião Imobiliária no Novo CPC – Da Usucapião Administrativa

11. Alterações no Tratamento da Remição da Hipoteca pelo Novo CPC

12. As Regras Gerais das Ações de Direito de Família e o Tratamento Processual da Ação de Alteração de Regime de Bens

13. Do Tratamento da Separação e do Divórcio no Novo Código de Processo Civil

14. Das Regras Relativas à União Estável no Novo CPC e as Consequências para o Direito Material

15. Dos Alimentos Familiares no Novo Código de Processo Civil – O Novo Tratamento da Prisão Civil

16. A Tutela e Curatela e o Tratamento da Interdição no Novo Código de Processo Civil

17. Do Inventário e da Partilha no Novo Código de Processo Civil

18. Bibliografia

DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Constitucionalização do Direito Processual Civil, Técnica de Ponderação, Princípio da Boa-Fé Objetiva e Diálogos com o Direito Material

O Novo Código de Processo Civil inova substancialmente ao trazer regras inaugurais e fundamentais a respeito dos instrumentos para a aplicação do Direito Privado. Como é notório, o Código de Processo Civil anterior iniciava-se com normas relativas à jurisdição, que foram deslocadas para depois desse tratamento inaugural. Muitos desses novos preceitos consubstanciam verdadeiros princípios do direito processual, que agora passaram a ser expressos em lei, com interação não só com o Direito Civil, mas também com o Direito Constitucional.

Como se extrai da *Enciclopédia Saraiva de Direito*, obra clássica do século XX, em verbete elaborado pelo jurista alagoano Sílvio de Macedo, "a palavra princípio vem de *principium*, que significa início, começo, ponto de partida, origem. Em linguagem científica princípio quer dizer fundamento, causa, estrutura. O termo foi introduzido na filosofia por Anaximandro de Mileto, filósofo pré-socrático, que viveu entre 610 a 547 a.C.".[1] Para Miguel Reale, sistematizador do Código Civil Brasileiro de 2002, "os princípios são 'verdades fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*".[2]

Em sentido muito próximo, leciona José de Oliveira Ascensão que "os princípios são as grandes orientações formais da ordem jurídica brasileira, que fundam e unificam normas e soluções singulares".[3] Para Francisco Amaral, "os princípios jurídicos são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica.

São critérios para a ação e para a constituição de normas e modelos jurídicos. Como diretrizes gerais e básicas, fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição. O direito, como sistema, seria assim um conjunto ordenado segundo princípios".[4]

Maria Helena Diniz afirma que os princípios são "cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico. Observa Jeanneau que os princípios não têm existência própria, estão ínsitos no sistema, mas é o juiz que, ao descobri-los, lhes dá força e vida. Esses princípios que servem de base para preencher lacunas não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico, que deve apresentar-se como um 'organismo' lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso".[5] Na esteira das lições, de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, os princípios gerais de direito "são regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Os princípios gerais de direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas".[6]

Este autor segue uma ideia de princípio a partir da conjugação dos autores citados, todos com influência direta na construção do nosso pensamento jurídico. Assim, os *princípios podem ser definidos como regramentos básicos aplicáveis a uma determinada categoria jurídica, abstraídos das normas, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais*.

Vislumbradas tais definições, constata-se que, confrontados com as normas jurídicas, os princípios são mais amplos, abstratos, muitas vezes com posição delimitada na Constituição Federal. São esses pontos que os diferenciam das normas, dotadas de concretismo – denota-se um *alto grau de concretude* –, de uma posição de firmeza, em oposição ao nexo deôntico relativo que acompanha os princípios.

Ambos os conceitos – de princípios e normas – apontam as decisões particulares a serem tomadas no caso prático pelo aplicador do direito, existindo diferença somente em relação ao caráter da informação que fornecem. As normas deverão ser sempre aplicadas sob pena de suportar consequências jurídicas determinadas previamente. Os princípios, não necessariamente.

Historicamente, não se pode esquecer que os princípios estavam previstos como forma de integração da norma no Direito Romano, de acordo com as regras criadas pelo imperador, as *leges*, entre 284 a 568 d.C. Nesse sentido, não se pode perder de vista os princípios jurídicos consagrados pelo direito romano ou *mandamentos do direito romano*: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (*viver honestamente, não lesar a ninguém, dar a cada um o que é seu*, respectivamente). Tais regramentos ainda são invocados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, sendo artifícios de argumentação muito interessantes.

Como destacam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, os princípios jurídicos não precisam estar expressos na norma.[7] A conclusão é perfeita, devendo ser tida como majoritária. A título de exemplificação, o princípio da função social do contrato é expresso no Código Civil de 2002 (arts. 421 e 2.035, parágrafo único), mas implícito no Código de Defesa do Consumidor e mesmo na CLT, que trazem uma lógica de proteção do vulnerável, do consumidor e do trabalhador, consagrando o regramento em questão, diante do seu sentido coletivo, de diminuição da injustiça social.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, ganhou força a corrente doutrinária clássica nacional que apontou para o fato de não se poder desassociar dos princípios o seu valor coercitivo, tese defendida por Rubens Limongi França em sua festejada e clássica obra sobre o tema.[8] Os princípios gerais devem assim guiar o aplicador do direito na busca da justiça, estando sempre baseados na estrutura da sociedade. O Novo Código de Processo Civil, com o seu tópico inaugural que ora se estuda, confirma essa tendência.

Como é notório, o Código Civil de 2002 consagra *três princípios fundamentais*, conforme se extrai da sua exposição de motivos, elaborada por Miguel Reale. Advirta-se, contudo, que não houve, no Código Civil, um capítulo inaugural principiológico, a exemplo do que ocorre com o Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, os citados regramentos são retirados de vários de seus artigos e da própria sistemática da codificação.

O primeiro deles é o *princípio da eticidade*, representado pela valorização da ética e da boa-fé, principalmente daquela que existe no *plano da conduta de lealdade das partes*. Pelo Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva tem função de *interpretação* dos negócios jurídicos em geral (art. 113 do CC). Serve ainda como *controle* das condutas humanas, eis que a sua violação pode gerar o abuso de direito, nova modalidade de ilícito (art. 187 do CC). Por fim, a boa-fé objetiva tem a função de *integrar* todas as fases pelas quais passa o contrato (art. 422 do CC). Como se verá, a boa-fé objetiva tornou-se princípio expresso do processo civil brasileiro, o que é um notável avanço, com muitas repercussões práticas.

O segundo baluarte do Código Civil de 2002 é o *princípio da socialidade*. Conforme apontava o próprio Miguel Reale, um dos escopos da nova codificação foi o de superar o caráter individualista e egoísta da codificação anterior. Nesse contexto, a palavra *eu* é substituída por *nós*. Todas as categorias civis têm função social, o contrato, a empresa, a propriedade, a posse, a família, a responsabilidade civil.

Por fim, como terceiro regramento, cabe destacar o *princípio da operabilidade*, que tem dois sentidos. Primeiro, o de *simplicidade* ou facilitação das categorias privadas, o que pode ser percebido, por exemplo, pelo tratamento diferenciado da prescrição e da decadência, exposto também neste livro, pelas interações dessas categorias com o processo civil. Segundo, o de *efetividade* ou *concretude*, o que foi buscado pelo sistema aberto de *cláusulas gerais* adotado pela atual codificação material. Essa adoção merece ser aprofundada, pois

acreditamos que o Código de Processo Civil, em muitos de seus preceitos, sobretudo os inaugurais, também acabou por seguir esse mesmo caminho.

Além disso, o Novo Código de Processo Civil reconhece a plena possibilidade de julgamento com base nas cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, exigindo a devida fundamentação pelo julgador em casos tais. Nesse contexto, o art. 11 do CPC/2015 preconiza que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e *fundamentadas todas as decisões*, sob pena de nulidade. Em complemento, nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

Mais à frente, ao tratar dos elementos essenciais da sentença, o § 1º do art. 489 do Estatuto Processual emergente estabelece que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: *a)* se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida*; b)* empregar *conceitos jurídicos indeterminados*, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; *c)* invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; *d)* não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; *e)* se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; *f)* deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Nota-se que a norma menciona os *conceitos legais indeterminados*, mas é certo que muitos deles são também *cláusulas gerais*, como ainda será exposto neste livro.

O último dispositivo visa a afastar o livre convencimento do juiz, sem o devido fundamento. Acreditamos que esse comando poderá revolucionar as decisões judiciais no País, trazendo-lhes balizas mais certas e seguras, inclusive motivadas na doutrina. No entanto, o preceito também poderá ser totalmente desprezado pelos julgadores, inclusive pela ausência de sanção imediata.

Aprofundando o estudo das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, nas palavras de Judith Martins-Costa, grande intérprete da *filosofia realeana*, percebe-se na atual codificação um sistema aberto ou de *janelas abertas*, em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação legislativa. Vejamos as suas lições a respeito das cláusulas gerais:

"Estas janelas, bem denominadas por Irti de 'concetti di collegamento', com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de 'standards', arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta

não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados 'conceitos jurídicos indeterminados'. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas –, o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas".[9]

A partir dos ensinamentos da doutrinadora citada, as cláusulas gerais podem ser conceituadas *como janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso*. São exemplos de cláusulas gerais constantes do Código Civil de 2002: *a)* a função social do contrato (art. 421 do CC); *b)* a função social da propriedade (art. 1.228, § 1º, do CC); *c)* a boa-fé (arts. 113, 187 e 422 do CC); *d)* os bons costumes (arts. 13 e 187 do CC); e *e)* a expressão atividade de risco, a gerar a responsabilidade sem culpa ou objetiva (art. 927, parágrafo único, do CC).

As *cláusulas gerais* têm um sentido dinâmico, o que as diferencia dos *conceitos legais indeterminados*, construções estáticas que constam da lei sem definição. Desse modo, pode-se afirmar que, *quando o aplicador do direito cumpre a tarefa de dar sentido a um conceito legal indeterminado, passará ele a constituir uma cláusula geral*. Segue-se com tal premissa o posicionamento de Karl Engisch, para quem a cláusula geral não se confunde com a ideia de conceito legal indeterminado, eis que a primeira "contrapõe a uma elaboração 'casuística' das hipóteses legais. 'Casuística' é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria".[10]

Consigne-se que muitas das cláusulas gerais são princípios, mas não necessariamente. Ilustrando, a função social do contrato é princípio contratual, ao contrário da cláusula geral de atividade de risco, que não é princípio da responsabilidade civil.

A adoção do sistema de cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002 tem relação direta com a linha filosófica adotada por Miguel Reale na vastidão de sua obra. É notório que o jurista criou a sua própria *teoria do conhecimento e da essência jurídica*, a *ontognoseologia jurídica*, em que se busca o papel do direito nos enfoques subjetivo e objetivo, baseando-se em duas subteorias: o *culturalismo jurídico* e a *teoria tridimensional do direito*.[11]

De acordo com o *culturalismo jurídico*, existente no *plano subjetivo* e inspirado no trabalho de Carlos Cossio, Reale busca o enfoque jurídico no aspecto subjetivo, do aplicador do direito. Três palavras orientarão a aplicação e as decisões a serem tomadas*: cultura, experiência* e *história*, que devem ser entendidas tanto do ponto de vista do julgador como do da sociedade, ou seja, do meio em que a decisão será prolatada.

Pela *teoria tridimensional do direito*, presente no plano objetivo e segundo Miguel Reale, *direito é fato, valor e norma*. Ensina o Mestre que a sua *teoria tridimensional do direito* e do Estado vem sendo concebida desde 1940, distinguindo-se das demais teorias por ser "concreta e dinâmica", eis que "fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou pelo sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo de fato e ao jurista, a norma (tridimensionalidade como requisito essencial do direito)".[12]

Pela conjugação das duas construções, na análise dos institutos jurídicos presentes no Código Civil de 2002, muitos deles abertos, genéricos e indeterminados, o jurista e o magistrado deverão fazer um mergulho profundo nos fatos que margeiam a situação, para então, de acordo com os seus valores e os da sociedade – construídos após anos de educação e de experiências –, aplicar a norma de acordo com os seus limites, procurando sempre interpretar sistematicamente a legislação privada. *Fato*, *valor* e *norma* serão imprescindíveis a apontar o caminho seguido para a aplicação do Direito. Dessa forma, dar-se-á o preenchimento das cláusulas gerais, das *janelas abertas*. Por esse processo, os conceitos legais indeterminados ganham determinação jurídica, diante da atuação do magistrado, sempre guiado pela equidade.

Primeiro, o magistrado julgará de acordo com a sua *cultura*, bem como do meio social. Isso porque os elementos culturais e valorativos do magistrado serão fundamentais para o preenchimento da discricionariedade deixada pela norma privada. Ganha destaque o *valor* como elemento formador do direito.

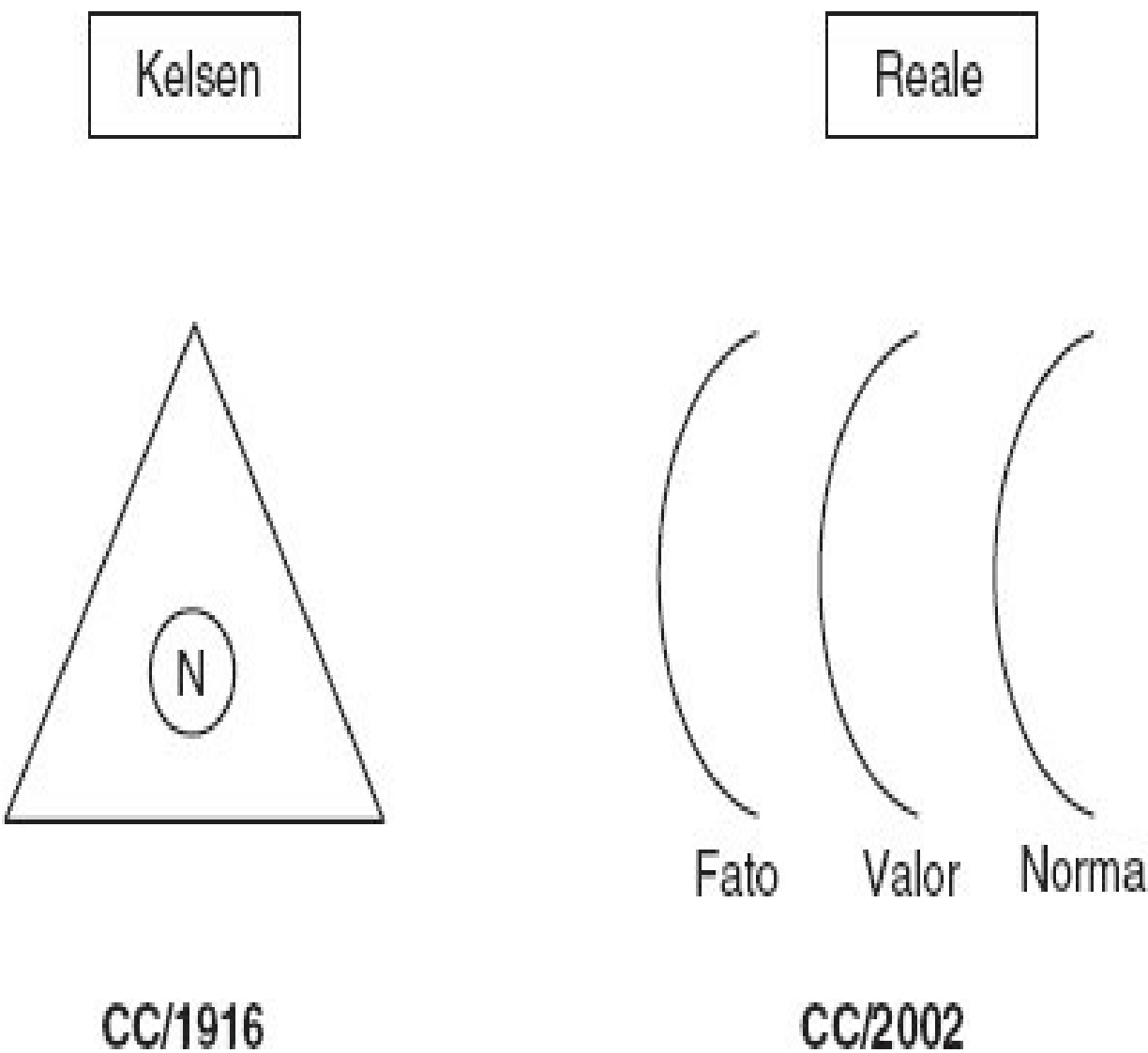
Segundo, tudo dependerá da *história* do processo e dos institutos jurídicos a ele relacionados, das partes que integram a lide e também a história do próprio aplicador. Aqui, ganha relevo o *fato*, outro elemento do direito, segundo a construção de Reale.

Por fim, a *experiência* do aplicador do direito, que reúne *fato* e *valor* simbioticamente, visando à aplicação da *norma*. Esta, sim, elemento central daquilo que se denomina *ontognoseologia*, a teoria do conhecimento, da essência jurídica, criada por Miguel Reale. Encaixa-se perfeitamente a proposta de Reale para que sejamos *juristas* – no ponto de vista das normas –, *sociólogos* – diante da análise dos fatos – e *filósofos* – sob o prisma dos valores.

Nunca é demais frisar que as cláusulas gerais que constam da atual codificação, seja ela material ou processual, a serem delineadas pela jurisprudência e pela comunidade jurídica, devem ser baseadas nas experiências

pessoais dos aplicadores e dos julgadores, que também devem estar atualizados de acordo com os aspectos temporais, locais e subjetivos que envolvem a questão jurídica que lhes é levada para apreciação. Ilustrando, o aplicador do direito deve estar atento à evolução tecnológica, para não tomar decisões totalmente descabidas, como a de determinar o bloqueio de todos à Internet, visando proteger a imagem individual de determinada pessoa. A formação interdisciplinar é primordial para o jurista do século XXI.

Certo é que essa linha filosófica foi inserida no Código Civil, principalmente no capítulo que trata do Direito das Obrigações. Os desenhos a seguir demonstram muito bem a confrontação entre o Código Civil de 1916, concebido à luz da teoria positivista de Hans Kelsen, e o Código Civil de 2002, sob a teoria tridimensional de Miguel Reale:



Como se nota, a visão *kelseniana* é de uma pirâmide de normas, um sistema fechado e estático. Assim era o civilista da geração anterior, moderno. Privilegiava-se o apego à literalidade fechada da norma jurídica, prevalecendo a

ideia de que a norma seria suficiente. A *frase-símbolo* dessa concepção legalista era: *o juiz é a boca da lei*.

A *visão realeana* é de três subsistemas: dos fatos, dos valores e das normas. O sistema é aberto e dinâmico, em constantes diálogos. Assim é o civilista da atual geração, pós-moderno. Privilegia-se a ideia de interação, de visão unitária do sistema, prevalecendo a constatação de que, muitas vezes, a norma não é suficiente. As cláusulas gerais são abertas e devem ser analisadas caso a caso. Frase-símbolo: *direito é fato, valor e norma*.

Acreditamos que o capítulo inaugural do Novo Código de Processo Civil, recheado de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, possibilite a mesma comparação, em que o Código de Processo Civil de 1973 está para o Código Civil de 1916, assim com o Código de Processo Civil de 2015 está para o Código Civil de 2002, guardadas as devidas proporções.

Isso já pode ser percebido pelo artigo inaugural do Novo Código de Processo Civil, um dos mais debatidos preceitos na novel norma instrumental, com a seguinte redação:

"Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Por esse preceito, todos os institutos processuais devem ser analisados de acordo com a Constituição Federal de 1988 e os direitos fundamentais nelas consagrados. O comando segue a linha de *constitucionalização* dos ramos jurídicos, como ocorreu com o *Direito Civil Constitucional*. Emerge, agora textualmente, o *Direito Processual Civil Constitucional*.

A existência das grandes dicotomias em direito sempre permitiu uma sistematização do ponto de vista da análise do próprio âmbito jurídico, concebido, de forma analítica, como um conjunto de normas. Contudo, diante da superabundância dessas normas, uma organização teórica do direito que assegure uma definição genérica e lógica dos assuntos jurídicos fica bastante prejudicada, para não dizer inviabilizada. O *"Big Bang Legislativo" (explosão de leis)*, conforme simbologia criada por Ricardo Lorenzetti, dificultou o trabalho do aplicador do direito na busca de uma sistematização.

Sabe-se que a diferenciação entre Direito Público e Direito Privado não é apenas um método de classificação, de ordenação dos critérios de distinção dos tipos normativos, mas sim um poderoso instrumento de sistematização. Tal divisão remonta ao *Digesto, 1.1.1.2*, no *Corpus Juris Civilis* de Ulpiano, que dividiu o direito em *jus publicum* e *jus privatum*. Os critérios utilizados nessa diferenciação se baseavam na *utilidade* da lei: se fosse de utilidade pública, tratar-se-ia de uma lei de Direito Público; se fosse de utilidade particular, seria uma lei de Direito Privado.

Esse critério de *utilidade estrita* desde logo foi contestado, e chegou-se à

conclusão de que, em verdade, o elemento para classificação da lei era fundamentado na *utilidade preponderante da lei*, uma vez que as *utilidades* de uma norma não ficam circunscritas a um único interesse, do Estado ou do particular, mas acabam se entrelaçando, de modo que a norma de uma natureza exerce influência em outra de natureza diversa.

Em princípio, o Direito Público tem como finalidade a ordem e a segurança geral, e o Direito Privado reger-se-ia pela liberdade e pela igualdade. Enquanto no Direito Público somente seria válido aquilo que está autorizado pela norma, no Direito Privado tudo aquilo que não está proibido por ela seria válido. No entanto, essa dicotomia não é um obstáculo intransponível e a divisão não é absoluta.

A superação dessa dicotomia, pelo menos em parte, é que fez surgirem as interações entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, emergindo o que para alguns representa uma nova disciplina ou o caminho metodológico, denominado *Direito Civil Constitucional*, da qual este autor é adepto e entusiasta.[13] A utilização da expressão *Direito Civil Constitucional* encontra raízes na doutrina italiana de Pietro Perlingieri.[14] No início de sua obra, Perlingieri aponta que a Constituição funda o ordenamento jurídico, pois "O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora".[15]

No Brasil, essa visão ganhou força na escola carioca, capitaneada pelos professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza. No Paraná, Luiz Edson Fachin também faz escola com o ensino do Direito Civil Constitucional, na Universidade Federal do Paraná. No Nordeste é de mencionar o trabalho de Paulo Luiz Netto Lôbo, também adepto dessa visão de sistema. Em São Paulo, destacam-se os trabalhos de Renan Lotufo, na PUC/SP, e da professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, titular na USP. Na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), onde lecionamos, uma das linhas de pesquisa do programa de doutorado é a *Constitucionalização dos Institutos de Direito Privado*. Em Brasília, na UNB, o professor Frederico Viegas de Lima igualmente se dedica aos estudos das interações entre o Direito Civil e a Constituição Federal de 1988.

Como antes exposto, o art. 1º do CPC/2015 parece inaugurar na lei instrumental o mesmo caminho, concebendo o *Direito Processual Civil Constitucional*. Como objeto do direito material, acreditamos que muitas premissas do *Direito Civil Constitucional* servem perfeitamente a essa nova visão do processo, na opinião deste autor.

O conceito de *Direito Civil Constitucional*, à primeira vista, poderia parecer um paradoxo. Mas não é. O direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que

propicia segurança – em sentido *lato* – para os homens e mulheres que compõem uma sociedade.

O Direito Civil Constitucional, portanto, está baseado em uma *visão unitária do ordenamento jurídico*.[16] Ao tratar dos direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho também fala em unidade da ordem jurídica, sustentando a viabilidade de uma interação entre o Direito Privado e a Constituição, mesmo que em tom cético.[17] Para Gustavo Tepedino, um dos principais idealizadores desse novo caminho metodológico no Brasil, é "imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição".[18] Desse modo, "reconhecendo a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil".[19]

O Direito Civil Constitucional, como uma mudança de postura, representa *uma atitude bem pensada*, que tem contribuído para a evolução do pensamento privado, para a evolução dos civilistas contemporâneos e para um sadio diálogo entre os juristas das mais diversas áreas. Essa inovação reside no fato de que há uma inversão da forma de interação dos dois ramos do direito – o público e o privado –, interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer, isto é, exatamente o inverso. Na mesma linha, pelo mandamento constante do art. 1º do Novo CPC, é sempre forçoso interpretar o Código de Processo Civil também segundo o Texto Maior de 1988.

Os próprios constitucionalistas reconhecem o fenômeno de interação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional como realidade do que se convém denominar *neoconstitucionalismo, ou da invasão da Constituição*. E, por certo, o movimento brasileiro é único, é autêntico. Ressalta Eduardo Ribeiro Moreira que "As outras inovações do direito civil-constitucional têm de ser esse ponto de encontro, os direitos fundamentais nas relações entre particulares, interação vital com a transposição e redução entre o espaço privado e o espaço público, garantizador. Dois pontos basilares do direito civil-constitucional que funcionam em prol da dignidade humana. Outro ponto a ser destacado é que, apesar de partir do direito civil italiano, o direito civil-constitucional brasileiro é uma expansão e produção autêntica".[20] O também constitucionalista Ministro Luís Roberto Barroso igualmente demonstrou todo o seu entusiasmo em relação à visão civil-constitucional, tecendo comentários elogiosos.[21]

Deve ser feita a ressalva de que, por tal interação, o Direito Civil não deixou de ser Direito Civil; e o Direito Constitucional ainda é Direito Constitucional; o que também deve ocorrer com o processo civil brasileiro. Para nós, civilistas, especialmente para a geração mais recente, o Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição Federal, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional, em

uma análise em mão dupla. É exatamente esse o sentido do art. 1º do Novo Código de Processo Civil, agora para os institutos instrumentais.

Pois bem, três são os princípios básicos do *Direito Civil Constitucional*, conforme as lições de Gustavo Tepedino, o que é fundamental para a compreensão da essência desse marco teórico importante para a civilística contemporânea.[22] Esses três princípios, na nossa opinião, igualmente podem e devem ser adaptados ao *Direito Processual Civil Constitucional*.

O primeiro deles, aquele que pretende a proteção da dignidade da pessoa humana, está estampado no art. 1º, inciso III, do Texto Maior, sendo a valorização da pessoa um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Trata-se do *superprincípio* ou *princípio dos princípios*, como se afirma em sentido geral. A proteção da dignidade humana, a partir do modelo de Kant, constitui o principal fundamento da *personalização do Direito Civil*, da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio. Pontue-se, por oportuno, que a dignidade humana passa a compor expressamente outro dispositivo do Código de Processo Civil, o seu art. 8º, segundo o qual, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O segundo princípio visa à solidariedade social, outro objetivo fundamental da República, conforme o art. 3º, inciso I, da CF/1988. Outros preceitos da própria Constituição Federal trazem esse alcance, como no caso do seu art. 170, pelo qual: "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*". Aqui também reside o objetivo social de erradicação da pobreza, do mesmo modo prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 3.º, III).

Por fim, o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*, traduzido no art. 5º, *caput*, da Lei Maior, eis que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Quanto a essa igualdade, princípio maior, pode ser a mesma concebida pela seguinte expressão, atribuída a Aristóteles e Ruy Barbosa: *A lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais*. Do texto, nota-se na sua primeira parte a consolidação do princípio da igualdade *stricto sensu* (*a lei deve tratar de maneira igual os iguais*), enquanto a segunda traz o princípio da especialidade (*... e de maneira desigual os desiguais*). Essa é a essência da *igualdade substancial*.

No Código de Processo Civil de 2015, a *paridade de armas* entre as partes acaba concretizando essa isonomia, estabelecendo o seu novo art. 9º que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, como regra. Ademais, é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus,

aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (art. 7º do CPC/2015). Eis uma clara valorização do contraditório constitucional, igualmente especializando a igualdade substancial entre os componentes da demanda.

A propósito de tudo o que foi exposto, em obra lançada em 2014, Luiz Edson Fachin demonstra os grandes desafios do Direito Privado Contemporâneo Brasileiro, em constante interação com a Constituição Federal. Apresenta que são tendências atuais do nosso Direito: "a incidência franca da Constituição nos diversos âmbitos das relações entre particulares, mormente nos contratos, nas propriedades e nas famílias, à luz de comandos inafastáveis de proteção à pessoa; há, nada obstante, criativas tensões entre a aplicação de regras (e princípios) constitucionais e o ordenamento privado codificado; como há, sob o sistema constitucional, concepções filosóficas, o Estado liberal patrocinou o agasalho privilegiado da racionalidade codificadora das relações interprivadas; a ordem pública pode limitar a autonomia ou o autorregulamento dos interesses privados, sob a vigilância das garantias fundamentais; os Código Civis são reinterpretados pelas Constituições do Estado Social de Direito".[23] Além do direito material, essa ingerência constitucional passa a atingir também o Direito Processual Civil.

Um dos mecanismos para efetivação dessa constitucionalização dos institutos civis, sejam materiais ou processuais, é *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Essa *horizontalização* nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares. Nesse sentido, pode-se dizer que as normas constitucionais que asseguram tais direitos têm aplicação imediata (*eficácia horizontal imediata*). Essa aplicação imediata está justificada pelo teor do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, pelo qual: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Para Daniel Sarmento, grande entusiasta da *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, a referida aplicação "é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa".[24]

Por certo é que essa *eficácia horizontal* traz uma visualização diversificada da matéria, eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição Federal sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (*normas programáticas*). Essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a eficácia horizontal seja interessante à prática, a tornar mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais.

Do ponto de vista da terminologia, não mais se justifica denominar a Constituição Federal de 1988 como uma *Carta Política*, fazendo crer que ela é mais dirigida ao legislador, tendo uma *eficácia vertical*. Melhor denominá-la, portanto, como uma *Carta Fundamental*, pela prevalência de sua *horizontalidade*, ou seja, pela sua subsunção direta às relações interprivadas. Ilustre-se que a

dignidade humana é conceito que pode ser aplicado diretamente em uma relação entre empregador e empregado, entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, entre contratantes e assim sucessivamente. Isso, sem a necessidade de qualquer *ponte infraconstitucional*. A mesma afirmação cabe para as ações judiciais com tais conteúdos, especialmente pelo que consta do art. 1º do Novo Código de Processo Civil.

Como exemplo de aplicação da tese, pode ser citado acórdão do Supremo Tribunal Federal em que foi adotada, no sentido de assegurar direito à ampla defesa a associado excluído do quadro de uma pessoa jurídica (*Informativo* n. *405 do STF)*. Não há a menor dúvida de que o aresto traduz exemplo de constitucionalização do Processo Civil, pois foram valores instrumentais e de cunho fundamental os reconhecidos pelo julgamento. Vejamos a sua publicação:

"A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores – UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição – v. *Informativos* ns. *351*, *370* e *385*. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa" (STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005).

Interessante verificar que, do julgado referido, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, pode ser retirada outra grande lição, a de que "Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklausel*) que serviriam de 'porta de entrada' (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado". Trata-se daquilo que se denomina *eficácia horizontal mediata*, pois há uma ponte infraconstitucional para as normas constitucionais: as cláusulas gerais.

Trazendo outra aplicação dessa *eficácia horizontal*, vale lembrar que a

Emenda Constitucional 45 introduziu, entre os direitos fundamentais, a razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII). Fez o mesmo o Novo Código de Processo Civil, por força do seu art. 4º, que tem a seguinte redação: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa". Muitas ementas do Superior Tribunal de Justiça debatem esse importante direito processual, especialmente os seus limites, o que deve ser aprofundado com a emergência do Novo Código de Processo Civil.

Assim, por exemplo, reconheceu o Tribunal da Cidadania que "a Constituição Federal assegura, em seu art. 5º, inciso LXXVII, como direito fundamental, a razoável duração do processo. Contudo, a alegação de excesso de prazo não pode basear-se em simples critério aritmético, devendo a demora ser analisada em cotejo com as particularidades e complexidades de cada caso concreto, pautando-se sempre pelo critério da razoabilidade" (STJ, HC 263.148/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJSE), j. 04.06.2013, *DJe* 07.06.2013). Ou, ainda: "A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, *in verbis*: 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação'. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, j. 13.05.2009, *DJe* 26.06.2009; REsp 1091042/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 06.08.2009, *DJe* 21.08.2009; MS 13.545/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, j. 29.10.2008, *DJe* 07.11.2008; REsp 690.819/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 22.02.2005, *DJ* 19.12.2005)" (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1090242/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.09.2010, *DJe* 08.10.2010).

Seguindo no estudo dessa constitucionalização do processo civil brasileiro, outro mecanismo importante para efetivá-la é a *ponderação de princípios, valores e normas*, mecanismo que foi adotado expressamente por outro comando do Novo CPC. Ao tratar dos elementos da sentença, estabelece o § 2º do art. 489 do Estatuto Processual emergente: "no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

Na opinião deste autor, e respeitando a posição em contrário, a ponderação é um mecanismo argumentativo de grande relevo para a solução das problemáticas atuais mais complexas. Não restam dúvidas de que esse relevante artifício de lógica jurídica é associado à visão civil-constitucional do sistema, pois é a partir da Constituição Federal que são resolvidos problemas essencialmente privados.

A sistematização da ideia de pesagem remonta ao estudo de Robert Alexy, professor da Universidade de Kiel, Alemanha, traduzido no Brasil por Virgílio

Afonso da Silva, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.[25] Para o presente autor, parece que foram as lições do jurista tedesco que influenciaram a elaboração do dispositivo inserido no Código de Processo Civil de 2015.

Ao demonstrar a importância da construção da ponderação, Luís Roberto Barroso compara a *subsunção* – incidência direta da norma – a um quadro geométrico com três cores distintas e bem nítidas. A *ponderação*, nessa mesma simbologia, será uma pintura moderna, "com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que as outras, mas formando uma unidade estética".[26] Entretanto, o jurista faz um alerta: "Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna".[27]

Em sua obra, visando à ponderação, Alexy parte de algumas premissas tidas como básicas para que a pesagem ou o sopesamento entre os princípios seja possível, e que, repise-se, parecem ter sido adotadas pela Nova Norma Instrumental Brasileira.

Como *primeira premissa*, o doutrinador alemão traz o entendimento de que os direitos fundamentais têm, na maioria das vezes, a estrutura de princípios, sendo *mandamentos de otimização* "caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas".[28]

Em seguida, como *segunda premissa*, é reconhecido que, em um sistema em que há o comprometimento com valores constitucionais, pode ser frequente a ocorrência de colisões entre os princípios, o que, invariavelmente, acarretará restrições recíprocas entre os valores tutelados. Consigne-se que, de acordo com o jurista germânico, a colisão entre regras e princípios é distinta, uma vez que, no primeiro caso, uma das regras deve ser retirada obrigatoriamente do sistema, o que não ocorre no segundo.[29] Por isso, nas últimas hipóteses pode-se falar em relativização de princípios ou mesmo em direitos fundamentais, uma vez que *princípios com peso maior devem prevalecer sobre princípios com peso menor*.

Presente o conflito entre princípios, sem que qualquer um deles seja retirado do sistema, como *terceira premissa*, o aplicador do Direito deve fazer uso da *técnica de ponderação*. Em tal sopesamento, na presença da lei de colisão, os princípios são numerados por *P1* e *P2*; *C* são as condições de procedência de um princípio sobre o outro, enquanto *T1*, *T2, T3* são os fatores fáticos que influenciam a colisão e a conclusão.[30] A aplicação da ponderação nada mais é do que a solução do caso concreto de acordo com a *máxima da proporcionalidade*.[31]

Encerrando, a *quarta e última premissa* é a de que a pesagem deve ser fundamentada, calcada em uma argumentação jurídica com solidez e objetividade, para não ser arbitrária e irracional. Para tanto, deve ser bem clara e definida a fundamentação de *enunciados de preferências* em relação a

determinado valor constitucional.[32]

Para explicar a ponderação, Alexy relata o *caso Lebach*. A emissora alemã ZDF tinha a intenção de exibir documentário intitulado *O assassinato de soldados em Lebach*, que contava a história do assassinato de quatro soldados alemães que faziam sentinela em um depósito, o que culminou com o roubo de munição do exército alemão, incidente ocorrido em 1969. Um dos condenados pelo crime estava prestes a ser solto às vésperas da veiculação do programa televisivo, no qual era citado nominalmente. Então, ele ingressou com medida cautelar para que o programa não fosse exibido, pois haveria uma clara afronta ao seu direito fundamental à imagem. O Tribunal Estadual na Alemanha rejeitou o pedido do autor da demanda para a não exibição do documentário, o que foi confirmado pelo Tribunal Superior Estadual, diante da liberdade de informar e do interesse coletivo quanto ao conteúdo do documentário.[33]

A questão chegou até a Suprema Corte alemã, que a resolveu a partir da ponderação de princípios constitucionais. A argumentação do julgamento foi dividida em três etapas, as quais são dispostas a seguir.

Na primeira delas, foi demonstrada a colisão entre o direito à imagem ou à personalidade (*P1*) e a liberdade de informar (*P2*), dois valores constitucionalmente tutelados e de mesmo nível. A prevalência de *P1* levaria à proibição do programa, enquanto a prevalência de *P2*, à sua exibição. Na segunda etapa, o julgamento conclui inicialmente pela prevalência de *P2* sobre *P1*, em uma relação de procedência, diante dos interesses coletivos à solução de crimes. Contudo, na terceira etapa, há a conclusão pela prevalência de *P1*, no sentido de que o documentário não deveria ser exibido. Dois fatores fáticos substanciais acabaram por influenciar o sopesamento: a) não haveria mais um interesse atual pela notícia do crime; b) haveria um risco para a ressocialização do autor da demanda.[34]

No Brasil, ponderação similar como a descrita no *caso Lebach* foi realizada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso que envolvia a apresentadora de televisão Daniella Cicarelli, que foi flagrada em relações íntimas com o namorado em uma praia da Espanha, tendo as imagens reproduzidas no YouTube, *site* especializado em vídeos mantido pela Google. O Tribunal, em demanda inibitória de tutela da personalidade proposta por ambos, acabou concluindo pela não exibição das imagens, de forma definitiva. Vejamos a ementa desse paradigmático julgamento:

"Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de TV – Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais (arts. 1º, III e 5º, V e X, da CF) – Manutenção da tutela antecipada expedida no Agravo de

Instrumento 472.738-4 e confirmada no julgamento do Agravo de Instrumento 488.184-4/3 – Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em *websites*, por não ter ocorrido consentimento para a publicação – Interpretação dos arts. 461 do CPC e 12 e 21 do CC, preservada a multa diária de R$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção" (TJSP, Apelação Cível 556.090.4/4-00/SP, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Enio Zuliani, j. 12.06.2008, Data de Registro: 17.07.2008).

Obviamente, outras questões, inclusive aquelas relacionadas às reparações dos danos, ainda estão sendo discutidas judicialmente. A situação fática do caso coloca em xeque o tão criticado art. 20 do Código Civil, dispositivo este que não pode deixar de lado os valores constitucionais, caso do direito à informação e à liberdade de imprensa.[35] A redação desse polêmico dispositivo material é a seguinte: "Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes".

Como se percebe, o art. 20 do CC/2002 traz apenas duas exceções expressas para a utilização da imagem alheia, sem autorização: *a)* quando a pessoa ou o fato interessar à administração da justiça, como no caso de solução de crimes; *b)* quando a pessoa ou o fato interessar à ordem pública, expressão genérica e aberta que merece preenchimento casuístico.

Ora, como salienta a atenta doutrina, deve-se fazer a devida ponderação dos valores em jogo, não se olvidando da função social do uso de imagem, ou seja, o fato de que a informação pode ter uma finalidade coletiva. A propósito, tentando *iluminar as trevas* relativas à tutela da imagem, na *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça foi aprovado o Enunciado n. 279, com a seguinte redação: "Art. 20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações". Vale lembrar que os enunciados aprovados nas *Jornadas de Direito Civil* constituem hoje a principal ponte de *diálogo* entre a doutrina e a jurisprudência, no âmbito do direito material.

A ponderação não é simples e demanda a análise de vários critérios, dependendo das circunstâncias fáticas e dos direitos e normas envolvidos, como realmente deve ser. Vários julgados superiores enfrentam esse problema de

ponderar a *tutela da imagem e da intimidade x o direito à liberdade de imprensa e à informação*. Ao presente autor parece não existir um caminho para encontrar a solução melhor em tais dilemas, que não seja a ponderação.

Para ilustrar, em um primeiro aresto, concluiu o Superior Tribunal de Justiça, em decisão publicada no seu *Informativo* n. *396*, que "há, na questão, um conflito de direitos constitucionalmente assegurados. A Constituição Federal assegura a todos a liberdade de pensamento (art. 5º, IV), bem como a livre manifestação desse pensamento (art. 5º, IX) e o acesso à informação (art. 5º, XIV). Esses direitos salvaguardam a atividade da recorrente. No entanto, são invocados pelo recorrido os direitos à reputação, à honra e à imagem, assim como o direito à indenização pelos danos morais e materiais que lhe sejam causados (art. 5º, X). Para a solução do conflito, cabe ao legislador e ao aplicador da lei buscar o ponto de equilíbrio no qual os dois princípios mencionados possam conviver, exercendo verdadeira função harmonizadora. (...) Na hipótese, constata-se que a reportagem da recorrente, para sustentar essa sua afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia-crime e a opinião de um procurador da República. Ademais, os autos revelam que o próprio repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatório. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, divulgava-se em cadeia nacional. Acresça-se a isso que o próprio recorrido revela que uma de suas empresas foi objeto de busca e apreensão. Ao público, foram dadas as duas versões do fato: a do acusador e a do suspeito. Os elementos que cercaram a reportagem também mostravam que havia fatos a serem investigados. O processo de divulgação de informações satisfaz o verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial. Desse modo, vê-se claramente que a recorrente atuou com a diligência devida, não extrapolando os limites impostos à liberdade de informação. A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado altere-se. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, mostre-se improcedente. Por esses motivos, deve-se concluir que a conduta da recorrente foi lícita, havendo violação dos arts. 186 e 927 do CC/2002. (...)" (STJ, REsp 984.803/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.05.2009).

Mais recentemente, e com base na doutrina de Anderson Schreiber,[36] o mesmo Superior Tribunal de Justiça aduziu os critérios que devem ser levados em conta para a correta ponderação nos casos envolvendo a imprensa e a divulgação de informações: "O Min. Relator, com base na doutrina, consignou que, para verificação da gravidade do dano sofrido pela pessoa cuja imagem é utilizada sem autorização prévia, devem ser analisados: (i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto

da imagem do qual foi extraída; (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; (iii) a amplitude da exposição do retratado; e (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação. De outra parte, o direito de informar deve ser garantido, observando os seguintes parâmetros: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário do qual a imagem foi colhida" (REsp 794.586/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.03.2012, *Informativo* n. *493* do STJ).

A propósito desse problema e de outros que podem surgir, tem-se colocado em xeque a incidência do art. 20 do Código Civil, pois o conteúdo da norma tem implicado verdadeira censura, notadamente de obras biográficas de figuras históricas e que despertam o interesse coletivo.

Nessa realidade, foi proposta uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal contra o referido dispositivo, pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ADIn 4.815, intentada em julho de 2012). O pedido da ação é no sentido de ser reconhecida a inconstitucionalidade parcial dos arts. 20 e 21 do CC/2002, sem redução de texto, "para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo". A petição inicial é acompanhada de parecer muito bem construído pelo professor Gustavo Tepedino.

Em sentido próximo, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou, em maio de 2013, o texto do Projeto de Lei 393/2011. A proposição tende a acrescentar outro parágrafo ao art. 20 do CC/2002, dispondo que "a mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade". Filia-se em parte à transcrita proposta, para que a censura de biografias seja definitivamente afastada da realidade nacional.

No tocante à responsabilidade civil, a ponderação também serve para solucionar a hipótese fática envolvendo o paciente médico baleado e que se nega à intervenção cirúrgica por convicções religiosas. A questão coloca em jogo, de um lado, o direito à vida (art. 1º, inciso III, da CF/1988) e, de outro, o direito às convicções religiosas, diante da proteção da liberdade de crença prevista no Texto Maior (art. 5º, inciso VI). Conforme alguns julgados, de correta ponderação, deve prevalecer o primeiro sobre o segundo, com a rejeição da demanda indenizatória proposta pelo paciente que sobreviveu graças ao médico que o salvou e ao hospital. Concluindo por esse caminho, no sentido de que proteção da vida prevalece sobre as convicções religiosas:

"Indenizatória. Reparação de danos. Testemunha de Jeová. Recebimento de transfusão de sangue quando de sua internação. Convicções religiosas que não podem prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida. Conduta dos médicos, por outro lado, que se pautou dentro da Lei e ética profissional, posto que somente efetuaram as transfusões sanguíneas após esgotados todos os tratamentos alternativos. Inexistência, ademais, de recusa expressa a receber transfusão de sangue quando da internação da autora. Ressarcimento, por outro lado, de despesas efetuadas com exames médicos, entre outras, que não merece acolhido, posto não terem sido os valores despendidos pela apelante. Recurso não provido" (TJSP, Acórdão 123.430-4/Sorocaba, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Flavio Pinheiro, j. 07.05.2002).

De qualquer maneira, a questão não é pacífica, eis que alguns doutrinadores concluem de maneira diversa pela prevalência das convicções religiosas. Nessa linha, entende Anderson Schreiber que é "intolerável, portanto, que uma Testemunha de Jeová seja compelida, contra a sua livre manifestação de vontade, a receber transfusão de sangue, com base na pretensa superioridade do direito à vida sobre a liberdade de crença. Note-se que a priorização da vida representa, ela própria, uma 'crença', apenas que da parte do médico, guiado, em sua conduta, por um entendimento que não deriva das normas jurídicas, mas das suas próprias convicções científicas e filosóficas. (...). A vontade do paciente deve ser respeitada, porque assim determina a tutela da dignidade humana, valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro".[37]

Também adotando o entendimento pela prevalência da vontade do paciente por convicções religiosas, na *V Jornada de Direito Civil* foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário (Enunciado n. 403): "O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: *a)* capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; *b)* manifestação de vontade livre, consciente e informada; e *c)* oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante".

Com o devido respeito, não se filia ao entendimento do enunciado doutrinário, pois as convicções religiosas manifestadas pela autonomia privada não podem prevalecer sobre a vida e a integridade física.

Em síntese, no que concerne ao tema, a ideia de *ponderação, pesagem* ou *sopesamento* é relevante para questões que envolvem direitos no âmbito privado. Anote-se que algumas codificações materiais privadas optaram por prever expressamente a possibilidade de colisão de direitos, como o fez o Código Civil Português, em seu art. 335º. De acordo com esse comando legal, havendo colisão entre direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder, na medida do necessário, para que todos os direitos produzam, igualmente, os seus efeitos,

sem maior detrimento para qualquer uma das partes. Caso sejam os direitos desiguais ou de espécie diferente, deve prevalecer o considerado hierarquicamente superior. Seguiu o mesmo caminho o Novo Código de Processo Civil Brasil, o que fará com que o artifício seja incrementado nos próximos anos.

Alerte-se, contudo, que a técnica da ponderação é criticada por alguns juristas, caso de Lênio Luiz Streck, conforme suas colunas publicadas no informativo Consultor Jurídico. Em um de seus mais destacados textos, argumenta o respeitado jurista: "surpreende, portanto, que o novo CPC incorpore algo que não deu certo. Pior: não satisfeito em falar da ponderação, foi mais longe na tropelia epistêmica: fala em colisão entre normas (seria um abalroamento hermenêutico?) o que vai trazer maiores problemas ainda, pela simples razão de que, na linguagem jurídica, regras e princípios são... normas. E são. Já ninguém duvida disso. Logo, o que vai haver de 'ponderação de regras' não tem limite. Ou seja, sem exageros, penso que o legislador cometeu um equívoco. Ou as tais 'normas-que-entram-em-colisão' seriam os tais 'postulados', 'metanormas' pelas quais se faz qualquer coisa com o direito? Isso tem nome: risco de estado de natureza hermenêutico, eis o espectro que ronda, no mau sentido, o direito brasileiro".[38] E arremata, propondo o veto ao comando pela Presidente da República, o que não ocorreu: "quem disse que a ponderação (seja lá o que o legislador quis dizer com essa expressão) é necessária? Por exemplo, é possível demonstrar que essa história de colisão não passa de um álibi retórico para exercer a escolha arbitrária. Posso demonstrar que onde se diz existir uma 'tal' colisão, na verdade o que existe é apenas um artifício para exercitar uma 'livre escolha'. Jusfilósofos como Juan Garcia Amado ironizam essa 'manobra pseudoargumentativa' que é lançar mão da ponderação. O caso Elwanger é um bom exemplo, em que nada havia a 'ponderar' (o melhor texto sobre isso é de Marcelo Cattoni): bastava aplicar a lei que dizia que racismo é crime hediondo. Na verdade, posso demonstrar que o argumento da 'colisão' sempre chega atrasado. Sempre".[39]

Na opinião do presente autor, a crítica não se sustenta. Começando pelo final do texto de Lênio Streck, a ponderação é sim necessária para resolver os casos de difícil solução, como os que aqui foram mencionados. Como solucionar o dilema entre a liberdade de imprensa e a imagem? Aplicando pura e simplesmente o art. 20 do Código Civil? Ora, isso conduziria à censura, a uma solução inconstitucional.

Em reforço, não acreditamos que a ponderação é um ato de livre escolha. Essa é a *má ponderação*, conforme o alerta do Ministro Luís Roberto Barroso, aqui antes exposto. Nos termos do que consta do Novo CPC, seguindo as lições de Alexy, a *boa ponderação* sempre deve ser fundamentada e utilizada em casos excepcionais, quando a lei não traz a correta solução.

Por fim, o aumento de poder de julgador nos parece saudável. Isso tem sido incrementado pelas legislações contemporâneas não só no Brasil, como na Europa, baseado em conceitos abertos, conceitos legais indeterminados e

cláusulas gerais. O próprio Código de Processo Civil de 2015 confirma essa tendência. O legislador reconhece que não pode prever tudo, resolver tudo, e atribui um pouco de seu poder ao julgador. Qual sistema jurídico seria melhor do que esse? Aquele pautado na estrita legalidade? Ora, o *legalismo* não vingou, está superado. É o momento abrir os sistemas jurídicos. Por que não confiar nos julgadores, deixando a fé somente no legislador?

Feitas tais considerações sobre a constitucionalização do Direito Processual Civil, interessante pontuar que o Novo *Codex* valoriza sobremaneira a boa-fé, aliás, outra cláusula geral a ser preenchida de acordo com as circunstâncias do caso concreto, na linha do sistema aberto outrora adotado pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

Conforme o art. 5º do Novo CPC, aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se segundo a boa-fé. Além disso, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC/2015). O pedido formulado pela parte na demanda deve ser certo e interpretado conforme o conjunto da postulação e a boa-fé (art. 322 do CPC/2015). Como consequência, a decisão judicial também passa a ser interpretada partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (art. 489, § 3º, do CPC/2015). Esses preceitos ampliaram um tratamento que era tímido no CPC anterior, limitado somente à exigência da boa-fé das partes no seu art. 14.

Como é notório, uma das mais festejadas mudanças introduzidas pelo Código Civil de 2002 referiu-se justamente à previsão expressa do princípio da boa-fé contratual, que não constava da codificação material de 1916. Como se sabe, a boa-fé, anteriormente, somente era relacionada com a intenção do sujeito de direito, estudada quando da análise dos institutos possessórios, por exemplo. Nesse ponto era conceituada como *boa-fé subjetiva*, eis que mantinha relação direta com aquele que ignorava um vício relacionado com uma pessoa, bem ou negócio.

No entanto, desde os primórdios do Direito Romano, já se cogitava outra boa-fé, aquela direcionada à conduta das partes, principalmente nas relações negociais e contratuais. Com o surgimento do *jusnaturalismo*, a boa-fé ganhou, no Direito Comparado, uma nova faceta, ligada à conduta dos negociantes e denominada *boa-fé objetiva*. Da subjetivação saltou-se para a objetivação, o que é consolidado pelas codificações privadas europeias. Com essa evolução, alguns códigos da era moderna fazem menção a esse traço da boa-fé, caso do Código Civil Português de 1966, do Código Civil Italiano de 1942 e do BGB Alemão, normas que serviram como marco teórico para o Código Civil Brasileiro de 2002.

Nosso atual Código Civil, ao seguir essa tendência, adotou a dimensão concreta da boa-fé, como havia feito o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 4º, III, dentre outros comandos, segundo o qual "a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus

interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), *sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*" (destacado). Quanto a essa confrontação necessária entre o Código Civil e o Código do Consumidor, prevê o Enunciado n. 27 CJF/STJ que: "Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos". Um desses estatutos normativos é justamente a Lei 8.078/1990, ou seja, deve ser preservado o tratamento dado à boa-fé objetiva pelo CDC.

Outro estatuto normativo a ser considerado passa a ser o Novo CPC, com a menção à boa-fé em vários de seus comandos. Como bem expõe Fredie Didier Jr. a respeito da boa-fé processual, ainda em comentários ao Código de Processo Civil de 1973:

"Trata-se de uma cláusula geral processual. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o inciso II do art. 14 do CPC é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral. Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o manifesto propósito protelatório, apto a permitir a antecipação dos efeitos da tutela prevista no inciso II do art. 273 do CPC. A boa-fé subjetiva é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. A boa-fé objetiva é uma norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. Não existe princípio da boa-fé subjetiva. O inciso II do art. 14 do CPC brasileiro não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito do processo: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções. Uma das situações jurídicas criadas a partir do princípio da boa-fé objetiva é o dever de cooperação entre os sujeitos do processo. A importância deste dever é, atualmente, tão grande, que convém separar o seu estudo, dando-lhe um item próprio, que é o seguinte: o *princípio da cooperação*. A consagração do princípio da boa-fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público. A jurisprudência alemã entendeu aplicável o § 242 do Código Civil alemão (cláusula geral de boa-fé) também ao direito processual civil e penal. De um modo geral, a doutrina seguiu o mesmo caminho. Na

verdade, a boa-fé objetiva expandiu-se para todos os ramos do Direito, mesmo os não civis".[40]

Na mesma linha, merecem especial destaque as palavras de Ovídio Baptista, igualmente em comentários ao Código de Processo Civil de 1973, nos seguintes dizeres: "O preceito contido no art. 14 do CPC é uma manifestação do princípio geral da boa-fé objetiva, de que já se disse constituir, mais do que um princípio, *o verdadeiro oxigênio sem o qual a vida do Direito seria impossível*" (destacamos).[41] De fato, sem a boa-fé o Direito como um todo – e isso inclui o processual – não poderia sequer respirar, devendo as partes agir com máxima probidade, dentro das esperáveis *regras do jogo*.

Tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como exigência de conduta leal dos participantes da relação jurídica, está relacionada com os *deveres anexos ou laterais de conduta*, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial.[42] São considerados deveres anexos, entre outros: *a)* dever de cuidado em relação à outra parte negocial; *b)* dever de respeito; *c)* dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; *d)* dever de agir conforme a confiança depositada; *e)* dever de lealdade e probidade; *f)* dever de colaboração ou cooperação, que passa a estar expresso no âmbito do processo, pela *cooperação processual* prevista no art. 6º do Novo CPC; *g)* dever de agir com honestidade; *h)* dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a *boa razão*.

A quebra desses deveres anexos gera a *violação positiva do contrato*, com responsabilização civil objetiva daquele que desrespeita a boa-fé objetiva, conforme expressa o Enunciado n. 24 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*. Essa responsabilização, independentemente de culpa, está amparada igualmente pelo teor do Enunciado n. 363 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, segundo o qual: "Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação". O grande mérito do último enunciado, de autoria do professor Wanderlei de Paula Barreto, é a previsão de que a boa-fé objetiva é preceito de ordem pública, o que pode trazer claras consequências para o processo civil, como o seu conhecimento de ofício e a intervenção do Ministério Público.

Em complemento, para o âmbito do processo civil, a violação dos deveres anexos processuais passa a gerar, além da imposição das penalidades por litigância de má-fé, uma responsabilização objetiva ou sem culpa pelos danos processuais ou materiais causados. Essa é uma tese que surge com a previsão expressa da boa-fé no Estatuto Processual e que será debatida profundamente nos próximos anos.

Além da relação com esses deveres anexos, decorrentes de construção doutrinária, vale relembrar que o Código Civil de 2002, em três dos seus dispositivos, apresenta *três funções* importantes da boa-fé objetiva. Vejamos a

confrontação dessas funções com o que está previsto no Código de Processo Civil de 2015.

A *primeira função* da boa-fé é a de *interpretação*, retirada do art. 113 do CC/2002, eis que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. Nesse dispositivo, a boa-fé é consagrada como meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, da maneira mais favorável a quem esteja de boa-fé. No Código de Processo Civil, a boa-fé passa a ser norte interpretativo, do pedido (art. 322) e da sentença (art. 489). Ademais, conforme está exposto no próximo capítulo deste livro, a boa-fé objetiva servirá como leme para os negócios jurídicos processuais, pela incidência da teoria geral do negócio jurídico para esses atos.

A *segunda função* da boa-fé objetiva é a de *controle*, constante do art. 187 do Código Civil, uma vez que aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito. Nos termos desse preceito material, "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Os próprios civilistas sempre apontavam que o *abuso no processo* seria um de seus exemplos típicos. Conforme se extrai da obra de Sílvio de Salvo Venosa, "no direito processual, o abuso de direito caracteriza-se pela lide temerária, trazendo o CPC, nos arts. 14 e 16, descrição pormenorizada da falta processual".[43] No mesmo sentido, as lições de Maria Helena Diniz: "Se o litigante ou exequente (CPC, art. 598), em processo de conhecimento ou de execução, formular pretensões, oferecer defesas ciente de que são destituídas de fundamento, praticar atos probatórios desnecessários à defesa do direito, alterar intencionalmente a verdade dos fatos, omitir fatos essenciais ao julgamento da causa, enfim, se se apresentarem todas as situações de má-fé arroladas no Código de Processo Civil, art. 17, estará agindo abusivamente e deverá responder por perdas e danos, indenizando a parte contrária dos prejuízos advindos do processo e de sua conduta dolosa".[44]

Ainda para ilustrar como outra hipótese de *abuso no processo*, pode ser citado o recente tema do *assédio judicial*, presente quando alguém que exerce alguma forma de liderança instiga os liderados a promoverem demandas descabidas contra determinada pessoa. O caso, sem dúvidas, é de abuso de direito processual, devendo ser resolvido pela responsabilidade civil, com a imputação do dever de indenizar. Como se concluiu na *V Jornada de Direito Civil*, o abuso de direito tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, aplicando-se a todos os ramos do direito (Enunciado n. 414 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça).

Como complemento a essas concretizações da jurisprudência superior, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que "o advogado que ajuizou ação de execução de honorários de sucumbência não só contra a sociedade limitada que exclusivamente constava como sucumbente no título judicial, mas também, sem

qualquer justificativa, contra seus sócios dirigentes, os quais tiveram valores de sua conta bancária bloqueados sem aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, deve aos sócios indenização pelos danos materiais e morais que sofreram. Com efeito, a lei não faculta ao exequente escolher quem se sujeitará à ação executiva, independentemente de quem seja o devedor vinculado ao título executivo" (STJ, REsp 1.245.712/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11.03.2014, *Informativo* n. *539*).

Acrescente-se, na linha de outro caminho exposto para chegar à mesma conclusão, que, segundo o Enunciado n. 37 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, a responsabilidade civil que decorre do abuso de direito é objetiva, isto é, não depende de culpa, uma vez que o art. 187 do Código Civil adotou o critério objetivo-finalístico. Essa é a posição majoritária, em larga escala, da doutrina nacional, contando com o apoio deste autor.[45]

Desse modo, percebe-se que a quebra ou desrespeito à boa-fé objetiva conduz ao caminho sem volta da responsabilidade independentemente de culpa, seja pelo Enunciado n. 24 ou pelo Enunciado n. 37, ambos da *I Jornada de Direito Civil*. A premissa vale, reafirme-se, para o campo do direito processual civil, pela inclusão da boa-fé objetiva nos artigos antes citados.

A *terceira e última função* da boa-fé objetiva é a de integração, extraída do art. 422 do Código Civil, segundo o qual: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Relativamente à aplicação da boa-fé em todas as fases negociais, foram aprovados dois enunciados doutrinários pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o Enunciado n. 25 do CJF/STJ, da *I Jornada*, "o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual". Nos termos do Enunciado n. 170 da *III Jornada*, "A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato". Apesar de parecidos, os enunciados têm conteúdos diversos, pois o primeiro é dirigido ao juiz, ao aplicador da norma no caso concreto, e o segundo, às partes do negócio jurídico.

Adaptando essa última função ao direito processual, podemos afirmar que a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes e pelo juiz em todas as fases do processo, desde a fase de conhecimento e chegando à fase de cumprimento de sentença. Também deve incidir nas fases prévias ao processo, como ocorre no caso dos procedimentos administrativos e de negociação prévias quanto à instauração de uma arbitragem. Ainda, a boa-fé objetiva é corolário da conduta das partes após o processo judicial. Desse modo, não poderá uma parte de uma demanda impugnar os procedimentos dos quais participou ativamente e sem qualquer insurgência. No que concerne aos chamados negócios jurídicos processuais, estudados no próximo capítulo, igualmente a boa-fé objetiva deve permear todas as suas fases, inclusive a sua fase de negociações preliminares.

Quanto a essa função integrativa da boa-fé, é preciso estudar os *conceitos parcelares da boa-fé objetiva*, advindos do Direito Comparado e retirados da obra do jurista lusitano Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, quais sejam a *supressio*, a *surrectio*, a máxima *tu quoque*, a *exceptio doli*, e o *venire contra factum proprium non potest*.[46] Há ainda *o duty to mitigate the loss*, extraída doutrinariamente do Enunciado n. 169 CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*. Vejamos a aplicação desses conceitos para o campo processual, o que concretiza a boa-fé prevista no Novo Código de Processo Civil.

A *supressio*, no alemão *Verwirkung*, significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar dos tempos. No direito material, o seu sentido pode ser notado pela leitura do art. 330 do Código Civil que adota o conceito, eis que "o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato". Ilustrando, caso tenha sido previsto no instrumento obrigacional o benefício da obrigação *portável* ou *portable* – cujo pagamento deve ser efetuado no domicílio do credor –, e tendo o devedor o costume de pagar no seu próprio domicílio e de forma reiterada, sem qualquer manifestação do credor, a obrigação passará a ser considerada *quesível* ou *quérable* – aquela cujo pagamento deve ocorrer no domicílio do devedor.

Ao mesmo tempo em que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio* (*Erwirkung*), direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes. Em outras palavras, enquanto a *supressio* constitui a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo, a *surrectio* é o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes. Ambos os conceitos podem ser retirados do art. 330 do CC/2002, constituindo *duas faces da mesma moeda*, conforme afirma José Fernando Simão.[47]

Partindo para as concretizações, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais por bem aplicou os dois conceitos à questão locatícia, o que gerou a alteração no valor do aluguel:

"Direito civil. Locação residencial. Situação jurídica continuada ao arrepio do contrato. Aluguel. Cláusula de preço. Fenômeno da *surrectio* a garantir seja mantido a ajuste tacitamente convencionado. A situação criada ao arrepio de cláusula contratual livremente convencionada pela qual a locadora aceita, por certo lapso de tempo, aluguel a preço inferior àquele expressamente ajustado, cria, à luz do Direito Civil moderno, novo direito subjetivo, a estabilizar a situação de fato já consolidada, em prestígio ao Princípio da Boa-Fé contratual" (TJMG, Acórdão 1.0024.03.163299-5/001, Belo Horizonte-MG, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, j. 07.03.2007, v.u.).

O julgado é paradigmático, representando forte mitigação da força obrigatória do contrato, em prol da boa-fé objetiva, da atuação concreta das

partes.

Ainda exemplificando, o Superior Tribunal de Justiça fez incidir ambas as construções em contrato de locação de veículos, valorizando as condutas das partes envolvidas. A ementa é didática e explicativa:

"Direito civil. Contrato de locação de veículos por prazo determinado. Notificação, pela locatária, de que não terá interesse na renovação do contrato, meses antes do término do prazo contratual. Devolução apenas parcial dos veículos após o final do prazo, sem oposição expressa da locadora. Continuidade da emissão de faturas, pela credora, no preço contratualmente estabelecido. Pretensão da locadora de receber as diferenças entre a tarifa contratada e a tarifa de balcão para a locação dos automóveis que permaneceram na posse da locatária. Impossibilidade. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva. (...). A notificação a que se refere o art. 1.196 do CC/2002 (art. 575 do CC/2002) não tem a função de constituir o locatário em mora, tendo em vista o que dispõe o art. 1.194 do CC/1916 (art. 573 do CC/2002). Ela objetiva, em vez disso, a: (I) que não há a intenção do locador de permitir a prorrogação tácita do contrato por prazo indeterminado (art. 1.195 do CC/1916 – art. 574 do CC/2002); (II) fixar a sanção patrimonial decorrente da retenção do bem locado. Na hipótese em que o próprio locatário notifica o locador de que não será renovado o contrato, a primeira função já se encontra preenchida: não é necessário ao locador repetir sua intenção de não prorrogar o contrato se o próprio locatário já o fez. A segunda função, por sua vez, pode se considerar também preenchida pelo fato de que é presumível a ciência, por parte do locatário, do valor das diárias dos automóveis pela tarifa de balcão. Haveria, portanto, em princípio, direito em favor da locadora à cobrança de tarifa adicional. – Se o acórdão recorrido estabelece, contudo, que não houve qualquer manifestação do credor no sentido da sua intenção de exercer tal direito e, mais que isso, o credor comporta-se de maneira contraditória, emitindo faturas no valor original, cria-se, para o devedor, a expectativa da manutenção do preço contratualmente estabelecido. – O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (I) a de regra de interpretação; (II) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (III) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios ('tu quoque'; vedação ao comportamento contraditório; 'surrectio'; 'supressio'). – O instituto da 'supressio' indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não exercício se prorrogará no tempo. (...)" (STJ, REsp 953.389/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 23.02.2010, *DJE* 11.05.2010).

Seguindo quanto às ilustrações, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a *supressi*o para hipótese de cobrança de correção monetária em contrato de mandato judicial, concluindo que o seu não exercício em momento oportuno geraria renúncia tácita em relação aos valores. Vejamos a publicação no

Informativo n. *478* daquela Corte Superior:

"Correção monetária. Renúncia. O recorrente firmou com a recorrida o contrato de prestação de serviços jurídicos com a previsão de correção monetária anual. Sucede que, durante os seis anos de validade do contrato, o recorrente não buscou reajustar os valores, o que só foi perseguido mediante ação de cobrança após a rescisão contratual. Contudo, emerge dos autos não se tratar de simples renúncia ao direito à correção monetária (que tem natureza disponível), pois, ao final, o recorrente, movido por algo além da liberalidade, visou à própria manutenção do contrato. Dessarte, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão de exigir retroativamente a correção monetária dos valores que era regularmente dispensada, pleito que, se acolhido, frustraria uma expectativa legítima construída e mantida ao longo de toda a relação processual, daí se reconhecer presente o instituto da *supressio*" (STJ, REsp 1.202.514/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.06.2011).

Nesse aresto já pode ser percebida a boa-fé objetiva incidindo no campo processual, pois houve limitação no direito de demandar, diante de uma renúncia tácita do credor, derivada de seu comportamento.

O mesmo pode ser dito quanto aos vários acórdãos que aplicam o dueto *supressio* e *surrectio* para ações de alimentos, o que demonstra que a boa-fé objetiva é princípio não só do Direito Contratual, mas também do Direito de Família.[48]

De início, do Tribunal de Justiça de São Paulo, concluiu-se pelo afastamento da pretensão de alimentos de esposa separada de fato, diante de "inércia da autora por aproximadamente seis anos, no exercício do direito de pretender alimentos, o que acarretou verdadeira *supressio*. Autora, ademais, que admite haver sido auxiliada, neste período, por sua filha. Ausência de demonstração do binômio necessidade/possibilidade" (TJSP, Apelação 0004121-24.2008.8.26.0024, Acórdão 6030240, Andradina, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 04.07.2012, *DJESP* 30.07.2012).

Do Tribunal Gaúcho, sempre pioneiro, podem ser extraídas as seguintes ementas, com grande relevância prática, e que, na opinião deste autor, igualmente concretizam a *supressio* no campo processual:

"Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Prisão. Rito. Art. 733. Ausência de relação obrigacional pelo comportamento continuado no tempo. Criação de direito subjetivo que contraria frontalmente a regra da boa-fé objetiva. *Supressio*. Em atenção à boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de 12 anos permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa no devedor e na efetividade social de que não haveria mais pagamento e cobrança. A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de crédito por tão longo tempo, e a consequente expectativa que esse comportamento gera no devedor, em interpretação conforme a boa-fé objetiva,

leva ao desaparecimento do direito, com base no instituto da *supressio*. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. No caso, o filho deixou de exercer seu direito a alimentos, por mais de 12 anos, admitindo sua representante legal que a paternidade e auxílio econômico ao filho eram exercidos pelo seu novo esposo. Caso em que se mostra ilegal o Decreto prisional com base naquele vetusto título alimentar. Deram provimento. Unânime" (TJRS, Agravo de Instrumento 156211-74.2011.8.21.7000, Canoas, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 18.08.2011, *DJERS* 24.08.2011).

"Apelação cível. Embargos à execução de alimentos. Ausência de relação obrigacional pelo comportamento continuado no tempo. Criação de direito subjetivo que contraria frontalmente a regra da boa-fé objetiva. *Supressio*. Extinção material do vínculo de mútua assistência. Os atos e negócios jurídicos devem ser efetivados e interpretados conforme a boa-fé objetiva, e também encontram limitação nela, se a contrariarem. Inteligência dos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil. Em atenção à boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de 20 anos permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa – no devedor e na efetividade social – de que não haveria mais pagamento e cobrança. A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de crédito por tão longo tempo, e a consequente expectativa que esse comportamento gera no devedor, em interpretação conforme a boa-fé objetiva, leva ao desaparecimento do direito, com base no instituto da *supressio*. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. No caso, a exequente/embargada – por longos 24 anos – não recebeu alimentos do seu falecido pai e sequer buscou cobrar o débito. Caso em que deve ser mantida a sentença que extinguiu a execução, em razão da perda da eficácia do título de alimentos executado. Negaram provimento" (TJRS, Apelação Cível 70033073628, São Leopoldo, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 03.12.2009, *DJERS* 11.12.2009, p. 85).

O último julgado tem o mérito de demonstrar as três funções da boa-fé objetiva, relacionando-as aos institutos familiares e aos processuais. De toda sorte, pode surgir o argumento de que os alimentos envolvem ordem pública, devendo prevalecer sobre a boa-fé objetiva. Em verdade, conforme outrora demonstrado, a boa-fé objetiva também é princípio de ordem pública (Enunciado n. 363 da *IV Jornada de Direito Civil*), concluindo os julgadores por sua prevalência nos casos expostos.

O segundo conceito parcelar a ser exposto é a máxima *tu quoque*, significando que uma parte que violou uma norma jurídica não poderá, sem a caracterização do abuso de direito, aproveitar-se dessa situação anteriormente criada pelo desrespeito. Conforme lembra Ronnie Preuss Duarte, "a locução designa a situação de abuso que se verifica quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação em benefício próprio".[49]

Desse modo, está vedado que alguém *faça contra o outro o que não faria contra si mesmo* (*regra de ouro*), conforme ensina Cláudio Luiz Bueno de Godoy.[50] Relata o professor da Universidade de São Paulo que "Pelo 'tu quoque', expressão cuja origem, como lembra Fernando Noronha, está no grito de dor de Júlio César, ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava entre os que atentavam contra sua vida ('Tu quoque, filli'? Ou 'Tu quoque, Brute, fili mi'?), evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma inferido ou, especialmente, que possa recorrer, em defesa, a normas que ela própria violou. Trata-se da regra de tradição ética que, verdadeiramente, obsta que se faça com outrem o que não se quer seja feito consigo mesmo".[51]

A título de exemplo, da recente jurisprudência paulista, pode ser extraída interessante ementa, aplicando a máxima para negócio jurídico de transmissão de cotas sociais:

"Embargos à execução. Título executivo extrajudicial. Cheque oriundo de negócio jurídico de cessão de cotas sociais. Alegação de vício no negócio. Impossibilidade da parte invocar proteção por regra contratual que havia infringido ou, ao menos, colaborado para infringir (*tu quoque*). Não demonstração de induzimento em erro acerca da estimativa de faturamento. Embargos julgados improcedentes. Sentença mantida. Apelação não provida" (TJSP, Apelação 7161983-5, Acórdão 3583050, Osasco, Décima Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luís Eduardo Scarabelli, j. 27.03.2009, *DJESP* 12.05.2009).

Ainda como hipótese de *concretude* do conceito parcelar, a jurisprudência de Minas Gerais, em situação envolvendo compromisso de compra e venda de imóvel, entendeu que "o contratante não pode deixar de cumprir o contrato, com base na exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), se dá causa ao inadimplemento da parte contrária. Inteligência do princípio da boa-fé objetiva, na dimensão do *tu quoque*" (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0024.09.732895-9/0011, Belo Horizonte, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. 07.04.2010, *DJEMG* 03.05.2010).

Podem ser encontrados julgados estaduais que relacionam a máxima em estudo à boa-fé processual. Nesse caminho, inicialmente, do mesmo Tribunal Mineiro: "atraso processual por falha da serventia judicial configura mero aborrecimento, verificado nos dias atuais, no mais das vezes, devido ao assoberbamento do Poder Judiciário. Ausente dano moral quando deste atraso não se verificam maiores desdobramentos capazes de causar constrangimento, sofrimento e abalo à paz íntima do indivíduo. Pelo princípio da boa-fé processual, ao qual devem estar atentos os litigantes, é vedado ao autor beneficiar-se da própria torpeza (*tu quoque*)" (TJMG, Apelação Cível 1.0056.09.213159-0/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, j. 05.11.2014, *DJEMG* 21.11.2014). Em complemento, do Tribunal de Justiça Alagoas deduziu-se que:

"Alegação de omissão em acórdão. Falta de manifestação acerca da necessidade de intervenção do Ministério Público no feito. Matéria de ordem pública. Possibilidade de conhecimento de ofício. Omissão reconhecida. Nulidade alegada por quem lhe deu causa. CPC, arts. 243 e 84 do CPC. Violação da boa-fé processual: *tu quoque* e *venire contra factum propium*. Ausência de demonstração de prejuízo para o incapaz" (TJAL, Embargos de Declaração 0701772-40.2011.8.02.0001, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo, *DJAL* 15.01.2015, p. 135).

A tendência é que julgados como esses surjam com mais intensidade no futuro, pela inserção da boa-fé objetiva no Novo Código de Processo Civil.

Ainda sobre a *tu quoque*, é possível estabelecer uma relação com os comportamentos de litigância de má-fé que são vedados pelo Estatuto Processual, causadores de dano processual. Não houve uma ampliação das condutas proibidas, mas sim das sanções impostas, como se pode perceber do seguinte estudo confrontado das duas normas processuais, com alterações destacadas:

Novo Código de Processo Civil	**Códig Process Ant**
"Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que	"Art. 16 Respond perdas e aquele q

litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.”

“Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

pleitear fé como réu ou interver

“Art. 17 Reputa- litigante má-fé ac que: (Re dada pe nº 6.771 27.3.19

I – dedu pretensã

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;	defesa c texto ex de lei o incontrc (Redaçã pela Lei 6.771, d 27.3.19
II – alterar a verdade dos fatos;	II – alte verdade fatos; (Redaçã pela Lei 6.771, d 27.3.19

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

III – usa
process
conseguu
objetivo
(Redaçã
pela Lei
6.771, d
27.3.19

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

IV – opu
resistên
injustifi
ao anda
do proc
(Redaçã
pela Lei

	6.771, d 27.3.19
V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;	V – pro de mod temerár qualque incident ato do process (Redaçã pela Le 6.771, d 27.3.19
	VI – pr

VI – provocar incidente manifestamente infundado;	incident manifes infundad (Redaçã pela Lei 6.771, d 27.3.19
VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”	VII – interpus recurso intuito manifes protelat (Incluíd Lei nº 9 de

23.6.19

“Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido

“Art. 18
juiz ou
tribunal
ofício o
requerir
condena
litigante
má-fé a
multa nã
exceder
por cent
sobre o
da causa
indeniza
parte co

da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

dos prej
que esta
sofreu, r
honorár
advocat
todas as
despesa
efetuou.
(Redaçã
pela Lei
9.668, d
23.6.19

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de

§ 1º Qua
forem d
mais os
litigante

má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou

inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível

§ 2º O v
indeniza
será des
logo fix
pelo jui
quantia
superio
20% (vi

mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.”

cento) s
valor da
ou liqui
por
arbitran
(Redaçã
pela Lei
8.952, d
13.12.1

Como se pode perceber, a principal mudança foi a retirada de um limite para a pena de litigância de má-fé, adotando-se um modelo aberto, a ser preenchido pelo juiz caso a caso, na linha filosófica aqui antes exposta.

Seguindo no estudo dos conceitos parcelares, a *exceptio doli* é definida como a defesa do réu contra ações dolosas, contrárias à boa-fé. Aqui a boa-fé objetiva é utilizada como defesa, tendo uma importante *função reativa*, conforme ensina José Fernando Simão.[52]

A exceção mais conhecida no Direito Civil Brasileiro é aquela constante no art. 476 do Código Civil, a *exceptio non adimpleti contractus*, pela qual ninguém pode exigir que uma parte cumpra com a sua obrigação, se primeiro não cumprir com a própria. A essa conclusão chega Cristiano de Souza Zanetti.[53] O jovem jurista da Universidade de São Paulo aponta que a *exceptio doli* pode ser considerada presente em outros dispositivos do atual Código Civil brasileiro, como nos arts. 175, 190, 273, 274, 281, 294, 302, 837, 906, 915 e 916. Em relação ao art. 274 do CC/2002, como se verá em tópico próprio, foi ele alterado pelo Novo Código de Processo Civil, com a finalidade de lhe dar um sentido correto.

Para ilustrar, aplicando a *exceptio*, extrai-se de interessante julgado assim publicado no *Informativo* n. *430* do Superior Tribunal de Justiça:

"Exceção. Contrato não cumprido. Tratou-se de ação ajuizada pelos recorridos que buscavam a rescisão do contrato de compra e venda de uma sociedade empresária e dos direitos referentes à marca e patente de um sistema de localização, bloqueio e comunicação veicular mediante uso de aparelho celular, diante de defeitos no projeto do referido sistema que se estenderam ao funcionamento do produto. Nessa hipótese, conforme precedentes, a falta da prévia interpelação (arts. 397, parágrafo único, e 473, ambos do CC/2002) impõe o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, pois não há como considerá-la suprida pela citação para a ação resolutória. Contudo, consta da sentença que os recorrentes já estavam cientes de sua inadimplência mesmo antes do ajuizamento da ação e, por sua inércia, não restou aos recorridos outra alternativa senão a via judicial. Alegam os recorrentes que não poderiam os recorridos exigir o implemento das obrigações contratuais se eles mesmos não cumpriram com as suas (pagar determinadas dívidas da sociedade). Porém, segundo a doutrina, a exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o contrato não especificar a quem primeiro cabe cumprir a obrigação. Assim, estabelecido em que ordem deve dar-se o adimplemento, o contratante que primeiro deve cumprir suas obrigações não pode recusar-se ao fundamento de que o outro não satisfará a que lhe cabe, mas o que detém a prerrogativa de por último realizar a obrigação pode sim postergá-la, enquanto não vir cumprida a obrigação imposta ao outro, tal como se deu no caso. Anote-se que se deve guardar certa proporcionalidade entre a recusa de cumprir a obrigação de um e a inadimplência do outro, pois não se fala em exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é mínimo e parcial. Os recorrentes também aduzem que, diante do amplo objeto do contrato, que envolveria outros produtos além do sistema de localização, não haveria como rescindi-lo totalmente (art. 184 do CC/2002). Porém, constatado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só o celebrariam se ele fosse válido em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, a invalidade é total, não se cogitando de redução. O princípio da conservação dos negócios jurídicos não pode interferir na vontade das partes quanto à própria existência da transação. Já quanto à alegação de violação da cláusula geral da boa-fé contratual, arquétipo social que impõe o poder-dever de cada um ajustar sua conduta a esse modelo, ao agir tal qual uma pessoa honesta, escorreita e leal, vê-se que os recorridos assim agiram, tanto que buscaram, por várias vezes, solução que possibilitasse a preservação do negócio, o que esbarrou mesmo na intransigência dos recorrentes de se recusar a rever o projeto com o fim de sanar as falhas; isso obrigou os recorridos a suspender o cumprimento das obrigações contratuais e a buscar a rescisão do instrumento. Precedentes citados: REsp 159.661/MS, *DJ* 14.02.2000; REsp 176.435/SP, *DJ* 09.08.1999; REsp 734.520/MG, *DJ* 15.10.2007; REsp 68.476/RS, *DJ* 11.11.1996; REsp 35.898/RJ, *DJ* 22.11.1993; REsp 130.012/DF, *DJ* 1.º.02.1999, e REsp 783.404/GO, *DJ* 13.08.2007" (STJ, REsp 981.750/MG**,** Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.04.2010).

No âmbito processual, uma exceção sempre utilizada na prática é a de pré-executividade, criação doutrinária e jurisprudencial que acabou por não ser

tratada pelo Novo Código de Processo Civil. Todavia, mesmo diante desse silêncio, a este autor parece ser a medida ainda cabível, quando o título executivo atinja matéria de ordem pública, que não necessita de prova para afastar a sua exigibilidade.

Podem ser encontrados muitos arestos estaduais que analisam essa exceção a partir da boa-fé processual. A ilustrar: "Não configura litigância de má-fé (art. 18 do CPC) ou ato atentatório à dignidade da justiça (arts. 600 e 601 do CPC) exceção de pré-executividade que, embora improcedente, é manejada dentro da boa-fé processual, sem intenção de maliciosamente frustrar a satisfação do crédito" (TJPE, Agravo de Instrumento 0000492-56.2014.8.17.0000, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. José Fernandes de Lemos, j. 10.09.2014, *DJEPE* 22.09.2014). Entretanto, seguindo outro caminho, aplicando outro conceito parcelar que ainda será abordado: "se a parte reconheceu expressamente a existência da dívida e, inclusive, manifestou sua vontade de pôr fim à demanda, não pode, em exceção de pré-executividade, alegar a falta de certeza e liquidez do título, por ser atitude incoerente com sua própria conduta, por aplicação da teoria do 'venire contra factum proprium', que privilegia a boa-fé processual, devendo ser considerado litigante de má-fé" (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0421.11.001305-7/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi, j. 24.07.2014, *DJEMG* 01.08.2014).

Do Tribunal de Justiça de São Paulo merece destaque julgamento que analisou essa *exceptio* ou defesa a partir do que se denominou *supressio processual*, na linha de aplicação desse último conceito parcelar antes exposta. Vejamos essa instigante *decisium:*

"Exceção de pré-executividade. Alegação de que a agravante não assinou o contrato de honorários juntamente com seu cônjuge. Alegação descabida *venire contra factum proprium* e *supressio* processual. Omissão de alegar essa tese de defesa na primeira oportunidade e contradição com o afirmado anteriormente. Afronta à boa-fé processual, o que impede que a matéria seja considerada. Ainda assim, tese destoante da realidade dos autos, a qual revela a outorga de procuração da agravante ao escritório exequente, o que evidencia a relação contratual entre as partes. Litigância de má-fé configurada. Negado provimento" (TJSP, Agravo de Instrumento 2019891-85.2014.8.26.0000/50001, Acórdão 7434685, São Paulo, Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Hugo Crepaldi, j. 10.04.2014, *DJESP* 05.06.2014).

Como se pode notar de algumas decisões transcritas, a vedação do comportamento contraditório, a máxima *venire contra factum proprium non potest* talvez seja o conceito parcelar de maior incidência não só no campo material, como também no processual. Em certos momentos, percebe-se uma aproximação desse conceito com a preclusão, pela simbologia, geralmente utilizada por Daniel Amorim Assumpção Neves em suas aulas e palestras, do andar pelo processo e das portas que vão se fechando no caminho que ficou para trás.

Por essa máxima em estudo, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantidos a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva. O conceito tem relação com a *tese dos atos próprios*, muito bem explorada no Direito Espanhol por Luís Díez-Picazo.[54]

Para Anderson Schreiber, que desenvolveu excelente trabalho monográfico sobre o tema no Brasil, podem ser apontados quatro pressupostos para aplicação da proibição do comportamento contraditório: 1º) um fato próprio, uma conduta inicial; 2º) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; 3º) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; 4º) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição.[55] A relação com o respeito à confiança depositada, um dos deveres anexos à boa-fé objetiva, é muito clara, conforme consta do Enunciado n. 362 da *IV Jornada de Direito Civil*: "A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil". Mais à frente, o jurista fluminense traz à tona dois interessantes exemplos de aplicação do *venire* na seara processual.

No primeiro deles foi proferida uma sentença homologatória de apuração de haveres de uma sociedade em relação a um sócio falecido. No curso do processo, em primeira instância, o espólio do falecido elogiou o trabalho do perito. Posteriormente, em sede de apelação, o espólio resolveu impugnar o mesmo laudo, de forma contraditória. Diante da máxima que decorre do *venire*, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou a sentença, negando seguimento ao recurso (TJRJ, Apelação Cível 2.699/97, de 3 de março de 1998, Rel. Des. Wilson Marques).[56]

A segunda concretização exposta por Schreiber diz respeito a caso português, em que uma empregadora, condenada em primeira instância por revelia, alegou falta de citação válida no processo para fundamentar a sua apelação, o que geraria nulidade processual. "Alegou a sociedade que o endereço a que se encaminhou a citação era equivocada, mas, diante das provas apresentadas pelo empregado, admitiu que lá recebesse outras espécies de correspondências".[57] O Tribunal de Relação de Évora confirmou a sentença, ficando clara a existência de comportamentos contraditórios no processo. A decisão faz menção expressa ao *venire contra factum proprium*.[58]

Aprofundando a prática de incidência do *venire*, a mais conhecida decisão envolvendo o conceito parcelar, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, diz respeito a um caso de contrato de compromisso de compra e venda. O marido celebrou o referido negócio sem a outorga uxória, ou seja, sem a anuência de sua esposa, o que, na vigência do Código Civil de 1916, era motivo de sua nulidade absoluta do contrato. A esposa, entretanto, informou em uma ação que concordou tacitamente com a venda. Dezessete anos após a sua celebração, pretendeu a nulidade, o que foi afastado justamente pela presença de

comportamentos contraditórios entre si. Para o presente autor esse exemplo clássico representa aplicação do *venire* ao âmbito do processo, eis que as duas condutas foram praticadas no âmbito de demandas. A primeira, como testemunha, a segunda como autora. Vejamos a ementa extraída desse importante julgamento:

"Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. *Venire contra factum proprium*. Boa-fé. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denunciação de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC. 3. Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp 95.539/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 14.10.1996, p. 39.015, Data da decisão 03.09.1996).

Do mesmo Tribunal da Cidadania aplicou-se o conceito para afastar a negativa do locatário em pagar o aluguel devido, alegando que o promitente comprador não seria legítimo locador:

"Locação. Promitente comprador. Parte legítima para figurar no polo ativo da ação de despejo. Prova da propriedade ou do compromisso registrado. Desnecessidade. Dissídio jurisprudencial superado. Agravo regimental improvido. 1. *A priori*, a inexistência de prova da propriedade do imóvel ou do compromisso registrado não enseja a ilegitimidade do promitente comprador em propor o despejo da locatária que não adimpliu os aluguéis. 2. Comprovada, na espécie, a condição de locador através do respectivo contrato de locação, assinado pela ora agravante, compete à locatária o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC, o que não ocorreu. 3. Fere a boa-fé objetiva a conduta da locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de duas décadas, alega a ilegitimidade do locador em ajuizar a ação de despejo por falta de pagamento. 4. Embora a ora agravante tenha demonstrado a existência da divergência jurisprudencial, verifica-se que este Superior Tribunal de Justiça recentemente asseverou que o ajuizamento da ação de despejo pelo promitente comprador prescinde de prova da propriedade do imóvel locado, a evidenciar a superação do dissídio. 5. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 704.933/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24.08.2009, *DJe* 14.09.2009).

Como se nota, mais uma vez, o conceito foi aplicado à categoria processual, pois houve a alegação de ilegitimidade do autor da ação de cobrança de aluguéis, que acabou por não prosperar na prática.

Sem prejuízo das ementas aqui antes colacionadas, podem ser encontradas muitas outras, que correlacionam a *boa-fé objetiva processual* com a vedação de

condutas contraditórias. Ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, destaque-se a seguinte conclusão, incidente no campo processual penal: "considerando que a relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamentos contraditórios), não é dado reconhecer-se a nulidade, diante do comportamento sinuoso da própria Defensoria Pública que atuou no feito, ao não se manifestar pela nomeação de outro causídico na instrução criminal ou mesmo no apelo defensivo, ajuizando, inclusive, a mesma defensora a presente impetração em prol dos três réus" (STJ, HC 229.868/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 01.04.2014, *DJe* 14.04.2014). Em complemento, do mesmo Tribunal da Cidadania: "somente nesta fase processual é que a agravante, de forma maliciosa e desleal, rotula como confiscatório o percentual de 20% (vinte por cento), que ela própria pleiteia, a título de multa moratória, em flagrante desrespeito à boa-fé processual e ao princípio insculpido na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*" (STJ, AgRg no AREsp 34.846/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 04.09.2012, *DJe* 11.09.2012).

Partindo para os tribunais estaduais, em pesquisa realizada no início de 2015, o presente autor encontrou cerca de 50 decisões de Tribunais com os verbetes *venire* e *boa-fé processual*. Serão expostos apenas três para não se prolongar ainda mais a presente exposição.

Ab initio, do Tribunal Paulista, extrai-se, com precisão, que "constitui verdadeiro 'venire contra factum proprium' pretender, agora, a agravante obstar o levantamento/transferência de valores da parte que outrora pedira a exclusão do polo passivo. Alerta quanto à violação da lealdade e boa-fé processual consubstanciada em conduta contraditória; artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil. Regimental não provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 2123629-89.2014.8.26.0000/50000, Acórdão 7797526, Osasco, Décima Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ligia Araujo Bisogni, j. 25.08.2014, *DJESP* 28.08.2014). No mesmo trilhar, no Tribunal Gaúcho entendeu-se: "hipótese em que a parte autora requereu o julgamento antecipado da lide diante da revelia do réu, não podendo vir agora alegar cerceamento de defesa, o que vai de encontro ao princípio da boa-fé processual e à regra que proíbe o comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*). Lições doutrinárias e precedentes jurisprudenciais. Preliminar rejeitada. Revelia. Não aplicação dos efeitos" (TJRS, Acórdão 195443-25.2013.8.21.7000, Palmeira das Missões, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 01.08.2013, *DJERS* 03.09.2013). Por fim, da Corte Catarinense: "Requerente que sustenta que o cálculo pericial não apresenta fundamentação quanto ao cômputo dos dividendos, das bonificações e dos juros sobre o capital próprio. Comportamento contraditório. Suplicante que na origem concordou expressamente com os valores atingidos na perícia. Incidência do princípio da boa-fé processual e, notadamente, da regra do *nemo potest venire contra factum proprium*. Alegação que não tem o condão de modificar o rumo da interlocutória. Recurso parcialmente conhecido e improvido" (TJSC, Agravo de Instrumento

2013.032505-0, Ibirama, Quarta Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. José Carlos Carstens Kohler, j. 26.07.2013, *DJSC* 29.07.2013, p. 177).

A finalizar o estudo do *venire* para o Direito Processual Civil, é interessante trazer concreções envolvendo a arbitragem, objeto de atuação do presente autor nos últimos anos. Com precisão, Anderson Schreiber cita o caso em que as partes de um contrato elegem a arbitragem e depois alegam nulidade da cláusula compromissória, o que não seria cabível pela boa-fé objetiva.[59] Realmente, a conclusão não poderia ser outra, existindo interessante julgado aplicando a ideia em caso relacionado a uma transação entre as partes, que posteriormente foi impugnada por alegação de anulabilidade (TJSP, Apelação 1131069-5, São Carlos, Décima Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Gilberto Pinto dos Santos, j. 12.04.06, v.u., Voto 7.341). Acrescente-se com a situação que se tornou bem comum, de partes que seguem todo o procedimento arbitral e, após a sentença de improcedência, insurgem-se judicialmente contra a conclusão do painel. A máxima que veda o comportamento contraditório deve entrar em cena para rejeição desse pedido.

Expostos os conceitos estudados por Menezes Cordeiro, cabe ainda analisar o *duty to mitigate the loss*, o dever imposto ao credor de mitigar suas perdas, ou seja, o próprio prejuízo. Sobre essa premissa foi aprovado o Enunciado n. 169 CJF/STJ na *III Jornada de Direito Civil*, pelo qual "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo".

A proposta, elaborada por Vera Maria Jacob de Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e que decorre do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta do art. 422 do CC.[60] Anote-se que o Enunciado n. 169 CJF/STJ está inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias, no sentido de que "A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída". Para a autora da proposta, há uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes. Acreditamos que esse conceito pode ser inserido perfeitamente no campo processual.

A ilustrar a aplicação do *duty to mitigate the loss*, concretize-se com o caso de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento. Ora, nesse negócio, há um dever por parte do locador de ingressar, tão logo lhe seja possível, com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos.

O mesmo argumento vale para os contratos bancários e financeiros em que há descumprimento. Segundo a interpretação deste autor, já aplicada pela

jurisprudência, não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos. Se assim agir, como consequência da violação da boa-fé, os juros devem ser reduzidos (nesse sentido, ver: TJMS, Acórdão 2009.022658-4/0000-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, *DJEMS* 24.09.2009, p. 12; e TJRJ, Apelação Cível 0010623-64.2009.8.19.0209, Nona Câmara Cível, Apelante: Paulo Roberto de Oliveira, Apelado: Banco de Lage Landen Brasil S.A, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. junho de 2011).

Seguindo no estudo de casos concretos, o *duty to mitigate the loss* foi aplicado em acórdão publicado no *Informativo* n. *439* do STJ. Vejamos a ementa do julgado que melhor elucida a incidência do instigante conceito:

"Direito civil. Contratos. Boa-fé objetiva. *Standard* ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. *Duty to mitigate the loss*. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual. Recurso improvido. 1. Boa-fé objetiva. *Standard* ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido" (STJ, REsp 758.518/PR, Terceira Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, j. 17.06.2010, *DJE* 1.º.07.2010).

Ora, o último acórdão reconhece, em seu corpo, que o *duty to mitigate the loss* deve ser aplicado no campo processual. Conforme a sua precisa relatoria, "Impende destacar, ainda, que a aplicabilidade do referido princípio é vislumbrada no âmbito do processo civil por Fredie Didier Jr.: 'Remanesce a dúvida: toda essa construção teórica, criada para o universo do direito privado, pode ser aplicada por extensão ao direito processual? Certamente que sim. É

lícito conceber a existência de um dever da parte de mitigar o próprio prejuízo, impedindo o crescimento exorbitante da multa, como corolário do princípio da boa-fé processual, cláusula geral prevista no art. 14, II, do CPC. Como já se disse, o princípio da boa-fé processual é decorrência da expansão do princípio da boa-fé inicialmente pensado no direito privado. Esse princípio implica a proibição do abuso do direito e a possibilidade de ocorrência da *supressio*, figura, aliás, que é corolário da vedação ao abuso. Se o fundamento do *duty to mitigate the loss* é o princípio da boa-fé, que rege o direito processual como decorrência do devido processo legal, pode-se perfeitamente admitir a sua existência, a partir de uma conduta processual abusiva, no direito processual brasileiro. Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (*supressio*), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso de direito. Trata-se, pois, de mais um ilícito processual caducificante' (DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*, ano 34, 1. 171, maio 2009, p. 48). Da análise do contexto da lide, não se divisa qualquer ilegalidade a ser reparada, porquanto a Corte originária considerou inadimplido o dever de mitigar o próprio prejuízo, oriundo do princípio da boa-fé objetiva".

Como se nota, a aplicação dos conceitos parcelares acaba por concretizar a boa-fé objetiva no âmbito processual em muitos aspectos. Sendo assim, cai por terra o argumento de alguns céticos no sentido de que a cooperação processual em nada alterará o sistema jurídico processual brasileiro.

Para encerrar o presente capítulo, é forçoso reconhecer que o Novo Código de Processo Civil, pela adoção de um sistema aberto e principiológico, intensificará o diálogo não só com a Constituição Federal, mas também com o Código Civil. A propósito, este é um livro de *diálogo das fontes*, substantivas e adjetivas.

A tese do *diálogo das fontes* foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg, trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A essência da teoria é que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. Como se pode perceber, há nesse marco teórico, do mesmo modo, a premissa de uma visão unitária do ordenamento jurídico.

A primeira justificativa que pode surgir para a sua aplicação refere-se à sua *funcionalidade*. É cediço que vivemos um momento de explosão de leis, um "*Big Bang Legislativo*", como simbolizou Ricardo Lorenzetti. O mundo pós-moderno e globalizado, complexo e abundante por natureza, convive com uma quantidade enorme de normas jurídicas, a deixar o aplicador do Direito até desnorteado. Convive-se com a *era da desordem*, conforme expõe o mesmo Lorenzetti.[61] O *diálogo das fontes* serve como leme nessa tempestade de complexidade.

Relativamente às razões filosóficas e sociais da aplicação da tese, Claudia Lima Marques ensina que:

"Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de 'le retour des sentiments', sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos ('Zersplieterung'), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o 'double coding', e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos 'espaços de excelência' (JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, Kluwer, Haia, p. 36 e ss.)".[62]

A primeira tentativa de aplicação da tese do *diálogo das fontes* se dá com a possibilidade de subsunção concomitante tanto do Código de Defesa do Consumidor quanto do Código Civil a determinadas relações obrigacionais, sobretudo aos contratos. Isso diante da já conhecida aproximação principiológica entre os dois sistemas, consolidada pelos princípios sociais contratuais, sobretudo pela boa-fé objetiva e pela função social dos contratos. Supera-se a ideia de que o Código Consumerista seria um *microssistema jurídico*, totalmente isolado do Código Civil de 2002.

Claudia Lima Marques demonstra *três* diálogos possíveis a partir da teoria exposta.[63] Como primeira interação, havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o *diálogo sistemático de coerência*. A título de exemplo, os conceitos dos contratos de espécie podem ser retirados do Código Civil, mesmo sendo o contrato de consumo, exemplo de uma compra e venda (art. 481 do CC).

Se o caso for de aplicação coordenada de duas leis, uma norma pode completar a outra, de forma direta (*diálogo de complementaridade*) ou indireta (*diálogo de subsidiariedade)*. O exemplo típico ocorre com os contratos de consumo que também são de adesão. Em relação às cláusulas abusivas, pode ser invocada a proteção dos consumidores constante do art. 51 do CDC e ainda a proteção dos aderentes constante do art. 424 do CC.

Por fim, os *diálogos de influências recíprocas sistemáticas* estão presentes quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências da

outra. Portanto, o conceito de consumidor pode sofrer influências do próprio Código Civil. Como afirma a própria Claudia Lima Marques, "é a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *doublé sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)".

Os principais julgados que aplicam a teoria do *diálogo das fontes* dizem respeito à interação proposta por Claudia Limas Marques, entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, o que ocorre substancialmente no campo contratual, pois houve uma aproximação principiológica entre as duas leis. Adotando esse caminho, por todos os numerosos acórdãos, cabe destacar o seguinte do Tribunal da Cidadania: "o CDC não exclui a principiologia dos contratos de direito civil. Entre as normas consumeristas e as regras gerais dos contratos, insertas no Código Civil e legislação extravagante, deve haver complementação e não exclusão. É o que a doutrina chama de *Diálogo das Fontes*" (STJ, REsp 1.060.515/DF, Quarta Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (desembargador convocado do TJAP), j. 04.05.2010, *DJe* 24.05.2010).

Todavia, podem ser encontrados arestos que trazem interações entre a legislação material e a processual. De início, tratando do processo tributário, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que, "em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/1973, a nova redação do art. 736 do CPC dada pela Lei 11.382/2006 – artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos – não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, § 1.º, da Lei 6.830/1980, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal. Muito embora por fundamentos variados – ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/1973, ora trilhando o inovador caminho da teoria do 'Diálogo das Fontes', ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) – essa conclusão tem sido a alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 21.09.2011; REsp 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 17.08.2010; AgRg no Ag 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* 26.2.2010; REsp, 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 20.11.2009; REsp 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 19.12.2008" (STJ, REsp 1.272.827/PE, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.05.2013, *DJe* 31.05.2013).

Também dessa seara merece destaque: "A antinomia aparente entre o art.

185-A do CTN (que cuida da decretação de indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os arts. 655 e 655-A do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da Teoria pós-moderna do *Dialógo das Fontes*, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Claudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. Com efeito, consoante a *Teoria do Diálogo das Fontes*, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo. Deveras, a *ratio essendi* do art. 185-A do CTN é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente 'colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (arts. 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)' (REsp 1.074.228/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 07.10.2008, *DJe* 05.11.2008). Assim, a interpretação sistemática do art. 185-A do CTN com os arts. 11 da Lei 6.830/80 e 655 e 655-A do CPC autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exeqüente" (STJ, AgRg no REsp 1.196.537/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 03.02.2011, *DJe* 22.02.2011).

Como já escrevemos em coautoria com Fernanda Tartuce, especialmente no tocante ao Direito Civil e ao Direito Processual Civil, é de se pontuar que a relação entre ambos deve ser considerada sob dois aspectos fundamentais: a *instrumentalidade* e a *efetividade*.[64] Com base na *instrumentalidade*, deve-se conceber o processo como um instrumento de atuação dos valores consagrados no plano do direito material. Em termos de *efetividade*, deve-se considerar, como bem expôs Liebman, que, sem o processo, o direito (material) estaria abandonado apenas à boa vontade dos homens, correndo o risco de não ser atuado; já o processo sem o direito (material) seria um mecanismo fadado a cair no vazio, privado de conteúdo e objetivo.[65] Como atesta Rodolfo de Camargo Mancuso, com tal contribuição o mestre italiano "logrou encontrar o ponto de equilíbrio entre direito e processo, como dois polos que, sem se sobreporem, antes se implicam e se complementam".[66]

Reafirme-se que interações como essas irão se intensificar nos próximos anos, pela aproximação principiológica entre o Código Civil de 2002 e o Novo CPC, exposta, neste capítulo, pelo estudo da constitucionalização do processo civil e pela incidência da boa-fé objetiva e da cooperação processual. Nos capítulos seguintes deste livro, outras interações e diálogos serão apresentados.

[1] FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 60, p. 505.

[2] REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 299.

[3] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 445.

[4] AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 92.

[5] DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 123.

[6] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 141.

[7] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 141.

[8] FRANÇA, Rubens Limongi. *Princípios Gerais do Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1971.

[9] MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: Em Busca da "Ética da Situação". In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118.

[10] ENGISCH, Karl. *Introdução do Pensamento Jurídico*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964. p. 188.

[11] Sobre o tema, ver, por todos: REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Situação atual. 5. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva, 2003.

[12] REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Situação atual. 5. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57.

[13] Ver: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 Anos e 20 Anos. *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. Alexandre de Moraes (Coord.). São Paulo: Atlas, 2009. p. 463-519.

[14] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[15] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 5.

[16] TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. II.

[17] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 95.

[18] TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1.

[19] TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 13.

[20] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – A* Invasão *da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. v. 7 – Coleção Professor Gilmar Mendes, p. 114.

[21] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 366-372.

[22] TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-22.

[23] FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil*. Sentidos, Transformações e Fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 10-11.

[24] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 223.

[25] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

[26] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os Conceitos Fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 334.

[27] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 334.

[28] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

[29] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92-93.

[30] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94-99.

[31] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.

[32] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 166-176.

[33] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 100.

[34] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 101-102.

[35] Críticas contundentes quanto ao comando legal podem ser observadas em: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 49-58.

[36] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 103.

[37] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 52.

[38] STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de Normas no Novo CPC? É o Caos. Presidente Dilma, Por Favor, Veta!. Coluna Senso Incomum. *Consultor Jurídico*. Publicada em 8 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>. Acesso em: 24 jan. 2015.

[39] STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de Normas no Novo CPC? É o Caos. Presidente Dilma, Por Favor, veta!. Coluna Senso Incomum. *Consultor Jurídico*. Publicada em 8 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>. Acesso em 24 de jan. 2015.

[40] DIDIER JR., Fredie. Editorial 45. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>. Acesso em: 24 jan. 2015.

41 SILVA, Ovídio Baptista A da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 105.

42 Esgotando o tema, como obra definitiva no Brasil e servindo como referência: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999.

43 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 208.

44 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210-211.

45 Na doutrina nacional, são partidários da tese de que a responsabilidade decorrente do abuso de direito é objetiva, entre outros: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 342; NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 371-372; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209; DUARTE, Nestor. *Código Civil Comentado*. Coord. Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 124; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 448; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil*. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 479; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 143; BOULOS, Daniel M. *Abuso do Direito no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 135-143. Este autor já se filiou a essa corrente, em um dos seus primeiros trabalhos: TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o Abuso de Direito ou Ato Emulativo Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 92.

46 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

47 SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Contratos* (Série Leituras Jurídicas). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 38.

48 Tanto isso é verdade que inserimos a boa-fé objetiva como princípio geral do Direito de Família em nosso manual que trata do assunto, a partir de sua edição 2014 (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito de Família 9. ed. São Paulo: Método, 2014. v. 5, Capítulo 1).

49 DUARTE, Ronnie Preuss. A Cláusula Geral da Boa-Fé no novo Código Civil Brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2,

p. 399.

50 GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. De Acordo com o Novo Código Civil (Coleção Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 87-94.

51 GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. De Acordo com o novo Código Civil (Coleção Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 88.

52 SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Contratos* (Série Leituras Jurídicas). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

53 ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 112-114.

54 DÍEZ-PICAZO, Luís; DE LEÓN, Ponce. *La Doctrina de los Propios Actos*. Barcelona: Bosch, 1963.

55 SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório*. Tutela de Confiança e *Venire Contra Factum Proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 124.

56 SCHREIBER, Anderson. A *Proibição* de *Comportamento Contraditório*. Tutela da Confiança e *Venire Contra Factum Proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 227.

57 SCHREIBER, Anderson. A *Proibição* de *Comportamento Contraditório*. Tutela da confiança e *Venire Contra Factum Proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 240.

58 SCHREIBER, Anderson. *A Proibição* de *Comportamento Contraditório*. Tutela da confiança e *Venire Contra Factum Proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 241.

59 SCHREIBER, Anderson. A *Proibição de Comportamento Contraditório*. Tutela da Confiança e *Venire Contra Factum Proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 252.

60 FRADERA, Vera Jacob. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 19, 2004.

61 Todos os referenciais teóricos do jurista argentino constam em: LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da Decisão Judicial*. Trad. Bruno Miragem. Com notas e revisão de Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009.

62 MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do*

Consumidor. São Paulo: RT, 2003. p. 24. Trata-se de introdução da obra coletiva escrita em coautoria com Antonio Herman de V. e Benjamin e Bruno Miragem e que praticamente apresentou o diálogo das fontes para a comunidade jurídica nacional.

63 MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. Antonio Herman V. Benjamim, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: RT, 2007. p. 91.

64 TARTUCE, Fernanda; TARTUCE, Flávio. Lei nº 11.441/2007. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1478, 19 jul. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10168>. Acesso em: 26 jan. 2015.

65 Tradução livre do trecho: "Senza il processo, il diritto sarebbe abbandonato alla sola buona volontà degli uomini e rischierebbe troppo spesso di rimanere inattuato; e il processo sensa il diritto sarebbe un meccanismo costretto a girare a vuoto, privo de contenuto e di scopo" (*Manuale di Diritto Processuale Civile*, p. 117 e 126, citado por Rodolfo Camargo Mancuso, em A Coisa Julgada e sua Recepção no Código Civil. *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade:* Os Reflexos do Código Civil nos Demais Ramos do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 286).

66 MANCUSO, Rodolfo Camargo. A Coisa Julgada e sua Recepção no Código Civil. *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade*: os Reflexos do Código Civil nos Demais Ramos do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 288.

DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Atendendo ao *clamor doutrinário*, o Novo Código de Processo Civil passa a tratar de um incidente de desconsideração da personalidade jurídica, regulamentando, no plano instrumental, as regras materiais existentes em vários diplomas de relevo, o que vem em boa hora.

Diante de sua concepção como *realidade técnica e orgânica*, a pessoa jurídica é capaz de direitos e deveres na ordem civil, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem vínculo. Tal *realidade* pode ser retirada do art. 45 do Código Civil de 2002, ao dispor que começa a existência legal das pessoas jurídicas de Direito Privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Fala-se em *autonomia da pessoa jurídica quanto aos seus membros*, o que constava expressamente no art. 20 do Código Civil de 1916, dispositivo que não foi reproduzido pela atual codificação, sem que isso traga qualquer conclusão diferente.

Como decorrência lógica desse enquadramento, em regra, os componentes da pessoa jurídica somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual, dependendo do tipo societário adotado (responsabilidade *intra vires*). A regra é a de que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, isto é, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica, para depois se executar os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica.

Devido a essa possibilidade de exclusão da responsabilidade dos sócios ou administradores, a pessoa jurídica, por vezes, desviou-se de seus princípios e fins, cometendo fraudes e lesando a sociedade ou terceiros, provocando reações na doutrina e na jurisprudência. Visando a coibir tais abusos, surgiu no Direito Comparado a figura da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica* ou *teoria da penetração* (*disregard of the legal entity* ou *disregard doctrine*). Com isso, são alcançados pessoas e bens que se escondem dentro de uma pessoa

jurídica para fins ilícitos ou abusivos, além dos limites do capital social (responsabilidade *ultra vires*).

No plano doutrinário, Fábio Ulhoa Coelho assim demonstra as origens da teoria: "A teoria é uma elaboração doutrinária recente. Pode-se considerar Rolf Serick o seu principal sistematizador, na tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tübigen, em 1953. É certo que, antes dele, alguns autores já haviam se dedicado ao tema, como, por exemplo, Maurice Wormser, nos anos 1910 e 1920. Mas não se encontra claramente nos estudos precursores a motivação central de Serick de buscar definir, em especial a partir da jurisprudência norte-americana, os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas (1950)".[1]

Como se extrai de obra do jurista citado, são apontados alguns julgamentos históricos como pioneiros da tese: caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, julgado na Inglaterra em 1897, e caso *State vs. Standard Oil Co.*, julgado pela Corte Suprema do Estado de Ohio, nos Estados Unidos, em 1892.[2] A verdade é que, a partir das teses e dos julgamentos, as premissas de *penetração* na pessoa jurídica passaram a influenciar a elaboração de normas jurídicas visando a sua regulamentação. Trata-se de mais uma festejada incidência da teoria da aparência e da vedação do abuso de direito, agora em sede do Direito de Empresa, ramo do Direito Civil.

O instituto em análise permite ao juiz não mais considerar os efeitos da personificação da sociedade para atingir e vincular responsabilidades dos sócios e administradores, com intuito de impedir a consumação de fraudes e abusos por eles cometidos, desde que causem prejuízos e danos a terceiros, principalmente a credores da empresa. Dessa forma, os bens particulares dos sócios podem responder pelos danos causados a terceiros. Em suma, o *escudo*, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o sócio ou administrador. Bens da empresa também poderão responder por dívidas dos sócios, por meio do que se denomina *desconsideração inversa* ou *invertida*, mais à frente estudada.

Como é cediço, o atual Código Civil Brasileiro acolheu expressamente a desconsideração. Prescreve o seu art. 50 que: "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 de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica." Como a desconsideração da personalidade jurídica foi adotada pelo legislador da nova codificação privada, não é mais recomendável utilizar a expressão *teoria*, que constitui trabalho doutrinário, amparado pela jurisprudência. Tal constatação também é retirada da leitura do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 28, *caput*, da Lei 8.078/1990, enuncia que "o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do

consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má-administração; (...) § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores". Faz o mesmo o art. 4º da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), ao prescrever que "poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente". De qualquer forma, no tocante às duas normas, há uma diferença de tratamento, conforme será demonstrado a seguir.

Mais recentemente, a categoria passou a constar da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que criou uma nova modalidade de *desconsideração administrativa*, sem a necessidade de intervenção ou decisão judicial. Conforme o seu art. 14, "a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa". Como o dispositivo está inserido dentro do capítulo relativo ao processo administrativo de responsabilização, forçoso concluir que se trata de medida que independe de decisão judicial.

Julgado publicado no *Informativo* n. *732* do Supremo Tribunal Federal, de novembro de 2013, reconhece a importância desse novo mecanismo de defesa do interesse público e coletivo. De acordo com o relator, Ministro Celso de Mello, "é importante reconhecer que a pessoa jurídica não pode ser manipulada, com o ilícito objetivo de viabilizar o abuso de direito e a prática de fraude, principalmente no que concerne aos procedimentos licitatórios, pois essas são ideias que se revelam frontalmente contrárias ao dever de moralidade e de probidade, que constituem deveres que se impõem à observância da Administração Pública e dos participantes. O licitante de má-fé, por isso mesmo, deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação das entidades estatais e de seus órgãos de controle, que não podem tolerar o abuso de direito e a fraude como práticas descaracterizadoras da essência ética do processo licitatório" (STF, MS 32.494-MC/D, j. 11.11.2013).

Tanto em relação à adoção da *teoria*, quanto à manutenção das leis especiais anteriores, ou mesmo posteriores, expressa o Enunciado n. 51 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, que "a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema". Eis aqui o argumento pelo qual não se pode mais utilizar a expressão *teoria*, uma vez que a desconsideração foi abraçada pela codificação privada de 2002; o que foi confirmado com a emergência do Novo CPC.

Aprofundando o tema, a melhor doutrina aponta a existência de *duas grandes teorias fundamentais* acerca da desconsideração da personalidade jurídica, como bem exposto pela doutrina especializada no assunto.[3]

A primeira delas é a *teoria maior ou subjetiva*, segundo a qual a incidência da desconsideração, para ser deferida, exige a presença de dois requisitos: o abuso da personalidade jurídica e o prejuízo ao credor. Essa teoria foi adotada pelo art. 50 do Código Civil de 2002.

A segunda teoria é a *menor* ou *objetiva*, pela qual a desconsideração da personalidade jurídica exige um único elemento, qual seja, o prejuízo ao credor. Essa teoria foi adotada pela Lei 9.605/1998, para os danos ambientais, e, *supostamente*, pelo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto ao Código de Defesa do Consumidor, diz-se s*upostamente* devido a redação do § 5º do seu art. 28, bastando o mero prejuízo ao consumidor para que a desconsideração seja deferida, segundo a doutrina especializada.[4] Esse entendimento por vezes é adotado pela jurisprudência, conforme se depreende de notória e explicativa ementa do Superior Tribunal de Justiça:

"Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. *Shopping Center* de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência

desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos especiais não conhecidos" (STJ, REsp 279.273/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2003, *DJ* 29.03.2004, p. 230).

Julgados sucessivos do mesmo Tribunal Superior adotam a mesma ideia de divisão entre as teorias. Assim deduzindo, por exemplo: "a desconsideração da personalidade jurídica, à luz da teoria maior acolhida em nosso ordenamento jurídico e encartada no art. 50 do Código Civil de 2002, reclama a ocorrência de abuso da personificação jurídica em virtude de excesso de mandato, a demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas)" (STJ, AgRg no AREsp 159.889/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.10.2013, *DJe* 18.10.2013).

Entretanto, no que tange ao Direito do Consumidor, como é notório, o art. 28, § 1º, do CDC, foi vetado, quando, na verdade, o veto deveria ter atingido o § 5º. O dispositivo vetado teria a seguinte redação: "A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que a integram" (art. 28, § 1º). As razões do veto, que não têm qualquer relação com a norma, são as seguintes: "O *caput* do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas".

Assim, fica em dúvida a verdadeira adoção dessa teoria, apesar da previsão legal. Nesse sentido, comentando o erro no veto, anota Gustavo Rene Nicolau que, "com este equívoco, manteve-se em vigor o terrível § 5º. Entendo que não se pode considerar eficaz o referido parágrafo, prestigiando um engano em detrimento de toda uma construção doutrinária absolutamente solidificada e que visa – em última análise – proteger a coletividade".[5] O que é importante dizer é que, apesar dos protestos do jovem civilista, o art. 28, § 5º, do CDC vem sendo aplicado amplamente pela jurisprudência como fundamento da *teoria menor* ou *objetiva*.

Em suma, constata-se que a divisão entre a teoria maior e a menor consolidou-se na civilística nacional. Isso mesmo com críticas formuladas pelo próprio Fábio Ulhoa Coelho, um dos seus principais precursores. Conforme se retira de obra mais recente do jurista, "em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria da desconsideração,

cheguei a chamar sua aplicação incorreta de 'teoria menor', reservando à correta a expressão 'teoria maior'. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de 'maior' e 'menor' mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados".[6] Com o devido respeito, acreditamos que a aclamada divisão deve ser mantida na teoria e na prática do Direito Privado, especialmente pelo seu claro intuito didático e metodológico. Em complemento, a aplicação da teoria menor é mais eficiente para a defesa dos interesses dos consumidores.

Deve ficar claro que a desconsideração da personalidade jurídica não significa a sua extinção, mas apenas uma ampliação das responsabilidades, quebrando-se com a sua autonomia. Em tom suplementar, a medida é tida como excepcional, dependendo de autorização judicial, como regra. Em suma, *não se pode confundir a desconsideração com a despersonificação* da pessoa jurídica. No primeiro instituto, apenas desconsidera-se a regra pela qual a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros. Na despersonificação, a pessoa jurídica é dissolvida ou extinta. Destaque-se que a despersonificação da pessoa jurídica está tratada, em termos gerais, pelo art. 51 do Código Civil, *in verbis*: "nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução. § 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado. § 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica".

Repisando, é possível, no caso de confusão patrimonial, responsabilizar a empresa por dívidas dos sócios (*desconsideração inversa* ou *invertida*). O exemplo típico é a situação em que o sócio, tendo conhecimento de divórcio, compra bens com capital próprio em nome da empresa (confusão patrimonial). Pela desconsideração, tais bens poderão ser alcançados pela ação de divórcio, fazendo que o instituto seja aplicado no Direito de Família. Sobre o tema, mencione-se o trabalho de Rolf Madaleno, que trata da teoria da *disregard* no Direito de Família.

Citando farta jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o doutrinador utiliza um exemplo muito próximo daquele que aqui fora apontado: "quando o marido transfere para sua empresa o rol mais significativo dos bens matrimoniais, sentença final de cunho declaratório haverá de desconsiderar este negócio específico, flagrada a fraude ou o abuso, havendo, em consequência, como matrimoniais esses bens, para ordenar sua partilha no ventre da separação judicial, na fase destinada a sua divisão, já considerados comuns e comunicáveis".[7]

Admitindo essa possibilidade, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 283 do CJF/STJ, determinando que "é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada 'inversa' para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a

terceiros". Da jurisprudência, pode ser encontrado julgado publicado no *Informativo* n. *444* do STJ, aplicando a categoria (STJ, REsp 948.117/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.06.2010).

A *desconsideração inversa*, do mesmo modo, é possível em demanda envolvendo uma relação de consumo. Imagine-se o caso de um fornecedor ou prestador que tem vários débitos em relação a consumidores e que, para fraudá-los, passa a transmitir os seus bens para o seu nome próprio. Entendendo desse modo, e fazendo menção ao art. 28 do CDC, do Tribunal de São Paulo:

"Bem móvel. Ação de obrigação de fazer c.c. Pedido de indenização. Pedido de aplicação da desconsideração inversa da pessoa jurídica. Bloqueio 'on-line'. Presentes os pressupostos legais (art. 28 do CDC e art. 50 do CC de 2002). Agravo improvido. Presentes os elementos de convicção dos pressupostos do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 50 do Código Civil de 2002, é aplicável a despersonalização da pessoa jurídica inversa para alcançar os bens sociais ou particulares dos administradores ou sócios que a integram" (TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.074924-2, Acórdão 4630.973/SP, Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Norival Oliva, julgado em. 10.08.2010, *DJESP* 23.08.2010).

Em todos os casos, seja a desconsideração direta ou inversa, dispõe o Enunciado n. 281 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, que a sua aplicação prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica. Em tom prático, não há necessidade de provar que a empresa esteja falida para que a desconsideração seja deferida.

Por outra via, o Enunciado n. 282 do CJF/STJ aduz que o encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica. Imagine-se a hipótese em que a pessoa jurídica fechou o estabelecimento empresarial e não pagou credores, inclusive consumidores.

Não há como concordar com essa conclusão, pois o encerramento irregular é exemplo típico de abuso da personalidade jurídica, particularmente de desvio de finalidade da empresa, conforme balizado entendimento jurisprudencial, apesar de a matéria não ser pacífica (nesse sentido, ver: TJSP, Agravo de Instrumento 990.09.250776-1, Acórdão 4301323, São Paulo, Vigésima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Oscar Feltrin, j. 03.02.2010, *DJESP* 25.02.2010; TJMG, Agravo Interno 1.0024.06.986632-5/0011, Belo Horizonte, Décima Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Marcos Lincoln, j. 27.01.2010, *DJEMG* 22.02.2010; TJPR, Agravo de Instrumento 0572154-2, Guarapuava, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Habith, *DJPR* 17.12.2009, p. 32; TJRS, Agravo de Instrumento 70030801385, Lajeado, Décima Nona Câmara Cível, Rel. Des. Guinther Spode, j. 24.11.2009, *DJERS* 01.12.2009, p. 75; TJDF, Recurso 2009.00.2.005888-6, Acórdão 361.803, Sexta Turma Cível, Rel. Des. Jair Soares, *DJDFTE* 18.06.2009, p. 87).

Para confirmar a possibilidade da desconsideração em casos tais, anote-se que, no âmbito da execução fiscal, o Superior Tribunal de Justiça entende que se presume dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente (Súmula 435). Como se nota, o teor da súmula está na contramão do entendimento que consta do criticado Enunciado n. 282 do CJF/STJ. Também na direção oposta desse enunciado doutrinário, do mesmo Superior Tribunal de Justiça, cabe colacionar trechos de dois acórdãos recentes. No primeiro deles, julgou-se que, "do encerramento irregular da empresa, presume-se o abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão patrimonial, apto a embasar o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para se buscar o patrimônio individual de seu sócio" (REsp 1.259.066/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 28.06.2012). Ou, ainda, para complementar esse sentido: "reconhecendo o acórdão recorrido que a ex-sócia, ora recorrente, praticou atos que culminaram no encerramento irregular da empresa, com desvio de finalidade e no esvaziamento patrimonial, a revisão deste entendimento demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ" (STJ, REsp 1.312.591/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.06.2013, *DJe* 01.07.2013).

Todavia, essa forma de julgar nunca foi pacífica no Tribunal da Cidadania. A par dessa realidade, em dezembro de 2014, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acabou por analisar a matéria em sede de incidente de recursos repetitivos, concluindo, na mesma linha do Enunciado n. 282 do CJF/STJ, que o mero encerramento irregular das atividades da empresa não tem o condão de, por si só, gerar a incidência da desconsideração, especialmente aquela tratada pelo Código Civil. Conforme a relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, "a criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para lesar credores. Tratando-se de regra de exceção, de restrição a princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que rege sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido mero instrumento para fins fraudulentos por aqueles que a idealizaram, valendo-se dela para encobrir os ilícitos que propugnam seus sócios ou administradores. Entendimento diverso conduziria, no limite, em termos práticos, ao fim da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, regresso histórico incompatível com a segurança jurídica e com o vigor da atividade econômica. Com esses fundamentos, não estando consignado no acórdão estadual que a dissolução da sociedade tinha por fim fraudar credores ou ludibriar terceiros, não

se configurando, portanto, desvio da finalidade social ou confusão patrimonial entre sociedade, sócios ou administradores, acolho os embargos de divergência para que prevaleça tese adotada pelo acórdão paradigma e, por conseguinte, restabelecer o acórdão especialmente recorrido" (Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.306.553/SC).

Feitas tais considerações, também da *IV Jornada de Direito Civil*, preconiza o Enunciado n. 284 do CJF/STJ que "as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica". Esse enunciado está de acordo com o entendimento jurisprudencial pacífico que, por exemplo, admite a desconsideração da personalidade jurídica em face de uma associação (nesse sentido, ver: TJSP, Agravo de Instrumento 573.072.4/7, Acórdão 3123059, São Vicente, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 07.08.2008, *DJESP* 22.08.2008; TJPR, Agravo de Instrumento 0285267-3, Acórdão 238202, Curitiba, Décima Quinta Câmara Cível, Desembargadora Anny Mary Kuss, j. 19.04.2005, publicado em 06.05.2005).

Ainda naquele evento, foi aprovado o Enunciado n. 285 do CJF/STJ, estabelecendo que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor. Como não poderia ser diferente, pode uma empresa credora também fazer uso do instituto contra uma empresa devedora, presentes os requisitos do art. 50 da codificação privada. Como consequência natural dessa ementa doutrinária, acórdão do Superior Tribunal de Justiça deduziu que "a pessoa jurídica tem legitimidade para impugnar decisão interlocutória que desconsidera sua personalidade para alcançar o patrimônio de seus sócios ou ad-ministradores, desde que o faça com o intuito de defender a sua regular administração e autonomia – isto é, a proteção da sua personalidade –, sem se imiscuir indevidamente na esfera de direitos dos sócios ou administradores incluídos no polo passivo por força da desconsideração. (...) Por isso, inclusive, segundo o Enunciado n. 285 da *IV Jornada de Direito Civil*, 'a teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor'. Nesse compasso, tanto o interesse na desconsideração ou na manutenção do véu protetor, podem partir da própria pessoa jurídica, desde que, à luz dos requisitos autorizadores da medida excepcional, esta seja capaz de demonstrar a pertinência de seu intuito, o qual deve sempre estar relacionado à afirmação de sua autonomia, vale dizer, à proteção de sua personalidade" (STJ, REsp 1.421.464/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2014, publicado no seu *Informativo* n. *544*).

Pois bem, analisadas as principais regras materiais a respeito da desconsideração, e algumas de suas consequências práticas, vejamos o tratamento do referido incidente no Novo Código de Processo Civil e suas principais repercussões para o direito material. Como é notório, o incidente recebeu um título próprio no Capítulo IV do Título III, que trata da intervenção de terceiros no processo (arts. 133 a 137), sem prejuízo de outros dispositivos, que aqui serão abordados.

De início, estabelece o art. 133, *caput*, do Novo Código de Processo Civil que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. Assim, fica afastada, pelo menos *a priori*, a possibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, da desconsideração da personalidade jurídica. Lembre-se de que a menção ao pedido pela parte ou pelo Ministério Público consta do art. 50 do Código Civil.

Apesar disso, o presente autor entende que, em alguns casos, de ordem pública, a desconsideração da personalidade jurídica *ex officio* é possível. Cite-se, de início, as hipóteses envolvendo os consumidores, eis que, nos termos do art. 1º da Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e interesse social, envolvendo direitos fundamentais protegidos pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988. A esse propósito, por todos os doutrinadores consumeristas, como pondera Cláudia Lima Marques, "no Brasil, pois, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*) e é um direito subjetivo fundamental (art. 5º, XXXII), guiando – e impondo – a aplicação *ex officio* da norma protetiva dos consumidores, a qual realize o direito humano (efeito útil e *pro homine* do *status* constitucional); esteja esta norma no CDC ou em fonte outra (art. 7º do CDC)".[8]

Pensamos que também é viável a desconsideração da personalidade jurídica de ofício pelo juiz nos casos de danos ambientais, diante da proteção constitucional do Bem Ambiental, como bem difuso, retirada do art. 225 do Texto Maior. A conclusão deve ser a mesma nas hipóteses envolvendo corrupção, por força da recente Lei 12.846/2013, de interesse coletivo inquestionável. Em suma, a decretação *ex officio* é viável nos casos de incidência da *teoria menor*.

Em complemento, o § 1º do art. 133 do Novo CPC estabelece que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. Desse modo, devem ser respeitadas pelas partes e pelos julgadores as regras materiais antes comentadas, bem como as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais outrora deduzidas, especialmente quanto às teorias maior e menor.

Igualmente conforme exposto, com clara origem na evolução doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, enuncia § 2º do art. 133 do Novo CPC que o incidente de desconsideração é aplicável às hipóteses de *desconsideração inversa* da personalidade jurídica. Curiosamente, o fundamento legal para a desconsideração invertida passou a ser a norma da lei processual, e não a codificação material.

Conforme a cabeça do art. 134 da Norma Processual Civil emergente, o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. Em complemento, a instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas (§ 1º). Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade

jurídica for requerida na petição inicial, situação em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica (§ 2º). A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese de pedido na exordial, com citação do sócio (§ 3º). Parece ter pecado o CPC/2015 por mencionar apenas os sócios e não os administradores da empresa, sendo viável fazer uma interpretação extensiva para também incluí-los. O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica (§ 4º).

A menção a qualquer fase do processo é louvável, afastando o debate anterior de desconsideração em processo executivo, mormente por um suposto atentado ao contraditório e à ampla defesa. Com a instauração do incidente, essa discussão fica afastada.

Também afasta inquietações anteriores a expressão de que os sócios – e administradores – passam a compor o polo passivo da demanda. Dessa forma, devem ser tratados como *partes* e não como terceiros, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica. Tanto isso é verdade que o novo art. 790, inciso VII, do Código de Processo Civil passou a enunciar que, nas situações de desconsideração da personalidade jurídica, ficam sujeitos à execução os bens do responsável.

Suplementarmente, o art. 674 do Novo Código de Processo Civil define como legitimado para opor embargos de terceiros aquele que, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo. Ademais, conforme o § 2º, inciso III, do mesmo artigo, considera-se *terceiro*, para ajuizamento dos embargos de terceiro, quem sofrer constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte. Somente nessas hipóteses fáticas os embargos de terceiro são cabíveis.

A mudança acaba por consolidar o entendimento anterior segundo o qual, em havendo desconsideração da personalidade jurídica em processo de execução, caberiam os embargos do devedor, tese que sempre foi defendida por este autor. A esse propósito, da jurisprudência superior: "nos termos da jurisprudência iterativa desta Corte, os embargos do devedor são o meio adequado para defender interesse patrimonial do ex-sócio incluído no polo passivo da execução por força da desconsideração da personalidade jurídica da empresa" (STJ, AgRg no Ag 1.378.143/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 13.05.2014, *DJe* 06.06.2014). Em tom complementar, para que não pairem dúvidas sobre essa conclusão: "havendo desconsideração da personalidade jurídica, os sócios passam a ser parte no processo de execução, pelo que se mostra cabível o oferecimento de embargos do devedor, e não de terceiros. Precedentes" (STJ, AgRg no AgRg no Ag 656.172/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 04.10.2005, *DJ* 14.11.2005, p. 383).

Afastam-se, desse modo, dúvidas atrozes no campo prático, especialmente porque existiam julgamentos, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, de

cabimento dos embargos de terceiro, caso do seguinte: "Não restou caracterizada, em sua verdadeira essência, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que, na presente hipótese, houve apenas a determinação da hipoteca legal dos bens do réu, bem como dos bens de sua própria empresa (que, ressalte-se, confunde-se com o seu patrimônio particular), para a garantia do ressarcimento dos danos ocasionados à vítima do delito, denominado pelo Tribunal *a quo* de 'teoria da desconsideração da pessoa jurídica, às avessas' (fl. 488). Sobrevindo condenação em definitivo do réu e recaindo os efeitos de tal condenação sobre a recorrente, na esfera cível, poderá ela se valer dos embargos de terceiros, onde será possibilitada a ampla discussão da regularidade ou não da constrição judicial procedida sobre seus bens" (STJ, RMS 13.675/PR, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 26.04.2005, *DJ* 23.05.2005, p. 307).

Esclareça-se, por oportuno, que o incidente afasta todo esse debate, pois a defesa do sócio ou administrador se dará dentro do procedimento instituído e não mais em sede de embargos do devedor, com contraditório diferido.

Para findar a abordagem do art. 134 do Novo CPC, o seu § 4º preconiza que o requerimento de desconsideração da personalidade deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a sua incidência. Em suma, o pedido deve ser bem fundamentado, com a exposição da incidência das teorias maior ou menor, na linha de todas as lições que no presente capítulo foram expostas.

Instaurado o incidente, o sócio (ou a pessoa jurídica) será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias (art. 135 do Novo Processo Civil), o que evidencia a instauração de um louvável contraditório, sempre defendido pela doutrina.

Conforme o novo art. 136 do CPC/2015, concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, e não por sentença. Se a decisão for proferida pelo relator, caberá agravo interno, com tratamento específico no próprio Estatuto Processual emergente.

Como última regra geral a respeito do incidente de desconsideração, nos termos do art. 137 do Novo CPC, acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente. Em suma, a opção legislativa é resolver a questão no plano da eficácia, e não da validade, como constava da parte final do art. 50 do Código Civil e do art. 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Além desses comandos gerais, cabe pontuar a relevância do art. 792 do Novo Código de Processo Civil para a matéria. De acordo com a norma, considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bem: *a)* quando sobre ele pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; *b)* quando tiver sido averbada, em seu registro, a pendência do processo de execução; *c)* quando tiver sido averbada, em seu registro,

hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo em que foi arguida a fraude; *d)* quando, ao tempo da alienação ou oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; e *e)* nos demais casos expressos em lei. Para as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, determina o seu § 3º, em boa hora, que a fraude à execução se verifica a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar, ou seja, do sócio ou administrador. O tema da fraude à execução ainda será aprofundado em capítulo próprio.

Outro dispositivo que merece ser citado e anotado é o art. 795 do Novo CPC, segundo o qual os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. Nos termos do seu § 1º, o sócio-réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam excutidos os bens da sociedade, o que confirma a sua responsabilidade subsidiária e não solidária, presente o benefício de ordem ou de excussão. Ao sócio que alegar esse benefício, cabe a nomeação de bens da sociedade, situados na mesma comarca, livres e desembargados, que bastem para pagar o débito (art. 795, § 2º). O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo (art. 795, § 3º, do CPC). Por fim, para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto no próprio CPC, de 2015, o que indica que a responsabilidade do sócio ou administrador passa a ser integral e solidária (art. 795, § 4º), na linha do que vinha entendendo a melhor jurisprudência nacional.

Também em boa hora o novo art. 1.062 do CPC/2015 passa a prever que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais. Como o incidente não traz grandes complexidades, não haveria qualquer óbice para a sua incidência nesses processos, constituindo-se em um importante mecanismo que afasta a má-fé e pune os maus sócios e administradores.

Por fim, uma pequena crítica poderia ser formulada em relação ao Novo *Codex*, pelo fato de ter incluído expressamente no sistema a desconsideração inversa e não a *teoria de sucessão de empresas*, que continua sendo uma *teoria*.

Ora, esta constitui uma evolução ou um incremento da desconsideração, nos casos de abuso da personalidade jurídica em que for patente a ocorrência de fraude por meio de outra pessoa jurídica, podendo o magistrado estender as responsabilidades de uma empresa para outra. Tem-se, *in casu*, as denominadas *empresas sucedida* e *sucessora*, respectivamente. A título de exemplo, aplicando a ideia de sucessão de empresas, é interessante transcrever julgado do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

"Execução por título extrajudicial. Indeferimento do pedido de reconhecimento de sucessão de empresas. Desconsideração da personalidade jurídica. Admissibilidade ante a existência de prova inequívoca. Caracterização de conluio entre as empresas para prejudicar credores. Fraude evidenciada. Recurso provido para este fim" (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo,

Processo 1256457-3, Agravo de Instrumento, Sorocaba, Terceira Câmara, Rel. Térsio Negrato, j. 04.05.2004, Decisão: Deram provimento, v.u.).

Mais recentemente, da Corte Paulista, cite-se acórdão em que se aplicou a teoria da sucessão de empresas para compensação de créditos e débitos envolvendo o falido Banco Santos e o conhecido *Bank of Europe*, utilizado para perpetuar transações e fraudes pelo primeiro. O julgado – que teve a atuação deste autor como parecerista – foi assim publicado, com a adoção da tese exposta na opinião doutrinária:

"Falência. Ação Monitória. Embargos. Procedência parcial em primeiro grau. Compensação de crédito do devedor do falido perante banco do mesmo grupo econômico deste. Possibilidade, no caso, de procedência integral da ação. Não havendo dúvidas nos autos de que o *Bank of Europe* pertence ao mesmo grupo econômico do falido, e de que, naquele, um dos apelantes tem crédito líquido, certo e exigível, possível a compensação desse crédito com o débito dos apelantes para com a Massa Falida. Apelação provida" (TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação com Revisão 9134530-70.2009.8.26.0000, São Paulo, Segunda Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, Rel. Des. Lino Machado, j. 27.11.2012).

Infelizmente, em nossa opinião, o Novo CPC poderia trazer algumas *luzes legais* a essas situações, o que não acabou ocorrendo. Sendo assim, os problemas ainda serão solucionados com base nas páginas da doutrina e nas decisões dos nossos Tribunais.

[1] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 37.

[2] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 41.

[3] Por todos, ver: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 36-47.

[4] GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 114; PODESTÁ, Fábio Henrique. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 177.

[5] NICOLAU, Gustavo Rene. Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. *Arte Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006. v. III, p. 236.

[6] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, p. 66-67.

[7] MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. Aspectos Polêmicos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 31.

[8] MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 70. No mesmo sentido, ver: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. Volume Único. 4. ed. São Paulo: Método, 2015. Capítulos 1 e 2.

DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Novidade festejada por muitos, e criticada por outros, o Novo Código de Processo Civil passou a tratar do que se denomina *negócios jurídicos processuais*, tema abordado por Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, com profundidade ímpar.[1] Cuida-se de projeção da teoria geral dos atos e negócios jurídicos, para o âmbito do processo civil brasileiro. A propósito, o segundo doutrinador citado, em dissertação de mestrado defendida na UFBA, sob a orientação do primeiro, assim define a nova figura: "negócio jurídico processual é o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou de estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. Estando ligado ao poder de autorregramento da vontade, o negócio jurídico processual esbarra em limitações preestabelecidas pelo ordenamento jurídico, como sucede em todo negócio jurídico".[2]

Como apontam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, "diante de todo o cenário de grandes mudanças que o Novo CPC pretende instituir, ao lado da ideia do gerenciamento processual (*case manegement*) pelo juiz, aparece para as partes uma modalidade de flexibilização do procedimento permitindo às mesmas escolher entre 'circuitos' processuais". (...). Aqui, na verdade, acompanha-se uma tendência teórica, que já se apresentava na cultura jurídica processual mundial a partir do final do século XX, começando na Inglaterra e nos Estados Unidos, para depois chegar à França e à Itália".[3]

Antes de se abordarem as regras procedimentais previstas no Estatuto Processual emergente, interessante expor os conceitos fundamentais de direito material que influem diretamente na abordagem dessa categoria que passa a fazer parte da norma instrumental. Como é notório, os conceitos de fato jurídico,

ato jurídico e negócio jurídico são essenciais para a compreensão do Direito Privado.

Iniciando-se pelo fato jurídico, este representa uma ocorrência que interessa ao Direito, ou seja, que tenha relevância jurídica. O *fato jurídico lato sensu* ou em *sentido amplo* engloba dois conceitos. Inicialmente, pode ser um fato natural, denominado *fato jurídico stricto sensu* ou *em sentido estrito*. Por outra via, pode ser um fato humano, com o elemento volitivo, surgindo o conceito de *fato jurígeno*.

Outra construção primordial, o *ato jurídico lato sensu* ou em *sentido amplo* constitui um fato jurídico com elemento volitivo e conteúdo lícito. Este autor está filiado à corrente doutrinária que afirma que o ato ilícito não é jurídico, por ser *antijurídico (contra o direito)*. Essa é a opinião de Zeno Veloso, citando ainda o posicionamento de Orozimbo Nonato, Vicente Ráo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.[4] Todavia, a questão não é pacífica, pois doutrinadores como Pontes de Miranda sustentam que o ato ilícito também é ato jurídico.[5] Essa igualmente é a posição de José Carlos Moreira Alves, autor da Parte Geral do Código Civil de 2002.[6]

Expostas tais categorias, a partir de uma construção conceitual sucessiva, chega-se à ideia de negócio jurídico, que pode ser definido como um ato jurídico em que há uma composição de interesses das partes com uma finalidade específica. A expressão tem origem na construção da *negação do ócio* ou do descanso (*neg* + *otium*), ou seja, na noção de *movimento*. Como faz Antônio Junqueira de Azevedo, pode-se afirmar que o *negócio jurídico constitui a principal forma de exercício da autonomia privada*, da liberdade negocial: "*in concreto*, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que todo o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide".[7] Ou ainda, como quer Álvaro Villaça Azevedo, no negócio jurídico "as partes interessadas, ao manifestarem sua vontade, vinculam-se, estabelecem, por si mesmas, normas regulamentadoras de seus próprios interesses".[8]

Ainda no contexto de definição, cabe também expor a posição de Karl Larenz, construída a partir do Código Civil Alemão (BGB), precursor no seu tratamento. Para o jurista, o negócio jurídico é um ato – ou uma pluralidade de atos entre si relacionados entre uma ou várias pessoas –, cujo fim é produzir um efeito jurídico no âmbito do Direito Privado, isto é, uma modificação nas relações jurídicas entre os particulares.[9] O negócio jurídico é o ponto central da Parte Geral do Código Civil, sendo o seu conceito vital para conhecer o contrato, o casamento e o testamento, seus exemplos típicos no plano material. Com o Novo CPC, o negócio jurídico passa a ter vital importância para a compreensão de um novo mecanismo para o exercício da autonomia privada no campo do processo civil brasileiro.

Para os devidos fins de caracterização, insta também expor o conceito de ato jurídico *stricto sensu* ou *em sentido estrito*, configurado quando houver objetivo de mera realização da vontade do titular de um determinado direito, não havendo a criação de instituto jurídico próprio para regular direitos e deveres, muito menos a composição de vontade entre as partes envolvidas. No ato jurídico *stricto sensu*, os efeitos da manifestação de vontade estão predeterminados pela lei. Para Marcos Bernardes de Mello, destacado intérprete da obra de Pontes de Miranda, o ato jurídico *stricto sensu* é um "fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático a manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações respectivas".[10] Podem ser citados como exemplos de atos jurídicos *stricto sensu* a ocupação de um imóvel, o pagamento direto de uma obrigação e o reconhecimento de um filho. A respeito dos atos jurídicos em sentido estrito, o art. 185 do atual Código Civil enuncia a aplicação das mesmas regras do negócio jurídico, no que couber. Ilustrando, as regras relativas às teorias das nulidades ou dos defeitos do negócio jurídico subsumem-se ao ato jurídico *stricto sensu*.

Além dessas categorias, parte considerável da doutrina ainda estuda e expõe sobre o *ato-fato jurídico* ou *ato real*. Para Pontes de Miranda, "os *atos reais*, ditos, assim por serem mais dos fatos, das coisas, que dos homens – ou *atos naturais*, se separamos natureza e psique, ou atos *meramente externos*, se assim os distinguirmos, por abstraírem eles do que se passa no interior do agente – são os atos humanos a cujo suporte fático se dá entrada, como fato jurídico, no mundo jurídico, sem se atender, portanto, à vontade dos agentes: são atos-fatos jurídicos. Nem é preciso que haja querido a juridicização dêles, nem, *a fortiori*, a irradiação de efeitos. Nos atos reais, a vontade não é elemento do suporte fático (= o suporte fático seria suficiente, ainda sem ela). *Exemplos de atos reais*. São os principais *atos reais:* a) a tomada de posse ou aquisição da posse, b) a transmissão da posse pela tradição; c) o abandono da posse; d) o descobrimento do tesouro; e) a especificação; f) a composição de obra científica, artística ou literária; g) a ocupação".[11]

Em sentido próximo, leciona Paulo Lôbo que "os atos-fatos jurídicos são atos ou comportamentos humanos em que não houve vontade, ou, se houve, o direito não as considerou. Nos atos-fatos jurídicos a vontade não integra o suporte fático. É a lei que os faz jurídicos e atribui consequências ou efeitos, independentemente de estes terem sido queridos ou não. O ato ou a vontade é esvaziada e é apenas levada para juridicização como fato; o ato dissolve-se no fato".[12] Entre os nossos contemporâneos, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho pontuam que, "No ato-fato jurídico, o ato humano é realmente da substância desse fato jurídico, mas não importa para a norma se houve, ou não, intenção de praticá-lo".[13] (...) "Excelente exemplo de ato-fato jurídico encontramos na compra e venda feita por criança. Ninguém discute que a

criança, ao comprar o doce no boteco da esquina, não tem vontade direcionada à celebração do contrato de consumo. Melhor do que considerar, ainda que apenas formalmente, esse ato como negócio jurídico, portador de intrínseca nulidade por força da incapacidade absoluta do agente, é enquadrá-lo na noção de ato-fato jurídico, dotado de ampla aceitação social".[14]

Em suma, pode-se dizer que o ato-fato jurídico é um fato jurídico qualificado por uma vontade não relevante juridicamente em um primeiro momento, mas que se revela relevante por seus efeitos. Além do exemplo dos últimos doutrinadores, pode ser citada a hipótese em que alguém encontra um tesouro sem querer, ou seja, sem vontade para tais fins. Anote-se que, na opinião deste autor, não há necessidade de se criar uma categoria própria para solucionar ou enquadrar tais situações. Os institutos do fato, do ato e do negócio jurídico parecem ser suficientes para tanto. No exemplo da criança, tem-se negócio válido, se ela demonstrar discernimento bastante para o ato. No caso do tesouro, há um ato jurídico em sentido estrito, enquadrado no art. 185 do CC/2002. A simplicidade deve ser o caminho do intérprete, quando ela for possível e suficiente.

Expostos os conceitos fundamentais da teoria geral dos fatos jurídicos, insta relembrar as diversas classificações do negócio jurídico, o que pode perfeitamente ser aplicado aos negócios jurídicos processuais. Pelo que consta no art. 185 da atual codificação material, as classificações a seguir servem tanto para os negócios quanto para os atos jurídicos em sentido estrito.

Inicialmente, *quanto às manifestações de vontade dos envolvidos*, os negócios jurídicos podem ser *unilaterais, bilaterais* ou *plurilaterais*.

Os *negócios jurídicos unilaterais* são atos e negócios em que a declaração de vontade emana de apenas uma pessoa, com um único objetivo. Os seus exemplos típicos são o testamento, a renúncia a um crédito e a promessa de recompensa. Podem ser *negócios unilaterais receptícios* aqueles em que a declaração deve ser levada a conhecimento do seu destinatário para que possa produzir efeitos (*v.g.*, promessa de recompensa) e *negócios unilaterais não receptícios*, em que o conhecimento pelo destinatário é irrelevante (*v.g.*, testamento).

Nos *negócios jurídicos bilaterais*, há duas manifestações de vontade coincidentes sobre o objeto ou bem jurídico tutelado. Podem ser mencionados, por exemplo, o contrato e o casamento. Os negócios jurídicos processuais tratados pelo Novo CPC parecem se enquadrar nessa categoria, pelo menos em regra, considerando a presença de duas partes no processo judicial.

Por derradeiro quanto à primeira classificação, os *negócios jurídicos plurilaterais* são os que envolvem mais de duas partes, com interesses coincidentes no plano jurídico. Como suas concretizações, citamos o contrato de consórcio e o contrato de sociedade entre várias pessoas. Havendo mais de uma parte no processo, os negócios jurídicos processuais também podem assumir esse viés.

Como segundo critério classificatório, *quanto às vantagens patrimoniais para os envolvidos*, os negócios jurídicos podem ser *gratuitos* ou *onerosos*. Os primeiros são os atos de liberalidade, que outorgam vantagens sem impor ao beneficiado a obrigação de uma contraprestação. A título de ilustração, cite-se a doação pura ou simples, sem elemento acidental. Por seu turno, os *negócios jurídicos onerosos* envolvem sacrifícios e vantagens patrimoniais para todas as partes no negócio, com a presença de uma prestação e uma contraprestação, caso do contrato de compra e venda.

Neste contexto de divisão, a doutrina aponta mais duas outras modalidades de negócios que também devem ser consideradas. A primeira delas é a dos *negócios jurídicos neutros*, aqueles em que não há uma atribuição patrimonial determinada, não podendo ser enquadrados como gratuitos ou onerosos, caso da instituição de um bem de família voluntário ou convencional (arts. 1.711 a 1.722 do CC). Seguindo, os *negócios jurídicos bifrontes* são os que tanto podem ser gratuitos como onerosos, o que depende da intenção das partes, caso dos contratos de depósito e de mandato.[15] Para este autor, em uma primeira análise, os negócios jurídicos processuais podem ser tidos como neutros ou mesmo como gratuitos, o que ainda necessita de uma reflexão mais profunda.

Quanto aos efeitos, no aspecto temporal, os negócios podem ser *inter vivos* ou *mortis causa*. Os primeiros são destinados a produzir efeitos desde logo, isto é, durante a vida dos negociantes ou interessados. Podemos citar os contratos em geral. Por outra via, os negócios *mortis causa* constituem aqueles cujos efeitos só ocorrem após a morte de determinada pessoa, caso de um testamento e de um legado. Não restam dúvidas de que os negócios jurídicos processuais se enquadram entre os primeiros.

Quanto à necessidade ou não de solenidades e formalidades, os *negócios jurídicos formais ou solenes* obedecem a uma forma ou solenidade prevista em lei para a sua validade e aperfeiçoamento, caso do casamento e do testamento. Por seguirem o curso de um processo judicial, aqui se situam os negócios jurídicos processuais. Por outro lado, os *negócios jurídicos informais ou não solenes* admitem forma livre, constituindo regra geral, pelo que prevê o art. 107 do CC/2002, em sintonia com o princípio da *operabilidade* ou *simplicidad*e. Entre os últimos estão os contratos de locação e prestação de serviços, que podem ser até verbais.

Quanto à independência ou autonomia, os *negócios jurídicos principais ou independentes* são os que têm vida própria e não dependem de qualquer outro negócio jurídico para terem existência e validade (*v.g.*, locação). Mais uma vez, parece ser o caso dos negócios processuais. Eles não se situam, portanto, no âmbito dos *negócios jurídicos acessórios ou dependentes*, aqueles cuja existência está subordinada a outro negócio jurídico, denominado principal (*v.g.*, fiança em relação à locação).

Levando-se em conta *as condições pessoais especiais dos negociantes*, os *negócios jurídicos impessoais* não dependem de qualquer condição especial dos

envolvidos, podendo a prestação ser cumprida tanto pelo obrigado quanto por um terceiro (*v.g.*, compra e venda). Não é o caso dos *negócios jurídicos pessoais*, em que as partes são as envolvidas no conflito, no litígio, enquadrando-se esses dentre os *negócios jurídicos personalíssimos* ou *intuitu personae*, dependentes de uma condição especial de um dos negociantes, havendo uma obrigação infungível. Pela qualificação especialmente existente quanto às partes do processo, os negócios jurídicos processuais se encaixam nos últimos.

Quanto à sua causa determinante, os negócios podem ser *causais* ou *abstratos*. Os primeiros, também denominados *materiais*, são aqueles em que o motivo consta expressamente do seu conteúdo, como ocorre, por exemplo, em um termo de divórcio. Aqui também estariam os negócios jurídicos processuais, pois o seu fundamento é o conflito existente entre os envolvidos. Não há como enquadrá-los, portanto, entre os *negócios jurídicos abstratos ou formais*, aqueles cuja razão não se encontra inserida no conteúdo, decorrendo dele *naturalmente*. Situado nos últimos, por exemplo, está o termo de transmissão de propriedade.

Em relação ao *momento de aperfeiçoamento*, os negócios jurídicos podem ser *consensuais* ou *reais*. Os *consensuais* são os que geram efeitos a partir do momento em que há o acordo de vontades entre as partes, como ocorre na compra e venda pura (art. 482 do CC/2002). Os *reais* são aqueles que produzem efeitos a partir da entrega do objeto, do bem jurídico tutelado, caso do comodato e do mútuo, que são contratos de empréstimo. Não restam dúvidas de que os negócios jurídicos processuais estão entre os primeiros.

Por fim, quanto à *extensão dos efeitos, os negócios jurídicos constitutivos* geram efeitos *ex nunc*, a partir da sua conclusão, pois constituem positiva ou negativamente determinados direitos. O exemplo típico é o contrato de compra e venda. Por seu turno, os *negócios jurídicos declarativos* geram efeitos *ex tunc*, a partir do momento do fato que constitui o seu objeto, caso da partilha de bens no inventário. Aqui, os negócios jurídicos processuais podem assumir as duas formas, o que depende da natureza da sentença que será prolatada. Em caso de sentença declaratória, com efeitos *ex tunc*, situam-se nos últimos. Nas hipóteses de sentenças constitutivas, entre os primeiros.

Feitas tais considerações de classificação e categorização jurídica, pontue-se que os negócios jurídicos processuais devem preencher os requisitos ou elementos estruturais do negócio, como bem observa Pedro Henrique Pedrosa Nogueira em seu excelente trabalho sobre o tema.[16] No mesmo sentido é a opinião de Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, para quem, "ainda que pesem divergências, podemos afirmar que além do respeito ao formalismo democrático (considerando o âmbito de proteção dos direitos fundamentais correlatos), já aludido, o art. 166 do Código Civil brasileiro deverá ser observado. Dessa forma, como todo negócio jurídico em geral, como determina a Teoria Geral do Direito, deve-se atentar para os três planos do mundo jurídico: existência, validade e eficácia, conforme a clássica proposta de Pontes de Miranda".[17]

Como se sabe, o estudo dos elementos essenciais, naturais e acidentais do negócio jurídico é um dos pontos mais relevantes e controvertidos da Parte Geral do Código Civil. É fundamental estudar a concepção desses elementos a partir da teoria criada pelo grande jurista Pontes de Miranda, que concebeu uma estrutura única para explicar tais elementos.[18] Trata-se do que se denomina *Escada Ponteana ou Escada Pontiana*. É essencial ressaltar que os nossos estudos quanto ao tema surgiram a partir dos ensinamentos transmitidos pela professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, titular em Direito Civil da Faculdade de Direito da USP e orientadora de doutorado deste autor. A partir dessa genial construção, o negócio jurídico tem três planos, a seguir demonstrados: *a) plano da existência*; *b) plano da validade*; *c) plano da eficácia*. Coube à Professora Giselda Hironaka a construção do desenho da *escada*, como seguimos desde a publicação da 1ª edição da nossa obra *Direito Civil*. Volume 1, no ano de 2004.

Sobre os três planos, ensina Pontes de Miranda que "existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia (H. Kelsen, *Hauptprobleme*, 14). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porque não há validade, ou eficácia do que não é".[19] Dessa forma, a *Escada Ponteana* pode ser concebida conforme o desenho a seguir:

"Escada Ponteana"
(Pontes de Miranda)

Plano da existência:

- agente;
- vontade;
- objeto;
- forma

(pressupostos de existência).

Plano da validade:

- capacidade (do agente);
- liberdade (da vontade ou consentimento);
- licitude, possibilidade, determinabilidade (do objeto);
- adequação (das formas)

(requisitos da validade).

Plano da eficácia:

- condição;
- termo;
- consequências do inadimplemento negocial (juros, multas, perdas e danos);
- outros elementos,

(efeitos do negócio).

Na esteira das lições de Pontes de Miranda, especialmente desenvolvidas por Giselda Hironaka, o esquema é perfeitamente lógico, eis que, em regra, para que se verifiquem os elementos da validade, é preciso que o negócio exista.

Para que o negócio seja eficaz, deve ser existente e válido. Entretanto, nem sempre isso ocorre, porque é perfeitamente possível que o negócio seja existente, inválido e eficaz, caso de um negócio jurídico anulável que esteja gerando efeitos. Ilustrando, pode ser citado o casamento anulável celebrado de boa-fé, que gera efeitos como *casamento putativo* (art. 1.561 do CC/2002). Mencione-se ainda um contrato acometido pela lesão (art. 157 do CC), vício do negócio jurídico que causa a sua anulabilidade, antes da propositura da ação anulatória. Nesse caso, se a ação não for proposta no prazo decadencial previsto em lei, o negócio será *convalidado*. Pela *convalidação, o negócio inválido passa a ser válido*. A *convalidação* pode se dar pela *conversão do negócio jurídico*, pela *confirmação pelas partes* ou pelo *convalescimento temporal* (*cura pelo tempo*).

Também é possível que o negócio seja existente, válido e ineficaz, como é o caso de um contrato celebrado sob condição suspensiva e que não esteja ainda gerando efeitos jurídicos e práticos. Cite-se, também, o termo inicial de um contrato que ainda não se iniciou.

Fazendo o devido estudo fracionado, e iniciando-se pelo *plano da existência*, aqui estão os pressupostos para um negócio jurídico, ou seja, os seus *elementos mínimos*, enquadrados por alguns autores dentro dos *elementos essenciais* do negócio jurídico. Constituem, portanto, o *suporte fático do negócio jurídico (pressupostos de existência)*.

Nesse plano surgem apenas *substantivos*, sem qualquer qualificação, ou seja, *substantivos sem adjetivos*. Esses substantivos são: a) *partes (ou agentes); b) vontade; c) objeto; e d) forma*. Não havendo algum desses elementos, o negócio jurídico é inexistente (*um nada para o direito*), conforme defendem aqueles que seguem à risca a teoria de Pontes de Miranda.

Fundamental notar que o Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor, não adotou de forma separada o plano da existência. Como se sabe, não existem regras a respeito da *inexistência do negócio jurídico*. Ademais, o art. 104 do CC/2002 trata diretamente do plano da validade. Por isso, tinha razão Sílvio Rodrigues quando afirmava que a teoria da inexistência seria inexata, inútil e inconveniente. Inexata, pois, muitas vezes, o ato inexistente cria algo cujos efeitos devem ser afastados por uma ação judicial. Inútil, porque a noção de nulidade absoluta pode substituir a ideia de inexistência muito bem. Inconveniente, uma vez que, sendo considerada desnecessária uma ação judicial para afastar os efeitos do negócio inexistente, o direito à prestação jurisdicional está sendo afastado, principalmente no que concerne às pessoas de boa-fé.[20] Em complemento, conforme afirmação de Rubens Limongi França, "a divisão bipartida distingue apenas os atos nulos dos atos anuláveis. Os atos inexistentes se incluem entre os atos nulos".[21]

Todavia, cumpre salientar que a maioria dos civilistas adota a *teoria da inexistência do ato ou negócio jurídico* em suas obras e manuais, caso, por exemplo, de Caio Mário da Silva Pereira, Marcos Bernardes de Mello, Renan Lotufo, Antônio Junqueira de Azevedo, Sílvio de Salvo Venosa, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Francisco Amaral, Zeno Veloso, José Fernando Simão, entre outros.

Entre os processualistas, a divergência também existe, mas não é tão aprofundada, na percepção do presente autor. De toda sorte, Fredie Didier Jr. também analisa as invalidades processuais a partir do plano da existência e assevera: "o ato jurídico inválido existe. O ato inexistente não tem defeito".[22]

Como se extrai dos clássicos, a *teoria da inexistência do negócio jurídico* surgiu em 1808 pelo trabalho de Zacarias (ou Zacchariae), para solucionar o problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo, eis que não havia previsão no Código Francês a respeito da sua nulidade.[23] Pontue-se que há forte tendência nos Países Ocidentais de conhecimento de tais casamentos como entidades familiares, o que esvazia o histórico exemplo.

Sintetizando, e com intuito didático, pode-se até afirmar que *o plano da existência está embutido no da validade*. Todavia, a este autor parece ser melhor resolver as questões com a invalidade, ou seja, com a teoria das nulidades.

No segundo plano, o da validade, os substantivos recebem adjetivos, a saber: *a)* partes ou agentes capazes; *b)* vontade livre, sem vícios; *c)* objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e *d)* forma prescrita ou não defesa em lei. Esses elementos de validade constam expressamente do art. 104 do CC/2002, cuja redação segue: "A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei". Não há no dispositivo menção expressa a respeito da *vontade livre*, mas é certo que tal elemento está inserido seja na capacidade do agente, seja na licitude do objeto do negócio.

O negócio jurídico que não se enquadra nesses elementos de validade é, por regra, nulo de pleno direito, ou seja, haverá nulidade absoluta ou nulidade. Eventualmente, o negócio pode ser também anulável, presente a nulidade relativa ou anulabilidade, como no caso daquele celebrado por relativamente incapaz ou acometido por vício do consentimento. As hipóteses gerais de nulidade do negócio jurídico estão previstas nos arts. 166 e 167 do CC/2002. Os casos de anulabilidade constam do art. 171 da atual codificação material.

Insta verificar que a invalidade pode ser *total* – quando atinge todo o negócio jurídico – ou *parcial* – quando atinge parte do negócio jurídico. Ambas podem ser absolutas ou relativas. A respeito da invalidade parcial, é fundamental a regra do art. 184 do CC/2002, pelo qual, respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. Ademais, a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal. Trata-se de

consolidação da antiga máxima pela qual a parte útil de um negócio não prejudica a parte inútil (*utile per inutile non vitiatur*), que tem relação direta com o *princípio da conservação dos negócios jurídicos*.

Exemplificando, imagine-se o caso de um contrato cuja cláusula penal seja nula. A nulidade da cláusula penal – invalidade parcial – não prejudica a essência do contrato, em regra, diante do seu nítido caráter acessório. Ainda ilustrando, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que "Nos termos do art. 184, segunda parte, do CC/2002, 'a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal'. Portanto, eventual abusividade de determinadas cláusulas acessórias do contrato não tem relevância para o deslinde desta ação. Ainda que, em tese, transgridam os princípios da boa-fé objetiva, da probidade e da função social do contrato ou imponham ônus excessivo ao recorrido, tais abusos não teriam o condão de contaminar de maneira irremediável o contrato, de sorte a resolvê-lo. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 783.404/GO, Terceira Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 28.06.2007, *DJU* 13.08.2007, p. 364).

A respeito da relação entre as invalidades processuais e as materiais, explica Fredie Didier Jr. que "o sistema de validades do direito civil é diferente do sistema das invalidades processuais. Ao sistema de invalidades processuais, todavia, aplicam-se todas as noções da teoria geral do direito sobre o plano da validade dos atos jurídicos".[24] De qualquer maneira, ao presente autor parece que os negócios jurídicos processuais estão mais submetidos à teoria das nulidades do Código Civil do que à teoria das invalidades processuais, especialmente pelo fato de serem expressões da autonomia privada. Sendo assim, é importante relembrar o estudo dos requisitos de validade, que constituem *elementos essenciais do negócio jurídico*, compondo o segundo degrau da Escada Ponteana.

Iniciando-se pelas partes capazes ou pela capacidade do agente, como todo negócio jurídico traz como conteúdo uma declaração de vontade – o elemento volitivo que caracteriza o *ato jurígeno* –, a capacidade das partes é indispensável para a sua validade. Quanto à pessoa física ou natural, aqui figura a grande importância dos arts. 3º e 4º do CC/2002, que apresentam as relações das pessoas absoluta ou relativamente incapazes, respectivamente.

Enquanto os absolutamente incapazes devem ser representados por seus pais, tutores e curadores, os relativamente incapazes devem ser assistidos pelas pessoas que a lei determinar. Todavia, pode o relativamente incapaz celebrar determinados negócios, como fazer testamento, aceitar mandato *ad negotia* e ser testemunha. O negócio praticado pelo absolutamente incapaz sem a devida representação é nulo, por regra (art. 166, inciso I, do CC/2002). O realizado por relativamente incapaz sem a correspondente assistência é anulável (art. 171, inciso I, do CC/2002). Acreditamos que tais premissas servem para os negócios processuais.

No tocante à incapacidade relativa de uma parte, enuncia o art. 105 do

CC/2002 que esta não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, também não aproveitando aos cointeressados capazes, salvo se, nesse caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum a todos. Desse modo, não poderão os credores ou os devedores solidários ser privilegiados por suas alegações. Isso porque, como se sabe, a alegação de incapacidade constitui uma *exceção pessoal*, uma defesa que somente pode ser alegada por determinada pessoa.

No que se refere às pessoas jurídicas, estas devem ser representadas ativa e passivamente, na esfera judicial ou não, por seus órgãos, constituídos conforme as formalidades previstas em lei. Em relação aos negócios jurídicos processuais firmados por empresas, a premissa é exatamente a mesma.

Por fim, além dessa capacidade geral, para determinados negócios, exige-se a *capacidade especial para certos atos*, denominada *legitimação*. Como exemplo, cite-se o caso de uma pessoa maior e casada que é plenamente capaz, podendo dispor sobre seus bens imóveis sem representação. No entanto, ela não poderá vender um imóvel sem a outorga de seu cônjuge ou o suprimento judicial deste, salvo se casado sob o regime de separação absoluta de bens (arts. 1.647 e 1.648 do CC/2002). A pena para o ato assim celebrado é a sua anulabilidade conforme o art. 1.649 da mesma norma material codificada, desde que proposta ação pelo outro cônjuge ou pelo seu herdeiro no prazo decadencial de dois anos, contados da dissolução da sociedade conjugal. Quanto aos negócios jurídicos processuais, em casos de interesses relativos a imóveis, é indispensável a participação do cônjuge, salvo se casados no regime da separação absoluta de bens (art. 73 do Novo CPC).

Partindo para o segundo elemento essencial do negócio jurídico, a manifestação de vontade exerce papel importante no negócio jurídico, sendo seu elemento basilar e orientador. Vale dizer que a vontade é o elemento que diferencia o negócio, enquadrado nos fatos humanos, fatos jurígenos e atos jurídicos, dos fatos naturais ou *stricto sensu*.

O consentimento pode ser *expresso* – escrito ou verbal, no primeiro caso de forma pública ou particular – ou *tácito* – quando resulta de um comportamento implícito do negociante, que importe em concordância ou anuência. Nesse sentido, preconiza o art. 111 do CC/2002 que o silêncio implica anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Desse modo, por regra, *quem cala não consente*, eis que, para que seja válida a vontade tácita, devem estar preenchidos os requisitos apontados. De toda sorte, há exceções especiais a essa regra. Acreditamos que a máxima *quem cala não consente* também terá incidência para os negócios jurídicos processuais.

Ainda a respeito da vontade ou consentimento, os arts. 112, 113 e 114 trazem três regras fundamentais quanto à interpretação dos contratos e negócios jurídicos em geral, que merecem ser comentadas, com claras projeções para os negócios processuais.

Pelo primeiro comando legal – art. 112 do CC/2002 –, nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção das partes do que ao sentido literal da linguagem. Desse modo, o aplicador do direito deve sempre buscar o que as partes queriam de fato, quando celebraram o negócio, até desprezando, em certos casos, o teor do instrumento negocial. Esse art. 112 do Código Civil relativiza a força obrigatória das convenções, o *pacta sunt servanda*. Traz ainda, em seu conteúdo, *a teoria subjetiva de interpretação* dos contratos e negócios jurídicos, em que há a busca da real intenção das partes. Acredita-se que essa vontade real igualmente será o norte interpretativo dos negócios jurídicos processuais.

Ainda no que toca ao art. 112 do CC/2002, é interessante expor o exemplo construído por Karl Larenz, que demonstra muito bem as dificuldades de se buscar o sentido real do que foi pactuado. Expõe o jurista a situação de alguém que comunica a um hotel a necessidade de reserva de *dois quartos com três camas*. O objetivo do declarante é reservar um quarto com duas camas e outro quarto com uma cama tão somente. No entanto, o atendente do hotel acaba por reservar dois quartos com três camas cada um. Como o hotel está lotado, ao chegar, o hóspede é cobrado da última forma.[25] Quem deve ter razão? Vale dizer que o presente autor passou por situação semelhante no seu cotidiano. Certo dia, em uma barraca de pastel da famosa feira livre da Vila Mariana, em São Paulo, fiz o seguinte pedido: "três queijos, para viagem". A atendente, inexperiente, entregou um pastel de três queijos, quando o certo seria vender três pastéis de queijo. A própria gerente da barraca corrigiu o equívoco, uma vez que o pedido de três pastéis é mais comum, inclusive pelas vendas habituais realizadas a este autor.

O art. 113 do CC/2002 consagra que os negócios jurídicos, e logicamente os contratos, devem ser interpretados de acordo com a boa-fé objetiva e os usos do lugar de sua celebração. Conforme enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, ao qual se filia, devem-se incluir no sentido da norma as práticas habitualmente adotadas entre as partes (Enunciado n. 409 do CJF/STJ). Diante do enunciado doutrinário, pode-se falar em *usos do tráfego*, que, segundo Larenz, constituem uma prática habitual nos negócios, um costume corriqueiro na constância das relações entre as partes. Nesse contexto, são fatos que devem ser considerados, segundo o jurista: *a)* os acordos preliminares; *b)* o caráter habitual das relações mantidas entre as partes; *c)* as manifestações anteriores do declarante e do destinatário; *d)* o lugar, o tempo e as circunstâncias anexas aos fatos.[26] Esses parâmetros, acreditamos, deverão ser utilizados para os negócios jurídicos de cunho processual no futuro.

Seguindo no estudo desse importante preceito, ele traz, ao mesmo tempo, os princípios da eticidade e da socialidade, ambos baluartes da codificação material de 2002. O primeiro está no reconhecimento da interpretação mais favorável àquele que tenha uma conduta ética de colaboração e de lealdade (*boa-fé objetiva*). O segundo, pela interpretação do negócio de acordo com o meio social, dentro da ideia da *ontognoseologia jurídica* de Reale, reconhecendo a função

social dos negócios e contratos. Valoriza-se, portanto, conforme a ementa transcrita, a *teoria objetiva da interpretação dos contratos e negócios jurídicos*. Cabe lembrar, na linha do exposto no primeiro capítulo deste livro, que a boa-fé objetiva representa um dos esteios principiológicos do Novo Código de Processo Civil, sendo perfeitamente possível a incidência do art. 113 do Código Civil para os negócios jurídicos processuais.

Alguns juristas, contudo, entendem que o dispositivo em comento traz a boa-fé subjetiva, aquela relacionada com a intenção das partes.[27] Discorda-se desse posicionamento, pois a boa-fé-intenção está inserida no comando legal antes referido (art. 112 do CC). O art. 113 do CC traz, na verdade, a *função de interpretação da boa-fé objetiva*.

Assinala-se que os negócios jurídicos em geral, principalmente os contratos, devem ser interpretados da maneira mais favorável àquele que esteja de boa-fé. Em alguns casos, a lei acaba presumindo de forma relativa essa boa-fé objetiva, guiando a interpretação do magistrado. Podem ser citados os casos de interpretação mais favorável ao aderente (art. 423 do CC) e ao consumidor (art. 47 do CDC). No campo processual, acreditamos que isso também deve guiar a interpretação do negócio jurídico processual, especialmente nos casos de presença de vulneráveis negociais, como são os aderentes e os consumidores.

Em suma, percebe-se que tinha total razão o saudoso Miguel Reale quando afirmava que o art. 113 do CC/2002 seria um *artigo-chave* do Código de 2002.[28] Em conclusão, o dispositivo traz a *função interpretativa* tanto da boa-fé objetiva quanto da função social. Na jurisprudência brasileira, inúmeros são os julgados de aplicação da boa-fé objetiva e da função social em uma *relação de simbiose*, de ajuda mútua, para a mitigação da força obrigatória da convenção (ilustrando, dentre milhares de ementas: TJMG, Apelação Cível 1.0024.08.255985-7/0011, Belo Horizonte, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Tibúrcio Marques, j. 12.02.2009, *DJEMG* 18.03.2009; TJSP, Agravo de Instrumento 605.520.4/9, Acórdão 3383957, São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 13.11.2008, *DJESP* 23.01.2009).

Ato contínuo de análise, aduz o art. 114 da atual codificação material que os negócios jurídicos benéficos interpretam-se estritamente. Desse modo, em contratos gratuitos, como são a doação e o comodato, à vontade das partes nunca pode se dar um efeito ampliativo, sempre restritivo. Especializando o seu teor, prevê o art. 819 do CC/2002 que a fiança não admite interpretação extensiva. Como é notório, a fiança é um típico contrato de garantia gratuita, em regra. Aos negócios jurídicos processuais que assim se enquadrem o dispositivo também pode ser aplicado.

Sendo o consentimento inexistente, o negócio jurídico existirá apenas na aparência, mas não para o mundo jurídico, sendo passível de declaração de inexistência ou de nulidade absoluta. Dentre os que entendem pela nulidade estão aqueles que não são adeptos da *teoria da inexistência do negócio jurídico*, caso deste autor, pelo simples fato de o Código Civil somente tratar da nulidade

absoluta e da relativa. Não sendo a vontade livre, por apresentar um vício do consentimento, o negócio será tido como anulável. É o caso da presença do erro, do dolo, da coação, do estado de perigo e da lesão, todos plenamente incidentes para o negócio jurídico processual.

Partindo para o objeto que forma o conteúdo do negócio, somente será considerado válido o ato que tenha um objeto lícito, nos limites impostos pela lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública, à boa-fé e à sua função social ou econômica de um instituto. Como se sabe, ilícito o objeto, nulo será o negócio jurídico (art. 166, inciso II, do CC/2002). Eventualmente pode estar caracterizado no negócio jurídico o abuso de direito, justamente pelo desrespeito aos conceitos que constam do art. 187 da atual codificação material, o que, por si só, constitui justificativa para a declaração de nulidade, combinando-se os dois dispositivos legais aqui mencionados.

Além disso, o objeto deve ser possível no plano fático. Se o negócio implicar prestações impossíveis, também deverá ser declarado nulo. Tal impossibilidade pode ser física ou jurídica. A impossibilidade física está presente quando o objeto não pode ser apropriado por alguém ou quando a prestação não puder ser cumprida por alguma razão. Por outra via, a impossibilidade jurídica está presente quando a lei vedar o seu conteúdo.

Segundo o art. 106 do CC/2002, a impossibilidade inicial do objeto não gera a nulidade do negócio se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado. Em suma, somente a impossibilidade absoluta é que tem o condão de nulificar o negócio. Se o negócio ainda puder ser cumprido ou executado, não há que falar em invalidade. O comando legal traz em seu conteúdo o *princípio da conservação negocial ou contratual*, segundo o qual deve-se sempre buscar a manutenção da vontade dos envolvidos, a preservação da autonomia privada. A ideia mantém relação direta com o princípio da função social do contrato, segundo o Enunciado n. 22 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, cuja redação merece destaque: "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas".

A título de exemplo de incidência material do art. 106 do CC/2002, cite-se a hipótese de um negócio envolvendo uma companhia que ainda será constituída por uma das partes envolvidas. Ou, ainda, como quer Álvaro Villaça Azevedo, a ilustração da venda de um automóvel que não pode ser fabricado em um primeiro momento, diante de uma greve dos metalúrgicos; surgindo a possibilidade posterior do objeto negocial pela cessação do movimento de paralisação.[29] No futuro, concreções como essas podem servir para os negócios jurídicos processuais.

O objeto do negócio deve ser determinado ou, pelo menos, determinável. O Código Civil de 2002 reconhece falha da codificação anterior, afastando o rigor da certeza quanto ao objeto. Pertinente apontar que, na obrigação de dar coisa incerta, o objeto é ainda pendente de determinação (arts. 243 e 244 do CC/2002),

que se dá pela escolha, também denominada *concentração*. Mesmo assim, não há que falar em invalidade do negócio por indeterminação do objeto, sendo este um exemplo de incidência da regra constante do art. 106 do CC/2002.

Nas típicas situações de negócios jurídicos de alienação de coisa, caso dos contratos de compra e venda e de doação, o objeto deve ser ainda consumível do ponto de vista jurídico, o que se enquadra na segunda parte do art. 86 do CC/2002, que trata da *consuntibilidade jurídica*. Em outras palavras, o objeto deve ser alienável, ao passo que a venda ou a doação de bem inalienável é nula, por ilicitude do objeto ou fraude à lei (art. 166, incisos II e VI, do CC). Por fim, saliente-se que é melhor utilizar a expressão *bem inalienável* do que a clássica *coisa fora do comércio – res extra commercium*, do Direito Romano. Como é notório, há muito tempo superou-se a *fase dos atos do comércio* do Direito Comercial. Muito ao contrário, vivemos a fase do Direito Empresarial.

Para o presente autor, todas as regras expostas, a respeito do objeto do ato jurídico de cunho material, têm incidência, sem ressalvas, para o negócio jurídico processual. O tempo e a prática devem trazer exemplos dessa concretização.

Partindo para o estudo da forma prescrita ou não defesa em lei, cabe trazer à tona as palavras de Clóvis Beviláqua, para quem a forma seria "o conjuncto de solemnidades, que se devem observar, para que a declaração da vontade tenha efficacia juridica. É o revestimento juridico, a exteriorizar a declaração de vontade. Esta é a substancia do acto, que a fórma revela".[30] Como premissa-geral, a validade da declaração de vontade não depende de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Desse modo, os negócios jurídicos, em regra, são informais, nos termos do art. 107 do CC/2002, que consagra o *princípio da liberdade das formas*.

O Novo CPC repetiu a mesma regra, já estabelecida na lei instrumental anterior, no sentido de serem os atos processuais informais. De acordo com o novo art. 188 do Estatuto Processual, os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir. O mesmo preceito enuncia que se consideram válidos os atos que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial. Em suma, adota-se que a ideia de que *o material deve prevalecer sobre o formal*.

Todavia, não se deve esquecer que continua prevista a regra segundo a qual em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa. Em complemento, o documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado (art. 192 do Novo CPC).

Entretanto, em casos especiais, visando conferir maior certeza e segurança nas relações jurídicas, a lei prevê a necessidade de formalidades, relacionadas com a manifestação da vontade. Nessas situações, o negócio não admitirá forma livre, sendo conceituado como *negócio formal*. É fundamental diferenciar

formalidade de *solenidade*, conforme faz uma parte da doutrina. *Solenidade* significa a necessidade de ato público, caso da escritura pública, enquanto *formalidade* constitui a exigência de qualquer forma apontada pela lei, por exemplo, a de forma escrita. Assim, pode-se dizer que *a forma é gênero; a solenidade é espécie*.

Essa diferenciação entre as categorias é importante quando se estuda, por exemplo, a classificação dos contratos. Com tom didático, vale transcrever as palavras de Sílvio de Salvo Venosa para quem "o contrato solene entre nós é aquele que exige escritura pública. Outros contratos exigem forma escrita, o que os torna formais, mas não solenes. No contrato solene, a ausência de forma torna-o nulo. Nem sempre ocorrerá a nulidade, e a relação jurídica gerará efeitos entre as partes, quando se trata de preterição de formalidade, em contrato não solene".[31] Em termos práticos, a diferenciação é pouco relevante. Isso porque, havendo desrespeito à forma ou sendo preterida alguma solenidade prevista para o negócio, este será nulo (art. 166, incisos IV e V, do CC).

Ressalte-se o que dispõe o art. 109 do CC/2002, segundo o qual, "No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato". Portanto, podem as partes, por ato de vontade e visando à segurança, prever que o negócio deva atender a solenidades. A imposição do negócio solene pode ser, portanto, convencional entre as partes. Cabe relembrar que a escritura pública é lavrada no Tabelionato de Notas de qualquer localidade do País, estando no plano da validade dos negócios jurídicos (segundo degrau da *Escada Ponteana*). Acreditamos que as partes, no negócio jurídico processual, também poderão impor, para a demanda, alguma solenidade que considerem essencial.

Cumpre ainda comentar o importante art. 108 do CC/2002. Prescreve esse dispositivo que a escritura pública somente será exigida para negócios jurídicos que visam à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, com valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. Em relação ao seu conteúdo, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 289 do CJF/STJ, prevendo que "O valor de 30 salários mínimos constante no art. 108 do Código Civil brasileiro, em referência à forma pública ou particular dos negócios jurídicos que envolvam bens imóveis, é o atribuído pelas partes contratantes, e não qualquer outro valor arbitrado pela Administração Pública com finalidade tributária". Valoriza-se a autonomia privada, o que foi pactuado pelas partes. De qualquer forma, o enunciado pode abrir brecha para preços simulados, que não são reais. Havendo simulação, o negócio pode ser declarado nulo, nos termos do art. 167 do Código Civil.

O art. 108 do CC/2002 tem relação direta com o princípio da função social dos contratos. Isso porque presumiu o legislador que uma pessoa que compra um imóvel com valor de até trinta salários mínimos não tem condições econômico-financeiras de pagar as despesas de escritura, estando dispensada de tal encargo. Não há função social maior do que esta, diante da proteção das classes desfavorecidas, aflorando o *Direito Civil dos Pobres*, conforme a notória

construção de Antonio Menger.[32] Pela relação com a função social dos contratos, por envolver matéria de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002), não há no dispositivo legal qualquer inconstitucionalidade, por suposta lesão ao art. 7.º, inciso IV, do Texto Maior, que veda que o salário mínimo seja utilizado para outros fins que não sejam de remuneração dos trabalhadores. Para rebater qualquer alegação de inconstitucionalidade, destaque-se que *a função social dos contratos está amparada na cláusula pétrea da função social da propriedade*, constante do art. 5.º, XXII e XXIII, do Texto Maior. Ademais, analisando o fim social da norma constitucional, não há qualquer prejuízo aos trabalhadores se fixar o salário mínimo como parâmetro para a escritura pública.

A encerrar, e por cautela, nunca é demais lembrar que não se pode confundir a escritura pública com o registro. A primeira representa o próprio contrato de compra e venda, que pode ser celebrado em qualquer Tabelionato de Notas do País, não importando o local do imóvel. Por seu turno, o registro gera a aquisição da propriedade imóvel, devendo ocorrer, necessariamente, no Cartório de Registro de Imóveis do local em que o bem estiver situado. Além disso, a escritura pública, sendo forma, está no plano da validade do negócio jurídico; o registro imobiliário está no plano de sua eficácia. Os degraus da *Escada Ponteana* são distintos.

Feitas todas essas considerações sobre o plano da validade do negócio, é importante tratar do seu *plano da eficácia*. No *terceiro degrau* da *Escada Ponteana* estão os elementos relacionados com a suspensão e resolução de direitos e deveres das partes envolvidas. De outra forma, pode-se dizer que nesse último plano estão os efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e em relação a terceiros, ou seja, as suas consequências jurídicas e práticas. São elementos de eficácia os seguintes: *a)* condição (evento futuro e incerto); *b)* termo (evento futuro e certo); *c)* encargo ou modo (ônus introduzido em ato de liberalidade); *d)* regras relativas ao inadimplemento do negócio jurídico (resolução), caso dos juros, da cláusula penal ou multa e das perdas e danos; *e)* direito à extinção do negócio jurídico (resilição); *f)* regime de bens do negócio jurídico casamento; e g) registro imobiliário. De maneira didática, pode-se dizer que os elementos que não estão no plano da existência e da validade estão no da eficácia, mormente aqueles relativos às decorrências concretas do negócio jurídico. No campo do negócio jurídico processual, nesse plano estariam as convenções estabelecidas entre as partes sobre prazos, condições e limitações na prova, o que foi admitido pelo Novo CPC, como se verá.

Antes de partir para esse estudo, é necessário lembrar que o Código Civil traz uma relevante regra de direito intertemporal que pode perfeitamente repercutir nos negócios jurídicos processuais. Nesse contexto, é fundamental a análise do art. 2.035, *caput*, do Código Civil de 2002, dispositivo de direito intertemporal que resolve uma série de problemas relativos ao negócio jurídico. Anote-se que o direito intertemporal é o ramo da ciência jurídica que visa solucionar os conflitos da lei no tempo, principalmente diante do surgimento de uma nova norma. É a redação desse importante comando legal:

"Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução".

A redação desse dispositivo nos traz duas constatações importantes. A primeira é que o comando não adota expressamente o plano da existência, eis que o artigo já começa tratando da *validade dos negócios e demais atos jurídicos*. Em verdade, para os devidos fins, deve-se entender que o plano da existência está subentendido no da validade. A segunda constatação é de que em relação à *validade* dos negócios jurídicos deve ser aplicada a norma do *momento* da sua constituição ou celebração.

Estabelece o comando legal que, se o negócio for celebrado na vigência do Código Civil de 1916, quanto à sua validade, devem ser aplicadas as regras que constavam na codificação anterior. Isso no que concerne à capacidade das partes, à legitimação, à vontade livre, à licitude do objeto e à forma prescrita em lei. Por outra via, no tocante ao *plano da eficácia*, devem ser aplicadas as normas incidentes no *momento da produção de seus efeitos* ("mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam"). Nesse contexto, relativamente à condição, ao termo, aos juros, às multas e outras penalidades, às perdas e danos, à rescisão contratual e ao regime de bens de casamento, deve ser aplicada a norma atual, no caso, o Código Civil 2002.

Vejamos algumas exemplificações concretas de aplicação de tais premissas. De início, imagine-se um caso em que foi celebrado um contrato na vigência do Código Civil de 1916, ou seja, até 10 de janeiro de 2003. O contrato traz uma multa exagerada, desproporcional, estando presente a *onerosidade excessiva*, a desproporção no negócio jurídico no que toca à cláusula penal. O descumprimento do negócio ocorreu na vigência do Código Civil de 2002, a partir de 11 de janeiro de 2003, segundo a maioria da doutrina e da jurisprudência. Pergunta-se: é possível aplicar o art. 413 do atual Código Civil, que consagra o dever do magistrado reduzir a cláusula penal que for exagerada, a fim de evitar a onerosidade excessiva? Lembrando que essa redução equitativa em caso de desproporção constitui parcial novidade, é de se responder positivamente. Isso porque o inadimplemento ocorreu na vigência da nova lei, estando a multa no plano da eficácia, o que justifica a aplicação da atual legislação.

Vale aqui citar a sentença proferida pela 13.ª Vara Cível do Foro Central da Capital de São Paulo, no caso envolvendo o apresentador Boris Casoy e a Rede Record de Televisão. Diante do descumprimento do contrato por parte da emissora, o apresentador resolveu cobrar a multa compensatória prevista no contrato, de cerca de 27 milhões de reais. Aplicando o art. 413 do CC/2002 ao contrato, celebrado em 12 de abril de 2002, o magistrado reduziu a cláusula penal para cerca de seis milhões de reais (Processo 583.00.2006.135945-8, Sentença de 18 de outubro de 2006, Juiz André Gustavo Cividanes Furlan). Em junho de 2011,

a *decisium* foi parcialmente reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que aumentou o valor da cláusula penal para dez milhões de reais, por entender que a multa fixada pela primeira instância era insuficiente. Vejamos a publicação da ementa do acórdão:

"Indenizatória. Contrato de prestação de serviços. Apresentador e editor-chefe de telejornal. Rescisão imotivada. Multa compensatória estabelecida em cláusula contratual. Montante manifestamente excessivo. Incidência do art. 413 do CC. Redução equitativa do valor da indenização. Critérios a serem observados. Adoção de cálculo aritmético com vista ao tempo faltante de cumprimento do contrato. Insuficiência. Indenização majorada. Recurso dos autores provido para este fim. Acolhimento de pedido subsidiário formulado na inicial. Reconhecimento da sucumbência recíproca. Apelo da ré provido" (TJSP, Apelação 0062432-17.2007.8.26.0000, Acórdão 5211780, São Paulo, Trigésima Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Milton Carvalho, j. 21.06.2011, *DJESP* 28.06.2011).

De qualquer modo, o acórdão mantém a tese de subsunção do art. 413 do Código Civil de 2002 a contrato celebrado na vigência do Código Civil de 1916, conforme aqui sustentado.

Como segundo exemplo de aplicação do art. 2.035 do CC, pode ser citado o teor do Enunciado n. 164 da *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: "Tendo início a mora do devedor ainda na vigência do Código Civil de 1916, são devidos juros de mora de 6% ao ano, até 10 de janeiro de 2003; a partir de 11 de janeiro de 2003 (data de entrada em vigor do novo Código Civil), passa a incidir o art. 406 do Código Civil de 2002". Como se sabe, os juros estão no plano da eficácia de uma obrigação ou de um contrato. Sendo assim, devem ser aplicadas as normas do momento da eficácia do negócio jurídico. É justamente isso que ordena o enunciado, com o qual é de se concordar integralmente. Vários julgados do STJ vêm aplicando o teor desse enunciado (nesse sentido, ver, por todos: STJ, AgRg no Ag 714.587/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 11.03.2008, *DJ* 01.04.2008, p. 1).

Outra ilustração envolve a necessidade da outorga conjugal. Como é notório, o art. 1.647 do atual Código Civil exige a outorga uxória – da esposa – e marital – do marido – para a prática de alguns atos e negócios, salvo se o regime entre eles for o da separação absoluta. A exigência abrange a venda de imóvel, as doações e a prestação de fiança, entre outros atos. A falta dessa outorga, não suprida pelo juiz, gera a anulabilidade ou nulidade relativa do ato praticado, conforme prevê o art. 1.649 do CC/2002.

O Código Civil de 1916 dispunha, nos seus arts. 235, 242 e 252, que os atos assim celebrados, sem a outorga, seriam nulos, presente uma nulidade absoluta. No entanto, e se a compra e venda de imóvel foi celebrada na vigência do CC/1916 por um dos cônjuges, sem a outorga do outro? Esse negócio é nulo ou anulável? O negócio será nulo, pois aplica-se a norma do momento da

celebração. Consigne-se que a outorga conjugal é hipótese de legitimação, uma espécie de capacidade, que está no plano da validade. O negócio é nulo mesmo que a ação tenha sido proposta na vigência do Código Civil de 2002, após 11 de janeiro de 2003, pois a questão a ser analisada é de natureza material, e não processual.

Também a título de exemplo é imperioso apontar que a *Escada Ponteana* e o art. 2.035 do CC/2002 repercutem no contrato de sociedade, típico do Direito Empresarial. Enuncia o art. 977 do atual Código Civil que: "Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória". O dispositivo citado proíbe que cônjuges casados sob os regimes da comunhão universal ou da separação total obrigatória constituam sociedade entre si. Trata-se de regra de capacidade, que está no plano da validade. Assim, o dispositivo somente se aplica às sociedades constituídas após a entrada em vigor do atual Código Civil. No Código Civil anterior não havia essa restrição em relação à capacidade, havendo direito adquirido quanto à não aplicação do comando legal. Portanto, as sociedades anteriores não serão atingidas, pois quanto ao plano da validade deve ser aplicada a norma do momento da constituição do negócio. A tese foi adotada na *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pelo teor do seu Enunciado n. 204: "A proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002". No mesmo sentido, é o Parecer jurídico 125/2003, do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC/COJUR). A jurisprudência tem decidido na mesma linha de raciocínio (nesse sentido, ver: TJSP, Apelação Cível 358.867-5/0, São Paulo, Primeira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Renato Nalini, Data do registro: 26.04.2006, Voto 11.033).

Como última ilustração, agora envolvendo o Direito de Família, destaque-se que o regime de bens de casamento está no plano da eficácia, pois relativo às suas consequências. Sendo assim, é possível alterar regime de bens de casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916, subsumindo a regra do art. 1.639, § 2.º, do CC/2002, que possibilita a *ação de alteração do regime*, mediante pedido motivado de ambos os cônjuges. Esse é o entendimento majoritário da doutrina, consubstanciado no Enunciado n. 260 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, realizada em 2004, nos seguintes termos: "Arts. 1.639, § 2.º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2.º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior". No plano jurisprudencial, a tese é adotada pelo Superior Tribunal de Justiça desde o ano de 2005 (nesse sentido, ver: STJ, REsp 730.546/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 23.08.2005, *DJ* 03.10.2005, p. 279). O tema ainda será aprofundado em capítulo específico deste livro, que trata das Ações de Direito de Família (Capítulo 12).

Deve restar evidente que o art. 2.035, *caput*, do CC tem grande relevância

prática para os negócios jurídicos em geral. Que fique claro que este autor é um dos entusiastas do referido comando legal, um dos melhores da atual codificação, não havendo qualquer inconstitucionalidade no comando por lesão à proteção do direito adquirido (art. 5.º, XXXVI, da CF/1988). Muito ao contrário.

Feitas todas essas considerações de cunho material, e partindo para as regras inseridas no Novo Código de Processo Civil sobre os negócios jurídicos processuais, os seus fundamentos encontram-se no seu art. 190. De acordo com o seu *caput*, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Para o presente autor, pela sua experiência arbitral, parece que as partes podem transpor muitas das máximas arbitrais para um processo judicial, o que viria em boa hora. Haveria, assim, uma *miniarbitragem judicial*. Tal correlação foi observada por Rodrigo Reis Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas[33] em artigo científico sobre o assunto. São as conclusões desse preciso trabalho:

"A evolução do processo civil no ordenamento jurídico brasileiro direciona para a flexibilização do procedimento, em prol da efetividade do processo enquanto instrumento concretizador de direitos. Nesse sentido, deve-se superar a dicotomia entre público e privado, para melhor explorar os interstícios entre esses dois ramos, na construção de um direito intermediário, conforme defendido por doutrina.

Desta forma, a realização dos negócios jurídicos processuais, seja antes ou durante o processo, estimula o diálogo entre o juiz e as partes, permitindo-lhes avaliar, nos limites possíveis, os melhores caminhos a serem trilhados para o deslinde da controvérsia, o que, conforme Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, torna o exercício da atividade judiciária muito mais democrático. Aliás, não podemos perder de vista que todo o sistema processual se submete a um modelo democrático, devidamente implementado e garantido pela carta Constitucional de 1988.

Apontando para tal direção, o processo civil encontra respaldo nas práticas arbitrais. A via alternativa de resolução de conflitos demonstra que a experiência com a flexibilização do procedimento e o empoderamento das partes resulta em processo mais efetivo, no qual os atores processuais atuam em cooperação para a resolução da controvérsia.

Assim, parece rumar para um bom caminho o processo civil brasileiro. No intuito de consolidar os valores e princípios constitucionais, conclui-se que o diálogo entre público e privado, entre jurisdição estatal e jurisdição privada, contribui para enriquecer o debate acerca do acesso à Justiça e da concretização de direitos. Consagrando tais evidências, a teoria do negócio jurídico processual garante sucesso à arbitragem e, almeja-se, pretende revolucionar positivamente o novo sistema processual civil que emerge".

Todavia, apesar desse entusiasmo inicial, que também é nosso, cabe lembrar

que no processo judicial há a figura do juiz togado, preso à estrita legalidade, ao contrário dos árbitros, com mais liberdade para decidir. Talvez por isso os negócios jurídicos processuais *não vinguem* no futuro, como acredita Fernanda Tartuce, em conversas informais mantidas com este autor.

Alguns enunciados aprovados pelo *Fórum Permanente dos Processualistas* (FPPC), promovido pelo Instituto de Direito Processual, devem ser mencionados. De início, o Enunciado n. 135 estabelece que a indisponibilidade do direito material discutido no processo não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico ora analisado. Para o presente autor, civilista, fica difícil concordar com o seu teor, especialmente pela necessidade de tutela efetiva dos direitos indisponíveis.

Outros três Enunciados, de números 253, 255 e 256, preveem que os negócios jurídicos processuais podem ser celebrados por qualquer parte, inclusive pela Fazenda Pública e pelo Ministério Público, este quando for autor ou réu, seja a demanda individual ou coletiva. Mais uma vez, os seus teores ficam em xeque, diante da presença de interesses coletivos e sociais, indisponíveis por essência. Cite-se, a título de exemplo, uma ação civil pública que envolva a tutela dos consumidores, em escala nacional.

Entretanto, outros enunciados aprovados no Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis contam com o nosso total apoio. Cite-se, a propósito, o Enunciado n. 133, segundo o qual, "salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do *caput* do art. 189 não dependem de homologação judicial". Ora, se há uma ideia de desvinculação das partes à estrita previsão de procedimentos, não poderia ser diferente. Todavia, há quem não concorde com o enunciado transcrito, caso de Daniel Amorim Assumpção Neves, em obra inédita enviada a este autor. Pontua o jurista: "acredito que o controle judicial seja indispensável em qualquer hipótese, de forma que a ausência de homologação pelo juiz impede que o acordo gere efeitos processuais. O processo, afinal, continua a não ser 'coisa das partes' em razão de sua indiscutível natureza pública. Acertado o Enunciado n. 260 do *Fórum Permanente de Processualistas Civis* (FPPC) ao apontar para a homologação judicial como condição de eficácia do negócio jurídico". Em verdade, este autor não concorda é com o último enunciado, estando filiado ao primeiro. Ora, a exigência de homologação judicial afasta a utilidade prática dos negócios jurídicos processuais.

Também merece apoio o Enunciado n. 16 do *Fórum Permanente de Processualistas Civis* (FPPC), *in verbis:* "O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo". O prejuízo para as partes deve ser essencial para o reconhecimento de sua invalidade, o que está na linha do *princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos*, tão prestigiado entre os civilistas, pela clara valorização da autonomia privada.

É igualmente perfeito o Enunciado n. 18 do *Fórum dos Processualistas*, pelo

qual "há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica", o que tem claro objetivo de tutelar os mais fracos, especialmente os economicamente frágeis. O enunciado guia a aplicação do parágrafo único do art. 190 do CPC/2015, ao estabelecer que, de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Da mesma forma, é correto o Enunciado n. 257 do *Fórum Permanente de Processualistas Civis*, segundo o qual o art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Tem também a nossa concordância o Enunciado n. 258, do mesmo evento, segundo o qual, as partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa. Os enunciados em questão estão dentro do exercício permitido da autonomia privada nos negócios jurídicos processuais.

Tem o nosso apoio, assim como os anteriores, o Enunciado n. 132, aprovado pelos processualistas, ao estabelecer que, além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos dos arts. 190 e 191. Sendo assim, na linha do que foi antes demonstrado, têm aplicação para os negócios jurídicos processuais o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão, geradoras de sua anulabilidade ou nulidade relativa, pela presença de um vício do consentimento (art. 171 do CC/2002). Também incidem os vícios sociais da fraude contra credores – gerando também sua nulidade relativa (pelo mesmo art. 171 do CC/2002) –, e da simulação – ocasionando sua nulidade absoluta (art. 167).

Vale lembrar, dentro da proposta desta obra, as consequências da nulidade absoluta e da nulidade relativa ou anulabilidade.

Na *nulidade absoluta* ou tão somente nulidade, é cabível a ação declaratória de nulidade que segue, regra geral, o rito comum. Essa ação, diante de sua natureza predominantemente declaratória, é imprescritível, ou melhor tecnicamente, não está sujeita a prescrição ou decadência. A imprescritibilidade também está justificada porque a nulidade absoluta envolve preceitos de ordem pública, impedindo, consequentemente, que o ato convalesça pelo decurso do tempo (art. 169 do CC). Desse modo, a este autor parece que, com a emergência do Código Civil de 2002, não cabe mais a alegação da prescritibilidade em vinte anos (agora, dez anos, conforme o art. 205 do CC/2002) da referida ação de nulidade, tese que não pode mais prosperar.

De toda sorte, cabe deixar claro que a questão não é pacífica, especialmente na doutrina, sendo pertinente expor as correntes principais a respeito da controvérsia.

De início, adotando a premissa da imprescritibilidade seguida por este autor,

leciona Álvaro Villaça Azevedo que "a ação de nulidade, a seu turno, é imprescritível".[34] Segundo Sílvio de Salvo Venosa, o art. 169 da atual codificação encerrou polêmica anterior, "para extinguir com a divergência na doutrina, o presente Código é expresso em relação à imprescritibilidade do negócio jurídico".[35] Na mesma linha, Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado ponderam que "esclarece o legislador que o negócio nulo *ipso iure* não pode ser confirmado e que o direito de postular a declaração de sua nulidade não se sujeita à decadência".[36] Na jurisprudência superior já se reconhecia, antes mesmo do Código Civil de 2002, que "a ausência de consentimento ou outorga uxória em declaração de transferência de imóvel pertencente ao patrimônio do casal é ato jurídico absolutamente nulo e, por isso, imprescritível, podendo sua nulidade ser declarada a qualquer tempo, além de não produzir qualquer efeito jurídico. Inaplicabilidade à espécie dos artigos 177 e 178 do Código Civil. Precedentes desta Corte" (STJ, REsp 38.549/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 08.06.2000, *DJ* 28.08.2000, p. 70). Ou, ainda, posicionava-se que: "as nulidades de pleno direito invalidam o registro (Lei 6.015/1973, art. 214). Princípio da continuidade. Segundo boa parte da doutrina, a nulidade, além de insanável, é imprescritível. Conforme precedente da Terceira Turma do STJ, 'Resultando provado que a escritura de compra e venda for forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição' (REsp 12.511, *DJ* 04.11.1991)" (STJ, REsp 89.768/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. 04.03.1999, *DJ* 21.06.1999, p. 149). Os acórdãos mais recentes da Corte Superior não discrepam de tal solução (por todos: STJ, REsp 1.353.864/GO, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 07.03.2013, *DJe* 12.03.2013).

Entretanto, há outra corrente que entende que os atos nulos estão sujeitos ao maior prazo de prescrição previsto em lei para a sua declaração de nulidade, especialmente no que toca aos efeitos patrimoniais. Assim, aplicar-se-ia o prazo geral de prescrição de dez anos, previsto no art. 205 da atual codificação. Essa é a opinião, por exemplo, de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, citando Caio Mário da Silva Pereira e outros julgados do Superior Tribunal de Justiça.[37]

Por fim, é possível expor uma corrente que representa uma terceira via, pois há quem sustente que a ação para declarar o ato nulo é sempre imprescritível, aplicando-se a prescrição para outras pretensões decorrentes da nulidade do negócio jurídico. A título de exemplo, eventual pedido de reparação civil estaria sujeito ao prazo de três anos tratado pelo art. 206, § 3.º, inciso V, do atual Código Civil. Nessa trilha, o Enunciado n. 536, da *VI Jornada de Direito Civil*, evento de 2013: "Resultando do negócio jurídico nulo consequências patrimoniais capazes de ensejar pretensões, é possível, quanto a estas, a incidência da prescrição". As justificativas do enunciado citado merecem destaque, por demonstrar a divergência no debate:

"Parece preponderar na doutrina pátria, não sem discordância respeitável, o entendimento de que não há prescrição da pretensão ao reconhecimento de

nulidade em negócio jurídico, embora os seus adeptos optem pela apresentação de fundamentos distintos. Nesse sentido, argumenta-se que a ação de nulidade é de natureza constitutiva e, quando não se encontra submetida a prazo decadencial específico, é imprescritível. Na direção contrária, sustenta-se que, quanto às nulidades, a ação manejável é a declaratória, insuscetível de prescrição ou decadência. O tema, na seara pretoriana, ainda não recebeu tratamento uniforme, havendo precedentes tanto pela sujeição à prescrição com a aplicação do prazo geral quanto pela imprescritibilidade. A redação do art. 169 do Código Civil, ao explicitar que o negócio jurídico eivado de nulidade não subsiste pelo decurso do tempo, favorece a corrente da imprescritibilidade por qualquer dos raciocínios acima, principalmente diante do fato de que o art. 179, em complemento, somente estabelece o prazo genérico de decadência para as hipóteses de negócios anuláveis. Considerada como premissa a imprescritibilidade, deve-se proceder à diferenciação entre o pleito tendente unicamente ao reconhecimento da invalidade dos efeitos patrimoniais dela decorrentes. Quanto a estes, não se pode desconhecer a possibilidade de surgimento de pretensão, de modo a tornar inelutável a incidência da prescrição".

Com o devido respeito, o presente autor entende que os efeitos patrimoniais da ação de nulidade também não estão sujeitos à prescrição, pois a ordem pública relativa ao ato nulo prevalece em casos tais. Em suma, se reconhecida a prescritibilidade da pretensão, a declaração de nulidade pode não produzir qualquer efeito jurídico, inclusive nos casos citados nas justificativas do enunciado doutrinário.

As nulidades absolutas, por envolverem ordem pública, podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir (art. 168 do CC/2002). Também por envolverem o interesse de todos, as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos (art. 168, parágrafo único, do CC/2002). Trata-se da tão comentada declaração de ofício ou *ex officio* pelo magistrado, sempre indispensável quando os interesses da coletividade estiverem em jogo. Pelo mesmo dispositivo, a nulidade absoluta não pode ser suprida, sanada, pelo magistrado mesmo a pedido da parte interessada. Tudo isso deve incidir para o negócio jurídico processual.

O outrora citado art. 169 do CC/2002 enuncia que o negócio jurídico nulo não pode ser confirmado pelas partes, nem convalesce pelo decurso do tempo. Dessa forma, o ato não pode ser convalidado ou aproveitado. Regra geral, a nulidade absoluta tem um efeito fatal, liquidando totalmente o negócio. Consequência prática desse efeito é o que consta do art. 367 do CC/2002, pelo qual não podem ser objeto de novação as obrigações nulas, eivadas de nulidade absoluta.

Como inovação importante, o Código Civil de 2002 admite a conversão do negócio jurídico nulo em outro de natureza diferente, conforme o seu art. 170, que prescreve: "Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de

outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade". De qualquer sorte, o dispositivo recebe críticas contundentes da doutrina.

Antes mesmo da entrada em vigor do Código de 2002, o tema havia sido estudado por João Alberto Schützer Del Nero. Comentando o então anteprojeto, o autor já apresentava as seguintes críticas quanto ao atual art. 170 do Código Civil Brasileiro: "a) assim como o § 140 do Código Civil alemão e o artigo 1.424 do Código Civil italiano, seria possível a conversão do negócio jurídico apenas em caso de nulidade, não de anulabilidade, nem de ineficácia, em sentido estrito literal do texto – à diferença do artigo 293.º do Código Civil português, que refere expressamente as hipóteses de nulidade e de anulabilidade; b) a expressão 'permitir supor que o teriam querido' não é clara porque tanto poderia referir o querer dirigido ao outro negócio jurídico (e esse parece ser o entendimento mais adequado) como o querer dirigido à subsistência do outro negócio jurídico, ou seja, a chamada 'intenção ou vontade de conversão' (*Konversionsabsicht*, *Konversionswille* ou *animus convertendi*); e c) o emprego do verbo 'subsistir' poderia sugerir que o outro negócio jurídico já estava, por assim dizer, contido no primeiro e, portanto, não haveria propriamente conversão, mas, sim, apenas manutenção do (outro) negócio jurídico".[38]

As críticas se justificam, somando-se o fato de que o dispositivo é mal escrito e de difícil compreensão pela comunidade jurídica em geral. Quanto ao tema da conversão do negócio nulo, o seu reconhecimento contraria a sistemática anterior material, pela qual não era admitido o aproveitamento do negócio jurídico nulo. Com a nulidade absoluta, o negócio era aniquilado, transformando-se em cinzas. Agora é possível a conversão do negócio nulo em outro negócio jurídico, aproveitando-o em certo sentido. Para tanto, a lei exige um elemento subjetivo, eis que é necessário que os contratantes queiram o outro negócio ou contrato para o qual o negócio nulo será convertido. Implicitamente, devem ter conhecimento da nulidade que acomete o pacto celebrado.

Segundo o Enunciado n. 13 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, há também um requisito objetivo, eis que "o aspecto objetivo da conversão requer a existência do suporte fático no negócio a converter-se". Pelo que consta do enunciado, é necessário que a situação fática permita a conversão, particularmente pela certa similaridade entre os elementos do negócio nulo e daquele para o qual ocorrerá a conversão. Em outras palavras, o negócio a ser convertido deve apresentar os pressupostos de existência (suporte fático) e os requisitos de validade, ou seja, os dois primeiros degraus da *Escada Ponteana*.

Nesse sentido, a conversão do negócio jurídico constitui o meio jurídico pelo qual o negócio nulo, respeitados certos requisitos, transforma-se em outro negócio, totalmente válido, visando à conservação contratual e à manutenção da vontade, da autonomia privada. Constata-se que o art. 170 do CC/2002 consagra uma *conversão subjetiva e indireta*. Subjetiva porque exige a vontade das partes; indireta porque o negócio nulo é convertido em outro.

Acreditamos que será viável, no futuro, a aplicação dessa conversão para os procedimentos do negócio jurídico processual. Para tanto, imprescindível que as partes, após manifestações de vontade livres, denotem as suas intenções de celebrar esse novo procedimento, elemento subjetivo sem o qual a conversão não é possível. Além disso, o negócio a ser convertido deve ter os requisitos mínimos do outro negócio, o que possibilita a sua convalidação, mas com outros efeitos jurídicos.

A encerrar a análise da nulidade absoluta, é pertinente recordar que a sentença que declara a nulidade absoluta tem efeitos *erga omnes*, contra todos, diante da emergência da ordem pública. Os efeitos declaratórios dessa decisão são também *ex tunc*, retroativos ou retro-operantes, desde o momento de trânsito em julgado da decisão até o surgimento do negócio tido como nulo. Em outras palavras e no campo concreto, devem ser considerados nulos todos os atos e negócios celebrados nesse lapso temporal.

Deve ser feita a ressalva de que há uma clara tendência de se tutelarem terceiros ou negociantes de boa-fé em face dos atos nulos. Seguindo tal esteira, o preciso Enunciado n. 537, da *VI Jornada de Direito Civil, in verbis*: "A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses merecedores de tutela".

O presente autor é totalmente favorável à linha adotada pelo enunciado doutrinário. Para ilustrar, volta-se ao seguinte exemplo geralmente utilizado em aulas e exposições sobre o assunto: imagine-se que alguém compre um imóvel de certa pessoa que parecia estar dotada de condições psicológicas normais quando da prática do ato. Posteriormente, a pessoa é interditada e o laudo médico aponta que o vendedor já era enfermo e deficiente mental sem discernimento para a prática dos atos da vida civil quando a venda foi realizada. Pela regra geral de nulidade, o contrato será declarado nulo, atingindo também eventuais terceiros de boa-fé, pelos efeitos *erga omnes* e *ex tunc* da sentença declaratória de nulidade absoluta.

Com o devido respeito, como a eticidade é um dos fundamentos da atual codificação, não há como percorrer o último caminho, devendo os negócios ser preservados em face das partes que agiram de boa-fé. Notadamente no caso exposto, a boa-fé é cristalina se o vendedor não aparentava a situação de enfermidade quando o ato foi celebrado. Pontue-se que o assunto está aprofundado no Capítulo 16 deste livro, que trata da interdição, e o Novo Código de Processo Civil parece ter resolvido o dilema.

No que diz respeito à *nulidade relativa* ou *anulabilidade*, o seu reconhecimento deverá ser pleiteado por meio da denominada *ação anulatória*, que também segue, por via de regra, o rito comum. Tal ação tem natureza constitutiva negativa, estando relacionada com direitos potestativos, o que justifica os prazos decadenciais a elas referidos. Esses prazos, regra geral, estão previstos nos arts. 178 e 179 do CC, cuja transcrição integral é pertinente:

"Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:
I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;
II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;
III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade."

"Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato".

O primeiro dispositivo deve ser aplicado em casos específicos, compreendendo a capacidade relativa e os vícios do negócio jurídico, inclusive processual. Nos casos envolvendo a incapacidade relativa e a coação, os prazos são contados da cessão, o que parece justo e correto. Nas situações de erro, dolo, coação moral, estado de perigo, lesão e fraude contra credores, o início do prazo se dá com a realização do negócio, o que deve ser tido como *celebração* do ato, ou seja, quando ele passa a ser válido no campo jurídico.[39] Não tem sido diferente a dedução jurisprudencial (STJ, REsp 1.025.920/RO, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 15.04.2010, *DJe* 27.04.2010; TJDF, Recurso 2004.01.1.019818-2, Acórdão 400.192, Sexta Turma Cível, Rel. Des. Otávio Augusto, *DJDFTE* 21.01.2010, p. 148; TJSP, Apelação 992.08.063150-8, Acórdão 4834077, Osasco, Trigésima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcos Ramos, j. 24.11.2010, *DJESP* 16.12.2010; e TJRS, Acórdão 70023163959, Pelotas, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. 13.03.2008, *DOERS* 24.03.2008, p. 56).

O segundo comando consagra um prazo geral de decadência para se anular o negócio jurídico, de dois anos, contados da sua conclusão – também no sentido de *celebração* –, quando não houver prazo especial fixado pelo texto legal.

De qualquer modo, há quem entenda que os prazos dos arts. 178 e 179 do Código Civil devem ser contados não da celebração do ato, mas da sua ciência correspondente. Dessa feita, no caso de uma venda de imóvel, o prazo decadencial para a ação anulatória deve ser considerado do registro imobiliário, e não da elaboração da escritura.

Percorrendo tal caminho, José Fernando Simão, em sua primorosa tese de livre-docência defendida na Faculdade de Direito da USP, cita como argumentos a segurança e a estabilidade das relações negociais.[40] Igualmente, Zeno Veloso expõe que, "tratando-se da ação pauliana, ou revocatória, na hipótese de fraude contra credores, apesar de o termo inicial do prazo de decadência coincidir com o dia em que se realizou o negócio jurídico (art. 178, II), a jurisprudência vem se firmando no entendimento de que tal prazo deve ser contado da data da transcrição do título no registro imobiliário, e não do dia da escritura".[41]

Adotando a mesma premissa a respeito do art. 179 do CC, o Enunciado n. 538, da *VI Jornada de Direito Civil*: "No que diz respeito a terceiros eventualmente prejudicados, o prazo decadencial de que trata o art. 179 do Código Civil não se conta da celebração do negócio jurídico, mas da ciência que dele tiverem". Na jurisprudência, de fato, podem ser encontrados arestos que também seguem tal dedução jurídica. A ilustrar, tratando de fraude contra credores:

"Direito civil. Agravo no recurso especial. Ação pauliana. Prazo decadencial. Termo inicial. Registro Imobiliário. A decadência é causa extintiva de direito pelo seu não exercício no prazo estipulado em lei, cujo termo inicial deve coincidir com o conhecimento do fato gerador do direito a ser pleiteado. O termo inicial do prazo decadencial de quatro anos para propositura da ação pauliana é o da data do registro do título aquisitivo no Cartório Imobiliário, ocasião em que o ato registrado passa a ter validade contra terceiros. Precedentes. Agravo no recurso especial não provido" (STJ, AgRg no REsp 743.890/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.09.2005, *DJ* 03.10.2005, p. 250).

Mesmo sendo fortes e contundentes os argumentos expostos, cabe frisar que o presente autor deduz que por *conclusão* e *realização* deve-se entender o momento quando o negócio jurídico existe e é válido, ou seja, quando a escritura pública é firmada. Nessa esteira, Paulo Lôbo menciona que o dia do começo do prazo decadencial tratado pelos arts. 178 e 179 do CC/2002 é o *início* do negócio jurídico: "Igualmente, conta-se do início do negócio jurídico o prazo para anulação em virtude de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, porque é o momento em que se exterioriza a vontade viciada, abrindo-se a possibilidade para o interessado pleitear a anulação".[42] Compartilha dessa forma de pensar Humberto Theodoro Jr., que, comentando o art. 178 do atual Código Civil, ensina: "Aqui não é relevante definir quando a pessoa prejudicada tomou conhecimento do defeito do negócio. Para a regra legal, o mais importante é evitar o dilargamento excessivo do prazo de impugnação à validade do contrato. A preocupação se refere à necessidade de serem estáveis as relações jurídicas e, assim, não se sujeitarem à anulação, por tempo muito prolongado".[43] Superada a análise de mais essa controvérsia, não se pode mais admitir o entendimento jurisprudencial, mesmo por súmulas de Tribunais Superiores, de prazos prescricionais para a anulação de um negócio jurídico, matéria que será devidamente desenvolvida quando do tratamento da prescrição e da decadência.

O art. 178, somado ao art. 177, ambos do Código Civil, justificam o fato de a anulabilidade não poder ser reconhecida *ex officio* pelo juiz, devendo ser sempre arguida ou alegada pela parte interessada, mediante ação específica, regra geral. Além disso, diante da sua natureza privada, não cabe ao Ministério Público intervir nas ações que a envolvem.

De acordo com o art. 172 do CC/2002, o negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro, valorização, mais uma vez, da

boa-fé objetiva. Trata-se da chamada *convalidação livre da anulabilidade*. No entanto, esse ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo, elementos objetivo e subjetivo da convalidação, respectivamente – denominada *confirmação expressa* (art. 173 do CC).

Seguindo no estudo dos efeitos da anulabilidade, o Código Civil de 2002, em seu art. 174, dispensa ("é escusada") a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o atingia. A confirmação, assim, dar-se-á de forma tácita ou presumida, por meio de conduta do sujeito passivo obrigacional. Mais uma vez, denota-se o intuito de conservação do contrato e do negócio jurídico.

O art. 175 da codificação material consagra a *irrevogabilidade da confirmação*, seja ela expressa ou tácita. Dessa forma, com a confirmação, extinguem-se todas as ações ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor. Não caberá mais, portanto, qualquer requerimento posterior de anulabilidade do negócio anterior, o que está de acordo com a máxima que veda o comportamento contraditório e que tem relação com a boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium non potest*).

Ato contínuo de estudo, segundo o art. 176 do Código Civil, "quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente". Esse artigo constitui novidade e faz com que o negócio celebrado por menor púbere, sem a autorização do pai ou do tutor, seja validado se a autorização ocorrer posteriormente. Trata-se de outra hipótese de convalidação. Também no que concerne ao menor púbere (de 16 a 18 anos), não pode este valer-se da própria torpeza, beneficiando-se de ato malicioso (*a malícia supre a idade*). Não pode, portanto, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior. O negócio jurídico reputa-se válido e gera efeitos, afastando-se qualquer anulabilidade (art. 180 do CC). Complementando esse último dispositivo, dispõe o art. 181 do Código Civil que ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga. Exemplificando, diante da vedação do enriquecimento sem causa, reconhece-se a possibilidade de a pessoa reaver o dinheiro pago, se provar que o menor dele se beneficiou.

Em relação à sentença da ação anulatória, mais uma vez diante de sua natureza privada, tem aquela efeitos *inter partes*. Tradicionalmente, sempre se apontou que os seus efeitos seriam *ex nunc*, não retroativos ou somente a partir do trânsito em julgado da decisão. Essa tese estaria confirmada pelo art. 177 do atual Código, que prevê: "A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade".

O que poderia parecer pacífico em doutrina e jurisprudência não é tão

pacífico assim. Isso porque há posicionamento orientando que os efeitos da sentença na ação anulatória também seriam retroativos (*ex tunc*) parciais, com fundamento no art. 182 da atual codificação material, pelo qual "Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente".

Esse último posicionamento é defendido, na doutrina, por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, citando Humberto Theodoro Júnior e Ovídio Baptista.[44] Entretanto, quem melhor demonstra o equívoco é Zeno Veloso. Ensina o mestre que "trata-se, sem dúvida, de entendimento equivocado, que decorre, talvez, da leitura distorcida do art. 177, primeira parte (...), que corresponde ao art. 152, primeira parte, do Código Civil de 1916".[45] E arremata o jurista paraense: "O que o art. 177, primeira parte, enuncia é que o negócio anulável ingressa no mundo jurídico produzindo os respectivos efeitos e depende de uma ação judicial, da sentença, para ser decretada a sua anulação. Os efeitos do negócio anulável são precários, provisórios. Advindo a sentença anulatória, os efeitos que vinham produzindo o negócio inquinado são defeitos. Nada resta, nada sobra, nada fica, pois a desconstituição é retroativa, vai à base, ao começo, ao nascimento do negócio jurídico defeituoso e carente, o que, enfática e inequivocamente, afirma o art. 182, como já dizia, no Código velho, no art. 158. Quanto a isso não há mudança alguma, em nosso entendimento. O art. 177, primeira parte, deve ser visto e recebido diante do sistema e interpretado conjuntamente com o art. 182, que transcrevemos acima".[46]

Desse modo, há que se defenderem efeitos retroativos parciais à sentença anulatória, eis que se deve buscar a volta à situação primitiva, anterior à celebração do negócio anulado, se isso for possível. Em tom suplementar de ilustração, cite-se o caso de anulação de um casamento, em que as partes voltam a ser solteiras. Percebe-se claramente a presença de efeitos retroativos.

Atente-se que, apesar de este autor seguir esse posicionamento defendido por Zeno Veloso, não poderíamos deixar de esclarecer que, pela visão clássica, ainda prevalece a premissa quanto aos efeitos *ex nunc* da ação anulatória de negócio jurídico.

De toda sorte, frise-se que, quando da *VI Jornada de Direito Civil*, evento realizado em 2013, foi feita proposta de enunciado doutrinário no sentido de ser a corrente seguida por este autor a majoritária. De acordo com o exato teor da proposição: "Os efeitos da anulabilidade do negócio jurídico, excetuadas situações particulares como as obrigações de trato sucessivo, relações trabalhistas e em matéria societária, são idênticos aos da nulidade e ocorrem de forma *ex tunc*. Anulado o negócio, os efeitos se projetam para o futuro e também de forma retroativa para o passado". Nas suas justificativas, o autor da proposta, juiz de direito e professor da Universidade Federal do Espírito Santo Augusto Passamani Bufulin, ressalta que: "No Brasil, apesar de haver uma corrente que defende a eficácia *ex nunc* da ação anulatória, como Maria Helena Diniz, Carlos

Roberto Gonçalves e Arnaldo Rizzardo, a corrente majoritária, defendida por Humberto Theodoro Júnior, Zeno Veloso, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Paulo Nader, Renan Lotufo, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Leonardo Mattietto, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues, afirma que os efeitos da anulabilidade e da nulidade são idênticos no plano da eficácia e operam de forma *ex nunc*, para o futuro, e *ex tunc*, retroativamente ao passado, pois o vício encontra-se presente desde a formação do negócio. Esse é o entendimento correto a ser dado ao art. 182 do CC".

Em suma, há quem veja que a corrente que apregoa efeitos *ex tunc* para o ato anulável é a majoritária. Talvez a não aprovação do enunciado doutrinário em questão demonstra que tal premissa ainda não é a verdadeira.

Por fim, ainda no que concerne ao art. 182 do Código Civil, cabe ressaltar que lição majoritária aponta para a possibilidade de aplicar o comando também às hipóteses de nulidade absoluta. Essa é a posição, na doutrina, entre outros, de Maria Helena Diniz,[47] Sílvio de Salvo Venosa,[48] Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza.[49] Tal forma de pensar é que gera a conclusão segundo a qual os efeitos da nulidade são *ex tunc*, conforme antes apontado. Igualmente, na jurisprudência, podem ser encontrados arestos que fazem incidir o art. 182 do CC/2002 para a nulidade absoluta. Entre tantos julgados, vejamos acórdão assim publicado no *Informativo* n. *517* do Superior Tribunal de Justiça:

"Direito civil. Necessidade de ressarcimento no caso de inviabilidade de retorno à situação anterior à nulidade declarada. O credor, no caso em que tenha recebido em dação em pagamento imóvel de sociedade empresarial posteriormente declarada falida, poderá ser condenado a ressarcir a massa pelo valor do objeto do negócio jurídico, se este vier a ser declarado nulo e for inviável o retorno à situação fática anterior, diante da transferência do imóvel a terceiro de boa-fé. Incide, na situação descrita, o disposto no art. 182 do CC/2002, de acordo com o qual, anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente. Trata-se, a propósito, de dispositivo legal que, quanto aos seus efeitos práticos, também tem aplicabilidade nos casos de nulidade absoluta, não tendo incidência restrita às hipóteses de nulidade relativa. Ademais, deve-se preservar a boa-fé de terceiros que sequer participaram do negócio jurídico viciado" (STJ, REsp 1.353.864/GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 07.03.2013).

Expostas as diferenças entre a nulidade absoluta e a relativa, aplicáveis ao negócio jurídico processual, este autor também se filia ao Enunciado n. 134 do *Fórum dos Processualistas*, pelo qual o negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente, na linha do que aqui foi explicado a respeito do art. 184 do Código Civil.

Seguindo no estudo das regras relativas ao tema, prescreve o *caput* do art.

191 do CPC/2015 que, de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso; prática muito comum nas arbitragens, geralmente julgadas dentro de um cronograma fixado ao seu início.

Esse *calendário* vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados (art. 191, § 1º, do CPC/2015). Além disso, dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário, o que visa à agilização dos procedimentos (art. 191, § 2º, do CPC/2015). Há quem denomine tais pactos como *acordos de calendarização dos atos processuais*, expressão que deve ser continuamente utilizada no futuro.[50]

Como bem expõe Daniel Amorim Assumpção Neves em sua obra inédita antes referida, "mais explícito a respeito do tema ora versado é o *caput* do art. 191, ao permitir que as partes e o juiz, de comum acordo, estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa. Trata-se de interessante novidade, ainda que o procedimento acordado entre as partes dependa da anuência do juiz, além de respeitar os limites impostos pelo parágrafo único do art. 190, que permite ao juiz recusar a convenção nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Conforme já se manifestou a melhor doutrina, estão entre os poderes de convenção o poder de não recorrer, ou acordo de instância, de forma que as partes convencionem que o processo será decidido definitivamente somente em uma determinada instância. Esse entendimento afastará a resistência atual na admissão da renúncia prévia ao direito recursal, ainda que realizada mediante acordo das partes. As partes não terão, portanto, a mesma liberdade que têm na arbitragem, quando podem livremente determinar o procedimento a ser observado, mas já é um avanço as partes poderem contribuir com o juiz na tentativa de adequar o procedimento às exigências do caso concreto".

Também conta com o nosso total apoio o Enunciado n. 6, do *II Fórum Permanente de Processualistas Civis* (FPPC), com a seguinte redação: "O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação". Eis a tão aclamada aplicação do art. 113 do Código Civil para os negócios jurídicos processuais. O Enunciado n. 17, do mesmo evento, completa o seu sentido, ao determinar que isso não significa que as partes não possam prever deveres e sanções concernentes ao descumprimento da convenção por elas estabelecida, o que também parece correto.

Por derradeiro, merecem destaque quatro outros enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis que tentam, de maneira meramente ilustrativa, definir os limites do acordo processual celebrado entre as partes. Nos termos do Enunciado n. 19, passam a ser *admissíveis* os seguintes negócios processuais bilaterais, dentre outros: *a)* pacto de impenhorabilidade; *b)* acordo bilateral de ampliação de prazos das partes; *c)* acordo de rateio de despesas

processuais; *d)* dispensa consensual de assistente técnico; *e)* acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação; e *f)* acordo para não promover execução provisória. Em complemento, são igualmente admissíveis os seguintes pactos, nos termos do Enunciado n. 21: *a)* acordo para realização de sustentação oral; *b)* acordo para ampliação do tempo de sustentação oral; *c)* convenção de julgamento antecipado do mérito convencional; *d)* convenção sobre prova; e *e)* acordo para redução de prazos processuais. Para este autor, os conteúdos de todos os atos são hígidos e lícitos.

Seguindo nas concretizações, o Enunciado n. 20 do mesmo *Fórum* preceitua que não são admissíveis os negócios bilaterais para a modificação de competência absoluta ou para supressão da primeira instância, o que esbarra em regras de ordem pública e de índole constitucional. Essa também é a nossa opinião, valendo a mesma premissa para o Enunciado n. 254, também seguida por este autor: "é inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica".

Por fim, gerará grande debate o teor do Enunciado n. 115 do *Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)*, com a seguinte dicção: "O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 191 obriga herdeiros e sucessores". Para Daniel Amorim Assumpção Neves, em sua obra inédita, "a conclusão de não se tratar de direito personalíssimo é correta porque envolve direitos disponíveis de natureza processual, vinculando aos sucessores processuais na hipótese de falecimento da parte".

Com o devido respeito, a previsão fica em xeque pela proximidade do negócio jurídico processual dos contratos, merecendo incidência o art. 426 do Código Civil, segundo o qual não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Trata-se de transposição atual da antiga vedação romana dos pactos sucessórios (*pacta corvina*), a ocasionar a *nulidade absoluta virtual* do negócio, pois a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção (art. 166, inciso VII, segunda parte, do Código Civil).

[1] DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

[2] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais*. Análise dos Provimentos Judiciais como Atos Negociais. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, p. 206. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2015.

[3] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 226.

[4] VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 15.

[5] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. II, p. 447.

[6] MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[7] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*. Existência, Validade e Eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

[8] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012. p. 169.

[9] LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Parte General. Tradução e Notas de Miguel Izquierdo y Mácias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 422.

[10] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 137.

[11] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. II, p. 373.

[12] LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 232.

[13] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I, p. 324.

[14] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I, p. 325.

[15] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de*

Direito Civil. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I, p. 343-344.

16 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais*. Análise dos Provimentos Judiciais como Atos Negociais. 2011. Dissertação (Mestrado) –Universidade Federal da Bahia, p. 206-208. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2015.

17 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 244.

18 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III, IV e V.

19 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III, p. 15.

20 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 291-292.

21 FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 157.

22 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 1, p. 226.

23 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 290-291.

24 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. v.1, p. 228.

25 LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Parte General. Tradução e Notas de Miguel Izquierdo y Mácias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 453.

26 LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Parte General. Tradução e Notas de Miguel Izquierdo y Mácias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 461-464.

27 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 231.

28 REALE, Miguel. Um Artigo-Chave do Código Civil. *História do Novo Código Civil*. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 240.

29 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral do Direito Civil*. Parte Geral.

São Paulo: Atlas, 2012. p. 177.

30 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. t. I, p. 386.

31 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1, p. 415.

32 MENGER, Antonio. *El Derecho Civil y los Pobres*. Tradução de Adolfo Posada. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

33 MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve Diálogo entre os Negócios Jurídicos Processuais e Arbitragem. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 39, n. 237, nov. 2014. p. 223-236.

34 AZEVEDO, Álvaro Villaça *Teoria Geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012. p. 350.

35 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 191.

36 ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 108.

37 MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 1, p. 316.

38 SCHÜTZER DEL NERO, João Alberto. *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 278.

39 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 203.

40 SIMÃO, José Fernando. *Tempo e direito civil*. Prescrição e decadência. 2011. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, p. 290.

41 VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 277.

42 LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 315.

43 THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. I, v. III, p. 595.

44 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I, p. 433-434.

[45] VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 331.

[46] VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 331.

[47] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204.

[48] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 198.

[49] TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 328.

[50] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 254.

DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

Impactos do Novo Código de Processo Civil

Como é notório, o exercício de um direito não pode ficar pendente de forma indefinida no tempo. O titular deve exercê-lo dentro de um determinado prazo, pois *o Direito não socorre aqueles que dormem* (*dormientibus non sucurrit ius*). Com fundamento na pacificação social, na certeza e na segurança da ordem jurídica, é que surge a matéria da prescrição e da decadência. Pode-se também afirmar que a prescrição e a decadência estão fundadas em uma espécie de *boa-fé* do próprio legislador.

Além de interessar ao direito material, como não poderia ser diferente, existem repercussões instrumentais, razão pela qual o Novo Código de Processo Civil, a exemplo do seu antecessor, traz preceitos fulcrais para os dois institutos. Em um sentido geral, pode-se dizer que o Novo Estatuto Processual aperfeiçoou e ampliou a regulamentação anterior.

Conforme ensina Miguel Reale, na exposição de motivos do Código Civil de 2002, um dos principais baluartes na codificação material de 2002 foi o *princípio da operabilidade*, primeiramente em um sentido de simplicidade, pelo qual se busca facilitar o estudo dos institutos jurídicos privados. Tal princípio pode ser flagrantemente percebido pelo tratamento dado pela codificação material vigente tanto à prescrição quanto à decadência, particularmente pela facilitação de visualização dos institutos. O Código Civil em vigor inaugurou um tratamento diferenciado em relação a esses conceitos, uma vez que a prescrição consta dos seus arts. 189 a 206, e a decadência, dos arts. 207 a 211. Aliás, os prazos de prescrição estão concentrados em dois artigos do Código Civil: arts. 205 e 206. Os demais prazos, encontrados em outros dispositivos da atual codificação, são, pelo menos em regra, todos decadenciais.

Mas não é só. Como a matéria era demasiadamente confusa na vigência do Código Civil de 1916, visando a esclarecer o assunto, Agnelo Amorim Filho concebeu um artigo histórico, em que associou os prazos prescricionais e decadenciais a ações correspondentes, buscando também quais seriam as ações imprescritíveis.[1] Esse brilhante processualista paraibano associou a prescrição às ações condenatórias, ou seja, àquelas ações relacionadas com direitos subjetivos, próprios das pretensões pessoais. Nesse contexto, a prescrição mantém relação com deveres, com obrigações e com a responsabilidade decorrente da inobservância das regras ditadas pelas partes ou pela ordem jurídica.

Por outro lado, a decadência está associada a direitos potestativos e a ações constitutivas, sejam elas positivas ou negativas. As ações anulatórias de atos e negócios jurídicos, logicamente, têm essa última natureza. A decadência, portanto, tem relação com um estado de sujeição, próprio dos direitos potestativos. Didaticamente, é certo que o direito potestativo, por se contrapor a um *estado de sujeição*, é aquele que *encurrala a outra parte, que não tem saída*.

Por fim, as ações meramente declaratórias, como aquelas que buscam a nulidade absoluta de um negócio, são imprescritíveis, ou melhor, tecnicamente, não estão sujeitas à prescrição ou à decadência. A imprescritibilidade dessa ação específica está também justificada porque a nulidade absoluta envolve ordem pública, não convalescendo pelo decurso do tempo, nos termos do disposto no art. 169 do Código Civil.

Não há a menor dúvida de que o Código Civil de 2002 adotou a teoria do genial doutrinador paraibano. Na própria exposição de motivos da nova codificação substantiva, apresentada na Câmara dos Deputados, em 1975, pelo jurista José Carlos Moreira Alves, membro da sua comissão elaboradora, constam as seguintes lições:

"Com efeito, ocorre a decadência quando um *direito potestativo* não é exercido, extrajudicialmente ou judicialmente (nos casos em que a lei – como sucede em matéria de anulação, desquite etc. – exige que o direito de anular, o direito de desquitar-se só possa ser exercido em Juízo, ao contrário, por exemplo, do direito de resgate, na retrovenda, que se exerce extrajudicialmente), dentro do prazo para exercê-lo, o que provoca a decadência desse direito potestativo. Ora, os direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insusceptíveis de violação, já que a eles não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém (o meu direito de anular o negócio jurídico não pode ser violado pela parte a quem a anulação prejudica, pois esta está apenas sujeita a sofrer as consequências da anulação decretada pelo juiz, não tendo, portanto, dever algum que possa descumprir)".[2]

Pelo que foi adotado no Código Civil, não se pode mais aceitar entendimentos jurisprudenciais, inclusive sumulados por Tribunais Superiores, que associam prazos prescricionais a ações que visam a anular negócios jurídicos, que têm natureza constitutiva negativa. A título de exemplo concreto,

não tem mais aplicação a antiga Súmula 494 do Supremo Tribunal Federal, pela qual: "A ação para *anular* venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, *prescreve* em vinte anos, contados da data do ato". O texto doutrinário por último transcrito, por si só, afasta qualquer entendimento nesse sentido. Para o caso em questão, portanto, deve ser aplicado o prazo geral de decadência previsto no art. 179 do CC/2002, de dois anos contados da celebração do ato. Nesse sentido, cite-se o Enunciado n. 368 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, pelo qual o prazo para anular venda de ascendente para descendente é decadencial de dois anos (art. 179 do CC). Esse, aliás, é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 771.736-0/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07.02.2006, v.u.). Mais recentemente, de forma correta, assim se posicionaram o Tribunal Mineiro (TJMG, Apelação Cível 1.0518.05.085096-6/0011, Poços de Caldas, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 08.05.2008, *DJEMG* 04.06.2008), o Tribunal Paulista (TJSP, Apelação com Revisão, Acórdão 3671454, São Caetano do Sul, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 04.06.2009, *DJESP* 26.06.2009) e o Tribunal Gaúcho (TJRS, Acórdão 70027007053, Giruá, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 19.11.2009, *DJERS* 26.11.2009, p. 60). Clama-se para que o próprio Supremo Tribunal Federal faça a devida revisão da antiga Súmula 494, que data do remoto ano de 1969.

Superada essa análise introdutória, parte-se agora à abordagem, em separado, da prescrição e da decadência, com a exposição dos principais impactos gerados pelo Novo Código de Processo Civil.

a) Da prescrição

Com o intuito de indicar que não se trata de um direito subjetivo público abstrato de ação, o Código Civil Brasileiro de 2002 adotou a tese da prescrição da pretensão. De acordo com o art. 189 do CC/2002, violado um direito, nasce para o seu titular uma pretensão, que pode ser extinta pela prescrição. Desse modo, se o titular do direito permanecer inerte, tem como *pena* a perda da pretensão que teria por via judicial. Repise-se que a prescrição constitui um benefício a favor do devedor, pela aplicação da regra de que *o direito não socorre aqueles que dormem*, diante da necessidade do mínimo de segurança jurídica nas relações negociais.

Não se pode esquecer que a prescrição pode ser *extintiva* – caso da tratada na Parte Geral do Código Civil e que será agora estudada – ou *aquisitiva*, como é a usucapião; divisão que ainda permanece para a maioria dos civilistas. Por todos, leciona Carlos Roberto Gonçalves que "o decurso do tempo tem grande influência na aquisição e na extinção de direitos. Distinguem-se, pois, duas espécies de prescrição: a *extintiva* e a *aquisitiva*, também denominada *usucapião*. Alguns países tratam conjuntamente dessas duas espécies em um único capítulo. O Código Civil brasileiro regulamentou a extintiva na Parte Geral, dando ênfase à força extintora do direito. No direito das coisas, na parte referente aos modos de

aquisição do domínio, tratou de prescrição aquisitiva, em que predomina a força geradora".[3]

A prescrição extintiva, fato jurídico em sentido estrito, é, nesse contexto, uma sanção ao titular do direito violado, que extingue tanto a pretensão positiva quanto a negativa (exceção ou defesa). Trata-se de um fato jurídico *stricto sensu* justamente pela ausência de vontade humana, prevendo a lei efeitos naturais relacionados com a extinção da pretensão. A sua origem está no decurso do tempo, exemplo típico de fato natural.

Na doutrina nacional, alguns autores, como Maria Helena Diniz[4] e Sílvio de Salvo Venosa,[5] ainda conceituam a *prescrição extintiva* como a perda do direito de ação ou da própria ação, tese antiga de Clóvis Beviláqua e com a qual não há como concordar, principalmente com a emergência da codificação material de 2002. Conforme elucida Renan Lotufo, ao comentar o art. 189 do atual Código Civil, "não há referência à ação no artigo, mas à pretensão, e é esta que se extingue com o decurso do tempo. Além disso, a menção a algum ato ou fato impeditivo, ou suspensivo, do curso do prazo não entra no conceito, mesmo porque implicará a não tipificação, ou a mera forma alternativa na contagem do prazo".[6] Desse modo, merece apoio a crítica formulada pelo professor da PUCSP, no sentido de que a prescrição, de fato, constitui a extinção da pretensão. A questão é de opção legislativa quanto à categorização jurídica. Esclareça-se que a ideia de pretensão adotada pelo Código Civil Brasileiro tem relação com a noção de Windscheid, com o fim de transpor ao Direito Privado a *actio*, oriunda do antigo Direito comum. Trata-se do conceito de direito subjetivo processual, considerado a partir da *possibilidade de processo*.[7]

Na prescrição, nota-se que ocorre a extinção da pretensão, relativa a direitos subjetivos de cunho patrimonial. Todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo. Tanto isso é verdade que, se alguém pagar uma dívida prescrita, não pode pedir a devolução da quantia paga, eis que existia o direito de crédito que não foi extinto pela prescrição. Nesse sentido, determina o art. 882 do CC/2002 que não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

Para tais pretensões, quando não houver previsão de prazo específico, aplica-se a regra geral de dez anos, conforme o art. 205 do Código Civil em vigência. Esse prazo incide em qualquer ação, não havendo mais distinção quanto às ações reais e pessoais, como constava do art. 177 do Código Civil de 1916 (20 anos, para ações pessoais; 15 anos, para ações reais entre ausentes; 10 anos, para ações reais entre presentes). A premissa tem relação com a facilitação do Direito Privado, a simplicidade. Como exemplo de aplicação desse prazo geral, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 412, enunciando que "A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil".

No que concerne ao início da contagem do prazo prescricional, é o teor do

Enunciado n. 14 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, realizada em setembro de 2002: "Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer".

A doutrina majoritária sempre foi favorável ao que se refere o enunciado doutrinário transcrito, sendo certo que os parâmetros que nele constam devem ser aplicados para o início da contagem dos prazos prescricionais. A título de exemplo do seu conteúdo, deduz-se que, em caso de uma dívida a termo, a prescrição tem início quando ela não é paga (vencimento + inadimplemento). Por seu turno, nas hipóteses de ato ilícito, a prescrição tem início quando ocorre o evento danoso.

Todavia, esses parâmetros de início da contagem do prazo prescricional – a partir da *violação* do direito subjetivo –, vêm sendo contestados jurisprudencialmente. Isso porque cresce na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a adoção à teoria da *actio nata*, segundo a qual o prazo deve ter início a partir do *conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo*. Realmente, a tese é mais justa, diante do princípio da boa-fé.

Os primeiros julgados aplicavam a premissa ao Direito Tributário e ao Direito Administrativo. Mais recentemente, surgiram outras decisões, incidindo esse novo parâmetro na esfera civil. Para ilustrar, cumpre transcrever julgado em que a teoria da *actio nata* foi aplicada a caso envolvendo a responsabilidade civil do Estado:

"Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Pretensão de indenização contra a Fazenda Nacional. Erro médico. Danos morais e patrimoniais. Procedimento cirúrgico. Prescrição. Quinquídio do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Termo inicial. Data da consolidação do conhecimento efetivo da vítima das lesões e sua extensão. Princípio da *actio nata*. 1. O termo *a quo* para aferir o lapso prescricional para ajuizamento de ação de indenização contra o Estado não é a data do acidente, mas aquela em que a vítima teve ciência inequívoca de sua invalidez e da extensão da incapacidade de que restou acometida. Precedentes da Primeira Seção. 2. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 931.896/ES, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 20.09.2007, *DJ* 03.10.2007, p. 194).

No campo jurisprudencial, a teoria da *actio nata* igualmente pode ser retirada do teor da Súmula 278 do mesmo Tribunal, que dita: "O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral". Do mesmo Tribunal, igualmente para ilustrar, vejamos mais recente julgado, publicado no seu *Informativo* n. *470*, fazendo incidir a *actio nata:*

"Erro médico. Prescrição. Termo *a quo*. A Turma, na parte conhecida, deu provimento ao recurso especial da vítima de erro médico para afastar a prescrição reconhecida em primeira instância e mantida pelo tribunal de origem. *In casu*, a recorrente pleiteou indenização por danos morais sob a alegação de que, ao realizar exames radiográficos em 1995, foi constatada a presença de uma agulha cirúrgica em seu abdome. Afirmou que o objeto foi deixado na operação cesariana ocorrida em 1979, única cirurgia a que se submeteu. Nesse contexto, consignou-se que o termo *a quo* da prescrição da pretensão indenizatória pelo erro médico é a data da ciência do dano, não a data do ato ilícito. Segundo o Min. Relator, se a parte não sabia que havia instrumentos cirúrgicos em seu corpo, a lesão ao direito subjetivo era desconhecida, portanto ainda não existia pretensão a ser demandada em juízo. Precedente citado: REsp 694.287-RJ, *DJ* 20.09.2006" (STJ, REsp 1.020.801/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.04.2011).

Seguindo nas concretizações práticas, a teoria da *actio nata* é abstraída da conclusão de que, no caso de falecimento de pessoa da família, o início do prazo prescricional para que os parentes promovam a demanda reparatória se dá com o falecimento do ente querido. Assim, "o termo inicial da contagem do prazo prescricional na hipótese em que se pleiteia indenização por danos morais e/ou materiais decorrentes do falecimento de ente querido é a data do óbito, independentemente da data da ação ou omissão. Não é possível considerar que a pretensão à indenização em decorrência da morte nasça antes do evento que lhe deu causa" (STJ, REsp 1.318.825/SE, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012, publicado no seu *Informativo* n. *509*).

Por fim, consigne-se que, no ano de 2014. o mesmo Tribunal da Cidadania proferiu acórdão em sede de incidente de recursos repetitivos quanto ao termo inicial para a cobrança do seguro DPVAT. Conforme publicação constante do seu *Informativo* n. *544*, "no que diz respeito ao termo inicial do prazo prescricional nas demandas por indenização do seguro DPVAT que envolvem invalidez permanente da vítima: *a)* o termo inicial do prazo prescricional é a data em que o segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez; e *b)* exceto nos casos de invalidez permanente notória, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez depende de laudo médico, sendo relativa a presunção de ciência" (STJ, REsp 1.388.030/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11.06.2014). Eis aqui mais uma situação em que a aplicação da *actio nata* mostra-se mais efetiva socialmente.

Em sede legislativa, a teoria foi adotada pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual, em havendo acidente de consumo, o prazo prescricional de cinco anos tem início do conhecimento do dano e de sua autoria. Surge, assim, um novo dimensionamento do tema da prescrição, mais bem adaptado às ideias de eticidade e de socialidade, valorizando-se a questão da informação. Realmente, a teoria da *actio nata* parece mais afeita à realidade social contemporânea e à boa-fé objetiva.

O art. 190 do CC/2002 traz novidade até então, prevendo que a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão. A exceção é vista como um *contradireito* diante da pretensão, geralmente com o fim de negá-la ou de afastar o seu cumprimento.[8] Nesse contexto, de acordo com o Código Civil, os prazos aplicáveis às pretensões igualmente devem regulamentar as defesas e exceções correspondentes, de acordo com a equivalência material, consagração, em parte, do princípio da *actio nata*, pelo qual o prazo também pode ter início a partir da ciência da lesão ao direito subjetivo. Isso porque o réu da ação poderá ter conhecimento da lesão ao seu direito subjetivo justamente pela propositura da ação por alguém que também lhe deve determinada quantia. Dessa forma, não poderá perder o prazo para alegar, por exemplo, a compensação das dívidas.

Por razões óbvias, o dispositivo em análise também será aplicado às demandas condenatórias. Sobre essa inovação, o Código Civil de 2002 supriu uma omissão da codificação anterior, sendo certo que "alguns autores chegaram a defender a imprescritibilidade da exceção, o que não faz nenhum sentido. Prescrito o direito de ação, não há o que ser excepcionado".[9] Ainda no que concerne ao art. 190 do Código Civil, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado estabelecendo que o comando somente incide nas exceções impróprias, aquelas que são dependentes ou não autônomas, caso da compensação. Por outra via, as exceções propriamente ditas, independentes ou autônomas, são imprescritíveis, como é a alegação de pagamento direto ou de coisa julgada (Enunciado n. 415). A proposta, de autoria de André Borges de Carvalho Barros, segue a doutrina de Maria Helena Diniz.[10]

Com o art. 191 do Código Civil, passou a ser admitida a renúncia à prescrição por parte daquele que dela se beneficia, ou seja, o devedor. Não é viável juridicamente a renúncia prévia, pois ela somente é possível após se consumar a prescrição. Inicialmente, essa renúncia à prescrição poderá ser *expressa*, mediante declaração comprovada e idônea do devedor, sem vícios. Pode ocorrer, também, a renúncia *tácita* da prescrição, por condutas do devedor que induzem a tal fato, como o pagamento total ou mesmo parcial da dívida prescrita, que não pode ser repetida, exemplo que é de obrigação natural (art. 882 do CC/2002). Igualmente, há renúncia tácita à prescrição no caso de acordo para parcelamento da dívida (TJMG, Apelação Cível 1.0145.02.003944-5/0011, Juiz de Fora, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes, j. 20.10.2009, *DJEMG* 11.12.2009). Essa renúncia à prescrição ainda pode ser *judicial* – quando manifestada em juízo – ou *extrajudicial* – fora dele.

Como é notório, os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes, outra inovação que foi inserida pelo Código de 2002, especialmente pelo seu art. 192. Pontue-se que o comando legal somente consolidou o entendimento doutrinário anterior, pelo qual a prescrição somente teria origem legal, não podendo os seus prazos ser alterados por ato volitivo. Aqui, reside ponto diferenciador em relação à decadência, que pode ter origem convencional, conforme será exposto ainda neste capítulo. Trazendo interessante aplicação

prática do art. 192 do Código, transcreve-se julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

"Prescrição. Execução de contrato de financiamento. Vencimento antecipado. *Dies a quo* do prazo prescricional. Alteração do prazo prescricional. Impossibilidade. 1) Para que seja considerado o prazo prescricional do Código Civil revogado, é preciso que já tenha havido a redução do prazo e, ainda, ter transcorrido mais da metade do prazo quando da entrada em vigor no novo Código. 2) O prazo prescricional inicia-se da data em que ocorreu o vencimento antecipado da dívida, uma vez que é nesta data que o direito é violado e nasce a pretensão do credor. 3) Ter-se o prazo prescricional como iniciado na data do fim do contrato, e não do vencimento antecipado, violaria o disposto no *art. 192 do Código Civil*, pois se estaria alterando prazo estabelecido em Lei. 4) Recurso conhecido e improvido" (TJDF, Recurso Inominado 2008.07.1.001151-3, Acórdão 328.066, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luciano Vasconcelos, *DJDFTE* 10.11.2008, p. 100).

Na mesma linha, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo que a previsão de prazo prescricional para ressarcimento inserido em contrato de compra e venda de ações de sociedade representa clara violação ao art. 192 do Código Civil, norma de ordem pública que não pode ser contrariada por convenção das partes, premissa que sempre deve prevalecer (TJSP, Apelação 9132334-30.2009.8.26.0000, Acórdão 5924801, São Paulo, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 24.05.2012, *DJESP* 11.06.2012).

Dispõe o art. 193 da codificação material vigente que a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita (o devedor ou qualquer interessado). Ilustrando, a prescrição pode ser alegada em sede de apelação, ainda que não suscitada em contestação. Assim julgando do Superior Tribunal de Justiça:

"Direitos civil e processual civil. Prescrição. Espécie extintiva. Alegação. Apelação. Possibilidade. Art. 162, CC. Silêncio em contestação. Irrelevância. Precedentes. Recurso especial. Enunciado n. 7 da Súmula/STJ. Recurso desacolhido. I – A prescrição extintiva pode ser alegada em qualquer fase do processo, nas instâncias ordinárias, mesmo que não tenha sido deduzida na fase própria de defesa ou na inicial dos embargos à execução. II – A pretensão recursal, que depende do reexame de documentos apresentados nas instâncias ordinárias, não comporta análise nesta Corte, a teor do Enunciado n. 7 de sua Súmula" (STJ, REsp 157.840/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.05.2000, *DJ* 07.08.2000, p. 109).

Em complemento, anote-se que, em recente julgado envolvendo o Direito Tributário, concluiu o mesmo Tribunal da Cidadania que a prescrição pode ser conhecida de ofício em qualquer grau de jurisdição, por envolver matéria de ordem pública, não havendo supressão de instância (STJ, AgRg-REsp 1.176.688/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.08.2010, *DJE*

13.10.2010). A premissa é confirmada pela regra segundo a qual a prescrição deve ser conhecida de ofício, assunto que ainda será estudado neste capítulo.

Na prática, é muito comum a sua alegação ocorrer em sede de contestação, não como preliminar processual, mas como preliminar de mérito, porque, com a sua apreciação, serão analisadas questões de direito material. O Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 269, inciso IV, estabelecia a resolução de mérito quando o juiz pronunciasse a decadência ou a prescrição. Fez o mesmo o art. 487, inciso II, do Novo CPC, ampliando o texto para mencionar o conhecimento de ofício da prescrição e da decadência ("Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição").

Como o Código Civil de 2002 não trouxe qualquer novidade em relação à matéria, continuava em vigor a Súmula 150 do STF, pela qual prescreve "a execução no mesmo prazo de prescrição da ação". Anote-se que o CPC anterior não elencava a prescrição como geradora da extinção da execução, em seu art. 794. O Novo CPC, seguindo o teor da súmula, passou a tratar dessa hipótese, reconhecendo, inclusive, a possibilidade de *prescrição intercorrente* (art. 924, inciso V, do CPC/2015).

Cumpre salientar que este autor nunca foi adepto da *prescrição intercorrente* na esfera privada, aquela que corre no curso de demanda ou ação. Isso porque essa forma de prescrição pode ser injusta em muitos casos, prestigiando a má-fé, especialmente diante da morosidade que acomete o Poder Judiciário brasileiro. Com a prescrição intercorrente, o devedor que se esconde consegue fazer extinguir a pretensão que lhe é cobrada.

Todavia, infelizmente, o Novo CPC consagrou a categoria e procurou trazer balizas conceituais para o seu preenchimento. O art. 921 do CPC/2015 estabelece, entre as hipóteses de suspensão da execução, o fato de o executado não possuir bens penhoráveis (inciso III). Nos termos do seu § 1º, em situações tais, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de um ano, durante o qual se suspenderá a prescrição. Porém, decorrido esse lapso sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente (art. 921, § 4º, do CPC/2015). O juiz, depois de ouvir as partes, no prazo de 15 dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo (art. 921, § 5º, do CPC/2015).

Em verdade, o comando detalhou alguns elementos que parte da jurisprudência já entendia como viáveis para gerar a prescrição no curso do processo. A ilustrar, entre os mais recentes arestos, decidiu-se que "não corre a prescrição intercorrente durante o prazo de suspensão do processo de execução determinado pelo juízo. Para a retomada de seu curso, faz-se necessária a intimação pessoal do credor para diligenciar no processo, porque é a sua inação injustificada que faz retomar-se o curso prescricional" (STJ, AgRg no AREsp 585.415/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 25.11.2014, *DJe* 09.12.2014). Em complemento: "O reconhecimento da prescrição intercorrente

vincula-se não apenas ao elemento temporal, mas também à ocorrência de inércia da parte autora em adotar providências necessárias ao andamento do feito. Consignado no acórdão recorrido que o credor não adotou comportamento inerte, inviável o recurso especial que visa alterar essa conclusão, em razão do óbice imposto pela Súmula 7/STJ" (STJ, AgRg no AREsp 33.751/SP, Terceira Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.11.2014, *DJe* 12.12.2014). Por fim: "de acordo com precedentes do STJ, a prescrição intercorrente só poderá ser reconhecida no processo executivo se, após a intimação pessoal da parte exequente para dar andamento ao feito, a mesma permanece inerte. Precedentes. Conforme orientação pacífica desta Corte, é necessária a intimação pessoal do autor da execução para o reconhecimento da prescrição intercorrente. Precedentes" (STJ, AgRg no AREsp 131.359/GO, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 20.11.2014, *DJe* 26.11.2014).

Acreditamos que, em panorama de justiça cível célere, o instituto da prescrição intercorrente até poderia ser admitido. Sendo assim, se o Novo CPC realmente agilizar os procedimentos e diminuir a demora das demandas, a prescrição intercorrente poderá ser saudável. Caso contrário, poderá ser um desastre institucional. Mais uma vez, o tempo e a prática demonstrarão se o instituto veio em boa hora ou não.

Feitas tais considerações, interessante consignar que o Novo CPC reafirmou a possibilidade de a prescrição ser conhecida de ofício pelo juiz, agora de maneira aperfeiçoada. Previa o art. 194 do Código Civil, originalmente, que o juiz não poderia suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecesse absolutamente incapaz. O dispositivo em questão foi revogado pela Lei 11.280, de 16.02.2006.

Com a revogação desse dispositivo material pelo movimento anterior de Reforma do CPC, perderam sentido dois enunciados do Conselho da Justiça Federal, aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*. O primeiro é o de número 154, pelo qual o juiz deveria suprir de ofício a alegação de prescrição em favor do absolutamente incapaz. Já o Enunciado n. 155 do CJF/STJ dispunha que estaria revogado o § 5º do art. 219 do CPC de 1973, que preceituava: "Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato".

Pois bem, o último dispositivo processual do CPC anterior também foi alterado pela Lei 11.280/2006, passando a ter redação bem simplificada: "O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição". Como se vê, a alteração do texto foi substancial, justamente o oposto do que estava antes tratado. Naquela ocasião, caiu o *mito* de que a prescrição não poderia ser conhecida de ofício. Isso em prol de uma *suposta* celeridade processual que não chegou a ser alcançada até aqui. Em tom crítico, pode-se dizer que o Código Civil era harmônico quanto ao tema de prescrição, principalmente se confrontado com a decadência. Contudo, essa harmonia foi quebrada pela reforma processual.

Em suma, a matéria ficou consolidada somente na lei processual anterior,

não havendo mais qualquer disposição a ela no Código Civil. Foi retirada a exceção a favor do absolutamente incapaz, que deixou de ser aplicada. Além disso, retirou-se a menção à prescrição relativa a direitos não patrimoniais, simplesmente porque não existe prescrição que não esteja relacionada com direitos subjetivos com esse caráter.

O Novo Código de Processo Civil manteve o reconhecimento da prescrição de ofício, ampliando essa forma de julgar para a decadência. De início, o Estatuto Processual emergente passou a reconhecer a possibilidade de *julgamento liminar do pedido*, sendo uma das suas causas a percepção da ocorrência da prescrição ou da decadência (art. 332, § 1º, do CPC/2015). Em complemento, reafirme-se a regra do art. 487 da lei emergente, com a seguinte redação: "Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição".

Algumas dúvidas surgiram a respeito dessa importante alteração categórica, mantidas com a emergência do Novo CPC. A primeira delas é saber se a prescrição é matéria de ordem pública, tendo em vista o seu reconhecimento de ofício. Alguns autores respondem positivamente, caso de Maria Helena Diniz,[11] Roberto Senise Lisboa,[12] Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery.[13]

Entretanto, a este autor parece existir problema em se fazer tal afirmação, pelo fato de a prescrição envolver direitos patrimoniais e, portanto, a ordem privada. Nessa trilha, entendem que a prescrição não passou a ser matéria de ordem pública Rodrigo Reis Mazzei[14] e José Fernando Simão.[15]

Como *terceira via*, mas seguindo a segunda corrente, pode-se afirmar que, realmente, a prescrição não é matéria de ordem pública, mas a celeridade processual o é. Isso porque a Constituição Federal passou a assegurar como direitos fundamentais o razoável andamento do processo e a celeridade das ações judiciais (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, introduzido pela EC 45/2004). O reconhecimento da prescrição de ofício foi criado justamente para a tutela desses direitos. Como visto, o Novo CPC reafirma a necessidade dessa agilização dos procedimentos, ganhando força a tese com o seu surgimento.

Outro problema do conhecimento da prescrição de ofício está relacionado com a renúncia judicial à prescrição. Para concretizar e facilitar a compreensão, imagine-se que alguém cobra judicialmente uma dívida, supostamente prescrita. Qual a decisão inicial do juiz? Para um *prático*, a resposta é que a decisão é uma sentença, em que é reconhecida a prescrição de ofício, julgando-se extinta a ação com resolução do mérito, agora pela forma do *julgamento liminar do pedido* (art. 332 do CPC/2015). Para um *técnico*, o juiz deve determinar a citação do réu para que se manifeste quanto à renúncia à prescrição.

Essa resposta *técnica*, que a este autor sempre pareceu ser a mais correta, foi dada na *IV Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 295 do CJF/STJ, que tem a seguinte redação: "A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da

prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado". Em sentido idêntico, sustentava Rodrigo Reis Mazzei ser necessária a intimação do réu (devedor), para que se manifeste quanto à renúncia à prescrição.[16] Entre os civilistas, a posição era compartilhada por Álvaro Villaça Azevedo, jurista que é referência para o presente autor.[17]

Em suma, sempre nos filiamos à *posição técnica*, pois, caso contrário, a autonomia privada – manifestada pelo direito de se pagar uma dívida prescrita em juízo e renunciando à prescrição –, estaria seriamente ferida. Sendo a autonomia privada um valor associado à liberdade constitucional, pode-se até afirmar que a inovação é inconstitucional, se este direito de renúncia à prescrição não for assegurado.

Ademais, a primeira resposta poderia ser injusta, pois afastaria a possibilidade de discussão, em juízo, das causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição. Esse entendimento vinha sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, com menção aos novos doutrinadores do Direito Civil brasileiro. Por todos:

"Recurso especial. Tributário. Prescrição. Decretação *ex officio*. Prévia oitiva da Fazenda Pública. Nulidade inexistente. 1. 'Apesar da clareza da legislação processual, não julgamos adequado o indeferimento oficioso da inicial. De fato, constata-se uma perplexidade. O magistrado possui uma 'bola de cristal' para antever a inexistência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas ao curso da prescrição?' (Nelson Rosenvald, *Prescrição da Exceção à Objeção*. Leituras Complementares de Direito Civil. Cristiano Chaves de Farias (org.). Salvador: Edições Jus Podivm, 2007. p. 190). 2. A prévia oitiva da Fazenda Pública é requisito para a decretação da prescrição prevista no art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980, bem como da prescrição referida no art. 219, § 5º, do CPC, ainda que esse último dispositivo silencie, no particular. 3. Deve-se interpretar sistematicamente a norma processual que autoriza o juiz a decretar *ex officio* a prescrição e a existência de causas interruptivas e suspensivas do prazo que não podem ser identificadas pelo magistrado apenas à luz dos elementos constantes no processo. 4. Embora tenha sido extinto o processo em primeira instância sem a prévia oitiva da Fazenda Pública, quando da interposição do recurso de apelação, esta teve a oportunidade de suscitar a ocorrência de causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional. Assim, não há que ser reconhecida a nulidade da decisão que decretou a extinção do feito. 5. A exigência da prévia oitiva do Fisco tem em mira dar-lhe a oportunidade de arguir eventuais óbices à decretação da prescrição. Havendo possibilidade de suscitar tais alegações nas razões da apelação, não deve ser reconhecida a nulidade da decisão recorrida. 6. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.005.209/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 08.04.2008, *DJ* 22.04.2008, p. 1).

Tudo isso sob o prisma *mais técnico* e menos *prático*, que felizmente vinha prevalecendo. Aliás, no tocante à suposta inconstitucionalidade da inovação,

merecem ser lidas as críticas anteriores contundentes formuladas pelo processualista Alexandre Freitas Câmara, com os seguintes dizeres:

"Tenho para mim que esta é uma modificação amalucada ou, como disse no título que atribuí ao presente estudo, descabeçada. Penso, e o digo aqui sem qualquer pudor, que o legislador brasileiro demonstra, agora, que perdeu totalmente o juízo.
Registro, desde logo, que até mesmo a Bíblia (e não vai aqui nenhuma manifestação religiosa, frise-se) admite que o sábio perca o juízo: 'Verdadeiramente, a opressão faz endoidecer até o sábio, e o suborno corrompe o coração'. Pois parece que o legislador perdeu, apesar de sua costumeira sabedoria, o siso. Algumas normas jurídicas integrantes do ordenamento brasileiro bem mostram isso, e a de que aqui se trata é apenas mais um exemplo, sendo possível lembrar de outros.
(...).
Verifica-se, pois, que a existência de uma incoerência entre normas jurídicas contraria três valores que, no Brasil, são constitucionalmente assegurados: isonomia, adequação, segurança jurídica.
O princípio da isonomia, como é notório (e, por isso mesmo, dispensa comprovação), está consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição da República (que afirma que todos são iguais perante a lei). Já a adequação é um dos elementos integrantes do princípio da razoabilidade, o qual tem sua *sede materiae* no art. 5º, LIV, da Constituição da República. Por fim, o princípio da segurança jurídica está, também, expressamente consagrado no *caput* do art. 5º da *Lex Legum*.
Assim, outra conclusão não há a não ser a que aqui se aponta: sendo a norma autorizadora do reconhecimento *ex officio* da prescrição incoerente com o sistema jurídico brasileiro, deve ela ser considerada inconstitucional".[18]

Felizmente, o Novo CPC seguiu a corrente mais *técnica*, dando a oportunidade para a outra parte, o réu da ação, se manifestar, antes do conhecimento da prescrição. Manteve-se, assim, o amparo ao contraditório. Todavia, a este autor parece existir um problema no tratamento dado pelo Novo Estatuto Processual, com certa contradição no texto. Estabelece o parágrafo único do art. 487 que, ressalvada a hipótese de julgamento liminar do processo, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se. Ora, se o juiz percebe a presença da prescrição, não restando dúvidas de sua existência na convicção do julgador, deverá reconhecê-la liminarmente ou será vital ouvir o réu? Entendemos que o segundo caminho deverá ser percorrido. Vejamos como a jurisprudência se pronunciará no futuro.

Terminada a análise desse importante tema da prescrição de ofício, consagra a norma privada que os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente (art. 195 do CC/2002). Desse

modo, a atual codificação enuncia a possibilidade de os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas promoverem ações correspondentes contra seus representantes ou prepostos que deram causa à perda de uma pretensão ou não a alegaram quando deviam tê-lo feito. No que toca ao último caso, o artigo em questão, sem dúvida, pode ser aplicado aos advogados ou procuradores que têm responsabilidade subjetiva por tais fatos, mediante culpa, nos termos do art. 186 do CC/2002, do art. 14, § 4º, do CDC e do Estatuto da Advocacia.

Comparando-se o art. 195 do atual Código Civil com o texto anterior (art. 164 do CC/1916), ampliam-se as possibilidades, deferindo direito que antes não estava reconhecido também às pessoas jurídicas, tanto de Direito Público quanto de Direito Privado.

Seguindo, dispõe o art. 196 do atual Código Civil que "A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor". A codificação de 2002 substituiu a expressão *herdeiro*, que constava do art. 165 do CC/1916, pelo termo *sucessor*. Dessa forma, alarga-se a possibilidade de continuidade da prescrição, tanto em decorrência de ato *mortis causa* (testamento ou legado) quanto *inter vivos* (compra ou sucessão de empresas).

Como é notório, o Código Civil consagra, entre os seus arts. 197 e 201, hipóteses em que o prazo de prescrição é impedido ou suspenso. Tal efeito diferencia a categoria da decadência que, em regra, não pode ser suspensa, impedida ou interrompida (art. 207 do CC/2002). Vale lembrar que, ao lado das hipóteses de suspensão previstas na lei material, o art. 921 do CPC/2015 incluiu a suspensão da prescrição em decorrência da suspensão da execução.

Inicialmente, enuncia o art. 197 do CC/2002 que não corre a prescrição nas seguintes hipóteses: *a)* entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; *b)* entre ascendente e descendente, durante o poder familiar; *c)* entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

O efeito da adoção do dispositivo citado, que denota as causas impeditivas da prescrição, equivale ao da suspensão. Dessa forma, se o prazo ainda não foi iniciado, não correrá. Ao revés, cessando a causa de suspensão, o prazo continua a correr do ponto em que parou. Pelo tratamento legal dos seus incisos, observa-se que as hipóteses em questão envolvem *situações entre pessoas*, não dependendo de qualquer conduta do credor ou do devedor, ao contrário do que ocorre com a interrupção da prescrição.

Pelo inciso I do art. 197 da codificação material, entre marido e mulher não correrá a prescrição ainda não iniciada ou, se iniciada, será suspensa. O Código de 2002 substitui a expressão *matrimônio* por *sociedade conjugal*, afastando dúvidas anteriores, uma vez que a última é que estabelece o regime de bens. A princípio, a separação de fato não impede a aplicação da regra, somente correndo a prescrição a partir do trânsito em julgado da sentença de separação judicial (consensual ou litigiosa), da sentença de divórcio direto ou da escritura pública de separação ou divórcio. Todavia, há forte entendimento, na doutrina e na jurisprudência, de que a separação de fato pode pôr fim à sociedade conjugal.

Em complemento, cabe lembrar que as conclusões referentes às separações judicial e extrajudicial devem ser vistas com ressalvas, eis que este autor filia-se à posição pela qual a Emenda do Divórcio (EC 66/2010) retirou do sistema a separação de direito, mesmo tendo sido esta reafirmada pelo Novo CPC. O assunto está desenvolvido em capítulo próprio desta obra (Capítulo 13).

Diante da proteção constitucional da união estável (art. 226 da CF/1988), na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 296 do CJF/STJ, prevendo que "não corre a prescrição entre os companheiros, na constância da união estável". Tal conclusão já foi aplicada pela jurisprudência nacional, contando com o apoio deste autor (TJMG, Apelação Cível 1.0702.08.432531-6/0011, Uberlândia, Décima Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. 04.06.2009, *DJEMG* 29.06.2009). O Novo CPC reafirma a premissa, pois sempre menciona o companheiro ao lado do cônjuge, em vários de seus artigos, como está demonstrado em outro capítulo desta obra (Capítulo 14).

A prescrição ainda permanece suspensa na constância do poder familiar, entre ascendentes e descendentes, pais e filhos, em regra, conforme o inciso II do art. 197 do CC/2002. Nota-se a adequação do texto à nova realidade do Direito de Família (*despatriarcalização*), por suprimir-se a expressão *pátrio poder*, eminentemente patriarcal, superada pela nova dimensão dada à família pelo Texto Constitucional. Utiliza-se, portanto, a expressão *poder familiar*. Nessas circunstâncias, o prazo prescricional inicia-se na data em que o menor completa 18 anos, exceção feita aos casos de emancipação, previstos no art. 5º da codificação civil ou de destituição do poder familiar. A título de exemplo, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça concluiu que não corre a prescrição entre pai e filho menor na hipótese de ação reparatória de danos decorrentes do abandono afetivo (STJ, REsp 1.298.576/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.08.2012, publicado no *Informativo* n. *502*).

Por fim, o Código Civil atual mantém a regra anterior, pela qual não corre a prescrição entre tutor e tutelado, curador e curatelado, na vigência da tutela e da curatela, institutos de direito assistencial relacionados com a administração de bens dos incapazes menores e maiores, respectivamente (art. 197, inciso III, do CC/2002). Se por um lado essa previsão não constitui qualquer inovação; por outro, é interessante anotar que não se prevê mais suspensão da prescrição a favor do credor pignoratício, do mandante, do depositante, do devedor, de pessoas representadas e de seus herdeiros, em decorrência de bens confiados à sua guarda (art. 168 do CC/1916), razão pela qual, entre essas pessoas, eventuais pretensões condenatórias terão curso de prescrição normal.

O art. 198 do CC/2002 preconiza que também não corre a prescrição contra os incapazes (art. 3º do CC); contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; e contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra. Este autor está filiado ao entendimento doutrinário que afirma tratar o comando de causas suspensivas da prescrição, eis que, na maioria das vezes, nos casos apresentados, o prazo já terá o seu início em

curso. Observa-se, mais uma vez, conforme o comentário anterior, que todos os incisos tratam de hipóteses envolvendo situações entre pessoas.

A título de exemplo, o prazo inicialmente corrido em relação aos absolutamente incapazes, apresentados em rol taxativo no art. 3º do Código Civil, ficará suspenso. Eventualmente, se não teve início a contagem do prazo, haverá causa impeditiva, em consonância com a proteção dos absolutamente incapazes, que envolve a ordem pública e os interesses da coletividade.

Ainda no que diz respeito ao art. 198, sem qualquer inovação do que constava do texto privado anterior, há causa suspensiva em relação àqueles que estiverem fora do Brasil, prestando serviço público aos órgãos da administração direta ou indireta do Estado. A expressão *ausentes*, utilizada no comando legal em questão, não se refere especificamente à ausência tratada entre os arts. 22 a 39 da codificação material, mas àqueles que estiverem fora do País. De qualquer forma, há entendimento pelo qual a ausência, causa de morte presumida, está incluída nesse art. 198, inciso II, do CC/2002. Esse é o teor do Enunciado n. 156 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, no sentido de que, "desde o termo inicial do desaparecimento, declarado em sentença, não corre a prescrição contra o ausente". O presente autor está filiado ao teor do enunciado doutrinário exposto.

Também por questão de bom senso, suspende-se a prescrição relativamente aos militares que estiverem servindo ao exército, à marinha ou à aeronáutica em tempos de guerra, caso, por exemplo, dos brasileiros enviados a outros países para compor os serviços de paz da Organização das Nações Unidas (ONU). Apesar do nome *serviços de paz, os tempos são de guerra*, obviamente. Até por motivos práticos, pela impossibilidade de citação muitas vezes percebida nas situações concretas, o prazo deverá permanecer suspenso.

Ato contínuo de estudo, o art. 199 do CC/2002 elenca, ao mesmo tempo, causas impeditivas (incisos I e II) e causa suspensiva (inciso III), que merecem o mesmo tratamento prático, envolvendo situações entre pessoas.

Nos termos do inciso I do art. 199 da norma material, não corre a prescrição, pendendo condição suspensiva, o que é uma causa impeditiva. A condição é conceituada como um evento futuro e incerto que suspende a aquisição de direitos, bem como a eficácia de um ato ou negócio jurídico. Está, portanto, no plano da eficácia do ato ou do negócio jurídico, no *terceiro degrau* da *Escada Ponteana*. Como é notório, o termo inicial tem a mesma eficácia dessa condição suspensiva, conforme consta do art. 135 do Código Civil. Desse modo, exemplifica-se com o caso de um contrato de locação. Antes do termo inicial, como não poderia ser diferente, não correrá qualquer prescrição, eis que o contrato ainda não teve o seu início. Outro exemplo de condição suspensiva pode ser retirado da Súmula 229 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual o "pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão".

Outra causa impeditiva é o não vencimento do prazo (art. 199, inciso II, do

CC/2002). Deduz-se que o comando legal em questão refere-se não ao prazo de prescrição, mas àquele fixado para um ato ou negócio jurídico. Não estando vencido o prazo, pela não ocorrência do termo final – evento futuro e certo que põe fim aos direitos decorrentes de um negócio –, assinalado pela lei ou pela vontade das partes, não se pode falar em prescrição, havendo causa impeditiva da extinção da pretensão. Ilustrando de forma ainda mais específica, não vencido o prazo para pagamento de uma dívida, não corre a prescrição.

Por fim, pelo mesmo comando legal civil, há causa suspensiva pendendo ação de evicção (art. 199, inciso III). A evicção constitui a perda da coisa em decorrência de uma decisão judicial ou de apreensão administrativa que a atribui a terceiro, cujo tratamento legal específico consta entre os arts. 447 a 457 do Código Civil. São partes da evicção: o evictor (ou evincente) – aquele que pleiteia a coisa –, o evicto (ou evencido) – aquele que perde a coisa, o adquirente – e o alienante – aquele que transfere a coisa litigiosa, em ato motivado pela má-fé. De acordo com o primeiro dispositivo citado, pendendo qualquer ação entre essas pessoas, a prescrição permanecerá suspensa. Alerte-se que a evicção tem estudo em capítulo próprio deste livro, pelas repercussões geradas pelo Novo Código de Processo Civil (Capítulo 8).

Determina o art. 200 do Código Civil que, quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva. Trata-se de uma inovação, no sistema civil, que traz *causa impeditiva* pela qual, na pendência de apuração criminal, não corre a prescrição até o trânsito em julgado da sentença a ser prolatada nesse âmbito. Esse dispositivo legal tem aplicação direta aos casos que envolvem a pretensão indenizatória, com prazo prescricional de três anos, contados da ocorrência do evento danoso ou do conhecimento de sua autoria, conforme o art. 206, § 3º, inciso V, do atual Código Civil. Entre os vários julgados que aplicam o art. 200 do CC, colaciona-se o seguinte, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para ilustrar:

"Direito civil. Demanda reparatória. Acidente automobilístico. Ocorrência de lesões corporais, além da morte da companheira. Inocorrência de prescrição, cujo prazo apenas começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Inteligência dos arts. 200 e 935, ambos do Código Civil. Raciocínio que se mostra coerente com o sistema da reparação civil *ex delicto*, sobretudo em razão do conteúdo dos arts. 63 e 64 do CPP; 91, I, do CP; e 475-N, II, do CPC. Impossibilidade de liquidação da sentença proferida no âmbito criminal apenas porque a demanda reparatória foi proposta em face da concessionária de serviços de transporte. Danos morais configurados. Circunstâncias do evento que fornecem elementos capazes de justificar a fixação da compensação em patamares superiores àqueles estabelecidos na sentença. Autor que comprova que nos seis meses posteriores ao acidente não teve condições de realizar suas atividades laborativas em razão de grave abalo psicológico, inclusive com o uso de medicamentos. Possibilidade de conhecimento de questão não resolvida inteiramente na primeira instância, com

base no art. 515, § 1º, do CPC. Lesões corporais que, embora compensáveis, não causaram dano estético ao autor. Reparação fixada em R$ 96.000,00, sendo R$ 80.000,00 relativos à morte da companheira do autor e o restante pelas lesões corporais por este sofridas. Desprovimento do recurso do réu e parcial provimento ao recurso do autor" (TJRJ, Apelação 2009.001.57118, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Alexandre Câmara, j. 07.10.2009, *DORJ* 13.10.2009, p. 126)

Também da jurisprudência, conforme decisão publicada no *Informativo* n. *500* do STJ, a finalidade do art. 200 do CC/2002 "é evitar soluções contraditórias entre os juízos cíveis e criminais, especialmente quando a solução do processo penal seja determinante do resultado do cível. Sendo assim, permite-se à vítima aguardar a solução da ação penal para, apenas depois, desencadear a demanda indenizatória na esfera cível. Por isso, é fundamental que exista processo penal em curso ou, pelo menos, a tramitação de inquérito policial até o seu arquivamento" (STJ, REsp 1.180.237/MT, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.06.2012).

De toda sorte, há certo conflito entre o comando ora estudado e o art. 935 do próprio Código Civil, eis que esse dispositivo enuncia que a responsabilidade civil independe da criminal. Consigne-se que a referida independência não é total, pois o curso do prazo prescricional civil depende da apuração dos fatos no âmbito criminal.

Segundo o art. 201 do CC/2002, suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, esta só aproveitará aos demais se a obrigação for indivisível. Desse modo, no caso de solidariedade ativa, por regra, a suspensão da prescrição que favorece um dos cocredores não atingirá os demais. A única exceção feita é para a obrigação indivisível, conceituada pelo art. 258 da mesma codificação substantiva, nos seguintes termos: "A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico". Desse modo, sendo a obrigação solidária ou divisível, somente será beneficiado pela suspensão do prazo prescricional aquele que se encontrar em uma das situações descritas pelos comandos legais apresentados anteriormente, que trazem benefícios de natureza personalíssima, por envolverem situações entre pessoas, conforme comentado.

Partindo para o estudo das causas de *interrupção da prescrição*, esta envolve *condutas* do credor ou do devedor. Relativamente aos seus efeitos, é cediço que a interrupção faz que o prazo retorne ao seu início, *partindo do seu ponto zero*.

Estatui o art. 202, *caput*, do atual Código Civil que a interrupção da prescrição somente poderá ocorrer *uma vez*, novidade que traz alguns problemas práticos, conforme será analisado.

Como primeira hipótese de interrupção (art. 202, inciso I, do CC), esta pode ocorrer "por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual". De início, é

interessante confrontar esse dispositivo com o art. 219 do CPC/1973, que preceituava: "A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação". O dispositivo foi reproduzido, com alterações a respeito da mora, pelo art. 240 do Novo CPC, *in verbis:* "A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). § 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação".

No tocante à execução, havia norma no mesmo sentido no CPC anterior, estabelecendo o antigo art. 617 que a propositura da execução, deferida pelo juiz, interromperia a prescrição, mas a citação do devedor deveria ser feita com observância ao disposto no art. 219 do CPC/1973. O art. 802 do Novo CPC foi mais técnico e condizente com a realidade, expressando que, "na execução, o despacho que ordena a citação, desde que realizada em observância ao disposto no § 2º do art. 240, interrompe a prescrição, ainda que proferido por juízo incompetente. Parágrafo único. A interrupção da prescrição retroagirá à data de propositura da ação".

A dúvida, sempre levantada por este autor em aulas, exposições e escritos, permanece com o Novo CPC. Existe realmente um conflito entre tais normas ou antinomia (art. 202, inciso I, do CC/2002 *x* art. 219, § 1º, do CPC/1973 e art. 240, § 1º, do CPC/2015)? O Código Civil de 2002 revogou o Código de Processo Civil de 1973? Sucessivamente, o Código de Processo Civil de 2015 revogou o Código Civil de 2002 no tratamento da matéria? Acredita-se que não.

A melhor resposta sempre foi dada, na suposta colisão entre o CC/2002 e o CPC/1973, por Carlos Roberto Gonçalves[19], entre os civilistas, e por Flávio Luiz Yarshell, entre os processualistas.[20] Entendem esses doutrinadores que não houve revogação. Na verdade, os dois artigos devem ser interpretados sistematicamente e em complemento. O que se procura fazer é um diálogo de complementaridade entre as duas leis, outra aplicação da festejada tese do *diálogo das fontes*, de Erik Jayme e Claudia Lima Marques, explicada no primeiro capítulo deste livro.

A solução, então, é de firmar a premissa segundo a qual a interrupção dar-se-á com o despacho do juiz, nos termos do Código Civil; retroagindo essa interrupção ao momento da propositura da ação, conforme o Código de Processo Civil, anterior ou atual. Seguindo a ideia, na *V Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2011, aprovou-se enunciado com o seguinte teor: "O art. 202, I, do CC deve ser interpretado sistematicamente com o art. 219, § 1º, do CPC, de modo a se entender que o efeito interruptivo da prescrição produzido pelo despacho que ordena a citação é retroativo até a data da propositura da demanda" (Enunciado n. 417).

Frise-se que o entendimento constante do enunciado doutrinário deve ser mantido mesmo com a emergência do Novo CPC. O que constitui novidade é apenas a extensão dessa regra para a decadência, como está expresso no § 4º do art. 240 do CPC/2015: "O efeito retroativo a que se refere o § 1º aplica-se à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei".

Com essa posição, continua prejudicado o teor da Súmula 106 do STJ, pela qual, "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 da prescrição ou decadência". Isso porque o que é relevante para se verificar a existência da prescrição é a data da propositura da demanda. De toda sorte, a solução a ser considerada é a mesma que faz parte da ementa sumular.

Voltando à estrutura do art. 202 do Código Civil, estatuem os seus incisos II e III que ocorre a interrupção da prescrição por protesto judicial (nos termos do inciso I, antes comentado), bem como pelo protesto cambiário. A codificação material inovou ao dispor sobre a possibilidade de interromper-se a prescrição, além do protesto judicial – ação específica de jurisdição voluntária que visa a dar publicidade a uma situação fática ou jurídica (art. 726 do Novo CPC) –, também pelo protesto extrajudicial ou cambiário, aquele realizado perante o cartório extrajudicial de protesto de títulos. Dessa forma, ficou totalmente prejudicada a Súmula 153 do STF, pela qual simples protesto cambiário não interromperia a prescrição. O Novo CPC nada trata da matéria, que continua como dantes.

No entanto, há um problema relacionado a essa interrupção, que, segundo o Código Civil de 2002, somente poderá ocorrer *uma vez*. Imagine-se uma concretização em que houve o protesto cambiário (art. 202, inciso III, do CC/2002), o que gera a interrupção da prescrição. Com a propositura da ação (art. 202, inciso I, do CC/2002), o prazo continuará a fluir? Se a resposta for afirmativa, o autor deve receber o seu crédito até o final do prazo, sob pena de extinção da pretensão. É essa a melhor interpretação? Este autor pensa que não. Desse modo, dois caminhos podem ser traçados para responder negativamente, não se admitindo a *prescrição intercorrente* quando o autor da demanda toma as medidas para receber o seu crédito. Como visto, o Novo CPC admite tal forma de prescrição no curso do processo somente quando isso não ocorre, e nos moldes do que consta do seu art. 921, §§ 4º e 5º.

O *primeiro caminho* é apontado por Caio Mário da Silva Pereira, para quem se deve julgar que, nos casos de protesto – judicial ou extrajudicial –, a citação para o procedimento definitivo, para uma ação de cobrança, por exemplo, não perde o efeito interruptivo.[21] Assim, nessas situações, a interrupção pode se dar mais de uma vez (*dualidade de interrupções da prescrição*). Diz Caio Mário, para chegar a essa conclusão, que "nenhuma lei pode receber interpretação que conduza ao absurdo".[22]

O segundo *caminho*, sugerido por este autor, é o de entender que a ação proposta suspende a prescrição, conforme o art. 199, inciso I, do CC/2002, eis que a ação é uma condição suspensiva. Essa proposta é a mais condizente com o

texto legal, eis que está amparada naquilo que a codificação material consagra.

Complemente-se que a polêmica surge não só em relação aos dois primeiros incisos do art. 202, mas também quanto aos subsequentes, quando existentes atos sucessivos do credor – para recebimento do seu crédito –, ou mesmo do devedor e do credor, alternadamente.

Superada esta discussão, destaque-se que a prescrição ainda é interrompida pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores (art. 202, inciso IV, do CC). Aqui cabe somente destacar que a habilitação de crédito promovida pelo credor no processo de inventário, falência, ou insolvência civil interrompe a prescrição, havendo ato praticado pelo credor.

Ainda, qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor gera a interrupção da prescrição (art. 202, inciso V, do CC). Nesse contexto, a notificação e a interpelação judicial, além do protesto judicial antes referido, continuam gerando a interrupção da prescrição, além de constituir o devedor em mora (mora *solvendi ex persona*). Neste ponto, do mesmo modo pode surgir hipótese relacionada à última polêmica discutida, ou seja, quanto à *dualidade das interrupções da prescrição*.

Deve ficar claro que, nos exatos termos da lei, a notificação extrajudicial, via cartório de títulos e documentos, não gera a interrupção da prescrição, pela ausência de previsão legal específica. O mesmo pode ser dito quanto a qualquer ato extrajudicial promovido pelo credor com esse objetivo, hipótese de uma carta enviada pelo correio. O presente autor entende que as citadas medidas extrajudiciais pelo credor deveriam ter o mesmo efeito, de interrupção da prescrição, na desejada linha de *desjudicialização* dos procedimentos. Essa é a opinião, por exemplo, de José Fernando Simão, em parecer publicado na *Revista comemorativa dos 140 anos do Instituto dos Advogados de São Paulo*, no final de 2014. O Novo CPC não trouxe essa solução que continua sendo proposta de *lege ferenda*.

Restou evidenciado que o art. 202, nos seus incisos I a V, prevê hipóteses em que *condutas do credor* podem gerar a interrupção da prescrição. Contudo, o inciso VI traz a única situação em que *condutas do devedor* têm o mesmo efeito, a saber: "Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: (...) VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor". Diante desse comando legal, qualquer atuação do devedor que importe em reconhecimento total ou parcial da existência da dívida gera a interrupção da prescrição. Como exemplos de atos que têm esse condão, podem ser citados o pagamento de juros ou de cláusula penal, o envio de correspondência reconhecendo a dívida, o seu pagamento parcial ou total, entre outros. Como se nota, aqui, as condutas podem ser extrajudiciais, o que não ocorre com os atos do credor. Para o presente autor, eis mais uma razão para se acatar a proposta acima, pela falta de igualdade de tratamento, resquício da antiga máxima romana *in favor debitoris*, que não se justifica na atualidade em muitas situações concretas.

Essas condutas podem ocorrer no plano judicial ou extrajudicial, segundo consta do próprio dispositivo transcrito. No plano judicial, vejamos concretização constante do Enunciado n. 416, da *V Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça: "A propositura de demanda judicial pelo devedor, que importe impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição". Essa posição do enunciado doutrinário em apreço pode ser encontrada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A ilustrar: "A propositura de demanda judicial pelo devedor, seja anulatória, seja de sustação de protesto, que importe em impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição. A manifestação do credor, de forma defensiva, nas ações impugnativas promovidas pelo devedor, afasta a sua inércia no recebimento do crédito, a qual implicaria a prescrição da pretensão executiva; além de evidenciar que o devedor tinha inequívoca ciência do interesse do credor em receber aquilo que lhe é devido. O art. 585, § 1º, do CPC deve ser interpretado em consonância com o art. 202, VI, do Código Civil. Logo, se admitida a interrupção da prescrição, em razão das ações promovidas pelo devedor, mesmo que se entenda que o credor não estava impedido de ajuizar a execução do título, ele não precisava fazê-lo antes do trânsito em julgado dessas ações, quando voltaria a correr o prazo prescricional" (STJ, REsp 1.321.610/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.02.2013, *DJe* 27.02.2013).

De toda maneira, conforme outrora exposto, o presente autor entende que é melhor enquadrar a propositura de demanda como condição suspensiva e não como causa interruptiva. Isso porque, frise-se, a interrupção da prescrição pela própria dicção do art. 202, *caput*, do Código Civil somente pode ocorrer uma vez, o que obstaria outra interrupção com o ingresso de nova demanda, caso de uma ação de cobrança posterior, por exemplo.

Superada a análise das hipóteses de interrupção da prescrição, pertinente comentar as regras finais que constam da codificação material quanto à matéria.

Inicialmente, prevê o parágrafo único do art. 202 que a prescrição interrompida recomeça a correr a partir da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper. Não há novidade nesse comando, diante Código Civil de 1916, ao reconhecer como o principal efeito da interrupção o reinício da contagem do prazo, cessada a sua causa, ao contrário do que ocorre com a suspensão, em que o prazo continua a contar de quando parou. Deve ficar claro que o efeito interruptivo cessa da ocorrência do ato que a interromper, seja no plano processual ou fora dele. Em continuidade de estudo, não houve qualquer mudança engendrada pelo Novo CPC quanto ao tema.

Por outra via, dispõe o art. 203 do CC/2002 que: "A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado". O Código Civil de 2002 apresentou um sentido genérico quanto às pessoas que podem, por ato próprio, interromper a prescrição. A expressão genérica "qualquer interessado" substitui o rol taxativo previsto anteriormente (CC/1916: "Art. 174. Em cada um dos casos do art. 172, a

interrupção pode ser promovida: I – Pelo próprio titular do direito em via de prescrição; II – Por quem legalmente o represente; III – Por terceiro que tenha legítimo interesse"). A inovação se revelou mais justa, estando sintonizada com o princípio da operabilidade. Adota-se um sentido aberto, o que está mais de acordo com a *concepção realeana*, que inspira o nosso Código Civil.

Dentro dessa ideia, cabe interpretação pelo aplicador do direito consoante as circunstâncias fáticas da demanda. Incumbe ao juiz, dentro das regras de equidade e razoabilidade, apontar quem seria o *interessado* referido no dispositivo. Obviamente, continuam abarcadas pelo texto genérico atual as situações antes previstas, envolvendo o titular da pretensão, o seu representante e aquele que tenha legítimo interesse, como os casos do cocredor, do codevedor e dos sucessores das partes envolvidas com a pretensão. Todavia, o modelo atual é aberto (*numerus apertus*) e não mais fechado (*numerus clausus*).

Enuncia o art. 204, *caput*, do CC/2002 que a interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros. Do mesmo modo, a interrupção operada contra o codevedor, ou seu herdeiro, não prejudica os demais coobrigados. A codificação atual continua reconhecendo o caráter personalíssimo do ato interruptivo, sendo certo que este não aproveitará aos cocredores, codevedores ou herdeiros destes, nos casos de ausência de previsão de solidariedade. Sem prejuízo dessa previsão, constam regras específicas nos parágrafos do dispositivo.

De acordo com o seu § 1º, excepcionando a regra prevista no *caput* do artigo, a interrupção da prescrição atingirá os credores e devedores solidários, bem como os herdeiros destes. Isso, se a solidariedade estiver prevista em lei ou no contrato celebrado pelas partes, seguindo a lógica do que consta do art. 265 do CC/2002, pelo qual a solidariedade contratual não se presume nas relações civis.

O § 2º do art. 204 do CC/2002 enuncia que, na hipótese dos herdeiros do devedor, entretanto, deve ser observada norma específica. Em havendo interrupção contra um dos herdeiros do devedor solidário, esta não prejudicará os demais, a não ser que a obrigação seja indivisível (art. 258 do CC).

Por fim, de acordo com o § 3º do art. 204 da codificação material, no caso de interrupção da prescrição em prejuízo do devedor principal, esta também atingirá o fiador. Isso porque, conforme regra básica do Direito Civil, tudo o que ocorre na obrigação principal repercute na obrigação acessória, natureza que possui o contrato de fiança, acessório por excelência (*princípio da gravitação jurídica*). Merecem o mesmo tratamento legal as hipóteses em que o fiador tem a favor de si o benefício de ordem e a situação de ele ser devedor solidário, sem qualquer distinção (arts. 827 e 828 do CC/2002).

Superada a análise das concreções jurídicas da interrupção da prescrição, passa-se ao estudo das regras fundamentais da decadência, especialmente pelo impacto gerado pelo Novo Código de Processo Civil.

b) Da decadência

Uma das novidades da codificação material de 2002 consistiu no tratamento

específico dado à decadência, conceituada como a perda de um direito potestativo, em decorrência da ausência do seu exercício. Lembre-se, mais uma vez, dos critérios científicos de Agnelo de Amorim Filho, para quem os prazos decadenciais estão relacionados com os direitos potestativos e com aquelas ações que visam a constituir positiva ou negativamente atos e negócios jurídicos, caso da ação anulatória de negócio jurídico.

Esses prazos de anulação estão previstos nos arts. 178 e 179 do Código Civil, sem prejuízo de outras previsões específicas. Prevê o primeiro preceito que é de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado*: a)* no caso de coação, do dia em que ela cessar; *b)* no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; *c)* no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade. A segunda norma consagra um prazo geral de anulação ao preceituar que, "quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato".

Além dessa diferenciação, fica fácil identificar um prazo decadencial no atual Código Civil, eis que estão todos expostos fora do art. 206 do CC/2002, principalmente na Parte Especial da codificação material. Ademais, como visto anteriormente, os prazos em dias, meses e ano e dia serão sempre decadenciais, uma vez que os de prescrição são sempre em anos, conforme rol dos arts. 205 e 206 da Lei Geral Material. No entanto, fica o alerta de que existem também prazos decadenciais em anos, como aqueles que constam dos arts. 178, 179, 501 e 1.649 da codificação material, entre outros.

A decadência pode ter origem na lei (*decadência legal*) ou na autonomia privada, na convenção entre as partes envolvidas com o direito potestativo (*decadência convencional*). Como antes exposto, a prescrição somente pode decorrer da lei. Um exemplo de decadência convencional é aquele fixado pelo vendedor para garantir a estrutura do bem que está sendo transmitido ao comprador, em uma relação de consumo ou não.

Na dicção do art. 207 do CC/2002, salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição. A novidade do tratamento da decadência pode ser sentida nesse dispositivo, que enuncia não se sujeitar a decadência às causas de impedimento, suspensão e interrupção da prescrição, já tratadas no presente capítulo. Entretanto, constam algumas exceções no próprio Código Civil, como a do artigo subsequente, pelo qual a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes apresentados no art. 3º do Código (menores de 16 anos, enfermos, doentes mentais e pessoas que, por uma causa transitória ou definitiva, não puderem manifestar sua vontade).

Complementando, o art. 501, parágrafo único, do atual Código Civil também apresenta uma espécie de impedimento da decadência. Isso porque o art. 500 da codificação substantiva consagra as opções do comprador prejudicado para o

caso de vícios em uma compra e venda por medida ou por extensão (venda *ad mensuram*). O prazo decadencial de um ano está previsto no *caput* do comando subsequente (art. 501), contado do registro do título em cartório. Consoante o seu parágrafo único, o prazo não terá início se houver atraso na imissão de posse atribuível ao alienante.

Na ótica do Código de Defesa do Consumidor, igualmente pode ser percebida exceção no art. 26, § 2º, incisos I e III, que tratam dos vícios dos produtos e serviços, e pelos quais obstam a decadência da reclamação comprovadamente formulada e fundamentada pelo consumidor até a resposta do fornecedor ou do prestador, bem como a instauração do inquérito civil. Os efeitos desse óbice são iguais aos da suspensão, comentados outrora.

As hipóteses são todas de impedimento ou suspensão da decadência. O presente autor não visualiza, no momento, regra relativa à sua interrupção. Como visto, uma das novidades do CPC de 2015 é estabelecer a aplicação do mesmo efeito retroativo da interrupção da prescrição para a interrupção da decadência. Reafirme-se que, na redação do art. 240 do Estatuto Processual emergente, "a citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). § 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação. (...) § 4º O efeito retroativo a que se refere o § 1º aplica-se à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei". Pendem, então, de análise e de enquadramento, pela doutrina pela e jurisprudência, casos de interrupção de decadência para subsunção desse novo preceito.

Conforme o art. 208 do CC/2002, "aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, I". Na linha do que foi antes exposto, o artigo em questão apresenta a primeira exceção que analisamos quanto ao comando anterior, indicando o impedimento da decadência em relação aos absolutamente incapazes. Fazendo incidir a premissa, ilustre-se com decisão do Superior Tribunal de Justiça, publicada no seu *Informativo* n. *482*:

"Ação rescisória. Prazo decadencial. Discute-se no REsp se o prazo de dois anos previsto no art. 495 do CPC para a propositura de ação rescisória flui em desfavor de incapazes. Noticiam os autos que os recorrentes, ainda menores de idade, ajuizaram ação de indenização visando à condenação dos recorridos pelos danos morais sofridos em razão da morte de seu avô, em virtude de acidente em que esteve envolvido veículo pertencente a um dos recorridos. O acórdão que julgou o recurso de apelação interposto reformou a sentença para julgar improcedente o pedido. Alegaram, na inicial da ação rescisória, que os fundamentos da improcedência tomaram o pedido relativo ao dano moral como se se tratasse de dano material, pois exigiu a dependência econômica como requisito para acolhimento do pleito. O relator, monocraticamente, julgou extinta a ação rescisória ao fundamento de ter ocorrido decadência. Alegam os

recorrentes que, à época, por serem menores absolutamente incapazes, não fluía contra eles prazo, nem de decadência nem de prescrição. Admitido o REsp, o Min. Relator entendeu que o prazo para o ajuizamento da ação rescisória é de decadência (art. 495, CPC), por isso se aplica a exceção prevista no art. 208 do CC/2002, segundo a qual os prazos decadenciais não fluem contra os absolutamente incapazes. Esse entendimento foi acompanhado pelos demais Ministros, que deram provimento ao REsp e determinaram o prosseguimento da ação rescisória" (STJ, REsp 1.165.735/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.09.2011).

Em complemento, o vigente Código Civil consagra o direito de ação regressiva dos incapazes e das pessoas jurídicas contra seus representantes ou assistentes para os casos de não alegação oportuna da decadência a favor do representado (art. 195 do CC/2002). Essa ação regressiva também pode ser proposta contra o advogado que vier a representar o incapaz ou a empresa.

Ambos os comandos legais aqui estudados (arts. 207 e 208 do CC) devem ser aplicados tanto à *decadência legal* quanto à *decadência convencional*.

Todavia, existem regras que são aplicadas, separadamente, à decadência legal e à convencional. Sustentava Caio Mário da Silva Pereira, no sistema do Código Civil de 1916, que o tratamento conferido à decadência convencional deveria ser, pelo menos em parte, o mesmo dado à prescrição.[23] Isso acabou sendo adotado pelo Código Civil de 2002, inicialmente pelo seu art. 209, assim escrito: "É nula a renúncia à decadência fixada em lei". Desse modo, não é admitida a renúncia à decadência legal, o mesmo não se podendo dizer quanto à convencional. Para esta última, por analogia, deve ser aplicada a regra do art. 191 do próprio Código Civil, cabendo a renúncia pelo devedor após a consumação, não sendo também aceita a renúncia prévia da decadência convencional.

Contudo, o que se percebe é que, se Caio Mário da Silva Pereira ainda estivesse entre nós, deveria rever os seus conceitos. Isso porque, de acordo com o art. 210 do CC/2002, deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei. Assim sendo, por envolver preceito de ordem pública, o juiz deveria decretar de ofício a decadência legal, julgando a ação improcedente com a resolução do mérito, conforme estava no art. 269, inciso IV, do CPC/1973 e, agora, está no art. 487, inciso II, do CPC/2015. A novidade do Novo CPC é fazer menção ao reconhecimento de ofício da decadência, sem dizer sobre qual delas se dará o pronunciamento.

Quanto à decadência convencional, há regra específica vedando o seu reconhecimento de ofício pelo juiz. Trata-se do art. 211 do Código Civil, segundo o qual: "se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação". Nesse ponto, o tratamento da decadência convencional não é mais igual ao da prescrição. Por isso é que, se ainda estivesse entre nós, Caio Mário teria que rever os seus conceitos. Isso diante da Lei 11.280/2006, que revogou a previsão

do art. 194 do CC e alterou o § 5º do art. 219 do CPC, prevendo que o juiz deveria reconhecer de ofício a prescrição.

Aliás, fazendo uma análise crítica, percebe-se, aqui, porque a lei processual anterior quebrou com a harmonia do sistema. A prescrição, agora, deve ser conhecida de ofício, como já ocorria com a decadência legal. Então surge a indagação: será que ainda merece alento fático a regra pela qual a decadência convencional não pode ser conhecida de ofício? A este autor parece que não, fazendo uma análise sistemática da norma codificada.

Todavia, como visto, o Novo CPC confirmou essa previsão de conhecimento de ofício da prescrição. Também reconheceu o mesmo caminho para a decadência, sem elucidar para qual delas. Como o art. 211 do Código Civil não foi revogado, tudo continua como dantes. A falta de harmonia no sistema permanece, o que não foi atentado pelos legisladores da nova norma instrumental que emerge.

[1] AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis. *RT* 300/7 e 744/725.

[2] MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 131.

[3] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 511-512.

[4] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 383.

[5] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria Geral do Direito Civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1, p. 595.

[6] LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I, p. 519.

[7] LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Parte General. Tradução e notas de Miguel Izquierdo y Mácias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 315.

[8] LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Parte General. Tradução e notas de Miguel Izquierdo y Mácias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 321.

[9] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 122.

[10] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 215.

[11] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 397.

[12] LISBOA, Roberto Senise. *Comentários ao Código Civil*. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio. São Paulo: RT, 2006. p. 283.

[13] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 408.

[14] MAZZEI, Rodrigo Reis. A Prescrição e a sua Pronúncia de Ofício. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 533.

[15] SIMÃO, José Fernando. Prescrição e sua Alegação – Lei 11.280 e a Revogação do Art. 194 do Código Civil. São Paulo, *Jornal Carta Forense*, n. 34, abr./2006.

[16] MAZZEI, Rodrigo Reis. A Prescrição e a sua Pronúncia de Ofício. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 533.

[17] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012. p. 183.

[18] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Reconhecimento de Ofício da Prescrição: uma Reforma Descabeçada e Inócua*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 18 jan. 2015.

[19] GONÇALVES, Carlos Roberto. Prescrição: Questões Relevantes e Polêmicas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões Controvertidas do Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. v. I.

[20] YARSHELL, Flávio Luiz. A Interrupção da Prescrição pela Citação: Confronto entre o Novo Código Civil e o Código de Processo Civil. *Síntese Jornal*, Porto Alegre: Síntese, n. 75, p. 13, maio 2003.

[21] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I, p. 700.

[22] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I, p. 700.

[23] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I, p. 691-692.

O TRATAMENTO DAS PROVAS NO CÓDIGO CIVIL E O IMPACTO DO NOVO CPC

Uma vez aperfeiçoado, o ato ou negócio jurídico pode necessitar de um meio de prova, visando à certeza e à segurança jurídica. Nesse contexto, a prova pode ser conceituada como "um conjunto de meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de negócios jurídicos".[1] Na divisão do negócio jurídico, a prova, em regra, encontra-se no plano da eficácia, pois mantém relação com as consequências do ato ou negócio (terceiro degrau da *Escada Ponteana*).

O presente capítulo procurará analisar as interações existentes entre o Código Civil e o Novo Código de Processo Civil em relação à prova, tema que tem *concepção híbrida* por interessar tanto à matéria substantiva quanto à instrumental. Como é notório, na seara probatória, muitas confusões surgem na prática, particularmente no âmbito do Poder Judiciário, diante de tentativas de se compatibilizar as regras materiais e processuais.

Tentaremos aqui diminuir eventuais dificuldades, analisando os meios de prova do negócio jurídico à luz do Código Civil de 2002, do Código de Processo Civil de 1973 e do Novo Código de Processo Civil. Procuraremos, portanto, diálogos entre as duas leis, outra aplicação da festejada tese do *diálogo das fontes*, explicada no primeiro capítulo deste livro.

O Código Civil de 2002 trouxe, entre os seus arts. 212 a 232, um capítulo específico sobre os meios de prova do negócio jurídico, em que se buscou facilitar a matéria regulamentada anteriormente pelo Direito Processual, particularmente pelo Código de Processo Civil anterior. Seguiu, assim, o exemplo do Código Civil de 1916, que cuidava da "Forma dos Atos Jurídicos e da sua Prova" entre os seus arts. 129 a 144. Cabe esclarecer que o Código Civil não traz regras sobre a *teoria geral da prova*, tratada pela norma instrumental, mas somente quanto às provas em espécie.

Alguns processualistas criticam esse tratamento legal, na lei material, pois o assunto interessa mais ao Direito instrumental. Alexandre Freitas Câmara, por exemplo, expõe que:

"O Código Civil é criticável por diversas razões, entre as quais não distinguir entre a prova e a forma dos atos jurídicos (sendo certo que o Código Civil de 1916 fazia expressamente a distinção). Há, porém, no Código Civil de 2002 disposições que, não obstante postas no Título 'Da Prova', tratam da forma do ato jurídico, como, por exemplo, os parágrafos do art. 215, que tratam dos requisitos formais da escritura pública. Mais criticável do que isso, todavia, é a própria inclusão de regras sobre prova no Código Civil. Ainda que se admita a ideia de que a prova é instituto de natureza mista, com aspectos processuais e substanciais, é o Código de Processo Civil a sede adequada de sua regulamentação. Isso se dá porque o direito probatório é o mesmo, qualquer que seja a natureza da matéria de fundo. (...). Além disso, não se pode deixar de dizer que muitas das disposições do Código Civil de 2002 sobre prova são incompatíveis com o modelo processual brasileiro".[2]

Na realidade, muito ao contrário do que expõe o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, é de se concordar com as palavras de Sílvio de Salvo Venosa, afastando qualquer crítica mais contundente em relação a essa previsão, uma vez que, "como é íntimo o conteúdo do negócio jurídico com sua prova, é acertado o enfoque do Código Civil, ao traçar os princípios fundamentais e dispor sobre os meios de prova. A utilidade de um direito mede-se pela possibilidade de que se dispõe para se realizar a prova de um fato. De nada adianta possuir um direito se não se tem os meios para prová-lo. Na verdade, o que se prova não é o Direito. Prova-se o fato relacionado com um direito. A demonstração da evidência em juízo é a finalidade elementar do processo na busca da verdade processual. Isso porque nem sempre o que se logra provar em uma lide coincide com a verdade real. Não há outra solução para o Direito a não ser contentar-se com a 'verdade processual'".[3]

Pelas últimas palavras, deve-se compreender que dita previsão legislativa (o tratamento das provas no Código Civil) pode ser considerada correta, como ponto de apoio conceitual para o estudioso e aplicador do Direito. Com certeza, a prova do negócio jurídico também está na sua seara material, tendo as regras da codificação privada caráter de normas gerais. Na dúvida, devem ser subsumidas as regras processuais previstas no Código de Processo Civil, conforme será defendido no estudo que se segue (critério da *especialidade*). Trata-se de importante dedução para um possível *diálogo* entre as duas normas. Desse modo, a crítica primaz de Alexandre Freitas Câmara, de uma suposta incompatibilidade entre as normas, é afastada.

Iniciando-se pelo art. 212 do CC/2002, enuncia o diploma que, salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: *a)* confissão; *b)* documento; *c)* testemunha; *d)* presunção; e *e)* perícia.

Desse modo, a atual codificação privada prevê que os fatos jurídicos – incluindo-se, logicamente, os atos e negócios jurídicos – podem ser provados por confissão, documentos, testemunhas, presunções e perícias em sentido genérico. Os processualistas sempre criticavam esse dispositivo, eis que estabelece um rol de institutos jurídicos de naturezas diversas, pois os testemunhos e os documentos são fontes de prova; confissões e perícias, meios de prova; e as presunções, meras conclusões de dedução, de raciocínio.[4] A crítica, como não poderia ser diferente, é igualmente formulada por Alexandre Freitas Câmara, principalmente por essa confusão.[5]

Pelo que já constava do art. 332 do CPC/1973, deve-se entender que o rol do art. 212 do Código Civil é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), uma vez que, segundo a lei processual anterior, "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".[6] Com aperfeiçoamento de redação, prescreve o art. 369 do CPC/2015 que "as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz." A menção à *influência eficaz* no convencimento do magistrado tem relação direta com o espírito de boa-fé adotado pelo Novo Estatuto Processual, aprofundado no capítulo inaugural deste livro.

Nesse contexto, mesmo por uma suposta impossibilidade de enquadramento como prova documental, vinha-se entendendo ser cabível a prova eletrônica, considerada aquela captada licitamente na internet, no meio digital. A propósito, na *IV Jornada de Direito Civil*, evento de outubro de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 297 do CJF/STJ, preceituando que "O documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada". Em complemento, foi ainda aprovado, no mesmo evento, o Enunciado n. 298, a saber: "Os arquivos eletrônicos incluem-se no conceito de 'reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas', do art. 225 do Código Civil, aos quais deve ser aplicado o regime jurídico da prova documental".

O Novo CPC admite a utilização desse meio de prova em vários de seus preceitos. *Ab initio*, frise-se a inteligência retirada do art. 422, especialmente do seu § 1º, *in verbis:* "Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida. § 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia". Outros artigos igualmente merecem ser citados. Conforme o art. 439 do Estatuto Processual emergente, a utilização de documentos eletrônicos no processo

convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e de verificação de sua autenticidade, nos termos da lei. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurando às partes o acesso ao seu teor (art. 440 do CPC/2015). Com tom suplementar, serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica (art. 441 do Novo CPC).

Cumpre destacar que a jurisprudência tem admitido provas extraídas de *sites de relacionamentos* e de redes sociais, como se retira dos seguintes arestos, relacionados a pagamento de alimentos, entre muitos que poderiam ser trazidos à colação:

"Agravo de instrumento. Alimentos provisórios Liminares. Majoração. Indeferimento. Caso de alguma prova de sinal exterior de riqueza exibido pelo alimentante em rede social que deve ser considerada. Alimentos liminares majorados para meio salário mínimo. Deram parcial provimento" (TJRS, Agravo de Instrumento 210386-13.2014.8.21.7000, Capão da Canoa, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 21.08.2014, *DJERS* 26.08.2014).

"Agravo de instrumento. Alimentos gravídicos. Fixação. Cabimento. Valor inferior ao postulado. Na análise do pedido de fixação de alimentos gravídicos, em face da peculiaridade da situação, não há exigir muito rigor, sob pena de inviabilizar o atendimento à finalidade da Lei. Precedentes jurisprudenciais. Conversas em rede social que demonstram a existência de relação afetiva entre a agravante e o agravado na época da concepção fazem prova suficiente para fins de fixação liminar de alimentos gravídicos. Na falta de comprovação mais efetiva das possibilidades do alimentante, não há fixar *quantum* no montante postulado, mas sim em valor inferior, equivalente a 50% do salário mínimo. Deram parcial provimento" (TJRS, Agravo de Instrumento 52567-13.2014.8.21.7000, Nonoai, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 10.04.2014, *DJERS* 17.04.2014).

Partindo para a análise específica dos institutos elencados no art. 212 do Código Civil em vigor, à luz do Novo CPC, inicialmente, a confissão pode ser conceituada como uma declaração feita por uma pessoa, contra quem se procura provar um fato, ato ou negócio jurídico. Na mesma linha, preceitua o art. 389 do Novo Código de Processo que "há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário". O preceito reproduz o art. 348 do CPC/1973, sem qualquer modificação conceitual.

Essa declaração pode ocorrer no plano judicial ou extrajudicial, de forma espontânea ou provada. No que concerne à confissão judicial, vejamos a confrontação do tratamento nos dois Estatutos Instrumentais:

Novo Código de Processo Civil	Código d Processo Civil Anterior
“Art. 390. A confissão judicial pode	“Art. 349. A confissã judicial pode ser espontâne ou provocada Da confissão espontâne

ser espontânea ou provocada.

§ 1º A confissão espontânea pode ser feita pela própria parte ou por representante com poder especial.

§ 2º A confissão

tanto que requerida pela parte se lavrará o respectivo termo nos autos; a confissão provocada constará do depoimento pessoal prestado pela parte.

Parágrafo único. A

provocada constará do termo de depoimento pessoal”.

confissão espontâne pode ser feita pela própria parte, ou por mandatári com poderes especiais’

Como se percebe, houve uma melhora na organização do antigo comando, passando a ter dois parágrafos, mais claros e didáticos. No caso de confissão espontânea realizada por terceiro, não consta mais o termo *mandatário*, mas *representante*, por ser mais amplo e melhor adequado tecnicamente. No restante, os preceitos se equivalem.

No que diz respeito à confissão extrajudicial, enuncia o Novo Código de Processo Civil que, quando feita oralmente, só terá eficácia nas situações em que a lei não exija prova literal (art. 394). Trata-se de um aperfeiçoamento do art. 353 do CPC/1973, que enunciava: “a confissão extrajudicial, feita por escrito à parte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia probatória da judicial; feita a terceiro, ou contida em testamento, será livremente apreciada pelo juiz. Parágrafo único. Todavia, quando feita verbalmente, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal”. Verifica-se que não houve a reprodução do que estava no *caput* da norma anterior, o que parece ter perdido sentido com o

Novo CPC. Todavia, a questão pende de estudo mais aprofundado pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente entre os processualistas.

Pode a confissão ser expressa ou tácita, sendo a última prevista no art. 341 da lei instrumental emergente, segundo a qual, "incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: I – não for admissível, a seu respeito, a confissão; II – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III – estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto". Trata-se de reprodução quase literal do art. 302 do CPC/1973, com modificações de palavras que não alteram o seu sentido.

Seguindo na exposição da categoria, deve-se entender que o termo *confissão*, constante do inciso I do art. 212 do Código Civil, abarca também o depoimento pessoal, com tratamento em separado na legislação processual (arts. 385 a 388 do CPC/2015; arts. 342 a 347 do CPC/1973). Nesse trilhar, na *III Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2004, foi aprovado o Enunciado n. 157, com a seguinte dicção: "o termo 'confissão' deve abarcar o conceito *lato* de depoimento pessoal, tendo em vista que este consiste em meio de prova de maior abrangência, plenamente admissível no ordenamento jurídico brasileiro".

Conforme o art. 385, *caput*, do CPC/2015, cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício. A possibilidade de determinação de ofício pelo juiz foi mantida, na linha do que constava do art. 342 do CPC/1973, o que vem em boa hora, especialmente nos casos envolvendo matérias de ordem pública, caso das nulidades absolutas dos atos e negócios jurídicos.

Ainda no que concerne à confissão, ela não tem qualquer eficácia se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados (art. 213 do CC/2002). Como regra então inovadora, o atual Código Civil passou a tratar especificamente da matéria. Houve introdução de comando semelhante no art. 392, § 1º, do CPC/2015, *in verbis:* "§ 1º A confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados".

Inicialmente, nota-se que não terá eficácia a confissão se declarada por pessoa que não poderia dispor sobre o direito relacionado com os fatos confessados. Concretizando o diploma, da jurisprudência trabalhista paulista, colaciona-se: "Ato jurídico voluntário e pessoal do confitente, a quem prejudicam os fatos revelados em benefício do seu adversário. Assim, só pode ser praticado pelo titular do direito controvertido, não cabendo aludir à confissão de terceiro em prejuízo da parte contrária. Inteligência dos arts. 213 do Código Civil e 348 do Código de Processo Civil" (TRT da 2ª Região, Recurso 0000156-50.2014.5.02.0055, Acórdão 2014/0833174, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. José

Ruffolo, *DJESP* 29.09.2014). Ainda a exemplificar, não é eficaz a confissão feita por absolutamente incapaz (art. 3º do CC/2002 – menores de 16 anos, enfermos e deficientes mentais sem discernimento para a prática dos atos da vida civil ou pessoas que mesmo por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir sua vontade).

O art. 213 do Código Civil deve ser interpretado de acordo com o que preconiza o *caput* do art. 392 do CPC/2015, no sentido de que não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis; reprodução literal do art. 351 do CPC/1973. Ilustrando, não valerá a confissão relacionada com os direitos da personalidade, pelo teor do art. 11 do CC/2002. Em reforço, pelo que está nesse último comando material, que mantém íntima relação com o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), não terá validade a confissão que acarrete renúncia a direitos inerentes à própria pessoa.

Seguindo, prevê o parágrafo único do art. 213 do CC/2002 que, se a confissão for feita por representante de determinada pessoa, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado. Eis outra norma que não estava tratada no antigo CPC e que passou a integrar o novo diploma (art. 392, § 2º, do CPC/2015). Os aludidos comandos, como se percebe, classificam a confissão como *ato não personalíssimo* ou *impessoal*, admitindo que seja feita por representante – caso de um mandatário –, tendo eficácia apenas nos limites da representação. Cumpre lembrar que, para a confissão, é necessário ter o representado (mandante) conferido poderes especiais ao representante (mandatário). A regra também vale para a representação legal, tratada especificamente pela atual codificação civil de 2002, entre os seus arts. 115 a 120.

Mais uma vez a título de exemplo, aplicando esse parágrafo único do art. 213 do Código Civil, em exemplo que serve para o Novo CPC, concluiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação de despejo por falta de pagamento, que "não se confere qualquer eficácia jurídica à confissão feita por representante sem poderes expressos para tanto ou que vier exceder aos poderes recebidos. Inteligência dos arts. 349, parágrafo único, do CPC, e 213, parágrafo único, do Código Civil" (TJSP, Apelação 0076744-32.2006.8.26.0000, Acórdão 5022181, Ipuã, Vigésima Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mello Pinto, j. 22.03.2011, *DJESP* 11.04.2011).

A confissão é reconhecida como ato irrevogável e irretratável, não sendo possível qualquer modalidade de arrependimento, conforme consta do art. 214 do Código Civil. Não havia previsão no mesmo sentido no antigo Código de Processo Civil. Porém, no Novo Código Processual foi introduzida a mesma premissa na primeira parte do seu art. 393. Dessa forma, o confitente – aquele que confessa – não pode tentar contradizer-se, hipótese típica de aplicação da regra *nemo potest venire contra factum proprium*, máxima que veda o comportamento contraditório, conceito usualmente relacionado à boa-fé objetiva. A este autor parece que os legisladores, civil e processual, não foram felizes ao utilizar o

termo *revogação*, que deve ser empregado para as hipóteses de extinção de negócios por quebra de confiança (promessa de recompensa, mandato, comodato), o que não é o caso. Melhor seria falar em *irretratabilidade*.

O mesmo art. 214 do CC/2002 admite que se anule a confissão se houver erro de fato ou coação. Surge, no presente ponto, questão de divergência, possivelmente sanada pelo Novo Código de Processo Civil.

Isso porque o art. 352 do CPC/1973 estabelecia também a anulabilidade da confissão por dolo. Este autor mudou o entendimento manifestado nas três primeiras edições da sua obra *Direito Civil. Volume 1*, por esta mesma casa editorial, guiado pelo parecer de Alexandre Freitas Câmara, no sentido de que "este dispositivo não revoga o art. 352 do CPC por não ser com ele incompatível, nem tratar da matéria de forma exauriente (já que não faz qualquer alusão ao dolo, o qual – evidentemente – é causa de anulação de atos jurídicos), e não haveria qualquer razoabilidade de se afirmar que, a partir da vigência do Código de 2002, não mais seria impossível invalidar a confissão obtida pelo induzimento do confitente em erro".[7]

De qualquer forma, a questão sempre foi polêmica. Entre os civilistas, alguns entendiam que a confissão não poderia ser anulada por dolo, justamente porque se deve fazer uma interpretação restritiva do art. 214 do CC/2002.[8] Em sentido próximo, outros doutrinadores sustentavam que a confissão não seria anulada por dolo, mantendo-se válida a declaração e gerando-se apenas o direito de indenização à vítima.[9]

Pois bem, o Novo CPC não faz mais menção ao dolo, o que tende a sepultar definitivamente a polêmica, adotando a mesma redação do art. 214 do Código Civil. Na dicção do *caput* do seu art. 393, "A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação".

Além disso, nota-se que a única hipótese de erro admitida para a anulação é o erro de fato; o que não engloba o erro de direito, relativamente ao conhecimento de uma informação jurídica. Vale lembrar que o erro de direito é causa de anulação dos atos e negócios jurídicos, nos termos do art. 139, inciso III, do Código Civil, regra que parece não alcançar a confissão.

Pelo mesmo art. 393 do CPC/2015, o único caminho para a anulação da confissão parece ser o da ação anulatória. Isso porque não houve reprodução dos incisos do art. 352 do CPC/1973, pelo qual a confissão, quando emanasse de erro, dolo ou coação, poderia ser revogada: *a)* por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita; e *b)* por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença da qual constituísse o único fundamento. Em evento de debate sobre as repercussões do Novo CPC para o Direito Civil, Daniel Amorim Assumpção Neves criticou essa alteração, pois, em muitos casos, não será mais possível rescindir uma sentença baseada em confissão eivada de vício. Desse modo, a parte que alega o problema na declaração pode *ganhar e não levar*, pois não conseguirá desfazer a decisão transitada em julgado.[10] O jurista tem razão e

o panorama para o futuro mostra não ser satisfatório.

Consoante o parágrafo único desse art. 393 do CPC/2015, a legitimidade para a ação anulatória da confissão é exclusiva do confitente – aquele que confessa – e pode ser transferida a seus herdeiros se ele falecer após a propositura da demanda. Essa legitimação, em regra personalíssima, estava no parágrafo único do art. 352 do CPC/1973, havendo apenas pequenas modificações de redação, sem mudanças no seu sentido.

Para o presente autor, além dos casos de anulabilidade, deve-se entender que cabe a nulidade absoluta da confissão nas hipóteses constantes dos arts. 166 e 167 do CC/2002. Isso porque a nulidade absoluta envolve ordem pública e normas imperativas. Uma hipótese a ser citada é a de simulação na confissão. No que se refere à confissão praticada sob coação física (*vis absoluta*), esta também gera a nulidade, situação que se enquadra no inciso III do art. 3º do Código Civil (*pessoa que, por causa transitória, não puder exprimir sua vontade*).

Segue-se o entendimento segundo o qual a ação declaratória de nulidade é imprescritível, por envolver ordem pública e diante do seu caráter declaratório (critério de Agnelo Amorim Filho). Além disso, pode ser suscitada a regra em que a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo (art. 169 do CC/2002).

Depois do tratamento da confissão, o Código Civil regulamenta a prova documental, que também demonstra um ato, fato ou negócio jurídico, com previsão entre seus arts. 215 a 226. De qualquer forma, têm razão os processualistas antes citados quando afirmam que o dispositivo tem mais relação com a forma do que com a prova do negócio. E, como se sabe, a forma do negócio está no plano de sua validade, nos termos do art. 104, inciso III, do Código Civil em vigor; enquanto a prova, no plano da eficácia.

Inicialmente, o Código Civil atual consagra no seu art. 215 que a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo *prova plena*. Esse dispositivo sempre recebeu críticas, principalmente entre os processualistas, por ainda conter menção segundo a qual a escritura pública faz *prova plena* dos atos e negócios jurídicos. Por certo, a expressão *prova plena* não vem sendo mais utilizada tanto no direito material quanto no processual, particularmente pela tendência de relativização de princípios e direitos.

Tanto isso é verdade que não há no Novo CPC qualquer utilização do termo destacado no último parágrafo. O novo art. 405 cuidou de repetir a ideia constante no art. 364 do CPC/1973, no sentido de que o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.

Em verdade, a menção ao valor e à força probante dos documentos, em cotejo com outras provas, revela resquícios do antigo sistema da *prova tarifada*, pelo qual o juiz ficava adstrito a valorar mais intensamente alguns meios de prova do que outros.[11] Como é notório, vige o *sistema da persuasão racional* ou *do livre convencimento motivado*, de sorte que não há mais tal vinculação por

parte do juiz, a quem compete sopesar os elementos probatórios conforme o seu entendimento fundamentado.

Nessa linha, na *III Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 158 do CJF/STJ, pelo qual: "A amplitude da noção de 'prova plena' (isto é, 'completa') importa presunção relativa acerca dos elementos indicados nos incisos do § 1º, devendo ser conjugada com o disposto no parágrafo único do art. 219". Concluindo, a referida *prova plena* não é tão *plena assim*, pois traz uma presunção relativa (*iuris tantum*), e não absoluta (*iure et de iure*), conforme entenderam os juristas que participaram daquela *Jornada de Direito Civil*, realizada no ano de 2004.

Compartilhando dessa forma de pensar, preciso aresto do Superior Tribunal de Justiça, publicado no seu *Informativo* n. *541*, segundo o qual, "a quitação dada em escritura pública gera presunção relativa do pagamento, admitindo prova em contrário que evidencie a invalidade do instrumento eivado de vício que o torne falso. Com efeito, nos termos do art. 215 do CC, a escritura lavrada em cartório tem fé pública, o que significa dizer que é documento dotado de presunção de veracidade. O que ocorre com a presunção legal do referido dispositivo é a desnecessidade de se provar os fatos contidos na escritura (à luz do que dispõe o art. 334, IV, do CPC) e também a inversão do ônus da prova, em desfavor de quem, eventualmente, suscite a sua invalidade. (...) Portanto, a quitação dada em escritura pública não é uma 'verdade indisputável', na medida em que admite a prova de que o pagamento não foi efetivamente realizado, evidenciando, ao fim, a invalidade do instrumento em si, porque eivado de vício que o torna falso. Assim, entende-se que a quitação dada em escritura pública presume o pagamento, até que se prove o contrário" (STJ, REsp. 1.438.432/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.04.2014).

A presunção relativa, em suma, refere-se aos elementos que devem fazer parte da escritura pública (art. 215, § 1º, do CC/2002), a saber: *a)* a data e o local de sua realização; *b)* o reconhecimento da identidade e da capacidade das partes e de todos que hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas; *c)* o nome, a nacionalidade, o estado civil, a profissão, o domicílio e a residência das partes e dos demais comparecentes, com a indicação, quando necessária, do regime de bens do casamento, do nome do outro cônjuge e da filiação; *d)* a manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes; *e)* a referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato; *f)* a declaração de que a escritura foi lida na presença das partes e dos demais comparecentes, ou de que todos a leram; e *g)* a assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato. Assim como o seu antecessor, o Novo Código de Processo Civil não traz os elementos desse ato público, devendo o dispositivo material ser considerado para todos os fins.

Pontue-se que a escritura pública será lavrada no Tabelionato de Notas, nos termos da organização e regulamentação específica prevista na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973). Mais recentemente, tendo em vista a celeridade dos

atos e a diminuição de burocracias, entrou em vigor em nosso País a Lei 11.441/2007, possibilitando que o divórcio e o inventário sejam celebrados, extrajudicialmente, por escritura pública. Os temas estão tratados nesta obra em capítulos específicos, pelas interações existentes com o Novo CPC.

De qualquer maneira, aprofunde-se que o oficial do cartório de notas deverá elaborar a escritura pública seguindo esses seus requisitos mínimos, previstos no art. 215, § 1º, incisos I a VII, do Código Civil em vigor. A falta de um dos requisitos acarretará a nulidade absoluta do ato, nos termos do art. 166, incisos IV e V, do CC, havendo desrespeito à forma ou à solenidade, o que comprova a tese de que a escritura está no plano da validade do negócio jurídico (segundo degrau da *Escada Ponteana*).

Vale mais uma vez consignar que a escritura pública pode ser lavrada em qualquer Tabelionato de Notas do território nacional, não se confundindo com o registro imobiliário, que deve ser realizado no Cartório de Registro de Imóveis do local de situação do imóvel. Também pertinente referir-se ao art. 108 da atual codificação material, pelo qual a escritura pública somente será necessária para a alienação de imóveis com valor superior a 30 salários mínimos. Para os demais casos, está dispensada a sua elaboração.

Particularmente quanto à matéria, o Código Civil de 2002 passou a exigir, para a elaboração da escritura pública pelo Tabelionato de Notas, a referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato (art. 215, § 1º, inciso V, do CC). Para tanto, podem ser citadas a quitação de impostos, como o IPTU, e a outorga conjugal exigida pelo art. 1.647 do CC/2002. O inciso em comento valoriza a ética, a boa-fé objetiva como baluartes da codificação substantiva, pelo fato de exigir o pagamento das dívidas fiscais.

Pelos incisos VI e VII do art. 215, § 1º, do CC/2002, a legislação civil continua exigindo a leitura da escritura pública pelo notário aos comparecentes, para que conheçam o seu teor, bem como a assinatura das partes e do próprio tabelião, mais uma vez sob pena de nulidade do ato praticado (art. 166, IV e V, do CC).

Determina o § 2º do art. 215 do CC/2002 que, se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo (a seu pedido). Por tal norma, a atual codificação privada admite que outra pessoa assine em nome do interessado, se este não souber escrever, sendo perfeitamente válida a escritura pública nessas situações.

A escritura será redigida na língua nacional, conforme ordem do § 3º do mesmo art. 215. Tendente à simplicidade ou à operabilidade dos atos, negócios e contratos, o Código Civil vigente continua exigindo que o notário elabore a escritura pública em língua portuguesa, também sob pena de nulidade da escritura. Recomenda-se, dentro do bom senso, que a linguagem do documento seja acessível às partes, evitando-se expressões superadas, ininteligíveis ou de difícil compreensão, inclusive expressas em latim. Uma escritura mal escrita, com graves defeitos de linguagem, também poderá ser declarada nula, nos

termos do art. 166, incisos IV e V, do CC, por desrespeito à forma ou à solenidade.

Igualmente, de acordo com a valorização da informação, em sintonia com a boa-fé objetiva, se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete (art. 215, § 4º, do CC). Pelo mesmo dispositivo, não havendo tradutor na localidade, será nomeada outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes, caso, por exemplo, de um professor de línguas local. Caso esses requisitos não sejam obedecidos, o Código Civil reconhece a nulidade do ato, continuando a proteger o princípio da informação e a confiança depositada entre as partes.

Por outro lado, se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade (art. 215, § 5º, do CC). Deve-se entender que esse parágrafo apresenta as regras a serem aplicadas para o ato em ordem inversa. Assim sendo, o tabelião, inicialmente, deve buscar a identificação do celebrante por documento hábil e lícito acompanhado por foto, como cédula de identidade ou outro que o substitua. Não sendo possível, caberá a identificação pessoal com base na confiança. No caso de impossibilidade destas, a identidade do comparecente deverá ser provada por duas testemunhas, que conheçam e atestem quem é a pessoa a celebrar o ato ou negócio.

Todas essas regras continuam em vigor com o Novo CPC, que apenas cuidou de repetir o que estava nos arts. 366 e 367 do CPC/1973. Nesse contexto, quando a lei exigir instrumento público como algo da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta (art. 406 do CPC/2015). Além disso, o documento feito por oficial público incompetente ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular (art. 407 do CPC/2015).

Superada a análise do art. 215 do CC/2002, enuncia o seu art. 216 que farão a mesma prova que os originais as certidões textuais de qualquer peça judicial, do protocolo das audiências, ou de qualquer outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele, ou sob a sua vigilância, e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão consertados. Pelo que consta do dispositivo, o Código Civil de 2002 continua reconhecendo a fé pública e a força probante das certidões textuais com inteiro teor (*verbo ad verbum*) de peça judicial, protocolo de audiências ou livro a cargo de escrivão. Nesse sentido, vale transcrever os conceitos correlatos, apontados por Maria Helena Diniz:

"Certidão. A certidão textual, seja 'verbo *ad verbum*' (inteiro teor), seja em breve relatório, é a reprodução do conteúdo de ato escrito, registrado em autos ou em livro, feita por pessoa investida de fé pública.
Traslado. O traslado de autos é a cópia fiel, passada pelo próprio escrivão ou por outro concertada, de documentos constantes do arquivo judiciário. O concerto, portanto, nada mais é do que o ato de conferir a cópia com o original".[12]

Conforme a parte final do art. 216 do Código Civil, observa-se que o documento deve ser extraído pelo próprio escrivão ou por terceiro, sob sua vigilância, devendo ser subscrito pelo primeiro. De acordo com o mesmo preceito, as cópias trasladadas dos autos somente terão validade quando concertadas por outro escrivão. A expressão *concerto*, grafada com *c*, significa conferir o documento com o correspondente original. Por um equívoco, constou do texto final do dispositivo a palavra *conserto*, com *s*, ao contrário do correto texto do Código Civil de 1916. Dessa forma, pelo erro de grafia, deve ser entendido *concerto*, com *c*, conforme aponta a própria Professora Maria Helena Diniz, na obra por último transcrita.[13]

Partindo para a legislação processual, com sentido próximo, pelo menos parcialmente, é imperioso expor os seguintes diplomas, para a devida confrontação:

Novo Código de Processo Civil	**Có Proc** *A*
“Art. 425. Fazem a mesma prova que os originais:	“Art. a mes que os origin

I – as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências ou de outro livro a cargo do escrivão ou do chefe de secretaria, se extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas;

I – as
textua
qualq
dos au
protoc
audiên
de out
cargo
escriv
extraí
ou sob
vigilâ
ele su

II – os traslados e as certidões extraídas por oficial público de instrumentos ou documentos lançados em suas notas;

III – as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em

cartório com os respectivos originais;	cartór respec origin
IV – as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal, se não	IV – a reprog peças proces judici declar autênt próprí advog sua respor pesso lhes fo

lhes for impugnada a autenticidade;

impug
autent
(inclu
Lei 11
2006)

V – os extratos digitais de bancos de dados públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações

V – os
digita
banco
públic
privad
que at
pelo s
emiten
penas
as inf
confer

conferem com o que consta na origem;

VI – as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos

que co
origer
pela L
de 20

VI – a
reproc
digita
qualq
docun
públic
partic
quand
aos au
órgãos
e seus
pelo M

órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração.

Públic
auxili
procu
pelas
públic
geral
advog
públic
privac
ressal
alegaç
motiv
fundar
adulte
antes
o proc
digita
(inclu

	Lei 11 2006)
§ 1º Os originais dos documentos digitalizados mencionados no inciso VI deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para propositura de	§ 1º C dos do digital menci inciso *caput* artigo ser pr pelo s até o f prazo interp ação r

ação rescisória.

(inclu
Lei 11
2006)

§ 2º Tratando-se de cópia digital de título executivo extrajudicial ou de documento relevante à instrução do processo, o juiz poderá determinar seu

§ 2º T
de cóp
de títu
execu
extraj
outro
releva
instru
proces
poder
deterr
depós
cartór

depósito em cartório ou secretaria”.

secret (inclu Lei 11 2006)

Como se nota, as normas processuais têm sentido bem mais amplo quanto à força probante de documentos copiados, sejam públicos ou particulares. Constata-se, ainda, que o Novo CPC acabou por reproduzir o que já estava no antigo *Codex*, com as reformas que foram realizadas nos últimos anos. A sua única novidade parece ser o reconhecimento da força probante de documentos emitidos pela Defensoria Pública, equiparada ao Ministério Público e às Procuradorias pelo inciso VI do novo art. 425 do CPC/2015.

Nos exatos termos do que consta do inciso II das duas normas confrontadas, prevê o Código Civil que as certidões e os traslados extraídos por tabelião ou oficial de registro terão a mesma força probante de instrumentos ou documentos lançados em suas notas (art. 217 do CC/2002). Em outras palavras, continuam tendo força probante, dotados de fé pública, os documentos trasladados e as certidões, extraídos por tabelião de cartório de notas ou oficial deste. Em suma, pelo que se retira dos dispositivos visualizados, pode-se afirmar que todos os documentos referidos têm a mesma força probante que a escritura pública e o seu correspondente traslado.

Prevê o art. 218 do CC/2002, ainda tratando da prova documental, que os traslados e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais tiverem sido produzidos em juízo como prova de algum ato. Esse comando equivalia parcialmente ao art. 364 do CPC/1973, pelo qual, “o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”. O art. 405 do CPC/2015 ampliou ainda mais o sentido do preceito anterior, enunciando que “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença”. A inovação é a menção ao chefe da secretaria e a substituição da palavra *funcionário* por *servidor*.

Ainda sobre a prova documental, as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários, segundo o art. 219 do CC/2002. Como não poderia ser diferente, continua a toda prova o sistema pelo qual os documentos assinados, públicos ou particulares, têm eficácia entre as

partes que lançaram neles suas assinaturas. Isso porque esse comando material equivalia ao art. 368, *caput*, do CPC/1973, que tinha a seguinte redação: "As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário". Houve repetição integral pelo art. 408 do CPC/2015, sem modificações. Nos dois dispositivos – material e processual –, a presunção é relativa (*iuris tantum*), admitindo prova em contrário, objetivando a certeza e a segurança jurídica.

A ilustrar todas essas deduções, da jurisprudência trabalhista, cabe transcrever: "Os cartões de ponto provam a duração da jornada (§ 2º, art. 74, CLT), pela presunção relativa de veracidade da prova documental, prevista nos arts. 219 do Código Civil e 368 do CPC. Como o empregado não provou a falsidade dessa prova documental, nem demonstrou, ainda que por amostragem ou simples indicação, a existência de diferenças de horas extras não pagas, ônus que lhe cabia, nos termos dos arts. 818, CLT, e inciso I, art. 333, CPC, prevalece a quitação exarada nos recibos de salários" (TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário 0000572-11.2013.5.03.0092, Rel. Des. Jales Valadão Cardoso, *DJEMG* 05.12.2014, p. 87).

O parágrafo único do art. 219 do CC/2002 determina que, "não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las". Como antes exposto, essa regra deve ser aplicada à escritura pública, completando o art. 215 do atual Código Civil, conforme o Enunciado n. 158, aprovado na *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Mas não é só, uma vez que o artigo traz alguns conceitos interessantes. As *disposições principais* – também conceituadas como *dispositivas* – são aquelas que mantêm relação direta com os elementos essenciais do ato – partes, objeto, vontade e forma, estando nos planos da existência e da validade do negócio jurídico. Por seu turno, as *declarações enunciativas*, regra geral, não mantêm relação imediata com as regras principais do ato ou negócio, muito menos com a legitimidade das partes. Como exemplos de disposições enunciativas, podem ser citadas aquelas relacionadas com a qualificação dos negociantes, não sendo esta essencial ao ato. Mesmo assim, cabe ao declarante o ônus de provar a veracidade da sua declaração. Pontue-se que essa distinção consta do parágrafo único do novo art. 408 do CPC/2015, que repetiu o complemento do art. 368 do CPC/1973 com a seguinte expressão: "Quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade".

Segundo o art. 220 do Código Civil em vigor, "a anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento". Em determinadas situações, a lei exige anuência ou autorização de terceiro para a prática de alguns atos, caso da necessidade de *outorga conjugal*, prevista no art. 1.647 do CC/2002, a englobar a *outorga uxória* – da mulher – e a *outorga marital* – do marido.

Exemplificando de outra forma, ainda envolvendo hipótese de legitimação, cite-se a venda de ascendente a descendente, que depende de autorização dos outros descendentes e do cônjuge do alienante, exceção feita ao regime da separação obrigatória, de acordo com o art. 496 do CC/2002.

Nas duas situações descritas, consoante determina o art. 220 do CC/2002, para a venda de imóvel mediante escritura pública, a outorga conjugal ou dos filhos também deverá assumir a mesma forma, fazendo prova do negócio jurídico. O Novo CPC não traz preceito semelhante, assim como o seu antecessor, continuando a ter plena subsunção a regra material comentada.

Seguindo, na dicção do art. 221 do Código Civil, o instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Porém, conforme o mesmo comando, os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Em relação a tal dispositivo material, debateu-se logo após a emergência da codificação material de 2002 se ele revogou ou não a então norma do art. 585, inciso II, do CPC/1973, que estabelecia ser título executivo extrajudicial o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas. O debate pode persistir, pois o comando processual anterior foi rigorosamente repetido pelo art. 784, inciso III, do CPC/2015.

Como o art. 221 da atual codificação material usa o termo *documento somente assinado*, estaria afastada a necessidade de assinatura de duas testemunhas para os negócios jurídicos, visando à ação executiva? Sempre respondeu positivamente o jurista e magistrado paulista Antonio Jeová Santos, nos seguintes termos:

"O art. 221 do CC/2002 revogou, de forma tácita, o art. 585, II, do CPC, na parte que exige duas testemunhas para que o documento seja considerado título executivo, porque 'lex porterior derrogat priorem' ou no vernáculo: 'lei posterior revoga a anterior'. Aos contratos celebrados na vigência do atual Código, não mais será necessária a presença de testemunhas para a existência do título executivo. Ao deixar de ter este requisito para a validade de contrato, não pode a regra processual subsistir, mantendo a exigência para que o contrato seja tido como título executivo extrajudicial.
Contratos firmados depois da vigência do Código Civil de 2002 que não tenham testemunhas, quando descumpridos e se tiverem os demais requisitos para a execução, como a liquidez, certeza e exigibilidade, servirão como título executivo, abstraída a parte do art. 585, II, do CPC que mantinha a obrigatoriedade de que no documento constasse a assinatura de duas testemunhas, para que a parte pudesse lançar mão do processo de execução".[14]

Com o devido respeito, o presente autor nunca se filiou a esse entendimento, desde a publicação da primeira edição do Volume 1 da sua coleção de *Direito Civil*, no ano de 2004. Ao contrário do posicionamento de Antonio Jeová Santos,

entendemos que, no caso descrito, não haveria uma antinomia de primeiro grau aparente, devendo a norma posterior (o Código Civil de 2002) prevalecer sobre a norma anterior (o Código de Processo Civil de 1973), gerando a revogação do seu art. 585, II. Se assim fosse, a questão igualmente estaria solucionada com a emergência do Novo CPC, que é posterior.

Na realidade, a nossa posição sempre foi no sentido de que o art. 221 do CC/2002 constitui uma *norma geral posterior*, se comparada com o art. 585, II, do CPC/1973, *norma especial anterior*. A primeira constitui norma geral porque não trata especificamente do processo de execução, mas da prova do negócio jurídico de maneira genérica. Aliás, esse é o posicionamento sempre defendido em relação a todo o tratamento previsto no Código Civil quanto à prova do negócio jurídico, conforme se depreende da leitura do presente capítulo, desde o seu início.

Por outra via, o art. 585, II, do CPC/1973 constituía norma especial anterior. Especial porque tratava do processo de execução, como norma processual específica. Anterior porque realmente o Código de Processo Civil antigo entrou em vigor antes do Código Civil de 2002.

Sendo assim, havia, no caso em questão, uma antinomia, conflito de normas entre os dois dispositivos. No entanto, tratava-se de uma *antinomia aparente*, uma vez que sempre houve *metacritério* para solução desse conflito, devendo prevalecer a especialidade do Código de Processo Civil. A antinomia era, ainda, uma colisão de *segundo grau*, envolvendo, além desse critério, o cronológico.

Como é notório, o critério da especialidade deverá prevalecer sobre o critério cronológico, eis que consta da Constituição Federal, na segunda parte do princípio constitucional da isonomia, consagrado pelo art. 5º, *caput*, da Lei Maior (*a lei deve tratar de maneira desigual os desiguais*).[15] Essa é a razão relevante para que continuasse a ser aplicada a regra processual, estabelecida no art. 585, II, do CPC.

Por isso, este autor continuava a entender pela necessidade da assinatura de duas testemunhas, para que determinado negócio jurídico ou contrato fosse considerado título executivo extrajudicial. Anote-se que o debate e a conclusão da nossa obra *Direito Civil. Volume 1* constam de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo. Vejamos duas dessas ementas:

"Execução de título extrajudicial. Contrato de compra e venda de fundo de comércio. Ausência de assinatura de duas testemunhas. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Sentença mantida. Recurso não provido. 1. Ação executiva fundada em contrato particular de compra e venda de fundo de comércio, sem assinatura de duas testemunhas. Impossibilidade. 2. Documento que não constitui título executivo extrajudicial. Art. 585, II, CPC. 3. Antinomia com o art. 221, do Código Civil em vigor. Inocorrência. Norma civilista genérica e que diz respeito à prova do negócio jurídico. 4. Prevalência da regra específica do Código de Processo Civil, a qual contém os requisitos para que o negócio

jurídico válido e eficaz constitua título executivo. Precedentes. 5. Sentença de extinção do feito, sem julgamento de mérito, mantida. 6. Apelação da autora não provida" (TJSP, Apelação 0034458-20.2011.8.26.0564, São Bernardo do Campo, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 06.09.2012).

"Contrato. Instrumento particular de confissão de dívida. Assinatura por duas testemunhas. Imprescindibilidade para conferir executividade ao documento. Hipótese em que testemunhas, advogados, vieram a propor ação de execução do contrato que subscreveram, representando a credora. Impedimento legal (art. 405, § 2º, III, do CPC). Presunção absoluta de interesse. Título destituído de eficácia executiva. Extinção da execução sem resolução do mérito. Embargos do devedor procedentes. Apelação provida para esse fim" (TJSP, Apelação 991.07.085930-1, Acórdão 4657409, Mogi Guaçu, Décima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 27.07.2010, *DJESP* 31.08.2010).

Cabe ressaltar que outros julgados da mesma Corte Paulista vinham seguindo a mesma premissa, que acabava prevalecendo no Tribunal Bandeirante, na linha do primeiro aresto transcrito. De toda sorte, como o Novo CPC repetiu a exigência das duas testemunhas, a tese anterior e minoritária parece ter perdido totalmente a sua força.

Voltando ao âmago do capítulo da prova do negócio jurídico no Código Civil, interessante relembrar que o instrumento particular não tem a suposta força probante absoluta, como o escrito público. Eventualmente, aquilo que consta do instrumento particular pode ser provado por outras formas, como por meio de testemunhas (art. 221, parágrafo único, do CC). É notório, por regra, que o instrumento particular gera efeitos entre as partes negociantes (*inter partes*). Para valer perante terceiros, deverá ser registrada no Cartório de Títulos e Documentos, situação em que passa a ter eficácia *erga omnes*, nos termos do próprio art. 221 do CC/2002.

O art. 222 da codificação material trata do telegrama, prevendo que, quando lhe for contestada a autenticidade, faz prova mediante conferência com o original assinado. Mesmo não havendo regra semelhante no Código de 1916, compreendia-se que o comando em questão era novidade parcial, uma vez que constavam normas sobre o telegrama no Código de Processo Civil de 1973 (arts. 374 e 375). O Código de Processo Civil de 2015 reproduziu literalmente esse tratamento anterior, mantendo o *diálogo* em relação ao Código Civil de 2002. Segundo o seu art. 413, *caput*, o telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão tem a mesma força probatória do documento particular, se o original constante da estação expedidora tiver sido assinado pelo remetente. Em complemento, nos termos do seu parágrafo, a firma do remetente poderá ser reconhecida pelo tabelião, declarando-se essa circunstância no original depositado na estação expedidora. Além disso, conforme o art. 414 do *Novo Codex*, o telegrama ou o radiograma presume-se relativamente de acordo com o original, provando as datas de sua expedição e do recebimento pelo destinatário.

Como destacávamos em nossa obra que analisa a Parte Geral do Código

Civil, a então inovação desse art. 222 nasceu desatualizada, pela falta de menção ao fax e à mensagem enviada por correio eletrônico (*e-mail*), via *internet*. Contudo, mesmo diante da falta de previsão legal, o art. 222 da atual codificação material também poderia ser aplicado a esses documentos, os quais têm força probante se não houver qualquer ilicitude.

Relativamente ao correio eletrônico, é interessante observar que a conclusão semelhante chegou a Comissão de Obrigações e Contratos da *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, pelo teor do seu Enunciado n. 18: "Art. 319: a 'quitação regular' referida no art. 319 do novo Código Civil engloba a quitação dada por meios eletrônicos ou por quaisquer formas de 'comunicação à distância', assim entendida aquela que permite ajustar negócios jurídicos e praticar atos jurídicos sem a presença corpórea simultânea das partes ou de seus representantes". O art. 319 do CC/2002 trata da prova do pagamento, dada pela quitação. Como reforço à questão da prova eletrônica, podem ser mais uma vez mencionados os Enunciados n. 297 e 298 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*. O Novo CPC, como exposto anteriormente, trata expressamente da prova construída na rede mundial de computadores, especialmente em seu art. 422, § 1º.

Segundo o art. 223 do CC/2002, a cópia fotográfica de documento, conferida por tabelião de notas, valerá como prova de declaração da vontade, mas, impugnada sua autenticidade, deverá ser exibido o original. Apesar da falta de menção de tratamento quanto à cópia fotográfica ou reprográfica (popular *xerox*), havia regra correspondente no art. 385 do CPC/1973, pelo qual, "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. § 1º Quando se tratar de fotografia, esta terá de ser acompanhada do respectivo negativo. § 2º Se a prova for uma fotografia publicada em jornal, exigir-se-ão o original e o negativo".

O *caput* do diploma revogado foi repetido integralmente pelo art. 423 do CPC/2015, sem os seus parágrafos, o que merece elogios. Primeiro, porque as exigências do negativo e do original da fotografia eram formalidades excessivas, muito exageradas. Segundo, pela prevalência fática atual de fotografias digitais, sem a existência de negativos.

O art. 223 do Código Civil ainda tinha correspondência parcial com o art. 384 do Código de Processo Civil anterior, relacionado ao art. 423 do Novo CPC. Estabelecem ambos os comandos processuais que as reproduções dos documentos particulares, fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, valem como certidões, sempre que o escrivão ou o chefe de secretaria certificar sua conformidade com o original.

Pelo que consta de todos esses dispositivos, a conferência pelo tabelião estabelece apenas a presunção relativa (*iuris tantum*) de autenticidade do documento. Na hipótese de impugnação de sua autenticidade, torna-se imprescindível a apresentação do original, visando à certeza, à segurança

jurídica e à verdade real.

Contudo, em alguns casos, para o exercício de um determinado direito, a lei exige a exibição do documento original ou do título de crédito (duplicata, cheque etc.). Nessas situações, a prova produzida não dispensará a apresentação do documento correspondente, mais uma vez em prol da certeza e da segurança jurídica (art. 223, parágrafo único, do CC/2002).

Valorizando a informação, enuncia o art. 224 da codificação material privada que os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português, para dar a eles os mesmos efeitos legais em nosso País. Dessa forma, o atual Código Civil continua exigindo que o negócio jurídico seja celebrado em nossa língua vernácula. Para os documentos estrangeiros, é exigida a tradução por especialista juramentado e autorizado juridicamente, visando à validade e à eficácia do ato em nosso País. Não há dúvidas de que continua em vigor o art. 148 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), *in verbis*: "os títulos, documentos e papéis escritos em língua estrangeira, uma vez adotados os caracteres comuns, poderão ser registrados no original, para o efeito da sua conservação ou perpetuidade. Para produzirem efeitos legais no País e para valerem contra terceiros, deverão, entretanto, ser vertidos em vernáculo e registrada a tradução, o que, também, se observará em relação às procurações lavradas em língua estrangeira".

Outrossim, continuava merecendo aplicação o art. 157 do CPC/1973, pelo qual, "só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado". O Novo CPC traz a mesma previsão no seu art. 192, de maneira aperfeiçoada, ao enunciar que, "em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa. Parágrafo único. O documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado". Como se percebe, passou-se a admitir a versão elaborada por autoridade diplomática ou afim. Não se pode afastar a relação entre esses dispositivos e o art. 13 da Constituição Federal de 1988, que compara a língua portuguesa aos demais símbolos da República Federativa do Brasil (a bandeira, o hino nacional, as armas e os selos nacionais).

O Projeto de Lei 699/2011, antigo Projeto Ricardo Fiuza (PL n. 6.960/2002), ainda pretende alterar o art. 224 do CC/2002, que passaria a ter a seguinte redação: "Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o vernáculo e registrados em Títulos e Documentos para terem efeitos legais no país". Como se vê, a projeção exige expressamente o registro no Cartório de Títulos e Documentos.

Não há como concordar com a proposta de alteração, o que dificultaria o trabalho dos interessados, estando afastada a pretensão de mudança do princípio da simplicidade ou operabilidade, um dos baluartes da codificação material. A

emergência do Novo CPC confirma essa constatação, pois pretende agilizar os procedimentos e reduzir a burocracia. É pertinente deixar claro que a proposta foi inicialmente vetada pelo Deputado Vicente Arruda, nomeado na Comissão de Redação, Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados para apreciar a questão, pelas seguintes razões:

"Não nos parece procedente a pretendida alteração. Em primeiro lugar, o próprio Autor da proposição lembra que, nos termos do art. 13 da Carta Magna, a língua portuguesa é a língua oficial do País; em segundo lugar, o dispositivo do Código em questão trata da validade e da eficácia do documento estrangeiro no Brasil, pois acha-se inserido no capítulo relativo à prova do fato jurídico, e não da sua validade contra terceiros, a qual requer, aí sim, o competente registro, havendo de vigorar, lado a lado, portanto, essa disposição do novo Código com a regra insculpida na Lei dos Registros Públicos. Pela rejeição".

Nos termos do art. 225 do Código Civil, as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem *prova plena* destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão. Mais uma vez, deve-se criticar o uso da expressão destacada, conforme antes exposto.

Esse comando legal, novidade na codificação civil, equivalia ao art. 383 do CPC/1973, segundo o qual, "qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial". O diploma civil aprimorava a regra processual anterior, estabelecendo que a força probante das reproduções não depende de autenticação por tabelião, desde que a parte contra quem forem exibidas não lhes impugnar a exatidão. Pela Lei Processual Civil anterior, exigia-se que a parte contrária admitisse a autenticidade das reproduções; já pelo Código Civil, essa autenticidade é presumida sempre que a parte contrária não impugnar tais documentos. Trata-se, mais uma vez, de presunção relativa, ou *iuris tantum*, sendo interessante sempre a perícia quando houver dúvidas, na linha do que estava no parágrafo único do art. 383 da codificação processual civil.

O último dispositivo foi ampliado pelo novo art. 422 do CPC/2015, aqui antes transcrito, que aprimora o tratamento, cuidando agora dos documentos eletrônicos obtidos na internet. Para abrandar mais ainda o texto, o novel preceito utiliza o termo *tem aptidão para fazer prova dos fatos* em vez de *faz prova dos fatos*. A possibilidade de impugnação do documento passa a compor cabeça da norma, e não mais o seu parágrafo único. Deve-se entender, em *diálogo* com o Código Civil, que a autenticidade dos documentos é presumida relativamente, sempre quando não houver impugnação de alguém.

O § 1º do art. 422 do Novo CPC, como visto, trata das fotografias digitais e das extraídas da rede mundial de computadores, fazendo prova das imagens que

reproduzem. Em situações de sua impugnação, deverá ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia, para os devidos fins probatórios. Seguindo, conforme o § 2º do novo art. 422 do CPC/2015, se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, se for impugnada a sua veracidade pela outra parte. Por fim, todas essas regras são aplicadas à forma impressa de mensagem eletrônica, conhecida popularmente como *e-mail* (art. 422, § 3º, do CPC/2015).

Encerrando o tratamento quanto à prova documental, determina o art. 226 do Código Civil que os livros e fichas dos empresários e sociedades fazem prova contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios. Como novidade, o Código Civil incorporou dispositivos anteriormente presentes no Código de Processo Civil de 1973, particularmente nos seus arts. 378 a 382. Esses comandos equivalem, com algumas alterações de redação – especialmente pelo uso do termo *empresarial*, em substituição a *comercial*, com variantes –, aos arts. 417 a 421 do CPC/2015. Vejamos, em mais uma tabela comparativa:

Novo Código de Processo Civil	**Códig Process Ante**
"Art. 417. Os livros empresariais provam contra	"Art. 37 livros comercia

seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos".

provam o seu aut lícito ao comercia todavia, demonst por todo meios permitid direito, lançame não corresp à verdad fatos".

“Art. 418. Os livros empresariais que preencham os requisitos exigidos por lei provam a favor de seu autor no litígio entre empresários”.	“Art. 37 livros comercia que pree os requis exigidos lei, prov também do seu a litígio er comercia
“Art. 419. A escrituração contábil é indivisível, e,	“Art. 38 escritura contábil

se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto, como unidade”.

indivisív dos fatos resultam lançame uns são favoráve interesse seu autor outros lh contrário ambos se consider em conju como unidade’

“Art. 420. O juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a exibição integral dos livros empresariais e dos documentos do arquivo:	“Art. 38 juiz pode ordenar, requerim da parte, exibição integral livros comercia dos documer arquivo:
I – na liquidação de sociedade;	I – na liquidaç sociedad

II – na sucessão por morte de sócio;	II – na sucessãc morte de sócio;
III – quando e como determinar a lei.	III – qua como determin lei.
“Art. 421. O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a	“Art. 38 juiz pode ofício, o à parte a exibição

exibição parcial dos livros e dos documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas".

parcial d
livros e
documer
extraind
deles a s
que inter
ao litígi
como
reproduç
autentica

Como é notório, a ideia de *comerciante* foi substituída pela de *empresário*, especialmente pela revogação do Código Comercial de 1850 pelo Código Civil de 2002, que incorporou a matéria nele tratada no seu livro sobre o Direito Empresarial, unificando parcialmente o Direito das Obrigações.

Resumindo as regras previstas na lei processual anterior e emergente, constantes da tabela, e confrontando-as com o que está na codificação privada, pode-se afirmar que os livros e as fichas dos empresários provam contra as pessoas a eles relacionadas. Eventualmente, não havendo vícios confirmados, a interpretação poderá ser favorável a essas pessoas, empresários, sócios e administradores.

Continua ainda vigente a regra pela qual a *escrituração é indivisível*. Sendo alguns fatos resultantes dos lançamentos favoráveis aos interesses de seu autor e outros desfavoráveis, ambos devem ser considerados em conjunto, situação em que o aplicador do Direito apreciará com equidade e razoabilidade. Em situações que envolvam o interesse público e social, o juiz poderá ordenar, *ex officio*, a

exibição parcial dos livros e documentos, extraindo deles o que interessar ao litígio.

O art. 226 do Código Civil reproduz, ainda, regra contida no Código Comercial de 1850, ora revogada, segundo a qual os registros lançados nos livros empresariais fazem prova contra os empresários (art. 23). Por estar adaptada à teoria da empresa e à consolidação parcial do Direito Privado, a codificação material em vigor utiliza o termo *empresários* em vez de *comerciantes*, na linha do que foi exposto acima.

Por fim, a força probante dos livros e das fichas empresariais não é absoluta, sucumbindo diante das hipóteses em que a lei exige escritura pública ou documento particular para a prova do fato, ato ou negócio jurídico (art. 226, parágrafo único, do CC/2002). Como exemplo do último caso – exigência de escrito particular –, pode-se citar a regra do art. 288 do Código Civil de 2002, pela qual a cessão de crédito somente será eficaz em relação a terceiros se forem observados os requisitos mínimos para o mandato (art. 654, § 1º, do CC): *a)* a indicação do lugar onde foi passado; *b)* a qualificação do cedente e do cessionário;*c)* a data da outorga; e *d)* o objetivo da cessão, com a designação e a extensão dos poderes e direitos transmitidos.

Em todas as hipóteses, ainda pelo parágrafo único do art. 226 do Código Civil, a prova pode ser afastada (elidida) pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos, via perícia técnica. Mais uma vez, o Código Civil privilegia a busca da certeza, da segurança e da verdade real.

Logo em seguida, o Código Civil em vigor trata das testemunhas, que são as pessoas chamadas a depor sobre fatos, visando a atestar a veracidade de ato ou negócio jurídico. As testemunhas convocadas a depor em juízo são denominadas *testemunhas judiciárias*. Fora dele, são chamadas de *testemunhas instrumentárias* as que se pronunciam sobre determinado documento.

Iniciando o tratamento quanto à prova testemunhal, previa o art. 227, *caput*, do CC/2002 que: "Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados". Cuidava o dispositivo, especificamente, da *testemunha instrumentária*. Esse comando material, na realidade, repetia a regra do art. 401 do CPC/1973, segundo o qual, "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". Acertadamente, com alcance mais genérico, a codificação civil utilizava a expressão *negócios jurídicos* em vez de *contratos*, o que veio em boa hora. De acordo com o princípio da operabilidade, no sentido de efetividade ou concretude, o valor estava expresso em salários mínimos, afastando a possibilidade de a inflação ou a desvalorização declinar a aplicação da regra, como ocorreu com o art. 141 do CC/1916, seu correspondente, que previa o valor de *dez mil cruzeiros*.

O Novo Código de Processo Civil revoga expressamente esse art. 227, *caput*,

do Código Civil, conforme consta do seu art. 1.072. Além disso, não reproduziu o que estava no art. 401 do Código de Processo Civil anterior. Em tom ampliado, o novo art. 442 do CPC/2015 determina que a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso.

Nesse contexto, a prova testemunhal passa a ser utilizada como meio de prova de negócios jurídicos de qualquer valor. Parece não ter sentido a permanência, pois não houve revogação expressa, do parágrafo único do art. 227 do Código Civil, com a seguinte redação: "qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito". Ora, a prova testemunhal não será prova subsidiária, mas sempre meio principal e em todas as situações concretas, não importando mais o valor do negócio jurídico correspondente.[16]

De qualquer modo, a revogação do *caput* do art. 227 do CC/2002 vem em boa hora, na linha de redução de burocracia e de busca da verdade real. Ademais, faz desaparecer uma expressão de prova tarifada, pela exigência de requisitos para a prova testemunhal. Todavia, pode surgir polêmica se uma lei processual tem o condão de revogar norma material. Possivelmente, esse debate existirá nos próximos anos, entre civilistas e processualistas.

O art. 228 do CC/2002 veda como testemunhas: *a)* os menores de 16 anos (inciso I); *b)* aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil (inciso II); *c)* os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam (inciso III); *d)* o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes (inciso IV); e *e)* os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade (inciso V).

O Código Civil de 2002 repetiu regra anteriormente prevista no art. 142 do CC/1916, dispondo que "não podem ser admitidos como testemunhas" em sentido genérico, ao contrário do art. 405 do CPC/1973, que apresentava a divisão entre *incapazes*, *impedidos* e *suspeitos* para atuarem como testemunhas. Fez o mesmo o art. 447 do CPC/2015. Vejamos a comparação dos dois comandos:

Novo Código de Processo Civil

Pr

“Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.	“Art depo teste as p as ir impe susp dada 5.92 01.1
§ 1º São incapazes:	§ 1º (red pela

01.1

I – o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

I – c
dem
dada
5.92
01.1

II – o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram

II –
acor
enfe
debi
ao te
ocor
fatos
disc

os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;	ao te deve está trans perc (red pela 01.1
III – o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos;	III – 16 (anos pela 01.1

IV – o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.	IV – surd ciên depe sent falta pela 01.1
§ 2º São impedidos:	§ 2º impe (red pela 01.1
	I – c

I – o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o 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

com
e o
em
ou
terc
algu
por
cons
ou a
salv
inte
ou, t
caus
esta
não
de o
prov
repu

prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

ao ju
méri
dada
5.92
01.1

II – o que é parte na causa;

II –
na c
pela
01.1

III – o que intervém em nome de uma parte,

III –
inter
de u
com
caus

como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

repr
da p
o jui
e ou
assi
tenh
as p
pela
01.1

§ 3º São suspeitos:

§ 3º
(red
pela
01.1

I – c
por
teste
have
em j
sent
dada
5.92
01.1

II –
seus
for c
(red
pela
01.1

I – o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;II – o que tiver interesse no litígio.	III – capi ou o íntir dada 5.92 01.1 IV – inter (red pela 01.1
§ 4º Sendo necessário, pode o	§ 4º estri

juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer”.

nece
ouvi
impe
susp
seus
serã
inde
de c
(art.
lhes
valo
mere
dada
5.92
01.1

A interpretação que esse autor seguia – e continua defendendo – é a mesma antes exposta, ou seja, em momentos de dúvida, buscam-se as expressões detalhadas que constam da lei processual, que têm caráter especial. Quanto às testemunhas impedidas e suspeitas, terá plena subsunção as regras dos §§ 4º e 5º do novo diploma, sem qualquer *contaminação* pela lei civil.

Desse modo, sendo necessário – e não mais estritamente necessário –, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas. Entretanto, os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer. Pensamos que continuará a existir a figura dos *informantes do juízo*, cujas oitivas são importantes para formar o convencimento do magistrado no que concerne à lide.

Partindo para a análise pontual dos incisos do art. 228 do Código Civil, inicialmente, os menores de 16 anos, menores impúberes e absolutamente incapazes (art. 3º, III, do CC), não podem ser ouvidos como testemunhas. No CPC anterior, eram considerados como incapazes para a prova (art. 405, § 1º, inciso III), o que foi reproduzido pelo Novo CPC (art. 447, § 1º, inciso III). Para o presente autor, em casos tais, não merecerá subsunção a exceção referente à oitiva como informante. Os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, apesar de menores púberes, podem ser ouvidos, desde que demonstrem discernimento para tanto; premissa que deve ser tida como mantida com a emergência da novel legislação instrumental.

Para a adaptação do que consta do art. 3º, inciso II, do Código Civil, não são admitidas como testemunhas as pessoas que, por enfermidade mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos e negócios da vida civil (art. 228, inciso II, do CC/2002). Deve-se compreender que a expressão *enfermidade mental* equivale à antiga *loucos de todo o gênero*, constante do Código Civil de 1916, optando o legislador pela troca de palavras por entender que a anterior era discriminatória e afastada da valorização da dignidade da pessoa humana que consta do texto constitucional (art. 1º, III, da CF/1988).

Em relação a esses incapazes, também houve uma mudança no uso de expressões. O CPC anterior estabelecia que eram incapazes para testemunhar os interditos por demência e os que, acometidos por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não pudessem discerni-los; ou, ao tempo em que deveriam depor, não estariam habilitados a transmitir as suas percepções. O art. 447, § 1º, inciso I, do Novo CPC, adaptado ao Código Civil, menciona os interditos por enfermidade ou deficiência mental. O inciso seguinte passa a expressar, também com termos mais claros e atuais, "o que, acometido por enfermidade ou retardamento 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".

De acordo com o art. 228, inciso III, do Código Civil, não podem ser admitidos como testemunhas os cegos e os surdos. Quanto aos últimos, que não podem expressar-se, não estão mais incluídos expressamente como absolutamente incapazes na codificação material, preferindo o legislador referir-se a eles da seguinte forma: "os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade" (art. 3º, III, do CC/2002). Essa disposição ampla também inclui o surdo-mudo naquelas condições. Já o cego, por regra, é considerado capaz, salvo situações especiais. Porém, em relação à condição de testemunha, há incapacidade nos dois casos, conforme os arts. 405, § 1º, inciso IV, do

CPC/1973 e 447, § 1º, inciso IV, do CPC/2015, que vedam a possibilidade de a pessoa testemunhar quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhe faltam.

Os interessados no litígio, bem como os cônjuges, ascendentes, descendentes e colaterais até terceiro grau, não são admitidos como testemunhas (art. 228, incisos IV e V, do CC/2002). A regra aplica-se tanto ao parentesco consanguíneo (pais, avós, filhos, netos, irmãos e tios) como por afinidade (sogro, sogra, madrasta, padrasto, enteados e cunhados), e mesmo àquele decorrente de parentesco civil (adoção, parentalidade socioafetiva ou inseminação artificial heteróloga).

Relativamente aos parentes, o Código de Processo Civil anterior estabelecia que eram impedidos para testemunhar (art. 405, § 2º, inciso I, do CPC/1973). Diante da proteção constitucional da união estável, retirada do art. 226, § 3º, da CF/1988, o Novo CPC incluiu menção ao companheiro no seu art. 447, § 2º, inciso I, como ocorreu em praticamente todos os dispositivos que fazem menção ao cônjuge. Consigne-se, a propósito, que assim vinha entendendo a melhor jurisprudência, inclusive a superior (por todos: STJ, REsp 81.551/TO, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 23.09.1997).

Ainda de acordo com a jurisprudência, esclareça-se que os descendentes podem prestar depoimentos em causas que envolvam o casamento ou a união estável de seus ascendentes: "A jurisprudência é pacífica no entendimento de que, a exemplo do que ocorre no direito canônico, os descendentes prestem depoimento em causas matrimoniais" (TJSP, Ap. 224760, Rel. Barbosa Pereira, *RF* 248/201). Trata-se de aplicação da parte final do dispositivo em análise, ora mantido, segundo o qual se admite a prova testemunhal dos parentes tratando-se de causa relativa ao estado de pessoa, caso não se possa obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito da demanda.

Relativamente ao interessado no litígio – primeira parte do art. 228, inciso IV, do Código Civil –, há hipótese de suspeição, de acordo com o que estava art. 405, § 3º, inciso IV, do CPC/1973, confirmado pelo art. 447, § 3º, inciso II, do CPC/2015. Destaque-se, a propósito, que não se menciona mais, como suspeito, o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença (art. 405, § 3º, inciso I, do CPC/1973). Isso porque a mentira declarada em uma demanda não pode, automaticamente, *condenar* a outra; o que viola a ideia constitucional de presunção de inocência.

Não se declara também como suspeito aquele que, por seus costumes, não for digno de fé (art. 405, § 3º, inciso II, do CPC/1973), por não estar de acordo com a presunção de boa-fé que guia o sistema privado, seja o material e, agora, o processual. Manteve-se a menção ao inimigo da parte – que não precisa ser mais *capital* – e ao seu amigo íntimo (art. 405, § 3º, inciso III, do CPC/1973 e art. 447, § 3º, inciso I, do CPC/2015).

Conforme o parágrafo único do art. 228 do Código Civil, foi ampliada a possibilidade de se ouvirem pessoas impedidas e suspeitas, a despeito do que

constava do art. 143 do Código Civil revogado. De qualquer forma, pelo tom genérico, a hipótese dos ascendentes por consanguinidade ou afinidade enquadra-se no parágrafo único ora comentado, principalmente em relação àquelas ações que envolvam o nascimento e o óbito dos filhos. Não se pode esquecer, ademais, da viabilidade sempre existente de oitiva de pessoas como *informantes do juízo*, premissa mantida pelo § 5º do novo art. 447 do Estatuto Processual.

Ainda sobre a prova testemunhal, previa o art. 229 do Código Civil que ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: *a)* a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; *b)* a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo; *c)* que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato. Pelo que constava anteriormente, no Código Civil de 1916, percebia-se que o texto material anterior era genérico ao proteger o sigilo profissional e a ética, em total consonância com o Texto Constitucional (art. 5º, XIV, da CF/1988). A regra anterior, constante do art. 144 do CC/1916, era de que "Ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo". Sempre foi citado o exemplo do padre, que não poderia depor sobre fatos a ele levados pela confissão.

O então art. 229 do Código Civil de 2002 estava mais bem adaptado à lei processual anterior, particularmente ao art. 406 do CPC/1973, que assim dispunha: "Art. 406. A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I – 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; II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo". Em síntese, o Código Civil de 2002 afastava a necessidade de a pessoa depor em casos que possam gerar a desonra própria, do seu cônjuge, parente em grau sucessível – na linha reta, até o infinito e na linha colateral até quarto grau – ou amigo íntimo. Em todas essas situações, as regras também deveriam ser aplicadas ao companheiro ou à companheira. Quanto à menção ao amigo íntimo, inovação então festejada, caberia ao juiz da causa apreciar caso a caso. Uma namorada ou um namorado poderia ser considerado como amigo íntimo.

Porém, a exemplo do que ocorreu com o *caput* do art. 227 do Código Civil, o art. 229 da lei geral material também foi revogado expressamente pelo art. 1.072, inciso II, do Novo Código de Processo Civil. O teor do art. 406 do CPC/1973 acabou por ser reproduzido pelo art. 448 do CPC/2015, preceituando que a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos: *a)* que lhe acarretem grave dano, bem como a seu cônjuge ou companheiro – mais uma vez incluído – e a seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou na colateral, até o terceiro grau; e *b)* a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Como se nota, foi mantida a tutela relativa ao segredo da profissão, e o clássico exemplo do padre e da confissão a ele realizada. Quanto à proteção dos interesses pessoais da testemunha e dos seus parentes, o termo *grave dano* – mais genérico – substituiu a ideia de *desonra*, mais específica. Por derradeiro, o

sistema processual não reproduziu o afastamento da declaração da testemunha que a expunha, ou seus familiares, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato. A este autor parece que tais conceitos podem perfeitamente se enquadrar no inciso I do art. 448, que menciona a possibilidade futura de prejuízos, de qualquer natureza. Por isso, nos parece que não havia a necessidade de revogação expressa do art. 229 do Código Civil de 2002.

Superada a análise da prova do negócio jurídico, o Código Civil, em seus arts. 230 a 232, *tratava* originalmente das perícias e presunções. O termo é utilizado no passado, eis que o art. 230 também foi revogado textualmente pelo art. 1.072, inciso II, do Novo CPC. Estabelecia esse diploma material que "as presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal".

Como presunções devem se entendidas as *deduções feitas pela lei, ou pelo aplicador do direito, que partem de um fato conhecido para chegar a algo desconhecido*. Quando a presunção constar da lei, haverá a *presunção legal*. Por outro lado, haverá a *presunção simples ou hominis* quando deduzidas pelo juiz da causa ou pelo aplicador do direito, deixadas ao seu livre critério, guiado pela equidade e pela razoabilidade. As últimas presunções não mereciam aplicação em todas as hipóteses em que a lei proibisse a prova exclusivamente testemunhal, como naqueles envolvendo negócios jurídicos com valor superior a dez salários mínimos, nos termos do também revogado art. 227, *caput*, do CC/2002. Como esse último preceito foi retirado do sistema jurídico expressamente, não parecia existir mais fundamento para o art. 229, que tomou o mesmo destino.

O último dispositivo revogado, porém, não afastava a adoção das presunções legais em casos tais, classificadas como presunções relativas (*iuris tantum*), aquelas que admitem prova em contrário; e presunções absolutas (*iure et de iure*), que não admitem prova em contrário. As primeiras são mais comuns e podem ser observadas em vários dispositivos da codificação material privada, como no art. 322 – presunção de pagamento – e no art. 1.597 – presunções de paternidade.

As últimas – presunções absolutas – são mais raras. Como exemplo de presunção absoluta, pode ser apontada a presunção *iure et de iure* de vulnerabilidade do consumidor, o que justifica a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, norma essencialmente protetiva. Nessa linha, Roberto Senise Lisboa aponta que "a presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor deve ser entendida nos limites propostos pelo próprio microssistema positivado. Assim, entende-se que o consumidor é vulnerável 'no mercado de consumo', isto é, quando sujeita-se às práticas de oferta, publicidade e de fornecimento de produtos e serviços, bem como aos contratos referentes à aquisição deles".[17] A conclusão é retirada da análise do art. 4º, inciso I, da Lei 8.078/1990.

Com a modificação engendrada pelo novo sistema processual, revogando-se o art. 230 do Código Civil, tanto as presunções relativas ou absolutas, sejam elas legais ou simples, podem ser amplamente aplicadas pelo juiz da causa, sem a

existência de qualquer restrição, o que merece aplausos.

O art. 231 do Código Civil traz regra importante e muito comentada nos últimos tempos, enunciando que "aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa". Não houve qualquer alteração provocada pela emergência do Novo Código de Processo Civil, que não traz comando com conteúdo semelhante. Então, tudo continua como dantes...

Nesse dispositivo, a atual codificação inovou substancialmente, apresentando entendimento outrora consolidado na jurisprudência e relacionando a presunção com a realização de perícia. Há no comando a vedação de que a pessoa crie uma situação para dela tirar proveito (*tu quoque*). A máxima *tu quoque*, anexa à boa-fé objetiva, está relacionada com a *regra de ouro cristã*, que enuncia: *não faça contra o outro o que você não faria contra si mesmo*. A expressão tem origem na frase de dor do Imperador romano Júlio César ao seu filho adotivo Brutus, que havia participado do atentado que o vitimou, querendo dizer "*Até tu?*".[18]

Apesar de o comando legal mencionar o *exame médico* em geral, o dispositivo tem aplicação intensa e imediata às concreções envolvendo o exame de DNA. Como é notório, tendo em vista a proteção dos direitos existenciais e de personalidade, particularmente dos direitos de *quarta geração ou dimensão*, ninguém pode ser obrigado a fazer o referido exame, sendo vedada qualquer forma de condução coercitiva determinada por juiz. Ademais, continua em vigor o princípio pelo qual ninguém pode ser compelido a fazer prova contra si mesmo. Porém, o Código Civil de 2002 apresenta uma primeira presunção no caso descrito, não podendo o pai que se nega a fazer o exame aproveitar-se dessa recusa (presunção relativa ou *iuris tantum*).

Nessa sintonia, há ainda no art. 231 do CC/2002 a consagração da regra pela qual *ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza*, o que é corolário da boa-fé. O objetivo do legislador é claro no sentido de, mais uma vez, buscar a certeza, a segurança jurídica e a verdade real.

Completando essa regra, determina o art. 232 da codificação civil que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame, outra inovação constante da nossa codificação. A exemplo do dispositivo material que o antecede, esse artigo não foi alterado pelo Novo CPC, que não consagra conteúdo com o mesmo teor.

Desse modo, ainda em busca da verdade real, o Código Civil de 2002 apresenta presunção relativa (*iuris tantum*) em que aquele que se nega a fazer o exame médico ordenado pelo juiz terá contra si a presunção da prova a que o exame almeja. Exemplificando, em tons práticos, contra o suposto pai que se nega a fazer o exame haverá a presunção relativa da paternidade. Complementando, cite-se o teor da Súmula 301 do STJ, segundo a qual, "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz a presunção *juris tantum* de paternidade". Um dos julgados que gerou a súmula tratou de um caso em que o suposto pai, por mais de dez vezes, se negou

a fazer o dito exame.

Mais recentemente, entrou em vigor a Lei 12.004/2009, que acrescentou à Lei 8.560/1992 o art. 2º-A, determinando que, "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". Discute-se a necessidade prática dessa lei, eis que a conclusão do seu conteúdo já era retirada dos dispositivos do Código Civil aqui comentados e da jurisprudência consolidada.

De toda a sorte, o que se percebe, portanto, é que não cabe mais como outrora, em ações desse tipo, a mera prova testemunhal, muitas vezes fundada no relacionamento plúrimo da mãe com vários homens ao mesmo tempo (*exceptio plurium concubentium*). Essa alegação, aliás, pode ser tida como violadora da dignidade da mãe, podendo até ensejar a reparação dos danos morais por ela suportados.

Pela quase certeza absoluta do exame de DNA, meio de prova dos mais eficientes, deve o magistrado determinar a realização do exame. Negando-se o suposto pai a fazer o exame de DNA, poderá o juiz valer-se da referida presunção, baseada também em outros meios probatórios. Cabe ao juiz, portanto, a análise do caso concreto. É interessante deixar claro que se trata de uma presunção relativa, afastada pela realização posterior do exame de DNA. Por uma questão de bom senso e pela igualdade consagrada no Texto Maior, o art. 232 do CC/2002 também se aplica à mãe que eventualmente se nega a fazer a perícia médica visando a identificar a maternidade, situação que se tornou comum nos últimos tempos, principalmente nas hipóteses de troca de bebês em maternidades e hospitais. Igualmente se aplica aos sucessores do suposto pai que se negam a fazer o exame ou não autorizam a realização de necropsia do falecido, conforme entendeu o Tribunal de Santa Catarina:

"Agravo retido. Cerceamento de defesa. Oitiva de testemunhas. Prova realizada por precatória. Nulidade refutada. Desprovimento. Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Reconhecimento recaído em pessoa falecida. Negativa pura e simples dos herdeiros em realizar o exame de DNA. Presunção de paternidade. Exegese dos arts. 231 *e* 232 do Código Civil. Aplicação subsidiária da Súmula 301 do STJ. Sentença mantida. Apelo desprovido. A recusa desprovida de justificativa dos herdeiros em realizar o exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, faz incidir a redação dos arts. 231 *e* 232 do Código Civil, de modo que a paternidade do investigado convola-se em presumida" (TJSC, Acórdão 2007.060709-4, Rio do Sul, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Fernando Carioni, *DJSC* 16.04.2008, p. 136).

Em relação ao último dispositivo, foi feita proposta de enunciado na *III Jornada de Direito Civil, in verbis*: "A perícia de que trata o art. 232 há de ser realizada por especialista formado em medicina, justificando-se qualquer recusa

de submissão a tal exame sempre que os laboratórios e peritos não pertencerem ao ramo de medicina". Essa proposta de enunciado doutrinário, com o qual há que se concordar, aplica-se principalmente aos exames feitos extrajudicialmente, em laboratórios especializados, e traz no seu conteúdo a aplicação do princípio da boa-fé para a perícia em questão. No entanto, infelizmente, o enunciado doutrinário não foi aprovado pela comissão da Parte Geral na *III Jornada de Direito Civil*.

O exame de DNA vem sendo apontado pela doutrina e pela jurisprudência como meio de prova dos mais eficazes, justamente porque dá certeza quase absoluta da ausência ou da presença do vínculo biológico. Compreendemos que os comandos legais ora estudados constituem normas de ordem pública, mantendo relação direta com o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), bem como com a igualdade entre filhos, havidos ou não da relação de casamento (art. 227, § 6º, da CF/1988 e art. 1.596 do CC).

Entretanto, uma questão de grande relevância prática pode ser levantada a respeito do tema: pode o réu dessa ação negar-se a fazer tal exame? Caso ocorra a negativa, caberá a prisão civil? Sobre esse tema, sempre discorreram muito bem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.[19] Lembram esses doutrinadores contemporâneos que: "Em artigo publicado no *site* do Conselho da Justiça Federal, o Ministro Moreira Alves ponderou: 'No Supremo Tribunal Federal, não há muito, tivemos uma vasta discussão em *habeas corpus*, em que uma juíza havia determinado, debaixo de vara, a condução de um investigando de paternidade que se recusava a extrair sangue para efeito do exame de DNA. A juíza não teve dúvida e disse: conduza-se, ainda que à força. Ele alegava: tenho terror e pânico até de injeção, quanto mais de tirar sangue. Depois de uma vasta discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5, considerou-se que isso atingia um direito de personalidade dele de não querer tirar sangue, mas corria contra ele, obviamente, a presunção de que realmente fosse o pai'".[20]

Na situação descrita, percebe-se um claro choque entre direitos fundamentais ou de personalidade: direito ao reconhecimento do vínculo de paternidade *x* direito à integridade física e intimidade. Qual desses direitos deve prevalecer? A questão parece simples, mas não o é. Deve-se fazer uma ponderação entre esses direitos fundamentais, conforme prescreve o Enunciado n. 274 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2006: "Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação".

Vale lembrar, seguindo o que foi desenvolvido no Capítulo 1 desta obra, que

a ponderação passou a compor legalmente o Novo Código de Processo Civil, com grandes impactos para o futuro, de acordo com a precisa dicção do seu art. 489, § 2º, *in verbis:* "No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

No caso descrito, há, de um lado, o direito do filho em saber quem é o seu pai, o que envolve a sua dignidade (*direito à verdade biológica*). Do outro, o direito à integridade física e à intimidade genética do suposto pai, o que também envolve a sua dignidade (*direito à intimidade biológica*). Ao presente autor parece não existir outra saída que não seja a adoção da *técnica de ponderação ou de pesagem*.

Partindo para outra técnica para a solução do problema, clássica, diga-se de passagem, nota-se um claro choque de normas de primeiro grau no plano hierárquico, tido como um conflito propriamente dito, caso de antinomia real, envolvendo dois direitos da personalidade. Sendo assim, deve o aplicador do direito buscar socorro nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução. Aplicando de forma imediata o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 4º da Lei de Introdução c/c o art. 1º, III, da CF/1988) e o fim social da norma (art. 5º da Lei de Introdução), conclui-se que a condução coercitiva do suposto pai não pode ocorrer, pela proteção indeclinável do direito à liberdade e à intimidade. Conforme aponta a melhor doutrina, que segue os citados critérios clássicos, "o pai pode se negar a fazer o teste, por ser um atentado à sua privacidade, imagem científica e intangibilidade corporal".[21] Desse modo, há a proteção dos direitos de *quarta geração ou dimensão*, aqueles relacionados com o patrimônio genético da pessoa humana, valorizada a sua dignidade à luz do Texto Maior. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal, em votação apertada, conforme ementa a seguir transcrita:

"Investigação de paternidade. Exame DNA. Condução do réu 'debaixo de vara'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do Exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (STF, HC 71.373/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10.11.1994, *DJ* 22.11.1996, p. 45.686, Ement. v. 1851-02, p. 397).

Como aponta Mônica Aguiar, professora da Universidade Federal da Bahia, o julgado acaba representando a tutela do *Habeas Genoma*. Suas palavras merecem destaque, propondo uma nova medida processual para a proteção dos

dados biológicos, que não foi adotada pelo Novo CPC, infelizmente:

"Outrossim, há que ressaltar que a informação genética é única, singular, haja vista que todo indivíduo é geneticamente irrepetível. Os dados dos genótipos são inalteráveis. (...) A proteção desse direito há de ser garantida pela construção de um instrumento processual próprio intitulado *Habeas Genoma*, que deve ser preferencialmente preventivo para assegurar que não ocorra o acesso ilícito aos dados pessoais do genoma humano".[22]

Resumindo, ponderou-se a favor do direito do suposto pai, de forma majoritária. Contudo, há quem entenda que deveria ter prevalecido o direito do filho. Nesse sentido, filia-se a renomada jurista Maria Celina Bodin de Moraes, que critica a decisão, pois haveria um abuso de direito por parte do suposto réu no caso em questão. É o seu parecer: "o direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade".[23]

De qualquer forma, mesmo sendo esse o caminho, de preservação do direito do investigado, caso o suposto pai se negue a fazer o exame, correrá contra ele a presunção de que mantém o vínculo, de acordo com as regras previstas nos arts. 231 e 232 do CC/2002, o que há tempos vem sendo aplicado pela melhor jurisprudência (Súmula 301 do STJ). A título de exemplo, se um suposto pai nega-se a fazer o exame por cinco vezes, correrá contra ele tal presunção. De todo modo, uma vez que a presunção é relativa, deve o juiz analisar outras provas fáticas antes de sentenciar a ação de investigação de paternidade. Esgotados todos os meios de prova, e sendo determinada a nova realização do exame, negando-se mais uma vez o suposto pai, pode o juiz da causa entender que a presunção passa a ser absoluta (*iure et de iure*). Tudo isso, reafirme-se, foi mantido integralmente com a emergência do Novo CPC.

A encerrar o presente capítulo, oportuno trazer para comentários dois temas que não estavam tratados no Código de Processo Civil de 1973 e que passaram a ser regulados, com importantes repercussões para o direito material: *a utilização da ata notarial como meio de prova* e *a carga dinâmica da prova*.

Em relação ao primeiro instituto, o novo art. 384 do CPC/2015 preceitua que a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Conforme o único parágrafo da norma, dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial. Pontue-se que, com importantes consequências práticas, a ata notarial passou a ser admitida para a prova da posse *ad usucapionem*, visando à usucapião extrajudicial ou administrativa (inclusão do novo art. 216-A na Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/1973).

A elaboração de atas notariais para prova de fatos já é realidade brasileira, especialmente para demonstrar documentos que são encontrados na internet e cujo conteúdo pode ser a vir retirado da grande rede de computadores. Com bem observa Fernanda Tartuce, "ante a efemeridade de dados e o crescente uso de comunicações eletrônicas, é de suma relevância registrar elementos de prova colhidos no suporte digital, como vídeos, mensagens e imagens postadas na internet. Nesse cenário, registrar a ocorrência do fato pela ata notarial é um eficiente meio de perenizar informações que podem desaparecer. Por meio da ata notarial, o notário certifica ocorrências e acontecimentos com imparcialidade e autenticidade, pré-constituindo prova sobre páginas eletrônicas, *sites* ou outros documentos eletrônicos (como *e-mails* ou mensagens de celular), fixando um fato. Por esse meio também é possível provar fatos caluniosos, injúrias e difamações. Como se percebe, trata-se de uma forma interessante de registro – sobretudo, porque é robustecida pela fé pública com que é constituída. Sua eficácia *juris tantum* tem o condão de transferir o ônus da prova àquele que pretender provar o equívoco contido no documento público; tal inversão do ônus probatório, por si só, é causa suficiente para tirar dos cobiçosos o desejo de, na esperança de sucesso, deduzirem demandas infundadas".[24]

A doutrinadora demonstra em seu texto a importância da ata notarial para as demandas de Direito de Família – que recebeu um capítulo específico no Novo CPC, como ainda será estudado –, especialmente para os vulneráveis que tenham dificuldade de produção probatória, caso dos alimentandos. Cita, ainda, a viabilidade de sua utilização para a prova de abusos cometidos por pais e para demonstrar atos de alienação parental.[25] E arremata, com palavras às quais este autor se filia totalmente: "há muitos outros fatos que foram e poderão ser objeto de ata notarial, como a constatação de mensagem de texto em telefone celular e a existência de mensagens em programa de comunicação pessoal na internet. A inventividade dos advogados foi e sempre será essencial para imaginar e concretizar novas possibilidades de uso da ata notarial em prol do direito de seus clientes e da concretização dos princípios do Direito de Família".[26]

No que diz respeito à *carga dinâmica da prova*, era ela apontada como exceção às premissas fixadas pelo art. 333 do CPC/1973, no sentido de que o ônus da prova incumbia*: a)* ao autor da ação, quanto ao fato constitutivo do seu direito; *b)* ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.[27]

Sabe-se que essas premissas foram reafirmadas pelo art. 373, *caput*, do Novo CPC. Entretanto, sem prejuízos de outros comandos que tratam da sua viabilidade, os seus parágrafos passaram a prescrever que "§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir

do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito".

Sabe-se que a inversão do ônus da prova tratada pelo art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor representou notável avanço, teórico e prático, quanto à justa distribuição dos encargos probatórios, facilitando muito as *jornadas processuais* dos consumidores em suas contendas. Porém, era realmente necessário estender a viabilidade de distribuição diferenciada dos encargos probatórios. Uma hipótese a ser citada, inicialmente não abrangida pela Lei 8.078/1990, diz respeito aos aderentes contratuais que não são consumidores.

Como é cediço, o contrato de adesão não necessariamente é um contrato de consumo, como reconhece o Enunciado n. 171, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O contrato de adesão é aquele que tem *conteúdo imposto* por uma das partes – o estipulante – a outra – o aderente. O contrato de consumo é aquele que atende aos requisitos constantes dos arts. 2º e 3º do CDC, configurado pelo fornecimento de produtos ou pela prestação de serviços por um profissional, que desenvolve atividade no mercado de consumo, a um consumidor, destinatário final, fático e econômico, do objeto do negócio. Muitos contratos contemporâneos são de adesão sem serem de consumo, caso da franquia, da locação imobiliária, da fiança típica e da representação comercial. Nota-se, em muitas situações envolvendo tais pactos, a presença de um aderente contratual, submetido a um conteúdo negocial imposto unilateralmente, abusivo e extorsivo, como regra.

Nesse diapasão, parece-nos plenamente viável a adoção da *carga dinâmica da prova*, em prol desses sujeitos, especialmente para proteger o pequeno empresário, que não é consumidor, por utilizar aquele contrato como fonte de produção e de rendas, não sendo destinatário final fático e econômico do seu objeto. Ora, amplia-se a proteção do aderente inaugurada pelo Código Civil de 2002, sobretudo pelos seus arts. 423 ("Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente") e 424 ("Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio").

Uma outra utilização da carga dinâmica da prova diz respeito, novamente, às ações de Direito de Família. Nessa linha, vejamos as palavras de Caetano Lagrasta, um dos pioneiros a fazer tal correlação no Brasil:

"No Direito de Família, com absoluta certeza, existe o momento da inversão do ônus e da aplicação da carga dinâmica da prova, como corolários do princípio constitucional da garantia da dignidade da pessoa humana, em aplicação extensiva do conceito de política pública em seu mínimo existencial, coroando o

referido princípio na esfera processual, como tratamento igualitário das partes e, reitere-se, a afastar o retrocesso social.

A discussão sobre este momento, numa primeira abordagem, indica não poder ultrapassar a fase instrutória, não só diante da natureza da causa, como em razão de sua evidente aplicação caso a caso. Desta forma, não será possível imaginar-se que ao definir o juiz os pontos controvertidos da demanda, também na incansável busca por uma solução conciliada, em tudo superior àquela da sentença, seja-lhe permitido recorrer a formalismos omissivos.

Na linha de raciocínio da aplicação de políticas públicas ao Direito de Família (Lagrasta, 2011) delongas ou omissões irão configurar um retrocesso social, seja por proteger aquele que possuir melhor capacidade técnica ou econômica, em evidente prejuízo da parte hipossuficiente ou vulnerável. Para Watanabe (2011) independeria até mesmo de sua situação econômica, diante da manifesta vulnerabilidade (*op. cit.*, p. 8) – pois, ao recusar o magistrado a aplicação correta do princípio da carga dinâmica da prova, assumiria atitude de indisfarçável comodismo ou formalismo retrógrado.

Assim, no mais das vezes, por evidente vulnerabilidade, a recusa nas ações de alimentos, a ser apreciada antes do encerramento da fase probatória, afeta a sobrevivência ou desenvolvimento do alimentando ou da prole, por fazer prevalecer o interesse da parte mais capacitada técnica ou economicamente sobre o direito à dignidade dos credores.

Outra não é a situação quando do surgimento da desconsideração da pessoa jurídica inversa ou da pessoa física, quando o participante da relação omite bens, transferindo-os para a família ou, na condição inversa, os atribui a terceiro para prejudicar o cônjuge ou companheiro. Ao agir com dolo intenso – característica da fraude – estabelece nexo de causalidade que permite, além das reprimendas processuais, a indenização por danos morais".[28]

O texto transcrito conta com o total apoio do presente autor, cabendo destacar as exatas palavras ditas sobre a desconsideração inversa da personalidade jurídica, que igualmente recebeu tratamento específico no Novo Código de Processo Civil e está desenvolvido no Capítulo 2 deste livro.

Acredita-se que a carga dinâmica da prova e a ampliação da sua inversão tornarão mais justo e efetivo o Direito Processual Civil no Brasil, em prol daqueles que merecem ser protegidos. Pensamos que o tempo e a prática demonstrarão essa afirmação logo nos anos iniciais de vigência do Novo CPC.

[1] BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1972. v. 1, p. 260.

[2] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II, p. 397.

[3] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1, p. 549.

[4] DIDIER JR., Fredie. *Regras Processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 37.

[5] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II, p. 407.

[6] Por todos, ver: TARTUCE, Fernanda. Meios de Prova no Código de Processo Civil e no Código Civil. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil*. Direito Patrimonial. Direito Existencial. São Paulo: Método, 2006. p. 163-175.

[7] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II, p. 407.

[8] CARVALHO NETO, Inacio de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2006. v. I, p. 519.

[9] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. I, p. 572.

[10] Conforme palestra ministrada em 20 de janeiro de 2014, sobre o tratamento das provas no Novo CPC, no curso intitulado *O Novo CPC e suas Repercussões para o Direito Civil*, por nós coordenado, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) e pela a Escola Nacional da Advocacia do Conselho Federal da OAB. O curso foi ministrado nos sistemas presencial e telepresencial.

[11] O sistema de *provas tarifadas* foi criticado por Daniel Amorim Assumpção Neves, no evento antes mencionado (palestra ministrada em 20 de janeiro de 2014, no curso intitulado *O Novo CPC e suas Repercussões para o Direito Civil*, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo e pela a Escola Nacional da Advocacia do Conselho Federal da OAB).

[12] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 258.

[13] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 257.

[14] SANTOS, Antonio Jeová. *Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 122.

[15] Sobre o tema, ver: DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

[16] Seguindo crítica formulada por Daniel Amorim Assumpção Neves na palestra ministrada em 20 de janeiro de 2014, sobre o tratamento das provas no Novo CPC, no curso intitulado *O Novo CPC e suas Repercussões para o Direito Civil*. Como destacado, o curso foi por nós coordenado, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) e pela a Escola Nacional da Advocacia do Conselho Federal da OAB.

[17] LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: RT, 2001. p. 85.

[18] GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 88.

[19] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 455.

[20] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 455.

[21] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* – Direito de Família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

[22] AGUIAR, Mônica. Direito à Intimidade Genética em Face do Art. 232 do Código Civil e sua Defesa pela Criação de um *Habeas Genoma*. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Prova, Exame Médico e Presunção. O Art. 232 do Código Civil*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 203.

[23] MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade. In: BARRETO, Vicente. *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 194.

[24] TARTUCE, Fernanda. Prova nos Processos de Família e no Projeto do CPC: Ônus da Prova, Provas Ilícitas e Ata Notarial. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões* Porto Alegre: Lex Magister, n. 2, set./out. 2014, p. 48-49.

[25] TARTUCE, Fernanda. Prova nos Processos de Família e no Projeto do CPC: Ônus da Prova, ProvasIlícitas e Ata Notarial. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Lex Magister, n. 2, set./out. 2014, p. 50.

[26] TARTUCE, Fernanda. Prova nos Processos de Família e no Projeto do CPC: Ônus da Prova, ProvasIlícitas e Ata Notarial. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Lex Magister, n. 2, set./out. 2014, p. 51.

[27] Sobre o tema: ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2001; GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2007.

[28] LAGRASTA NETO, Caetano. Carga Dinâmica da Prova. A Parte vulnerável. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família. Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 344-345.

DAS CONSEQUÊNCIAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA A TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

Como ocorria com o seu antecessor, o Novo Código de Processo Civil traz várias consequências para a Teoria Geral das Obrigações, especialmente para as modalidades obrigacionais tratadas entre os arts. 233 a 285 do Código Civil brasileiro de 2002. A lei material, entre tais dispositivos, consagra a classificação das obrigações quanto à prestação – obrigações de dar, de fazer e de não fazer –, e trata também das obrigações alternativas, divisíveis e indivisíveis, e solidárias, exatamente nessa ordem.

Começando pelas *obrigações alternativas* ou *disjuntivas*, estas são as que se apresentam com duas ou mais prestações – *obrigações compostas objetivas* –, sendo certo que apenas uma delas deve ser cumprida pelo devedor. Em outras palavras, essa obrigação é identificada pela conjunção *ou*. Diferem-se das *obrigações conjuntivas* ou *cumulativas*, que também são *compostas objetivas*, com mais de uma prestação, sendo certo que todas elas devem ser cumpridas pelo devedor, sob pena de configuração da mora ou do inadimplemento absoluto (identificadas pela conjunção *e*).

Nas obrigações alternativas, a escolha de qual prestação deve ser cumprida cabe ao devedor, salvo se o contrário foi determinado pela lei ou pelas partes (art. 252 do CC/2002). A título de exemplo, o instrumento obrigacional pode estabelecer o direito de escolha ao credor para concentrar o objeto da relação jurídica. Eventualmente, conforme dois parágrafos do último preceito, a escolha pode ser efetuada por um terceiro, ou até pelo juiz. Na dicção do § 3º do art. 252 do CC/2002, no caso de pluralidade de optantes, não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinado para a deliberação das partes. Nos termos do § 4º do mesmo diploma, se o título deferir a opção a terceiro, e este não quiser, ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes. As normas civis foram elaboradas na década de 70 do século XX, quando o *mote* era o pleno acesso à justiça. Atualmente,

ainda mais com o que foi consagrado pelo Novo CPC, os comandos estão na *contramão* da tendência de *desjudicialização das contendas*. Tanto isso é verdade que os últimos diplomas não encontraram a devida efetivação prática nos mais de dez anos da codificação material de 2002.

Partindo para o seu tratamento processual, prevê o art. 800, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015 que, nas obrigações alternativas, quando a escolha couber ao devedor, este será citado para exercer a opção e realizar a prestação dentro de dez dias, se outro prazo não lhe foi determinado em lei ou no contrato. A norma é repetição do art. 571 do antigo CPC, regulando uma consequência natural da escolha efetuada pelo devedor como premissa-regra, uma das concretizações da antiga máxima romana segundo a qual o sistema jurídico deve tutelar o sujeito passivo obrigacional (*in favor debitoris*). Percebe-se claramente que os diplomas são *normas de ordem privada* ou *dispositivas*, pela possibilidade de convenção de um prazo diferente dos dez dias.

Também sem qualquer novidade, conforme o § 1º do art. 800 do Novo CPC, a opção de escolha será devolvida ao credor, se o devedor não a exercer no prazo determinado, após ser citado para tanto na ação correspondente. A escolha será indicada na petição inicial da execução quando couber ao credor exercê-la, o que decorre dessa atribuição dada pela lei ao sujeito ativo obrigacional como exceção (§ 2º do art. 800 do CPC/2015).

Mais à frente, o Novo Código de Processo Civil trata das obrigações de fazer e de não fazer, com uma regra em comum (art. 814), seguido por uma regulamentação em separado das duas categorias. Ainda, existem preceitos importantes relativos a essas categorias e também quanto às obrigações de dar na seção relativa ao "Julgamento das Ações Relativas às Prestações de Fazer, de não Fazer e de Entregar Coisa" (arts. 497 a 501 do Estatuto Processual emergente).

As obrigações de fazer são positivas, tendo como objeto uma tarefa a ser desempenhada por alguém, podendo ser infungíveis – insubstituíveis, personalíssimas ou *intuitu personae* – ou fungíveis – substituíveis. Os exemplos típicos de negócios que trazem tais obrigações positivas como conteúdo são os contratos de prestação de serviços e de empreitada, enquadrando-se nas duas variações descritas, de acordo com a sua essência em conformidade com a pactuação entre as partes.

O art. 247 do CC/2002 trata das obrigações de fazer infungíveis ao preceituar que, negando-se o devedor ao seu cumprimento, estas se convertem em obrigação de dar, devendo o sujeito passivo arcar com as perdas e danos, incluídos os danos materiais ou patrimoniais (arts. 402 a 404 do CC/2002) e os danos morais (art. 5º, V e X, da CF/1988). Contudo, antes de pleitear indenização, o credor poderá requerer o cumprimento da obrigação de fazer nas suas duas modalidades, por meio de uma tutela específica com a fixação de multa ou *astreintes* pelo juiz, o que era retirado do antigo art. 461 do CPC/1973.

No Estatuto Processual emergente, essa consequência consta, sem prejuízo

de outros comandos, do novo art. 814, dispositivo inicial e comum para as obrigações de fazer e de não fazer, como visto. Nos termos do diploma, na execução de obrigação de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial, ao despachar a inicial, o juiz fixará multa por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. Em complemento, conforme o seu parágrafo único, se o valor da multa estiver previsto no título e for excessivo, o juiz poderá reduzi-lo. A redução da multa segue a linha material de redução equitativa das penalidades, prevista no art. 413 do Código Civil. Para o presente autor, continua tendo plena aplicação o teor da Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça, de novembro de 2009, com a seguinte redação: "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

Nunca se pode esquecer que, presente uma relação de consumo, a tutela específica para cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, inclusive com a mesma viabilidade de multa, consta do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, com a seguinte dicção: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287 do Código de Processo Civil). § 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 após justificação prévia, citado o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial". Todos esses preceitos continuam em pleno vigor, não tendo sido atingidos ou modificados pelo Novo Código de Processo Civil.

Quanto à obrigação de fazer fungível, continuamos a entender que são possíveis as *astreintes* somente em relação ao devedor originário, o que visa à conservação do negócio assumido entre as partes. A conversão em perdas e danos deve ser somente admitida em hipóteses excepcionais, para a preservação da autonomia privada e a manutenção do pacto celebrado. Não se olvide que o princípio da conservação negocial mantém íntima relação com o princípio da função social dos contratos, o que é reconhecido pelo Enunciado n. 22 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, realizada em 2002.

Segundo o art. 248 do Código Civil, caso a obrigação de fazer, nas duas modalidades (fungível ou infungível), torna-se impossível, sem culpa do devedor, resolve-se a obrigação sem a necessidade de pagamento de perdas e danos,

assim como ocorre em decorrência de caso fortuito (evento totalmente imprevisível) ou de força maior (evento previsível, mas inevitável). Nessas duas hipóteses, como é notório, exceção deve ser feita ao devedor em mora, que responderá por esses eventos, conforme o art. 399 da codificação material vigente, a não ser que prove ausência total de culpa ou que o evento aconteceria mesmo se não estivesse em mora com a obrigação. A propósito, sobre o art. 248 do CC/2002, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, em concreção interessante, que, "resolve-se, por motivo de força maior, o contrato de promessa de compra e venda sobre o qual pendia como ônus do vendedor a comprovação do trânsito em julgado de ação de usucapião, na hipótese em que o imóvel objeto do contrato foi declarado território indígena por decreto governamental publicado após a celebração do referido contrato. Sobrevindo a inalienabilidade antes do implemento da condição a cargo do vendedor, não há falar em celebração do contrato principal de compra e venda, não se caracterizando como contrato diferido, nem incidindo a teoria da imprevisão. Trata-se de não perfazimento de contrato por desaparecimento da aptidão do bem a ser alienado (art. 248 do CC)" (STJ, REsp 1.288.033/MA, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.10.2012, publicado no seu *Informativo* n. *507*).

Por outro lado, nos termos do mesmo art. 248 do Código Civil, em havendo culpa do devedor no descumprimento da obrigação de fazer, este deverá arcar com os danos presentes no caso concreto. A culpa – não só nesse preceito, mas também em outros relativos à teoria geral das obrigações – deve ser entendida em sentido amplo ou *lato sensu*, englobando o dolo (intenção de descumprimento) e a culpa *stricto sensu* (ato praticado em imprudência, negligência ou imperícia).

Por outra via, o art. 249 do CC/2002 é o que apresenta o conceito de obrigação de fazer fungível, aquela substituível e que pode ser cumprida por terceiro à custa do devedor originário. Nessa modalidade obrigacional, resta ainda uma opção ao credor, antes da conversão da obrigação em perdas e danos, que é a de exigir que outra pessoa cumpra com a obrigação, conforme os procedimentos que sempre estiveram tratados no Código de Processo Civil, e que serão a seguir estudados.

O parágrafo único desse diploma material trouxe uma novidade para o sistema jurídico ao determinar que, "em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido". Trata-se de uma espécie de *autotutela civil* para cumprimento das obrigações de fazer fungíveis que recebeu críticas nos anos iniciais da codificação material, devido aos *perigos* que a autotutela pode trazer. Todavia, essa medida está na *linha principiológica* adotada pelo Novo CPC, que é de *desjudicialização* das contendas de disputas. Em havendo abuso no exercício dessa *autotutela*, serve como controle o art. 187 do Código Civil, que veda o abuso de direito como ato ilícito, prescrevendo que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo fim social ou econômico, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Esclareça-se que a situação de urgência necessita estar devidamente provada e evidenciada para que seja aplicada essa autotutela civil do art. 249, parágrafo único, do Código Civil. Nessa linha, da jurisprudência estadual, para ilustrar:

"Direito processual civil. Processo de execução. Pressupostos processuais. Título executivo. Ausência. Nulidade. Execução por quantia certa fundada em acordo onde o devedor assumiu obrigação de fazer e não de pagar a quantia exigida. Credor que manda executar o fato sem ingressar em juízo. Situação de urgência não demonstrada. Art. 249, parágrafo único, do Código Civil. Necessidade de autorização judicial. Impossibilidade de tomar o valor do ressarcimento pretendido como líquido e certo para amparar a execução, seja porque desprovido de qualquer prova, seja porque não resultou de conversão feita pelo juízo no devido processo legal. Ressarcimento que depende de verificação em processo de conhecimento. Multa diária prevista no acordo que não se mostra líquida e certa, diante da confessada recusa da credora em permitir o acesso dos funcionários da recorrente que para lá se deslocaram a fim de executar a obrigação de fazer. Possibilidade de levantamento da importância depositada em favor da recorrida, eis que declarada incontroversa pelo depositante. Prejudicado o recurso. Execução extinta de ofício" (TJRS, Recurso Cível 47289-79.2013.8.21.9000, Porto Alegre, Terceira Turma Recursal Cível, Rel. Des. Cleber Augusto Tonial, j. 24.07.2014, *DJERS* 29.07.2014).

"Condomínio. Agravo de instrumento contra a decisão que, em demanda cominatória, autorizou a proprietária a contratar, a expensas do condomínio, os serviços necessários ao reparo dos vazamentos ocorridos em seu imóvel. Embora exista indicativo de que o agravante não realizou adequada manutenção da área comum do condomínio, certo é que, após a propositura da presente demanda, o condomínio não se manteve inerte. Tanto é assim que o perito confirmou a adequação dos primeiros reparos, que, entretanto, não foram suficientes para a solução da infiltração em virtude de novas causas supervenientes (telhas desalinhadas e oxidação do duto de extravasamento da caixa d'água), noticiadas no transcorrer da demanda. Diante deste cenário, não se evidencia mora a facultar à agravada a realização de reparos, 'às suas expensas e por sua conta', com reembolso posterior pelo condomínio. Tampouco se vislumbra caso de urgência, nos termos do disposto no art. 249 do Código Civil. Nessas condições, melhor que a tutela seja cumprida pelo próprio agravante. Agravo interno contra decisão que deferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Interposição com fundamento no art. 557, § 1º- A, do Código de Processo Civil. O exame das razões recursais restou prejudicado diante do julgamento do agravo de instrumento que ensejou o presente recurso. Não cabe o agravo interno contra a decisão do relator que indefere a tutela recursal ao agravo de instrumento (art. 527, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Recurso parcialmente provido apenas para afastar o deferimento da tutela no ponto em que se autorizou a agravada a contratar, a expensas do agravante, os serviços necessários ao

reparo dos vazamentos e infiltrações do condomínio, que deve cumprir a tutela ratificada na sentença. Agravo regimental não conhecido" (TJSP, Embargos de Declaração 2062876-06.2013.8.26.0000/50001, Acórdão 7511666, São Paulo, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 11.03.2014, *DJESP* 16.05.2014).

Partindo para as regras específicas relativas às obrigações de fazer no CPC/2015, preceitua o seu art. 815 que, quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o executado será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe designar, se outro não estiver determinado no título executivo. Essa norma tem aplicação para as duas modalidades de obrigações de fazer expostas, fungíveis ou infungíveis, sendo praticamente uma repetição do art. 632 do CPC/1973.

Igualmente, sem qualquer alteração e equivalendo ao art. 633 do CPC/1973, dispõe o art. 816 do Novo *Codex* que, se o executado não satisfizer a obrigação no prazo designado, é lícito ao exequente, nos próprios autos do processo, requerer a satisfação da obrigação à custa do executado ou perdas e danos, hipótese em que se converterá em indenização. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa. Como há menção ao cumprimento por terceiro, à custa do executado, conclui-se que o artigo trata das obrigações de fazer fungíveis ou substituíveis, consagrando a antes citada conversão em perdas e danos ou em obrigação de dar.

O art. 817 do CPC/2015 correspondente ao art. 634 do CPC/1973, que já havia passado por alteração recente. Nos termos do novo e do superado comando, se a obrigação puder ser satisfeita por terceiro – obrigação de fazer fungível –, é lícito ao juiz autorizar, a requerimento do exequente, que aquele a satisfaça à custa do executado. Em complemento, conforme o parágrafo único das normas, o exequente adiantará as quantias previstas na proposta que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado.

Como é notório, houve uma mudança substancial no art. 634 do CPC/1973 pela Lei 11.382/2006. Em sua redação original e anterior, enunciava o dispositivo que, se o fato pudesse ser prestado por terceiros, seria lícito ao juiz, a requerimento do credor, decidir que aqueles o realizassem à custa do devedor. Os parágrafos desse comando legal regulamentavam essa forma de execução de maneira complexa. Primeiramente, o juiz nomearia um perito que avaliaria o custo da prestação do fato, mandando em seguida que fosse expedido edital de concorrência pública, com o prazo máximo de 30 dias (§ 1º). As propostas seriam acompanhadas de prova do depósito da importância que o juiz estabeleceria a título de caução (§ 2º). No dia, lugar e hora designados, abertas as propostas, escolheria o juiz a mais vantajosa (§ 3º). Se o credor não exercesse a preferência a que se referia o art. 637 do CPC, o concorrente, cuja proposta fosse aceita, obrigar-se-ia, dentro de cinco dias, por termo nos autos, a prestar o fato sob pena de perder a quantia caucionada (§ 4º). Assinando o termo, o contratante faria nova caução de 25% sobre o valor do contrato (§ 5º). No caso

de descumprimento da obrigação eventualmente assumida pelo concorrente ou pelo contratante, a caução seria revertida em benefício do credor (§ 6º). Por fim, a lei consagrava que deveria o credor adiantar ao contratante as quantias estabelecidas na proposta aceita (§ 7º).

Com a alteração instrumental de 2006, a redação ficou bem mais simplificada, extinguindo-se a *complexa licitação privada* antes existente. Como expunha Glauco Gumerato Ramos, houve um reajuste do dispositivo, com a supressão da complexa e contraproducente *concorrência pública* que era prevista.[1] Para o mesmo doutrinador, a nova redação do dispositivo introduziu os seguintes procedimentos:

"Verificando o juiz que a obrigação de fazer é passível de realização por terceiro, haverá dilação probatória onde caberá ao próprio exequente – apesar do silêncio do dispositivo – trazer aos autos eventuais propostas de terceiros interessados na prestação do respectivo fato. E como isso ocorrerá? Por exemplo, poderá ser através de apresentação, pelo exequente, de alguns orçamentos fixados pelos terceiros eventualmente interessados, não sendo descartada a possibilidade de até mesmo o executado apresentar os orçamentos. O que o art. 634 reformado parece não querer mais é que se publiquem editais, ou mesmo que se proceda a qualquer outra formalidade convocatória, o que atentaria contra o princípio da celeridade (art. 5º, LXXVIII, da CF) e aumentaria o custo financeiro do processo.
Diante das propostas elaboradas, o juiz estabelecerá o contraditório e deliberará no sentido de aprovação de uma delas, que necessariamente não precisará ser a mais barata se eventualmente não for essa a melhor proposta para atender o exato cumprimento da obrigação. Essa decisão poderá ser impugnada por intermédio do recurso de agravo, sujeitando-se o curso do processo às consequências daí advindas.
Aprovada a proposta pelo juiz, caberá ao exequente adiantar as quantias nela previstas para que então o terceiro realize o fato (art. 643, parágrafo único). As quantias adiantadas pelo exequente serão por ele cobradas do executado através do rito previsto para execução de quantia certa (art. 646 e ss.)".[2]

Todos esses comentários valem para o Novo CPC, diante da correspondência entre os arts. 817 do CPC/2015 e 634 do CPC/1973. Também houve alteração do art. 637, parágrafo único, do CPC/1973, pela mesma Lei de 2006. As duas redações constam da tabela a seguir:

CPC/1973	

– Redação após a Lei 11.382/2006	CPC/197 – Redaçã anterior
“Art. 637. Se o credor quiser executar, ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários	“Art. 637. Se o credo quiser executar, o mandar executar, sob sua direção e vigilância as obras e trabalhos necessário

à prestação do fato, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, ao terceiro.	à prestaçã do fato, te preferênci em igualdade de condições de oferta, ao terceiro.
Parágrafo único. O direito de preferência será	Parágrafo único. O direito de preferênci será

exercido no prazo de 5 (cinco) dias, contados da apresentação da proposta pelo terceiro (art. 634, parágrafo único).”	exercido r prazo de 5 (cinco) dias, contados c escolha da proposta, que alude art. 634, § 3º.”

A última alteração foi simples, diante das mudanças que atingiram os procedimentos de cumprimento da obrigação, contando-se o prazo de cinco dias para o exercício do direito de preferência, por parte do credor, da apresentação da proposta pelo terceiro. O prazo já era tido como decadencial e, não sendo exercido pelo credor, a prestação ficaria a cargo do terceiro que apresentou a proposta.[3]

O art. 820 do CPC/2015 confirmou essa ideia, estabelecendo que, “se o exequente quiser executar ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e os trabalhos necessários à realização da prestação, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, em relação ao terceiro. Parágrafo único. O direito de preferência deverá ser exercido no prazo de 5 (cinco) dias, após aprovada a proposta do terceiro”. Valem, portanto, os comentários feitos à legislação anterior, alterada em 2006 por uma das reformas recentes do Estatuto Processual. Em conclusão, tendo em vista os fins sociais que guiaram as recentes reformas processuais, que são a celeridade e a desburocratização, houve uma importante facilitação legislativa para a efetivação do cumprimento da obrigação de fazer fungível, tudo confirmado pelo Novo Código de Processo Civil.

Ainda no que diz respeito às obrigações de fazer fungíveis, o art. 818 do CPC/2015 enuncia que, realizada a prestação, o juiz ouvirá as partes no prazo de dez dias. Não havendo qualquer impugnação, considerará satisfeita a obrigação. Caso haja impugnação, o juiz a decidirá. O preceito equivale ao art. 635 do CPC/1973, que não foi objeto de qualquer modificação anterior.

Porém, se o terceiro contratado não realizar a prestação no prazo ou se a fizer de modo incompleto ou defeituoso, poderá o exequente requerer ao juiz, no prazo de 15 dias, que o autorize a concluí-la ou a repará-la à custa do contratante. Ouvido o contratante no prazo de 15 dias, o juiz mandará avaliar o custo das despesas necessárias e o condenará a pagá-lo. Essas são as premissas firmadas pelo art. 819 do Novo CPC, equivalente ao art. 636 do antigo CPC, com pequenas modificações. *Primeiro*, o prazo para o pleito pelo exequente foi aumentado de 10 para 15 dias. *Segundo*, o lapso para oitiva do contratante igualmente foi modificado, de 5 para 15 dias. A uniformização de prazos vem em boa hora, tendo em vista o contraditório e a paridade de armas processuais.

Encerrando o tratamento específico das obrigações de fazer, estatui o novo art. 821 do *Codex* que, na obrigação de fazer, quando se convencionar que o executado a satisfaça pessoalmente, o exequente poderá requerer ao juiz que lhe assine prazo para cumpri-la. Em havendo recusa ou mora do executado, a sua obrigação pessoal será convertida em perdas e danos, caso em que se observará o procedimento de execução por quantia certa. Trata-se de regra de cumprimento pessoal das obrigações infungíveis, mera repetição do art. 638 do CPC/1973.

Partindo para as obrigações de não fazer, estas são as únicas obrigações negativas admitidas pela teoria geral das obrigações, tendo como objeto a abstenção de uma conduta. Por tal razão, presente o inadimplemento, a regra do art. 390 da codificação material merece aplicação, pela qual, "nas obrigações negativas, o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster". O que se percebe é que o descumprimento da obrigação negativa se dá quando o ato é praticado; ao contrário das obrigações positivas (dar ou fazer), em que o inadimplemento ocorre quando o ato não é praticado.

A obrigação de não fazer é quase sempre infungível, personalíssima (*intuitu personae*), sendo também predominantemente indivisível pela sua natureza, nos termos do art. 258 do Código Civil. Se o adimplemento da obrigação de não fazer tornar-se impossível sem culpa genérica do devedor, será resolvida e extinta, o mesmo ocorrendo nas situações envolvendo o caso fortuito e a força maior, como regra (art. 250 do CC/2002).

A obrigação de não fazer pode ter origem legal ou convencional. Relativamente à obrigação de não fazer de origem legal, exemplifica-se com o caso do proprietário de imóvel que tem o dever de não construir até certa distância do terreno vizinho (arts. 1.301 e 1.303 do CC/2002). Como concretização de obrigação de não fazer de origem convencional, cite-se o caso de um ex-

empregado que celebra com a empresa ex-empregadora um *contrato de sigilo industrial* por ter sido contratado pelo concorrente (*secret agreement*).

Prevê o art. 251, *caput*, do CC/2002 que, praticado o ato pelo devedor, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado as perdas e danos. Se for praticado o ato vedado pelo compromisso de abstenção, o credor pode exigir que ele seja desfeito, caso haja culpa em sentido amplo do devedor. Para tanto, poderá ingressar com ação de obrigação de não fazer, requerendo a fixação de preceito cominatório, ou *astreintes* (art. 814 do CPC/2015, art. 461 do CPC/1973 e art. 84 do CDC). Eventualmente, a pedido do credor e havendo culpa do devedor, a obrigação de não fazer poderá ser convertida em obrigação de dar coisa certa, no caso, em obrigação de arcar com perdas e danos.

No que diz respeito às outras regras específicas instrumentais das obrigações negativas, os arts. 822 e 823 do Novo CPC reproduzem os arts. 642 e 643 do antigo CPC. Nos termos da primeira norma emergente, se o executado praticou ato a cuja abstenção estava obrigado pela lei ou pelo contrato, o exequente requererá ao juiz que assine prazo ao executado para desfazê-lo. Conforme o art. 823 do CPC/2015, em havendo recusa ou mora do executado, o exequente pleiteará ao juiz que mande desfazer o ato à custa daquele, que responderá por perdas e danos. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos, hipótese em que, após a liquidação, se observará o procedimento de execução por quantia certa. Em outras palavras, a obrigação de não fazer é convertida em obrigação de dar perdas e danos, o que é projeção material do *caput* do art. 251 do CC/2002.

Não se pode esquecer que enuncia o parágrafo único do art. 251 da codificação material privada que, "em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido". Como se vê, a *autotutela civil* também está prevista para a obrigação de não fazer, na tendência confirmada pelo Novo Código de Processo Civil. Todavia, o aplicador do Direito deve ser mais cauteloso em relação a esse dispositivo, eis que o texto pode gerar excessos, tendo em vista a utilização das expressões *desfazer* ou *mandar desfazer* para uma obrigação que é infungível. Não se olvide que abusos também podem estar presentes no exercício da autotutela das obrigações de fazer fungíveis, mas com menor gravidade, por conta da possibilidade de cumprimento por terceiro. Em todas as situações, repise-se que servem como parâmetros para a configuração do abuso de direito o fim social ou econômico, a boa-fé e os bons costumes, que constam do art. 187 do Código Civil.

A propósito de eventuais excessos, veja-se o exemplo sobre a obrigação de não fazer de origem legal, relativa ao direito de vizinhança. Tendo sido feita a construção pelo vizinho, o proprietário prejudicado, independentemente de permissão judicial, estará autorizado pela lei a demolir o prédio construído irregularmente. Quanto ao exemplo citado sobre obrigação de não fazer de origem convencional, caso o ex-empregado revele dados com os quais se

comprometeu a não divulgar, o credor poderá utilizar-se de meios próprios para *calar* o primeiro. Como isso pode ser efetivado pela *autotutela* sem que abusos estejam presentes?

Exposto esse tratamento, como visto, o Novo CPC trata da classificação das obrigações quanto à prestação na seção relativa ao "Julgamento das Ações Relativas às Prestações de Fazer, de não Fazer e de Entregar Coisa", tópico que é inovação na Norma Processual.

Nesse contexto, prescreve o art. 497 do Novo CPC que, na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. Esse dispositivo é projeção geral do art. 461 do CPC/1973, com alterações realizadas no ano de 1994, tratando da tutela específica para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

Seguindo o modelo inaugurado pela Lei 10.444/2002, que introduziu no antigo Código de Processo Civil o art. 461-A, a norma processual de 2015 confirma a viabilidade de medidas de tutela específica nas *obrigações de dar coisa certa*, ou *obrigações específicas*. Em tais obrigações positivas, o devedor se obriga a dar uma coisa individualizada, móvel ou imóvel, cujas características foram acertadas pelas partes, geralmente em um instrumento negocial. Na compra e venda, por exemplo, o devedor da coisa é o vendedor; e o credor, o comprador. Consigne-se que, nas obrigações de dar coisa certa, o credor não é obrigado a receber outra coisa, ainda que mais valiosa, consoante prevê o art. 313 do Código Civil de 2002, velha aplicação da máxima romana *nemo aliud pro alio invito creditore solvere potest*. Assim, conforme o art. 498, *caput*, do Novo CPC, 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.

Como não poderia ser diferente, não existe a mesma opção nos casos de obrigações positivas genéricas ou de dar coisa incerta, aquelas que são indicadas pelo gênero e pela quantidade, havendo a necessidade de uma escolha – em regra, pelo devedor – para a determinação do objeto obrigacional (arts. 243 e 244 do CC/2002). Isso porque o gênero não perece, conforme a máxima *genus non perit*, não podendo o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, mesmo em decorrência de caso fortuito ou de força maior (art. 246 do CC/2002). Em outras palavras, não há inadimplemento de obrigações genéricas, o que gera a impossibilidade de se exigir a tutela específica. Nessa linha, dispõe o parágrafo único do art. 498 do CPC/2015 que, tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor ou credor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, o que é a exceção do Direito material. Porém, se a escolha couber ao réu ou devedor, o que é a regra do art. 244 do CC/2002, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. Em outras palavras, somente cabe a tutela específica quando a obrigação genérica transforma-se em

específica, hipótese em que se cogita o inadimplemento obrigacional.

Confirmando o princípio da conservação negocial, com relação íntima com a função social dos pactos, prescreve o art. 499 do CPC/2015 que a obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Em suma, a regra deve ser o cumprimento daquilo que foi convencionado, valorizando-se a autonomia privada, na linha do que outrora constava no § 1º do art. 461 do CPC/1973.

Também confirmando regra do art. 461 do CPC/1973, agora do seu § 2º, enuncia o art. 500 do CPC/2015 que a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação. Em outras palavras, as perdas e danos são plenamente cumuláveis com as *astreintes*. Porém, como visto, em havendo excesso na fixação das últimas, sempre caberá a sua redução.

Por fim, quanto ao julgamento das ações que dizem respeito à classificação tripartida das obrigações, o art. 501 do CPC/2015 preceitua que, na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida. Do ponto de vista processual, não há novidade no preceito, correspondendo ao art. 466-A do CPC/1973, incluído pela Lei 11.232/2005, com a seguinte dicção: "Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida".

Feitas tais considerações, o Novo CPC traz consequências fulcrais para as obrigações solidárias, o que deve ser analisado tendo em vista a *proposta dialogal* deste livro. As obrigações solidárias importam muito ao mundo jurídico, particularmente ao Direito Obrigacional e Contratual, eis que têm grande relevância prática. Por uma questão lógica, o seu estudo interessa e somente é pertinente quando houver pluralidade de credores e/ou de devedores (*obrigações compostas subjetivas*).

Em sintonia com o princípio da operabilidade, um dos baluartes da codificação material de 2002, no sentido de simplicidade ou facilitação, prevê o art. 264 do Código Civil que há solidariedade quando na mesma obrigação concorrer mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito ou obrigado à dívida toda. Dessa forma, na obrigação solidária ativa, qualquer um dos credores pode exigir a obrigação por inteiro. Na obrigação solidária passiva, a dívida pode ser paga por qualquer um dos devedores. Em outras palavras, todas as partes, sejam elas credoras ou devedoras, são tratadas como se fossem uma só (*in solidum*).

O art. 265 do CC/2002, repetindo a tão conhecida regra do art. 896 do CC/1916, enuncia que a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes. Assim, continua vigente a regra pela qual a solidariedade contratual não pode ser presumida, devendo resultar da lei (*solidariedade legal*)

ou da vontade das partes (*solidariedade convencional ou voluntária*). Muito importante apontar que a solidariedade prevista nesse preceito é a de *natureza obrigacional* e relacionada com a responsabilidade civil contratual, que não se confunde com aquela advinda da responsabilidade civil extracontratual ou *aquiliana*.

A última solidariedade está tratada pelo art. 942, parágrafo único, da lei material privada, pelo qual, "são solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932". Cumpre ainda assinalar que a solidariedade obrigacional constitui regra no Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do que ocorre na atual codificação civil, em que é exceção. Consta do art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.078/1990 que, "tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo". Esse comando consumerista, segundo doutrina especializada, traz uma presunção de solidariedade contratual.[4]

No Novo CPC, uma primeira regra a ser pontuada quanto às obrigações solidárias está no seu art. 1.005, pelo qual o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses. Porém, conforme o seu parágrafo, em havendo solidariedade passiva, entre devedores, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns. Como defesas comuns, de cunho material, podem ser citados o pagamento direto ou indireto da obrigação e a prescrição.

Além dessa regra, a Norma Instrumental emergente continua a estabelecer que caberá o chamamento ao processo nas hipóteses de solidariedade, como constava do art. 77, inciso III, do CPC/1973. A norma foi repetida pelo art. 130, inciso III, do CPC/2015, *in verbis*: "é admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu: (...) III – dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum".

Como outro importante *diálogo* com o direito material, continua tendo aplicação o teor do Enunciado n. 351 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, realizada em 2006, segundo o qual: "A renúncia à solidariedade em favor de determinado devedor afasta a hipótese de seu chamamento ao processo". A renúncia à solidariedade está tratada pelo art. 282 da codificação material, estabelecendo o seu *caput* que "O credor pode renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns ou de todos os devedores". Consigne-se que a expressão *renúncia à solidariedade* pode ser utilizada como sinônimo de *exoneração da solidariedade*.

A renúncia é um ato jurídico *stricto sensu*, em que o sujeito ativo de um direito dele abre mão, de forma expressa, sem a necessidade de aceitação expressa ou tácita da outra parte. Nesse ponto, a renúncia já se diferencia da remissão ou perdão da dívida, que deve ser aceita pelo devedor, de acordo com o art. 385 do CC/2002.

No entanto, a renúncia à solidariedade também se diferencia da remissão

quanto aos efeitos, conforme reconhece o Enunciado n. 350 do CJF/STJ, aprovado também na *IV Jornada de Direito Civil*, cuja redação é a seguinte: "A renúncia à solidariedade diferencia-se da remissão, em que o devedor fica inteiramente liberado do vínculo obrigacional, inclusive no que tange ao rateio da quota do eventual codevedor insolvente, nos termos do art. 284". Com o fim de demonstrar essa premissa, se A é o credor de uma dívida de R$ 30.000,00, havendo três devedores solidários B, C e D, e renuncia à solidariedade em relação a B, este estará exonerado da solidariedade, mas continua sendo responsável por R$ 10.000,00. Quanto aos demais devedores, por óbvio, continuam respondendo solidariamente pela dívida.

Pois bem, para complementar, o parágrafo único do art. 282 do CC/2002 teve nova redação se comparado com a previsão do parágrafo único do art. 912 do CC/1916, seu correspondente. As diferenças constam do esquema abaixo, com destaques:

Código Civil de 2002	**Código de 19**
"Art. 282. O credor pode renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns	"Art. 912 credor pc renunciar solidarie em favor

ou de todos os devedores.

Parágrafo único. Se o credor exonerar da solidariedade um ou mais devedores, subsistirá a dos demais.”

alguns ou os devedo

Parágrafo único. Se credor ex da solidarie um ou ma devedore **outros só ficará o d de aciona abatendo débito a**

correspo
aos deve
cuja obri
remitiu (
914).”

Como se percebe, o Código Civil atual não menciona mais que haverá abatimento da parte correspondente aos devedores que foram perdoados, eis que a previsão é desnecessária, por se tratar de regra implícita, retirada do art. 284 da atual codificação (correspondente ao art. 914 do CC/1916). Nesse sentido, Maria Helena Diniz continua entendendo que “ao credor, para que se possa demandar os codevedores solidários remanescentes, cumprirá abater no débito o *quantum* alusivo à parte devida pelo que foi liberado da solidariedade”.[5] Contudo, na doutrina contemporânea, há posição em sentido contrário, de Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, que lecionam: “a inovação está no parágrafo único. Pelo sistema do Código de 1916, se o credor exonerasse da solidariedade um ou mais devedores, só poderia acionar os demais, abatendo no débito a parte dos que foram exonerados. Agora, mesmo exonerando um ou mais devedores, poderá o credor acionar os demais devedores pela integralidade da dívida, sem a necessidade de abatimento. Nada obsta, por óbvio, que aqueles que vierem a pagar sozinhos a dívida por inteiro cobrem, posteriormente, as quotas daqueles que foram exonerados”.[6]

A questão é polêmica. Todavia, filia-se à primeira corrente, defendida por Maria Helena Diniz, que é mais justa e em sintonia com a vedação do enriquecimento sem causa. Também alinhada a essa vertente estava a maioria dos juristas que participaram da *IV Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 349 do CJF/STJ: “Com a renúncia à solidariedade quanto a apenas um dos devedores solidários, o credor só poderá cobrar do beneficiado a sua quota na dívida, permanecendo a solidariedade quanto aos demais devedores, abatida do débito a parte correspondente aos beneficiados pela renúncia”. O proponente do enunciado foi José Fernando Simão, professor da Faculdade de Direito da USP. Ilustrando com a conclusão pelo abatimento, no exemplo por último apontado, em que a dívida era de R$ 30.000,00, em havendo três devedores, ocorrendo a renúncia parcial da solidariedade, por parte do credor (A), em relação a um dos devedores (B), os demais somente, C e D, serão

cobrados em R$ 20.000,00, permanecendo em relação a eles a solidariedade.

Em suma, feitas tais explicações de cunho civilista, em havendo a renúncia à solidariedade em favor de um dos devedores, este não poderá ser mais chamado ao processo para responder.

Para encerrar o presente capítulo, outra norma que merece ser comentada é o art. 1.068 do Novo CPC, que deu nova redação ao art. 274 do Código Civil. As duas normas materiais, a anterior e a atual, constam da tabela a seguir:

Art. 274 do Código Civil. Redação dada pelo Novo CPC	**Art. 274 do Código Civil de 2002. Redação original**
"O julgamento contrário a um dos	"O julgamento contrário a

credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer

um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve".

deles”.

O dispositivo já era objeto de críticas por civilistas e processualistas. A primeira parte do comando legal em questão não apresentava problemas, uma vez que se houver, na obrigação solidária ativa, julgamento contrário a um dos credores, este não atinge os demais, que permanecem com os seus direitos incólumes. Essa dedução foi mantida na redação do comando.

Contudo, restavam dúvidas quando o julgamento fosse favorável a um dos credores, hipótese em que existiam dois posicionamentos na doutrina civilista.

Como *primeiro posicionamento*, se um dos credores vencesse a ação, essa decisão atingiria a todos os demais credores, salvo se o devedor tivesse em seu favor alguma exceção pessoal passível de ser invocada a outro credor que não participasse do processo. Desse modo, o devedor não poderia apresentar defesa contra aquele credor que promoveu a demanda, havendo a instituição do regime da extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* (os credores que não participaram do processo apenas podem ser beneficiados com a coisa julgada, mas jamais prejudicados). Esse entendimento constava de obra coletiva coordenada por Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes.[7]

O *segundo posicionamento* era sustentado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que defendiam dois caminhos que poderiam ser percorridos nessas situações: *a)* se o magistrado não acolhesse a defesa e se esta não fosse de natureza pessoal, o julgamento beneficiaria a todos os demais credores; *b)* se o magistrado não acolhesse a defesa e se esta for de natureza pessoal, o julgamento não interferiria no direito dos demais credores.[8]

Apesar dessas duas correntes, havia, na doutrina processualista, uma outra posição, que afirmava que a parte final do art. 274 do CC/2002 não teria qualquer sentido. Isso porque a referida exceção pessoal não existiria a favor do credor, mas somente em relação ao devedor. Nesse sentido, comentava Fredie Didier Jr. que “O julgamento favorável ao credor não pode estar fundado em exceção pessoal, alegação da defesa que é; se assim fosse, a decisão seria desfavorável e, por força da primeira parte do art. 274, não estenderia seus efeitos aos demais credores. Em resumo: não há julgamento favorável fundado em exceção pessoal; quando se acolhe a defesa, julga-se desfavoravelmente o pedido. A parte final do art. 274, se interpretada literalmente, não faz sentido”.[9] Também da doutrina processual, entendia de modo muito similar José Carlos Barbosa Moreira.[10]

Diante desse problema, o processualista baiano apresentava a seguinte solução para o dispositivo: “a) se um dos credores vai a juízo e perde, qualquer

que seja o motivo (acolhimento de exceção comum ou pessoal), essa decisão não tem eficácia em relação aos demais credores; b) se o credor vai a juízo e ganha, essa decisão beneficiará os demais credores, salvo se o(s) devedor(es) tiver(em) exceção pessoal que possa ser oposta a outro credor não participante do processo, pois, em relação àquele que promoveu a demanda, o(s) devedor(es) nada mais pode(m) opor (art. 474 do CPC)".[11] Depois de muito refletir sobre o complexo assunto, este autor passou a pensar dessa forma, posição que inspirou a mudança do comando, o que veio em boa hora.

Para findar o capítulo, consigne-se que essas ideias constavam de proposta de enunciado doutrinário formulada por José Fernando Simão, quando da *IV Jornada de Direito Civil*, realizada em 2006 pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Era o teor da proposição sobre o então criticado art. 274 do CC/2002: "O julgamento favorável a um dos credores solidários aproveita aos demais, sem prejuízo das exceções pessoais que o devedor tenha o direito de invocar em relação a cada um dos cocredores. Como o devedor só pôde opor ao credor solidário demandante as exceções que lhe eram pessoais, poderá oportunamente opor aos demais cocredores as respectivas exceções pessoais". Todavia, por falta de tempo, a proposta, que trazia interessante solução interpretativa, infelizmente, não foi votada. Por bem, o Novo CPC corrigiu o problema, colocando no texto material a ideia constante dessa proposta de enunciado doutrinário.

[1] GUMERATO RAMOS, Glauco. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007. p. 177.

[2] GUMERATO RAMOS, Glauco. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007. p. 179.

[3] GUMERATO RAMOS, Glauco. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007. p. 184.

[4] Por todos: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003. p. 188.

[5] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 307.

[6] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Maria Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 170.

[7] TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 552.

[8] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II, p. 81.

[9] DIDIER JR., Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 76.

[10] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Solidariedade Ativa: Efeitos da Sentença e Coisa Julgada na Ação de Cobrança Proposta por um Único Credor. *Revista do Advogado da AASP*. Homenagem ao Professor José Ignácio Botelho de Mesquita. São Paulo: AASP, 2005. p. 69.

[11] DIDIER JR., Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 76.

DAS REGRAS GERAIS DE RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA INTERAÇÃO COM O DIREITO CIVIL

Seguindo a tradição das Normas Processuais brasileiras, o Código de Processo Civil de 2015 consagra regras gerais relativas à responsabilidade civil patrimonial, que, como sempre, induzem a consequências pontuais para o Direito Civil. O próprio termo *responsabilidade patrimonial* confirma a ideia de que o sistema jurídico brasileiro adotou a *teoria dualista* ou *binária* da obrigação, desenvolvida por Alois Brinz, na Alemanha, no final do século XIX.

Nesse contexto, a superação da antiga *teoria monista* ou *unitária* obrigacional – segundo a qual a obrigação estaria fundada exclusivamente na ideia de prestação – pode ser percebida a partir do estudo dos dois elementos básicos da categoria: o *débito* (do latim *debitum* ou do alemão *Schuld*) e a *responsabilidade* (do latim *obligatio*, do alemão *Haftung*), sobre os quais repousa a *teoria dualista ou binária*. A última visão, mais completa, acaba sendo a mais adequada para explicar o fenômeno contemporâneo obrigacional.

Partindo para as regras processuais emergentes, dispõe o art. 789 do Novo Código de Processo Civil que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei. Seguiu-se, assim, a literalidade do que constava do art. 591 do Código de Processo Civil de 1973. Os dispositivos, o revogado e o emergente, servem para corrigir o equívoco do art. 391 do Código Civil, *in verbis:* "Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor". Obviamente, não são todos os bens do devedor que respondem, presente uma ampla proteção aos bens impenhoráveis, tanto na Norma Geral Processual quanto na legislação extravagante.

Em complemento, determina o art. 790 do Novo *Codex* que são sujeitos à execução os bens: *a)* do sucessor, a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória, entendida a última como a

obrigação que segue a coisa, ambulatória ou *propter rem*; *b)* do sócio, nos termos da lei; *c)* do devedor, ainda que em poder de terceiros; *d)* do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida; *e)* alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução; *f)* cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores; *g)* do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

As duas últimas previsões são novidades na norma processual, não constando do art. 592 do CPC/1973, correspondente ao novo diploma em estudo. Quanto à fraude contra credores, confirma-se a existência de problema relativo ao plano da validade, a gerar a anulação do negócio jurídico, conforme está expressamente do art. 171 do CC/2002. Isso, apesar de resistências, pois, em várias etapas da tramitação do Novo CPC, havia a proposta de inserção de norma prevendo a ineficácia do ato praticado com esse vício social.

Como é cediço, há entendimento doutrinário e jurisprudencial antigo de que o ato praticado em fraude contra credores deve ser tido como ineficaz e não como anulável, sendo o Código Civil Brasileiro de 2002 objeto de críticas por vários estudiosos. Nessa linha, comenta Humberto Theodoro Júnior, em obra com mais de uma década, que "a circunstância de o atual Código repetir *ipsis litteris* o rótulo de anulabilidade aplicado ao negócio em fraude de credores não impede que sua natureza jurídica e seus efeitos práticos sejam, na verdade, os da ineficácia relativa, como antes já demonstramos perante igual texto do vigente Código Civil".[1] Na mesma esteira, entre os civilistas, Carlos Roberto Gonçalves pondera que "o novo Código Civil não adotou, assim, a tese de que se trataria de hipótese de ineficácia relativa do negócio, defendida por ponderável parcela da doutrina, segundo a qual, demonstrada a fraude ao credor, a sentença não anulará a alienação, mas simplesmente, como nos casos de fraude à execução, declarará a ineficácia do ato fraudatório perante o credor, permanecendo o negócio válido entre os contratantes: o executado-alienante e o terceiro adquirente".[2]

Igualmente, Alexandre Freitas Câmara ensina que os defensores da tese pela qual a fraude contra credores gera anulabilidade do negócio jurídico encontram dificuldades em explicar satisfatoriamente o fenômeno, pois "basta pensar no seguinte: nos casos em que se está diante de um ato anulável, a consequência da anulação é a retirada do ato do 'mundo jurídico', retornando-se ao *status quo ante*. Significa isto dizer que, uma vez anulado um ato jurídico, devem as partes retornar ao estado em que se encontravam antes de o mesmo ter sido praticado".[3] Ao final, arremata o jurista: "A fraude contra credores, pois, não é causa de anulabilidade, mas sim de inoponibilidade do ato jurídico. O ato é válido, mas ineficaz em relação ao credor".[4]

Pensamos que tem certa razão essa corrente doutrinária, uma vez que alguns problemas práticos surgem ao se reconhecer a anulabilidade do negócio praticado em fraude contra credores. Uma questão que merece destaque é que,

com a anulação, o bem volta para o patrimônio do devedor que agiu com fraude, o que não representa que o credor que promoveu a ação anulatória irá conseguir a satisfação patrimonial, pois se abre um concurso de credores em relação ao bem transmitido. Nesse sentido, não deixa dúvidas o art. 165 do Código Civil, segundo o qual, anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre o qual se tenha de efetuar o concurso de credores.

Em suma, podem surgir hipóteses em que a *pessoa ganha*, *mas não leva*, o que deve ser evitado pelo Direito, pela necessária busca da Justiça. Anote-se que, não obstante a lei prever expressamente a solução de anulabilidade, alguns julgados anteriores seguem a tese ora exposta, considerando o ato como meramente ineficaz (por todos, ver julgado publicado no recente *Informativo* n. *467* do STJ, de março de 2011: REsp 971.884/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.03.2011).

Todavia, frise-se que a lei é clara ao prescrever que o negócio é eivado pela anulabilidade, o que foi confirmado pela Nova Norma Processual, e assim deve ser considerado, como entendimento majoritário e agora consolidado pela legislação emergente, até porque tantos outros julgados seguem o caminho expresso na lei, qual seja a invalidade (ver, por todos: STJ, REsp 710.810/RS, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.02.2008, *DJe* 10.03.2008).

Como temos sustentado em aulas e exposições, cabe ao legislador fazer a opção pela invalidade e ineficácia do ato ou negócio jurídico e, no caso, o Código de Processo Civil de 2015 adotou o primeiro caminho, pela nulidade relativa ou anulabilidade. Se tivesse utilizado o termo *ineficácia*, como queriam alguns juristas, um sério problema de conflito de normas estaria formado, especialmente tendo em vista o tratamento no Código Civil. De qualquer modo, *de lege ferenda*, o tema pode ser debatido, para reforma tanto do Código Civil quanto do agora Novo Código de Processo Civil.

Feitas tais considerações, consigne-se que a outra inserção no art. 790 do CPC/2015 diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica que, como visto, passou a ser tratada pela Norma Processual, com um incidente próprio, abordado em outro item desta obra, para onde remetemos aqueles que pretendam aprofundar o assunto (Capítulo 2).

Como outra novidade, passa o Código de Processo Civil a estabelecer, no seu art. 791, *caput*, que, se a execução tiver por objeto obrigação de que seja sujeito passivo o proprietário de terreno submetido ao regime do direito de superfície, ou o superficiário, responderá pela dívida, exclusivamente, o direito real do qual é titular o executado, recaindo a penhora ou outros atos de constrição exclusivamente sobre o terreno, no primeiro caso, ou sobre a construção ou a plantação, na segunda hipótese. A novidade instrumental reside no fato de o Código Civil de 2002 ter tratado desse direito real entre os seus arts. 1.369 a 1.377, seguindo o exemplo do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001, arts. 21 a 24).

O direito real de superfície surgiu para substituir a enfiteuse, banida pela nova codificação civil, nos termos do art. 2.038 do CC/2002 ("Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores. § 1º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso: I – cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações; II – constituir subenfiteuse. § 2º A enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial"). Em suma, nota-se que estão mantidas apenas as enfiteuses anteriores, sendo vedada a estipulação de novas.

Quando do surgimento do instituto, apontava-se que a superfície seria bem mais vantajosa do que a enfiteuse, pelas diferenças marcantes entre elas. *Primeiro*, porque a superfície pode ser gratuita ou onerosa, enquanto a enfiteuse era sempre onerosa. *Segundo*, pois a superfície é temporária ou não, enquanto a enfiteuse é necessariamente perpétua, o que era uma grande desvantagem, pois a perpetuidade não é mais marca dos novos tempos. De toda sorte, até a presente data, passados mais de dez anos da vigência do CC/2002, a superfície não teve a concreção que se esperava, na opinião deste autor e tendo em vista a sua vivência prática. Assim, duvida-se da eficácia da nova norma processual.

De qualquer maneira, a *penhora fracionada*, tratada pelo novo art. 791 do CPC/2015, justifica-se, eis que a superfície é o instituto real pelo qual o proprietário concede a outrem, por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente, o direito de construir ou plantar em seu terreno. Tal direito real de gozo ou fruição recai sempre sobre bens imóveis, mediante escritura pública, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.369 do CC/2002).

Como define Ricardo Pereira Lira, grande estudioso do assunto, o direito de superfície é um "direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter a construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio, é a propriedade – separada do solo – dessa plantação ou construção, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente".[5] Ou, ainda, como quer Rodrigo Reis Mazzei: "o direito de superfície pode ser conceituado como direito real complexo e autônomo, de ter temporariamente construção e/ou plantação em imóvel alheio, conferindo ao titular os poderes de uso, gozo e disposição sobre os implantes".[6]

Trata-se do mais amplo dos direitos reais de gozo ou fruição, em que figuram como partes: *a)* o *proprietário*, também denominado *fundieiro*, aquele que cede o uso do bem imóvel para outrem e tem o domínio da coisa; e *b)* o *superficiário*, pessoa que recebe o imóvel, a fim de efetivar a construção ou plantação, tendo os atributos de uso e gozo. Nesse contexto, observa-se, na superfície, a divisão de dois patrimônios distintos entre as partes, sobre os quais recaem encargos e ônus autônomos. Nessa linha, o Enunciado n. 321 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, assim dispõe: "Os direitos e obrigações vinculados

ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um de seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel". Por essa estrutura interna, reafirme-se, a penhora deve ser fracionada, de acordo com os patrimônios correspondentes.

Voltando ao preceito processual que surge, também diante dessa divisão patrimonial, estabelece § 1º do art. 791 do CPC/2015 que os atos de constrição sobre os patrimônios distintos na superfície serão averbados separadamente na matrícula do imóvel. Devem constar, para os devidos fins registrais, a identificação do executado, do valor do crédito e do objeto sobre o qual recai o gravame. Deve também o oficial do registro imobiliário destacar o bem que responde pela dívida – se o terreno, a construção ou a plantação –, de modo a assegurar a publicidade da responsabilidade patrimonial de cada um deles, pelas dívidas e obrigações que a eles estão vinculadas.

Para as enfiteuses que ainda persistem, anteriores ao Código Civil de 2002, determina o § 2º do mesmo art. 791 do CPC/2015 a aplicação, no que couber, desse mesmo regime de *penhora fracionada*, conforme os patrimônios que são formados. Vale lembrar que o conceito de enfiteuse é retirado do art. 678 do Código Civil de 1916, aplicável à espécie, segundo o qual há enfiteuse, aforamento ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outro o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa que o adquire e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável. Diante das poucas enfiteuses que ainda restam, não há dúvidas de que o comando tem reduzida aplicação concreta.

Nos termos do mesmo art. 791, § 2º, do CPC/2015, a *penhora fracionada*, de acordo com a divisão dos bens, também tem incidência para a concessão de uso especial para fins de moradia e para a concessão de direito real de uso, novos direitos reais incluídos nos incisos XI e XII do art. 1.225 do Código Civil, pela Lei 11.481/2007. Tais direitos reais referem-se a áreas públicas, geralmente invadidas e *urbanizadas* por favelas. Houve um claro intuito de *regularização jurídica* das áreas favelizadas, dentro da política de reforma urbana, para que a situação de *antidireito* passe a ser tratada pelo Direito.

Anote-se que a *concessão real de uso* constava dos arts. 7º e 8º do Decreto-lei 271/1967 com as alterações da Lei 11.481/2007. Enuncia a primeira norma que "é instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas".

Por seu turno, a *concessão de uso para fins de moradia* está tratada pela Medida Provisória 2.220/2001, que ainda continua em tramitação formal no Congresso Nacional. Dispõe a Medida Provisória em seu art. 1º que "aquele que,

até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural".

Nos dois casos, deve ficar bem claro que os institutos constituem alternativas de regularização fundiária possível, eis que não se pode adquirir as citadas áreas públicas por usucapião (arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da CF/1988). Espera-se, por questão de justiça e democrática distribuição das terras, que as categorias tenham a efetiva concreção prática, o que ainda é muito tímido até o presente momento, na nossa visão.

Comentado o art. 791 do Código de Processo Civil emergente, o seu dispositivo posterior procurou aperfeiçoar o tratamento da fraude à execução, na linha do que caminhou a doutrina e a jurisprudência. Dessa forma, conforme o novo art. 792 do CPC/2015, considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bem realizada em *cinco variantes* possíveis, sabendo-se que o art. 593 do CPC/1973 previa três hipóteses.

A primeira situação, já tratada no sistema anterior, diz respeito à hipótese de pendência de ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver. Como ação fundada em direito real, o que não é novidade, entenda-se aquela que tem esteio em um dos direitos previstos no art. 1.225 do Código Civil, a saber: *a)* propriedade; *b)* superfície; *c)* servidões, *d)* usufruto; *e)* uso; *f)* habitação; *g)* direito do promitente comprador do imóvel (compromisso de compra e venda registrado na matrícula do imóvel); *h)* penhor; *i)* hipoteca; *j)* anticrese; *k)* concessão de uso especial para fins de moradia; e *l)* a concessão de direito real de uso. Apesar da falta de menção, a ação fundada em alienação fiduciária em garantia, direito real de garantia sobre coisa própria, tem o mesmo efeito. Como temos sustentado, o rol dos direitos reais previsto no citado diploma material é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), havendo outros direitos reais previstos em leis especiais. Em suma, não há mais *taxatividade* dos direitos reais na codificação, mas sim *tipicidade*, com a necessidade de regulamentação legal. Relembre-se que a alienação fiduciária em garantia é regulada pela Lei 9.514/1997 – para os bens imóveis – e pelo Decreto-lei 911/1969 – para os bens móveis.

Sem dúvidas, será debatido se o compromisso de compra e venda não registrado na matrícula tem o condão de gerar a configuração da fraude à execução, no caso de alienação do imóvel. O presente autor entende que sim, pela tendência de aproximação, quanto aos seus efeitos, do compromisso de compra não registrado àquele que é registrado na matrícula. Nesse sentido, aliás, cite-se a antiga Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, que há muito tempo reconhece ao titular desse direito obrigacional a permissão para ingressar com embargos de terceiro, tendo a ementa a seguinte dicção: "é admissível a

oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro". Adotando exatamente a tese por nós seguida, da recente jurisprudência paulista, a ser mantida na emergência do Novo CPC: "A transferência do bem imóvel, cujos direitos advindos de compromisso de compra e venda não registrado foram anteriormente penhorados, porque reduz a garantia patrimonial do executado, pode caracterizar fraude à execução, consoante a previsão contida no art. 593 do Código de Processo Civil. Recurso provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 2126309-47.2014.8.26.0000, Acórdão 8098042, Campinas, Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Itamar Gaino, j. 15.12.2014, *DJESP* 19.12.2014).

Pois bem, a inovação do tratamento do art. 792, inciso I, do Novo CPC diz respeito à existência de ação reipersecutória para a configuração da fraude à execução, aquela que visa à tomada do bem diante da presença de uma obrigação ambulatória ou *propter rem* (própria da coisa). A título de exemplo, pode ser citada uma ação de cobrança de dívidas condominiais, típica obrigação dessa natureza pela regra do art. 1.345 do Código Civil, *in verbis*: "O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios".

Outra previsão que representa novidade na lei é a do inciso II do diploma em estudo, segundo o qual caracteriza fraude à execução a alienação ou a oneração de bem imóvel realizada quando tiver sido averbada, em seu registro, a pendência do processo de execução. O dispositivo representa projeção do que era reconhecido pela jurisprudência, consolidado na Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, prevendo que "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente". Como é notório, por conta dessa sumular houve um *giro de cento e oitenta graus* quanto ao posicionamento prático sobre o tema. Isso porque, existindo fraude à execução, sempre se entendeu não haver necessidade de prova do conluio fraudulento entre os envolvidos, presente uma presunção absoluta ou *iure et de iure* da sua configuração. Pela ementa destacada, passou-se a entender que a má-fé não poderia ser presumida, sendo necessária a sua prova.

Tal posição foi confirmada por recente acórdão publicado no *Informativo* n. *552* do Superior Tribunal de Justiça, em incidente de recursos repetitivos e pela sua Corte Especial, nos seguintes termos: "No que diz respeito à fraude de execução, definiu-se que: (i) é indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC; (ii) o reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula 375/STJ); (iii) a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume, a má-fé se prova; (iv) inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à

insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC; e (v) conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo. De início, deve prevalecer a posição majoritariamente adotada por este Tribunal ao longo do tempo, a qual exige a citação válida como pressuposto para caracterização da fraude de execução (AgRg no REsp 316.905/SP, Quarta Turma, *DJe* 18.12.2008; e REsp 418.109/SP, Terceira Turma, *DJ* 02.09.2002). Quanto ao ônus da prova da intenção do terceiro adquirente, não é razoável adotar entendimento que privilegie a inversão de um princípio geral de direito universalmente aceito, o da presunção da boa-fé, sendo mesmo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. A propósito, ensina a doutrina que, para o terceiro, é perfeitamente possível admitir que tenha adquirido o bem alienado pelo litigante ignorando a existência do processo e do prejuízo que este veio a sofrer. Vale dizer: é possível que tenha agido de boa-fé, e à ordem jurídica, em princípio, não interessa desprezar a boa-fé. Ademais, o STJ também já se posicionou no sentido de que 'não tendo o registro imobiliário recebido a notícia da existência da ação, a presunção de licitude da alienação milita em favor do comprador. Entendimento contrário geraria intranquilidade nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico, e atingiria a mais não poder a confiabilidade nos registros públicos' (REsp 113.871/DF, Quarta Turma, *DJ* 15.09.1997)" (STJ, REsp 956.943/PR, Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 20.08.2014). Ao presente autor parece que o art. 792, inciso II, do CPC/2015 somente confirma o entendimento resumido na ementa de publicação.

Pontue-se, ato contínuo, que na mesma linha foi convertida em lei, ao início de 2015, a Medida Provisória 656/2014, que tratava do assunto. Nos termos do art. 54 da novel Lei 13.097, de 19.01.2015, os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: *a)* registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias*; b)* averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos da lei processual vigente; *c)* averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e *d)* averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, caracterizando justamente a fraude à execução.

Em complemento, conforme o seu parágrafo único, não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados os arts. 129 e 130 da Nova Lei de Falências, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Além disso, a alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada na matrícula, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia. Todavia, os eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor (art. 55 da Lei 13.097/2015).

Constata-se que o Novo Código de Processo Civil surge com a sistemática dessa norma em vigor, devendo com ela *dialogar*, o que é plenamente possível, pois ambas adotam as mesmas premissas a respeito da boa-fé. Em resumo, acreditamos que intensas serão as interações entre os dois diplomas no futuro.

A propósito, no mesmo sentido, a terceira hipótese em que se verifica a fraude à execução, nos termos do CPC/2015, dá-se quando tiver sido averbada, no registro do imóvel alienado, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo no qual foi arguida a fraude. A hipoteca judiciária está tratada no art. 495 do mesmo Estatuto Processual de 2015, preceituando a norma que "A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária".

Pontue-se que, apesar de a hipoteca judiciária estar tratada anteriormente no art. 466-B do CPC/1973, não havia, na lei, expressa correlação com a fraude à execução, o que vem em boa hora. Tanto isso é verdade que o novo § 1º do art. 495 do CPC/2015 enuncia que a decisão produz a hipoteca judiciária, embora a condenação seja genérica, ainda que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor e mesmo que essa hipoteca seja impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo.

Voltando às situações em que se configura a fraude à execução, o inciso IV do art. 792 do CPC/2015 estabelece sua caracterização quando, ao tempo da alienação ou oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência. Aqui não houve inovação, sendo esse o sentido do art. 593, inciso II, do CPC/1973, configurando a situação clássica do instituto. Todavia, continua sendo válida a crítica pela qual não é a ação que é capaz de reduzir o devedor à insolvência, mas a alienação realizada em fraude, aspecto bem observado por Daniel Amorim Assumpção Neves.[7] Em complemento, como expõe Alexandre Freitas Câmara, apesar da expressão utilizada pelo dispositivo processual, "pouco importa se a demanda era ou não capaz de tornar o devedor insolvente. A insolvência deve ser resultado do ato de alienação ou oneração realizada no curso do processo para que seja considerada em fraude de execução".[8]

Como quinta e última hipótese, o art. 792 do CPC/2015 prevê que a fraude à execução estará configurada nos demais casos expressos em lei. Continua

podendo ser citada, com exemplo, dentre outros, a hipótese do art. 185 do Código Tributário Nacional, com a seguinte dicção: "presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa". Como se percebe, continua prevista uma *cláusula geral* para preenchimento de novas situações tipificadas de fraude, inclusive pelas legislações futuras.

Analisadas as situações caracterizadoras de fraude à execução, o § 1º do art. 792 do CPC/2015, outra previsão inédita, estatui que a alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente. Na verdade, o dispositivo somente confirma a consequência que era apontada pela doutrina e pela jurisprudência com unanimidade. Agora não paira qualquer dúvida quanto à solução do problema no plano da eficácia.

Ademais, o § 2º do mesmo art. 792 do CPC/2015 prescreve, também como inovação legislativa, que, no caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem. Apesar da presunção de boa-fé do terceiro adquirente de bens móveis, na esteira da Súmula 375 do STJ – antes citada –, caberá a este provar a máxima diligência na aquisição de bens. Sem dúvidas que a nova previsão acaba por mitigar o teor sumular, invertendo o ônus da prova, pois antes cabia ao prejudicado a prova da má-fé.

Como visto, nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, reconhecida no incidente aqui antes estudado, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar (art. 792, § 3º, do CPC/2015). Finalizando, também sem previsão expressa no sistema anterior, antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 dias (art. 792, § 4º, do CPC/2015).

Expostas e analisadas as regras quanto à fraude à execução, continuam vigentes as antigas diferenças expostas no que se refere à fraude contra credores, vício social do negócio jurídico. Interessante, dentro da proposta desta obra, repisar tais diferenciações.

Inicialmente, a fraude contra credores constitui instituto de Direito Civil, estudada no âmbito da teoria geral do negócio jurídico, objeto da Parte Geral do Código Civil. Por outro lado, a fraude à execução é categoria do Direito Processual Civil, abordada no tópico relativo à responsabilidade patrimonial, que ora se estuda.

Na fraude contra credores, é necessária uma ação específica, a ação anulatória de negócio jurídico, denominada de *ação pauliana*, diante de sua origem romana. Na fraude à execução, não há necessidade de o credor promover *ação pauliana*, uma vez que o ato não é anulável, mas ineficaz perante a ação de execução ou a ação condenatória. Portanto, a alienação ocorrida em

fraude à execução pode ser declarada ineficaz e reconhecida no próprio processo de execução mediante simples requerimento da parte lesada. Os bens penhorados podem, como regra, ser vendidos desde que o comprador tenha ciência e aceite o fato da penhora. Contudo, independentemente dessa venda, os bens penhorados continuam gravados e vinculados ao processo de execução.

Na fraude contra credores, há um atentando à parte, envolvendo esta a ordem privada, ou seja, um interesse particular. Na fraude à execução, está presente um ato atentatório contra a dignidade da justiça, envolvendo ordem pública. Como decorrência natural dessa diferenciação, a fraude contra credores não pode ser conhecida de ofício pelo juiz, eis que o art. 177 do Código Civil é claro no sentido de que a anulabilidade não se pronuncia *ex officio*. Por outra via, o juiz, tendo conhecimento, pode declarar a fraude à execução, independentemente da alegação da parte. Nessa trilha, conforme recente aresto superior, "como é o patrimônio do devedor que garante suas dívidas, caracteriza fraude à execução a disponibilidade de bens pelo demandado, após a citação, que resulte em sua insolvência, frustrando a atuação da Justiça, podendo ser pronunciada incidentalmente nos autos da execução, de ofício ou a requerimento do credor prejudicado, sem necessidade de ajuizamento de ação própria" (STJ, REsp 1.252.353/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.05.2013, *DJe* 21.06.2013).

Por derradeiro quanto às diferenças entre a fraude contra credores e a fraude à execução, a sentença da *ação pauliana* é constitutiva negativa, ou seja, anulatória, sujeita a um prazo decadencial de quatro anos, a contar da realização do ato, previsto no art. 178 do Código Civil. A fraude contra credores envolve o plano da validade do negócio jurídico. Por outra linha, na fraude à execução, a decisão que a reconhece tem natureza declaratória, podendo ser pleiteada a qualquer tempo, sem prazo específico. A última categoria processual, não deixa mais dúvidas o Novo CPC, envolve o plano da eficácia do ato praticado.

Seguindo no estudo dos demais preceitos do Estatuto Processual emergente, sem qualquer novidade, prevê o seu art. 793 que o exequente que estiver, por direito de retenção, na posse de coisa pertencente ao devedor não poderá promover a execução sobre outros bens senão depois de excutida a coisa que se achar em seu poder. O diploma é reprodução do art. 594 do CPC de 1973. Continua servindo como exemplo a hipótese do locatário, que tendo título executivo, exerce o direito de retenção por benfeitorias necessárias e úteis, como possuidor de boa-fé, consoante o art. 1.219 do Código Civil Brasileiro, *in verbis:* "O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder, sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis". Continua servindo igualmente como concretização da norma a premissa, retirada de antigo julgamento do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, "é direito do executado ver excutidos em primeiro lugar os bens dados em penhor (arts. 594 e 655, § 2º, CPC)" (STJ, REsp 8.453/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo

Teixeira, j. 16.03.1992, *DJ* 03.08.1992, p. 11.320).

O Novo Código de Processo Civil continua a prever, agora no seu art. 794, que o fiador, quando executado, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens do devedor situados na mesma Comarca, livres e desembargados, indicando-os pormenorizadamente à penhora. Os bens do fiador ficarão sujeitos à execução se os do devedor, situados na mesma Comarca que os seus, forem insuficientes à satisfação do direito do credor (§ 1º do art. 794). O fiador que pagar a dívida poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo (§ 2º do art. 794). O benefício de ordem, previsto na cabeça do diploma, não se aplica se o fiador houver a ele renunciado (§ 3º do art. 794). Somente o último parágrafo é novidade, pois todas as outras regras já constavam do art. 595 do CPC/1973.

O que se verifica é que o Novo CPC somente confirmou os efeitos fundamentais relativos à fiança previstos no Código Civil de 2002. Como é notório, pela fiança, o fiador garante satisfazer perante o credor uma obrigação assumida por terceiro. Essa é a ideia do art. 818 do CC/2002, que confirma a existência de uma responsabilidade (*Haftung* ou *obligatio*) sem que haja dívida (*Schuld* ou *debitum*), confirmando a teoria dualista da obrigação.

Pelos sistemas civil e processual fica claro que o fiador não é devedor solidário, mas subsidiário, como regra geral. Isso porque tem a seu favor o chamado *benefício de ordem* ou *de excussão*, pelo qual será primeiro demandado o devedor principal. Prevê o art. 827 do CC/2002, na mesma linha do art. 794 do Novo CPC, que "O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor". O fiador que alega o benefício de ordem deve nomear bens livres e desembargados do devedor principal que bastem para a satisfação da dívida, localizados no mesmo município onde corre a sua cobrança (parágrafo único do art. 827 do CC/2002).

No entanto, como exceções, o art. 828 do Código Civil em vigor consagra hipóteses em que o fiador não poderá alegar o benefício de ordem, a saber: *a)* se ele o renunciou expressamente; *b)* se se obrigou como principal pagador ou devedor solidário; e *c)* se o devedor for insolvente ou falido. Como se pode aduzir, as hipóteses dos incisos I e II são casos em que o fiador abre mão, por força de previsão no contrato, do direito de alegar um benefício que a lei lhe faculta. Justamente porque o fiador está renunciando a um direito que lhe é inerente, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado enunciado doutrinário prevendo que a renúncia ao benefício de ordem será nula quando inserida em contrato de adesão (Enunciado n. 364 do CJF/STJ). O enunciado representa aplicação do art. 424 do Código Civil, segundo o qual, nos contratos de adesão, serão nulas de pleno direito as cláusulas que implicam a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Pontue-se que esse enunciado doutrinário tem muito prestígio na doutrina, mas não tanto na jurisprudência. Todavia, demonstrando uma tendência de

mudança de pensamento dos magistrados, especialmente nas fianças locatícias, colaciona-se:

"Cláusula abusiva relativa à fiança. Art. 424 do Código Civil. Pretensão de reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais. Pretensão dos apelantes de que seja reconhecida a nulidade da cláusula que previa a renúncia dos fiadores aos benefícios previstos no ordenamento civil, de que o réu seja impedido de efetuar a cobrança dos valores junto aos fiadores enquanto não esgotadas as tentativas de satisfação do crédito perante a devedora principal, de que seja determinada a sustação dos protestos irregulares e de que o réu seja condenado a indenizar os autores pelo dano moral decorrente da inscrição indevida de seus nomes no cadastro de inadimplentes, com o pagamento de R$ 94.176,90. Cabimento parcial. Hipótese em que é abusiva a renúncia ao benefício de ordem da fiança em contrato de adesão (CC, art. 424). Necessidade de que sejam esgotadas as tentativas de obtenção do crédito perante a devedora principal. Sustação dos protestos irregulares que deve ser determinada e condenação do banco em indenizar os fiadores pela inscrição indevida de seus nomes nos cadastros de inadimplentes. Valor pretendido a título de indenização por dano moral que se revela excessivo. Indenização fixada em R$ 10.000,00. Recurso parcialmente provido" (TJSP, Apelação 0018121-16.2010.8.26.0038, Acórdão 6576192, Araras, Décima Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ana de Lourdes, j. 13.03.2013, *DJESP* 22.03.2013).

"Fiança. Cláusula de renúncia ao benefício de ordem. Nulidade. Impossibilidade de renúncia antecipada em contrato de adesão. Enunciado n. 364 da *IV Jornada de Direito Civil*. Responsabilidade subsidiária. Recurso provido. 3.º Apelo. Momento da incidência dos encargos moratórios. Obrigação líquida. Vencimento. Art. 397, CC. Recurso provido. (...). A despeito de haver previsão no referido contrato de cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem do fiador, restou pacificado no Enunciado n. 364 da *IV Jornada de Direito Civil*, relativamente aos arts. 828 e 424 do Código Civil, que, 'No contrato de fiança, é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão'. Destarte, remanesce apenas a obrigação subsidiária do fiador em face do inadimplemento contratual, conforme previsto no art. 821 do Código Civil. Recurso conhecido e provido. 3.º Apelo. Considerando-se que a obrigação contratualmente prevista é líquida, nos exatos termos do art. 397 do Código Civil, eis que possui data certa de vencimento (mora *ex re*), considera-se o devedor em mora desde a data do vencimento da obrigação, momento a partir do qual passa a incidir os encargos decorrentes de seu inadimplemento. Recurso conhecido e provido" (TJES, Apelação Cível 0007978-74.2011.8.08.0024, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, j. 11.12.2012, *DJES* 18.12.2012).

Em suma, como se pode perceber da leitura dos arts. 827 e 828 do CC/2002 e do Novo CPC, *não há solidariedade legal entre o fiador e o devedor principal.*

No máximo, poderá existir solidariedade convencional por força de contrato paritário, plenamente negociado entre as partes. Entre fiador e devedor principal, a regra é de responsabilidade subsidiária.

Contudo, advirta-se que o art. 829 do CC/2002 traz como premissa a solidariedade *entre fiadores*, dispondo que: "A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão". A parte final desse dispositivo consagra uma exceção à regra, podendo os envolvidos convencionar a divisão da dívida entre os fiadores (*benefício de divisão*). Sendo estipulado esse benefício, cada fiador responderá unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento, em divisão *pro rata*, nos termos do art. 829, parágrafo único, do Código Civil em vigor.

O art. 830 do CC/2002 complementa o teor do dispositivo anterior ao consagrar que cada fiador poderá fixar no contrato o montante da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado. A regra, portanto, é a da divisão igualitária, o que não obsta que o contrato preveja divisões da responsabilidade de forma diferenciada, em decorrência da autonomia privada das partes.

Nas hipóteses aqui discutidas, o fiador que pagar integralmente a dívida ficará sub-rogado nos direitos do credor, mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota (art. 831 do CC/2002). Eventual parte de fiador insolvente deverá ser distribuída entre os outros. Como os fiadores são devedores de mesma classe, aquele que paga somente poderá cobrar dos demais as quotas respectivas. Todas essas regras materiais servem de suporte para o art. 794 do CPC/2015.

Retornando aos preceitos instrumentais emergentes, conforme o art. 795 do Novo Código de Processo Civil, os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. Nos termos do seu § 1º, o sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam excutidos os bens da sociedade. Até aqui, a norma equivale ao *caput* do art. 596 do CPC/1973. De início, vale lembrar que os bens dos sócios da empresa não respondem por dívidas desta diante da concepção da pessoa jurídica como realidade técnica e orgânica, não se confundindo com os seus membros.

Uma exceção a essa regra é a desconsideração da personalidade jurídica que o novo preceito passa a tratar no seu § 4º, impondo a observação do incidente antes abordado. Não se pode esquecer que, sendo deferida a *disregard*, a responsabilidade do sócio é integral pela dívida, e não nos limites da sua quota. Em outras palavras, a sua responsabilidade é *ultra vires* e não *intra vires*. A propósito dessa conclusão, julgou o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão publicado no seu *Informativo* n. *463*, que:

"No REsp, discute-se a possibilidade de, em razão da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária e, em ato contínuo, com a

autorização da execução dos bens dos sócios, a responsabilidade dos sócios ficar limitada ao valor de suas respectivas quotas sociais. Segundo o Min. Relator, essa possibilidade não poderia prosperar, pois admitir que a execução esteja limitada às quotas sociais seria temerário, indevido e resultaria na desestabilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Explica que este hoje já se encontra positivado em nosso ordenamento jurídico no art. 50 do CC/2002 e, nesse dispositivo, não há qualquer restrição acerca de a execução contra os sócios ser limitada às suas respectivas quotas sociais. Ademais, a desconsideração da personalidade jurídica já havia sido regulamentada no âmbito das relações de consumo no art. 28, § 5º, do CDC e há muito é reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina por influência da teoria do *disregard of legal entity*, oriunda do Direito norte-americano. Ressalta, ainda, que a desconsideração não importa dissolução da pessoa jurídica, constitui apenas um ato de efeito provisório decretado para determinado caso concreto e objetivo, dispondo, ainda, os sócios incluídos no polo passivo da demanda de meios processuais para impugná-la. Por fim, observa que o art. 591 do CPC estabelece que os devedores respondem com todos os bens presentes e futuros no cumprimento de suas obrigações. Com esse entendimento, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados: REsp 140.564/SP, *DJ* 17.12.2004; REsp 401.081/TO, *DJ* 15.05.2006, e EDcl no REsp 750.335/PR, *DJ* 10.04.2006" (STJ, REsp 1.169.175/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.02.2011).

Ainda pelo que consta do *caput* do art. 795 do CPC/2015, a responsabilidade dos sócios é subsidiária, tendo eles o benefício de ordem ou de excussão, assim como ocorre com o fiador. Tanto isso é verdade que o § 2º do novo diploma, equivalendo ao art. 596, § 1º, do CPC/1973, estabelece que incumbe ao sócio que alegar esse benefício nomear quantos bens da sociedade situados na mesma Comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito. Igualmente como ocorre com a fiança, o sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade, nos autos do mesmo processo (art. 795, § 3º, do CPC/2015, correspondente ao art. 596, § 2º, do CPC/1973). Sem dúvidas que essa execução é pela integralidade da dívida, pois o valor incumbe à pessoa jurídica, também diante de sua concepção como realidade técnica.

A encerrar as regras gerais relativas à responsabilidade patrimonial do devedor em casos de inadimplemento, enuncia o art. 796 do CPC/2015 que o espólio responde pelas dívidas do falecido, mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube. O dispositivo equivale, *in totum*, ao art. 597 do CPC/1973.

Fazendo o necessário *diálogo* com o direito material, trata-se de projeção processual da máxima *intra vires hereditatis*, segundo a qual cada herdeiro somente responde até as forças da herança e na proporção de suas quotas. Essa é a essência do art. 1.792 do CC/2002, cuja transcrição é pertinente, pois traz conclusão a respeito do ônus da prova do excesso: "O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do

excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados".

Na linha de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, publicado no seu *Informativo* n. *552*, de dezembro de 2014, "em ação de execução de dívida contraída pessoalmente pelo autor da herança, a penhora pode ocorrer diretamente sobre os bens do espólio, em vez de no rosto dos autos do inventário. Com efeito, decorre do art. 597 do CPC e do art. 1.997 do CC que o espólio responde pelas dívidas do falecido, sendo induvidoso, portanto, que o patrimônio deixado pelo *de cujus* suportará esse encargo até o momento em que for realizada a partilha, quando então cada herdeiro será chamado a responder dentro das forças do seu quinhão. Nessa linha de entendimento, em se tratando de dívida que foi contraída pessoalmente pelo autor da herança, pode a penhora ocorrer diretamente sobre os bens do espólio. A penhora no rosto dos autos, na forma do que dispõe o art. 674 do CPC, só terá aplicação na hipótese em que o devedor for um dos herdeiros, pois, nesse caso, o objetivo será garantir o direito do credor na futura partilha. Precedentes citados: REsp 1.446.893/SP, Segunda Turma, *DJe* 19.05.2014; e REsp 293.609/RS, Quarta Turma, *DJe* 26.11.2007" (STJ, REsp 1.318.506/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18.11.2014).

Não restam dúvidas de que essa posição ainda prevalece com a emergência do Novo CPC, diante da correspondência total entre os dispositivos instrumentais citados, de ontem e de hoje.

[1] THEODORO JR., Humberto. *Fraude Contra Credores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 183.

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 413.

[3] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II, p. 211.

[4] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II, p. 215.

[5] LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 9.

[6] MAZZEI, Rodrigo Reis. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 266.

[7] ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 775.

[8] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II, p. 219.

DAS REPERCUSSÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA O INSTITUTO DA EVICÇÃO

A evicção é um instituto clássico do Direito Civil que sempre trouxe consequências e efeitos de cunho processual, diante de suas claras repercussões práticas. Aliás, a categoria tem origem no pragmatismo romano, especialmente na expressão latina *evincere*, que significa *ser vencido ou ser um perdedor*. Como bem esclarece Sílvio de Salvo Venosa, a responsabilidade civil por evicção surge nos contratos consensuais em Roma, em momento correspondente, com menos formalidades, à *stipulatio*.[1] Naquela época, se o adquirente de bens pela *mancipatio* era demandado por um terceiro, antes de ocorrer a usucapião da coisa, poderia chamar o vendedor a fim de que ele se apresentasse em juízo para assisti-lo e defendê-lo na lide. Isso se o vendedor se negasse a comparecer no pleito, ou se, mesmo comparecendo, o adquirente se visse privado da coisa; tendo este último direito à chamada actio auctoritatis, para obter o dobro do preço que havia pago ao alienante originário.[2]

Tendo em vista as regras constantes da codificação privada material e a interpretação doutrinária e jurisprudencial que vem sendo dada à categoria, a evicção pode ser conceituada como *a perda da coisa diante de uma decisão judicial ou de um ato administrativo que a atribui a um terceiro*. Quanto aos efeitos da perda, a evicção pode ser total ou parcial, ou seja, o bem pode ser atribuído de forma integral ou não a esse terceiro.

De toda a sorte, é interessante deixar claro que o conceito *clássico* de evicção é que ela decorre de uma *sentença judicial*. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a evicção pode estar presente em casos de apreensão administrativa, não decorrendo necessariamente de uma decisão judicial (nesse sentido, por todos: STJ, REsp 259.726/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, data da decisão: 03.08.2004, *DJ* 27.09.2004, p. 361).

Mais recentemente, a mesma Corte Superior, em acórdão publicado no seu

Informativo n. *519*, deduziu que a evicção não exige o trânsito em julgado da decisão para o devido exercício do direito. De acordo com o preciso aresto, "para que o evicto possa exercer os direitos resultantes da evicção, na hipótese em que a perda da coisa adquirida tenha sido determinada por decisão judicial, não é necessário o trânsito em julgado da referida decisão. A evicção consiste na perda parcial ou integral do bem, via de regra, em virtude de decisão judicial que atribua seu uso, posse ou propriedade a outrem em decorrência de motivo jurídico anterior ao contrato de aquisição. Pode ocorrer, ainda, em razão de ato administrativo do qual também decorra a privação da coisa. A perda do bem por vício anterior ao negócio jurídico oneroso é o fator determinante da evicção, tanto que há situações em que os efeitos advindos da privação do bem se consumam a despeito da existência de decisão judicial ou de seu trânsito em julgado, desde que haja efetiva ou iminente perda da posse ou da propriedade e não uma mera cogitação da perda ou limitação desse direito. Assim, apesar de o trânsito em julgado da decisão que atribua a outrem a posse ou a propriedade da coisa conferir o respaldo ideal para o exercício do direito oriundo da evicção, o aplicador do direito não pode ignorar a realidade comum do trâmite processual nos tribunais que, muitas vezes, faz com que o processo permaneça ativo por longos anos, ocasionando prejuízos consideráveis advindos da constrição imediata dos bens do evicto, que aguarda, impotente, o trânsito em julgado da decisão que já lhe assegurava o direito". Como se nota, a categoria é analisada socialmente, como deve ocorrer com os institutos privados na contemporaneidade.

Seguindo em seu voto e ponderando sobre a mudança conceitual de perspectiva na doutrina, arremata o Ministro Luis Felipe Salomão que, "com efeito, os civilistas contemporâneos ao CC/1916 somente admitiam a evicção mediante sentença transitada em julgado, com base no art. 1.117, I, do referido Código, segundo o qual o adquirente não poderia demandar pela evicção se fosse privado da coisa não pelos meios judiciais, mas por caso fortuito, força maior, roubo ou furto. Ocorre que o Código Civil vigente, além de não ter reproduzido esse dispositivo, não contém nenhum outro que preconize expressamente a referida exigência. Dessa forma, ampliando a rigorosa interpretação anterior, jurisprudência e doutrina passaram a admitir que a decisão judicial e sua definitividade nem sempre são indispensáveis para a consumação dos riscos oriundos da evicção" (STJ, REsp 1.332.112/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.03.2013).

Pois bem, da leitura do art. 447 do Código Civil de 2002 constata-se que há uma garantia legal em relação a essa perda da coisa, objeto do negócio jurídico celebrado, que atinge os *contratos bilaterais* – aqueles que trazem direitos e deveres para ambas as partes –, *onerosos* – com prestação e contraprestação – e *comutativos* – com prestações previamente conhecidas pelas partes. Essa garantia existe mesmo que tenha sido adquirida a coisa em hasta pública. A responsabilidade pela evicção de bem arrematado em hasta pública é a novidade do Código Civil de 2002, trazendo claras repercussões processuais.

No que concerne à pessoa que responde em casos envolvendo a evicção de

bem arrematado, parece mais correto o entendimento que afirma a responsabilidade imediata do devedor ou réu da ação, que é o primeiro beneficiado com a arrematação. Dessa forma, o credor ou autor tem responsabilidade subsidiária, por ser beneficiado indiretamente.[3] Todavia, a questão não é pacífica, pois há quem entenda pela responsabilidade imediata do credor e subsidiária do devedor.[4] Da jurisprudência mineira, anote-se que pode ser encontrada decisão que aplica o último entendimento (TJMG, Apelação Cível 1.0702.03.039515-7/0011, Uberlândia, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Elias Camilo, j. 12.11.2008, *DJEMG* 02.12.2008).

Feitos tais esclarecimentos, três são as partes da evicção, seus elementos subjetivos. A primeira parte é o *alienante*, aquele que transfere a coisa viciada, de forma onerosa. A segunda é o *evicto, evencido* ou *adquirente*, o sujeito que perde a coisa adquirida. Por fim, o terceiro, e último envolvido, é o *evictor, evencente* ou *terceiro*, que tem a decisão judicial ou a apreensão administrativa a seu favor. Consigne-se que o art. 199, inciso III, do Código Civil preconiza que não corre a prescrição, pendendo a ação de evicção. Somente após o trânsito em julgado da sentença a ser proferida na ação em que se discute a evicção, com a decisão sobre a destinação do bem evicto, é que o prazo prescricional voltará a correr, outro preceito com claras repercussões processuais.

A responsabilidade pela evicção decorre da lei; assim, não precisa estar prevista no contrato. Todavia, podem as partes reforçar a responsabilidade, atenuando ou agravando seus efeitos (art. 448 do Código Civil). Quanto ao reforço em relação à evicção, diante da vedação do enriquecimento sem causa, tem-se entendido que o limite é o dobro do valor da coisa, o que é correto, pela função social dos pactos.[5]

No que concerne à exclusão da responsabilidade, esta pode ocorrer desde que feita de forma expressa (cláusula de *non praestaenda evictione* ou cláusula de irresponsabilidade pela evicção), não se presumindo tal exclusão em hipótese alguma. Todavia, mesmo excluída a responsabilidade pela evicção, se ela ocorrer, o alienante responde pelo preço da coisa. Isso se o evicto não sabia do risco da evicção ou, informado do risco, não o assumiu (art. 449 do Código Civil).

Fica claro que este autor segue o entendimento dominante pelo qual o alienante somente ficará totalmente isento de responsabilidade se pactuada a cláusula de exclusão ***e*** o adquirente for informado sobre o risco da evicção (sabia do risco e o aceitou). Pode-se assim utilizar as seguintes fórmulas, criadas por Washington de Barros Monteiro:[6]

> – Cláusula expressa de exclusão da garantia + conhecimento do risco da evicção pelo evicto = isenção de toda e qualquer responsabilidade por parte do alienante.
>
> – Cláusula expressa de exclusão da garantia - ciência específica desse risco por parte do adquirente = responsabilidade do alienante apenas pelo preço

pago pelo adquirente pela coisa evicta.

– Cláusula expressa de exclusão da garantia, sem que o adquirente haja assumido o risco da evicção de que foi informado = direito deste de reaver o preço que desembolsou.

Não havendo a referida cláusula de exclusão da garantia pela evicção – cláusula de *non praestaenda evictione* ou cláusula de irresponsabilidade pela evicção –, a responsabilidade do alienante será plena. Nessas situações, levando-se em conta o art. 450 do CC/2002, poderá o evicto prejudicado pleitear uma soma de valores do alienante, nos casos de *evicção total*.

De início, poderá requerer a restituição integral do preço pago. Para tanto, deve-se considerar o valor da coisa à época em que se perdeu, evitando-se o enriquecimento sem causa (art. 450, parágrafo único, do CC/2002). Poderá o adquirente também pleitear do alienante uma indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir ao evictor ou terceiro. Tem ele também direito a uma indenização pelas despesas dos contratos (*v.g.*, de escritura pública e registro) e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção. Como danos reparáveis, podem ser citados os danos emergentes, os lucros cessantes e até os danos imateriais ou morais. O seu pleito pode ainda incluir as custas judiciais e os honorários advocatícios do advogado por ele constituído. Por fim, nos termos do art. 453 do Código Civil, o evicto poderá pleitear ao alienante da coisa uma indenização por benfeitorias necessárias e úteis não abonadas ao evicto pelo evictor. Porém, se as benfeitorias abonadas ao que sofreu a evicção tiverem sido feitas pelo alienante, o valor destas deverá ser levado em conta na restituição devida (art. 454 do CC).

Em complemento, enuncia o art. 451 do CC/2002 que a responsabilidade do alienante pela evicção total ou parcial permanece ainda que a coisa alienada esteja deteriorada, se houver dolo do adquirente. Exemplificando, não poderá o adquirente haver a coisa deteriorada para si sabendo do vício e depois se insurgir, pleiteando o que consta do art. 450 do Código Civil. Contudo, se o evicto auferir vantagens das deteriorações e não tiver sido condenado a pagar tais valores ao evictor, o valor dessas vantagens deverá ser deduzido da quantia pleiteada do alienante (art. 452 do CC/2002), regra sintonizada com a vedação do enriquecimento sem causa.

Em havendo evicção parcial, duas são as regras previstas no art. 455 do Código Civil Brasileiro de 2002. A primeira delas enuncia que, se a evicção for parcial, mas considerável, poderá o adquirente optar entre a rescisão do contrato *ou* a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque. Por outra via, sendo parcial a evicção, mas não considerável, poderá o evicto somente pleitear indenização equivalente à parte perdida (perdas e danos).

O grande problema é justamente saber o que é *evicção parcial considerável*. Em regra, pode-se afirmar que é aquela que supera a metade do valor do bem. Entretanto, também se pode levar em conta a *essencialidade* da

parte perdida em relação às finalidades sociais e econômicas do contrato.[7] A título de exemplo, imagine-se o caso em que a parte menor da fazenda perdida é justamente a sua parte produtiva. A evicção, aqui, deve ser tida como parcial, mas considerável, cabendo a rescisão contratual.

Superados esses pontos, de cunho material, é interessante abordar as principais questões processuais relativas à evicção e os impactos gerados pelo Novo Código de Processo Civil.

O principal impacto, sem dúvidas, diz respeito à revogação expressa do art. 456 do Código Civil pelo art. 1.072, inciso II, do Novo Estatuto Processual. Como é notório, dispunha o *caput* do comando material anterior que, "para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo". Sempre se utilizou a denunciação da lide, prevista no art. 70, inciso I, do antigo Código de Processo Civil, sendo ela *supostamente obrigatória*, para que o evicto pudesse exercer o direito que da evicção lhe resultasse, pela dicção que estava no *caput* do último comando citado.

Depois de muitos debates em sua tramitação, a denunciação da lide continua sendo o caminho processual para tanto. Nos termos do novel art. 125, inciso I, do CPC/2015, é admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes, ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam. Nota-se que não há menção mais à obrigatoriedade da denunciação da lide, o que vem em boa hora, encerrando profundo debate. Em complemento, o § 1º do novo art. 125 do CPC/2015 passou a esclarecer que "O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida".

Como é notório, o Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento antigo de que essa denunciação não seria *obrigatória*, mas *facultativa*, sendo possível reaver o preço da coisa por meio de ação própria, mesmo na falta da intervenção de terceiro mencionada (assim concluindo, entre numerosos acórdãos: STJ, AgRg no Ag 917.314/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 15.12.2009, *DJe* 22.02.2010; STJ, REsp 132.258/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nilson Naves, *DJ* 17.04.2000, p. 56, *RDTJRJ* 44/52). Na mesma linha, enunciado doutrinário aprovado na *V Jornada de Direito Civil* (2011), de autoria de Marcos Jorge Catalan: "A ausência de denunciação da lide ao alienante, na evicção, não impede o exercício de pretensão reparatória por meio de via autônoma" (Enunciado n. 434). Em suma, essa tese era adotada amplamente pelos civilistas, sem falar em muitos processualistas, caso de Alexandre Freitas Câmara, Daniel Amorim Assumpção Neves e Fredie Didier Jr.

Feitas tais considerações, constata-se, como outra alteração relevante, que a revogação do *caput* do art. 456 do Código Civil de 2002 levou consigo a possibilidade jurídica de denunciação da lide por saltos ou *per saltum*, com a convocação para o processo de qualquer um dos alienantes da cadeia de

transmissão que tivesse responsabilidade pelo vício da evicção. Tal caminho processual era possível pelo uso da expressão *o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores*, no comando material em estudo, anterior e ora revogado.

Sobre esse assunto, na *I Jornada de Direito Civil*, realizada em 2002, foi aprovado Enunciado n. 29 do CJF/STJ, dando chancela a essa forma de denunciação mediata, *in verbis:* "a interpretação do art. 456 do novo Código Civil permite ao evicto a denunciação direta de qualquer dos responsáveis pelo vício". O tema sempre dividiu a doutrina processual, havendo juristas que a chancelavam,[8] e outros que não a admitiam, apesar da clareza do comando civil.[9] Em conversa informal com este autor, quando da tramitação do Projeto do Novo CPC, Fredie Didier afirmou que o instituto *não havia caído no gosto dos processualistas*, não sendo frutífera a sua experiência nos mais de dez anos de Código Civil. Por isso, talvez, a sua retirada do sistema civil e processual.

A propósito dessa resistência, quando da *III Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, foi apresentada a proposta de cancelar o Enunciado n. 29, substituindo-o por outro em sentido contrário. A proposta, à época, não foi aprovada, uma vez que a denunciação *per saltum* gozava de prestígio entre os civilistas. Foram as justificativas da autora do enunciado não aprovado, a advogada e professora Érica Pimentel, o que acaba por sintetizar os argumentos de resistência anterior:

"Embora o art. 456 do nCC já tenha sido objeto do Enunciado 29 da *I Jornada*, se faz necessário novo enunciado que reflita seu real significado.
Infelizmente esta ilustre *Jornada de Estudos* não pode atuar a ponto de alterar a letra da lei ou a intenção do legislador. Ora, se o art. 456 diz, em sua parte final, 'quando e como lhe determinarem as leis do processo' deve interpretar que não caberá a denunciação *per saltum*, que é proibida pela lei do processo (art. 73 CPC).
A busca pela instrumentalidade e economia processual não pode trazer *modificações não permitidas em lei, a função legislativa não cabe ao* operador do direito, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes.
Desta forma, para que caiba a denunciação da lide *per saltum*, claro instrumento de economia processual, deverá a mesma estar autorizada no Estatuto Processual, o que ainda não ocorreu".

Na ocasião, este autor votou de forma contrária ao enunciado, pois as *Jornadas de Direito Civil* buscam a correta interpretação da lei, razão principal de sua importância. E a correta interpretação era justamente aquela que constava do Enunciado n. 29, ora prejudicado pelo Novo CPC, pois o art. 456, *caput*, do CC, que possibilitava a denunciação *per saltum*, era norma especial e de cunho processual. Ademais, no antigo CPC não pareceria haver qualquer proibição para essa ampliação de responsabilidade pela evicção.

Com o devido respeito, a retirada da categoria do Código Civil de 2002 e o

seu afastamento pelo Novo Código de Processo Civil nos parece um retrocesso. Sempre vimos a *denunciação da lide por saltos* como mais uma opção de demanda ao evicto prejudicado, tutelando mais efetivamente o Direito material. Os efeitos contratuais eram ampliados, além da primeira relação jurídica estabelecida, o que representava aplicação da eficácia externa da função social do contrato, da *tutela externa do crédito* (art. 421 do CC/2002). Ora conforme se retira do Enunciado n. 21 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, a função social do contrato representa uma exceção ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais, trazendo efeitos externos ao contrato. Na jurisprudência nacional, aliás, poderiam ser encontradas decisões aplicando a justa e correta denunciação da lide *per saltum*. Por todos, para ciência dos casos práticos que envolviam:

"Agravo de instrumento. Ação ordinária. Direito de evicção. Imóvel. Denunciação à lide *per saltum*. Admissibilidade. Legitimidade de todos os compradores e alienantes no polo passivo da ação ordinária. Recurso conhecido e provido. 1 – A garantia da evicção será concedida pela totalidade de transmitentes que deverão assegurar a idoneidade jurídica da coisa não só em face de quem lhes adquiriu diretamente como dos que, posteriormente, depositaram justas expectativas de confiança na origem lícita e legítima dos bens evencidos, possibilitando a denunciação no primeiro caso, e *per saltum*, no segundo, admitida sua cumulação em cadeia de alienação de imóvel. (...) Recurso conhecido e provido" (TJES, Agravo de Instrumento 0050200-05.2012.8.08.0030, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Fabio Clem de Oliveira, j. 19.02.2013, *DJES* 01.03.2013).

"Agravo de instrumento. Evicção. Denunciação da lide por sucessividade ou por salto. Possibilidade. Art. 456 do Código Civil c/c art. 70, inciso I, e art. 73 do CPC. A garantia da evicção será concedida pela totalidade de transmitentes que deverão assegurar a idoneidade jurídica da coisa não só em face de quem lhes adquiriu diretamente como dos que, posteriormente, depositaram justas expectativas de confiança na origem lícita e legítima dos bens evencidos, possibilitando a denunciação sucessiva no primeiro caso, e *per saltum*, no segundo, admitida sua cumulação em cadeia de alienação de veículo composta de no mínimo três pessoas" (TJMG, Agravo Interno 1.0702.08.457470-7/0011, Uberlândia, Décima Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Cláudia Maia, j. 02.04.2009, *DJEMG* 18.05.2009).

"Denunciação da lide *per saltum*. Art. 70, I, do CC. Denunciação do alienante imediato. Contrato de compra e venda de veículo. Ação cominatória para entrega do veículo movida contra a financeira. Denunciante e denunciada alienantes. A hipótese prevista no inciso I do art. 70 do CPC prevê a denunciação do alienante pelo adquirente no caso em que terceiro reivindica a propriedade da coisa. Todavia, tem-se permitido a denunciação da lide *per saltum*, conforme

dicção do art. 456 do CC" (TJMG, Agravo 1.0024.06.996963-2/002, Belo Horizonte, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Antônio de Pádua, j. 31.10.2006, *DJMG* 08.12.2006).

Consigne-se que igualmente existiam ementas que afastavam esse tipo de denunciação, seguindo a tese antes aludida, de alguns processualistas. Nessa esteira, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: "Não é admitida a denunciação à lide *per saltum*, pois a interpretação sistemática do art. 456 do CC – disposta, no próprio artigo, *in fine* – faz incidir os ditames do art. 73 do CPC, que somente a permite de forma sucessiva, sob pena de haver demanda entre sujeitos sem qualquer relação de direito material" (TJSC, Agravo de Instrumento 2014.018952-9, Chapecó, Câmara Especial Regional de Chapecó, Rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, *DJSC* 19.08.2014, p. 402).

Nota-se, a finalizar o estudo do tema, que o Novo Código de Processo Civil, apesar de ter extinto a denunciação *per saltum*, admite a *denunciação da lide sucessiva*. Nos termos do seu art. 125, § 2º, admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo. Em complemento, está previsto que não pode o denunciado sucessivo promover nova denunciação, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por meio de uma ação autônoma.

Como outro ponto a ser destacado, constituindo inovação interessante da codificação de 2002, constava do art. 456, parágrafo único, do CC/2002, que, "não atendendo o alienante à denunciação da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos". O dispositivo afastava a aplicação do art. 75, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, com a seguinte dicção: "Se o denunciado for revel, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe for atribuída, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até o final".

Como era percebido, a redação do parágrafo único do art. 456 do CC/2002 estabelecia justamente o contrário do disposto na norma processual de 1973. Mesmo assim, este autor sempre defendeu que deveria prevalecer a primeira regra, pois se tratava de norma especial e também de cunho processual, aplicável aos casos de evicção. Para as demais hipóteses de denunciação da lide, continuava tendo aplicação o art. 75, inciso II, do CPC. Entre os processualistas, Fredie Didier Jr. via a inovação com bons olhos, apontando que, "ao mencionar expressamente a possibilidade de o réu 'deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos', o legislador refere-se exatamente ao conteúdo que a doutrina emprestava à locução 'prosseguir na defesa', contida no inciso II do art. 75 do CPC. Também aqui aparece a sintonia do legislador civilista com as manifestações doutrinárias em derredor do chamamento à autoria e, empós, da denunciação à lide".[10]

Por bem, o Novo Código de Processo Civil confirmou o que estava no parágrafo único do ora revogado art. 456 do Código Civil de 2002. Nos termos do

seu art. 128, inciso II, feita a denunciação pelo réu, se o denunciado for revel, o denunciante pode deixar de prosseguir com sua defesa, eventualmente oferecida, e abster-se de recorrer, restringindo sua atuação à ação regressiva. Como se nota, a inovação introduzida para evicção foi tão salutar que passou a ser a regra para todos os casos de denunciação da lide elencados pelo art. 125 do Novo CPC. Em outras palavras, a ideia passou a alcançar também a hipótese daquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que for vencido no processo.

[1] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Contratos em Espécie. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. IV, p. 548.

[2] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Contratos em Espécie. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. IV, p. 548.

[3] Nesse sentido, ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. Da Evicção – Aspectos Materiais e Processuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito Contratual*. Temas Atuais. São Paulo: Método, 2008.

[4] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 383; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 470.

[5] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 383.

[6] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações . 2ª Parte. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 63.

[7] BUSSATTA, Eduardo. *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123.

[8] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 142.

[9] CÂMARA, Alexandre Freitas. Da Evicção – Aspectos Materiais e Processuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito Contratual*. Temas Atuais. São Paulo: Método, 2008. p. 705.

[10] DIDIER JR., Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 91.

DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS DIRETAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O TRATAMENTO CONSTANTE DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A posse, outro clássico instituto de Direito Civil, também traz claras consequências para o Direito Processual, sendo sempre necessário abordar o instituto tendo como pano de fundo o Código de Processo Civil. Em outras palavras, é intenso o *diálogo* entre as searas material e processual, o que gera a pertinência de utilização da *teoria do diálogo das fontes*, mencionada e explicada no primeiro capítulo desta obra.

Cabe relembrar que, no tocante ao Direito Civil e ao Direito Processual Civil, este diálogo tornou-se mais constante com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Isso porque a atual codificação material está repleta de normas de cunho processual, o que fez que surgissem obras que buscam essa aproximação entre o Direito Material e o Direito Processual, o que é plenamente sadio para o crescimento da ciência jurídica. O mesmo ocorreu com o Novo Código de Processo Civil, com várias normas de cunho material e com a adoção de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, assim como aconteceu com a legislação material brasileira do início deste século XXI.

A partir dessa visão, pensamos que não cabe mais tachar o jurista como *civilista* ou *processualista*, no sentido de que não é possível que um estudioso de uma área dê pareceres sobre a outra. A formação interdisciplinar afasta qualquer afirmação nesse sentido. Quanto à principiologia e aos fundamentos de cada disciplina, obviamente, devem ser preservados. Essas premissas, repise-se, guiam o conteúdo deste livro.

Partindo para a interação *material + processual* relativa ao instituto da posse, um dos seus principais efeitos processuais é a faculdade de invocar os interditos possessórios, as ações possessórias diretas. De outro modo, o possuidor tem a faculdade de propor essas demandas, objetivando manter-se na posse ou que esta lhe seja restituída. Para tanto, eram observadas as regras processuais previstas

entre os arts. 920 a 933 do CPC/1973. No Novo CPC, a matéria está regulada por seus arts. 554 a 568, sem muitas modificações.

No plano material, são observadas três situações concretas, que possibilitam a propositura de três ações correspondentes, apesar da falta de rigidez processual em relação às medidas judiciais cabíveis. Assim era e assim permanece no Novo Estatuto Processual, tendo como fundamento material o Código Civil de 2002.

De início, nas hipóteses de *ameaça* à posse, de um risco de atentado, caberá a *ação de interdito proibitório*. Em havendo turbação, caracterizada por atentados fracionados ou momentâneos à posse, será viável *ação de manutenção de posse*. Por fim, existindo *esbulho*, um atentado consolidado à posse, é viável a *ação de reintegração de posse*.

Aprofundando, na *ameaça*, não há ainda qualquer atentado concretizado, como nas concretizações fáticas integrantes de um movimento popular que se encontram acampados próximos a uma propriedade, sem que esta seja invadida, situação de mero risco. Na *turbação*, já houve atentado à posse em algum momento, como, por exemplo, nas situações dos integrantes desse mesmo movimento popular que levam os cavalos para pastar na fazenda que será invadida, sem ainda adentrá-la de forma definitiva. Por derradeiro, no *esbulho*, houve o atentado definitivo à posse. Os integrantes do movimento popular adentraram na fazenda e lá se estabeleceram. Frise-se que, nos casos ilustrativos, a fazenda é utilizada pelo proprietário, que cumpre a sua função social, razão pela qual os atentados à posse devem ser considerados ilegítimos. Não se trata, portanto, de propriedade improdutiva, em seu sentido social.

As três medidas cabíveis são autorizadas pelo art. 1.210, *caput*, do atual Código Civil de 2002, *in verbis*: "O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado". No mesmo sentido, estabelecia o art. 926 do antigo CPC que "O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho". Houve repetição dessas regras pelo art. 560 do Novo CPC, com a seguinte redação: "O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado em caso de esbulho". Como se pode perceber, por todos os preceitos transcritos, no caso de *ameaça*, a *ação de interdito proibitório* visa à *proteção* do possuidor de perigo iminente. Nas hipóteses *turbação*, a *ação de manutenção de posse* tende à sua *preservação*. Nas situações de *esbulho*, a *ação de reintegração de posse* almeja a sua *devolução*.

Do ponto de vista prático, é interessante aqui esclarecer que, se presente a invasão parcial de um terreno, a ação cabível não é a de manutenção de posse, mas a de reintegração. Concluindo dessa maneira, interessante transcrever o entendimento jurisprudencial relativo à invasão parcial de uma faixa reservada ao domínio público:

"Possessória. Reintegração de posse. Sabesp. Liminar indeferida pela incerteza de que o esbulho ocorreu a menos de ano e dia. Inadmissibilidade. Invasão

parcial de faixa reservada. Passagem de adutora. Inegável a impossibilidade de ocupação particular clandestina em área com destinação especial. Ademais, os bens públicos são insusceptíveis de apropriação pelos particulares, de forma que a posse de mais de ano e dia não gera qualquer direito subjetivo de permanência. Recurso provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 592.232-5/0, São Paulo, Décima Câmara de Direito Público, Rel. Teresa Ramos Marques, 06.11.2006, v.u., Voto 5.333).

De qualquer forma, as diferenças práticas em relação às três ações pouco interessam, eis que o sistema processual brasileiro consagra a *fungibilidade total* entre as três medidas. Previa o art. 920 do CPC/1973 que a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstaria que o juiz conhecesse do pedido e outorgasse a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estivessem provados. Fez o mesmo o art. 554, *caput*, do CPC/2015, com igual redação: "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 pressupostos estejam provados". Nesse contexto, pelo que consta dos dispositivos instrumentais, de antes e de hoje, uma demanda possessória direta pode ser convertida em outra livremente, se for alterada a situação fática que a fundamenta, ou seja, há a possibilidade de *transmudação de uma ação em outra*.

Advirta-se que essa conversão também é possível nas concreções em que o autor da ação possessória se engana quanto à medida cabível, havendo um desapego ao rigor formal, o que é aplicação do *princípio da instrumentalidade das formas*. Nessa linha de raciocínio, é interessante transcrever outro julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, bem ilustrativo a respeito da fungibilidade:

"Possessória. Bem imóvel. Construção do réu adentrando parte da propriedade do autor. Propositura de ação de manutenção de posse c/c pedido alternativo de desfazimento da obra ou indenização pela faixa de terreno invadida. Superveniente conversão, pelo Juiz, desta ação em ação de nunciação de obra nova. Descabimento. Ação no caso que é de reintegração de posse c/c pedido alternativo de desfazimento da obra ou indenização pela faixa de terreno invadida. Réu que praticou esbulho, excluindo totalmente a posse do autor, embora somente de parte do imóvel. Prosseguimento da ação devido, ante o princípio da fungibilidade das ações possessórias. Recurso provido em parte" (TJSP, Agravo de Instrumento 7.080.226-5, Indaiatuba, Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Oséas Davi Viana, 08.11.2006, v.u., Voto 8.381).

A propósito, explicando essa fungibilidade, no sistema anterior e ora mantido, comenta Antonio Carlos Marcato, em sua *clássica obra*, que "essa fungibilidade é justificável, posto que o autor pleiteia, junto ao órgão jurisdicional, a proteção possessória pertinente e idônea, sendo irrelevante, portanto, uma vez demonstrada a ofensa à sua posse, tenha ele originalmente requerido a proteção diversa daquela adequada à solução da injusta situação criada pelo réu. Aliás, por diversas vezes o autor promove ação em razão de determinada conduta do réu e esta vem a ser modificada no curso do processo,

impondo ao juiz, demonstrada tal circunstância, a concessão da proteção possessória pertinente".[1]

Contudo, o novo art. 554 do CPC/2015 traz parágrafos que antes não estavam previstos, com clara preocupação social e na linha de procedimentos que eram adotados na prática para as situações fáticas de conflitos fundiários.

De início, conforme o seu § 1º, no caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais. Ato contínuo, será ainda determinada a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

Para essa citação pessoal, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez e os que não forem encontrados serão citados por edital (§ 2º do art. 554 do CPC/2015). Por fim, está agora previsto expressamente que o juiz da causa deverá determinar que se dê ampla publicidade sobre a existência dessa ação que envolva vários ocupantes e dos respectivos prazos processuais. Para tanto, poderá o magistrado valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito, e de outros meios (§ 3º do art. 554 do CPC/2015). Como outro meio, pode ser citada uma publicação eletrônica, realizada no sítio do Tribunal onde está o conflito de terras.

Em um intenso *diálogo entre as fontes*, é preciso relacionar as ações possessórias à classificação da posse quanto ao tempo. Isso porque, se no caso concreto, a ameaça, a turbação e o esbulho forem *novos*, ou seja, tiverem menos de um ano e um dia, será viável juridicamente a *ação de força nova*, fazendo que o respectivo interdito possessório siga o rito especial, admitindo-se liminar nessa ação. Por outra via, se a ameaça, a turbação e o esbulho forem *velhos*, com pelo menos um ano e um dia, caberá *ação de força velha*, que segue o rito ordinário, não sendo possível a respectiva liminar.

Essas conclusões são orientadas pela redação do art. 558 do Novo Código de Processo Civil, que repete a essência do art. 924 do Estatuto Processual de 1973, de acordo com a tabela a seguir:

Civil	Civil Ar
“Art. 558. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da Seção II deste Capítulo quando a ação for proposta dentro de ano e dia da	“Art. 92⁴ Regem o procedin de manutenç de reintegra de posse normas d seção seguinte,

turbação ou do esbulho afirmado na petição inicial.

Parágrafo único. Passado o prazo referido no *caput*, será comum o procedimento, não perdendo, contudo, o caráter possessório".

quando intentado dentro de e dia da turbação do esbull passado prazo, se ordinário perdendo contudo, caráter possessó

Na doutrina processual, essas decorrências sempre foram bem explicadas por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, no sentido de que há uma compatibilidade entre esse comando processual e o art. 1.210 do CC/2002. Salientam os juristas que, como o atual Código Civil não reproduziu a antiga regra do art. 523 do CC/1916, a matéria ficou consolidada no dispositivo processual anterior, o que deve ser igualmente considerado no Novo CPC, na opinião deste autor.[2] Em suma, a *ação de força nova* é aquela que segue as regras de procedimento especial previstas entre os arts. 560 a 566 do Novo Estatuto Processual (arts. 926 a 931 do revogado CPC).

Porém, necessário aqui trazer a lume uma crítica de cunho material, que deve ser repetida com a emergência do novel Código Processual, especialmente pela manutenção desse tratamento anterior. A problemática diz respeito à classificação da posse quanto ao tempo e no que diz respeito aos vícios objetivos.

Em relação ao tempo, o instituto é assim classificado: *a) posse nova*, a que conta com menos de um ano e um dia, ou seja, é aquela com até um ano; *b) posse velha*, a que tem *pelo menos* um ano e um dia, ou seja, com um ano e um dia ou mais. Esclareça-se, por oportuno, que o presente autor filia-se à doutrina de Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves, que entendem que a posse que tem um ano e um dia é velha.[3] Cabe também lembrar que tais critérios temporais têm origem nos costumes, principalmente nos períodos de colheitas, apesar de certa obscuridade das fontes.[4]

No Código Civil de 1916, a citada classificação era retirada do seu art. 507, pelo qual, "Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será manutenido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse. Parágrafo único. Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque". Além desse comando, estabelecia o art. 523 do CC/1916 que "As ações de manutenção e as de esbulho serão sumárias, quando intentadas dentro em ano e dia da turbação ou esbulho; e, passado esse prazo, ordinárias, não perdendo, contudo, o caráter possessório. Parágrafo único. O prazo de ano e dia não corre enquanto o possuidor defende a posse, restabelecendo a situação de fato anterior à turbação, ou ao esbulho".

Como antes destacado, com base na doutrina do casal Nery, os dispositivos não foram reproduzidos pelo Código Civil de 2002, razão pela qual se deve entender que os seus conteúdos encontram-se revogados, sem mais aplicação. Sendo assim, em relação aos efeitos jurídicos da classificação da posse quanto ao tempo, a matéria ficou consolidada no art. 924 do anterior Código de Processo Civil e, agora, no art. 558 do Novo Código de Processo Civil, expostos na última tabela.

Partindo para a classificação da posse quanto aos vícios objetivos, podem ser retiradas duas categorias do art. 1.200 do CC/2002. De início, a *posse justa* é a

que não apresenta os vícios da violência, da clandestinidade ou da precariedade, sendo uma *posse limpa*. Por seu turno, a *posse injusta* tem os referidos vícios, pois foi adquirida por meio de ato de violência, ato clandestino ou de precariedade. Por isso, a posse injusta é dividida em três submodalidades.

A primeira delas é a *posse violenta*, obtida por meio de esbulho, por força física ou violência moral (*vis*). A doutrina tem o costume de associá-la ao crime de roubo. A título de ilustração, imagine-se a hipótese de integrantes de um movimento popular que invadem violentamente, removendo e destruindo obstáculos, uma propriedade rural que está sendo utilizada pelo proprietário, cumprindo a sua função social.

A segunda categoria de posse injusta é a *posse clandestina*, adquirida às escondidas, de forma oculta, à surdina, na *calada da noite* (*clam*). É assemelhada ao crime de furto. Para exemplificar, integrantes de um *movimento popular* invadem, à noite e sem violência, uma propriedade rural que está sendo utilizada pelo proprietário, cumprindo a sua função social.

Como terceira e última submodalidade, a *posse precária* é a obtida com abuso de confiança ou de direito (*precario*). Tem forma assemelhada ao crime de estelionato ou à apropriação indébita, sendo também denominada *esbulho pacífico*. A concretizar, cite-se a situação de o locatário de um bem móvel que não devolve o veículo ao final do contrato.

Observe-se que basta a presença de apenas um dos critérios acima para que a posse seja caracterizada como injusta, não havendo exigência de cumulação. Em outras palavras, os vícios são isolados e não cumulativos.

Como é notório, a última classificação exposta é importante e traz algumas consequências jurídicas que repercutem diretamente na prática. De início, a posse, mesmo que injusta, ainda é posse e pode ser defendida por ações do juízo possessório, não contra aquele de quem se tirou a coisa, mas sim em face de terceiros. Isso porque a posse somente é viciada em relação a uma determinada pessoa (efeitos *inter partes*), não tendo o vício efeitos contra todos, ou seja, *erga omnes*.[5] No mesmo sentido, são as palavras de Francisco Eduardo Loureiro, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Causa perplexidade o fato de os ocupantes violentos ou clandestinos, porque meros detentores, não terem defesa possessória contra a agressão injusta de terceiros. Como, porém, alerta Nelson Rosenvald, essa é a única hipótese em que o detentor, por não ser mero instrumento da posse de terceiro, tem a tutela possessória contra o ataque injusto de terceiros, que não a vítima, de quem obteve o poder imediato de modo vicioso".[6]

Além disso, segundo a visão clássica e pelo que consta do art. 1.208, segunda parte, do atual Código Civil, as posses injustas por violência ou clandestinidade podem ser convalidadas, o que não se aplicaria à posse injusta por precariedade. Enuncia a norma material em questão que "não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos

violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade". Aqui é que surge o problema de o Novo CPC ter mantido a regra do art. 558 (antes art. 924 do CPC de 1973).

O dispositivo material citado acaba quebrando a regra pela qual a posse mantém o mesmo caráter com que foi adquirida, conforme o art. 1.203 do CC/2002, e que consagra o *princípio da continuidade do caráter da posse*. Ato contínuo, reconhece que aqueles que têm posse violenta ou clandestina não têm *posse plena*, para fins jurídicos, sendo meros detentores. Tal previsão causa perplexidade, pois nega o conceito de posse injusta, entrando em clara contradição com o art. 1.200 da própria codificação. De toda sorte, o presente autor segue a linha que reconhece na posse injusta a existência de posse, e não de detenção.

Diante dessa situação jurídica, é comum afirmar, conciliando-se o art. 1.208 do CC/2002 com o art. 924 do CPC/1973, que, após um ano e um dia do ato de violência ou de clandestinidade, a posse deixa de ser injusta e passa a ser justa. Entre os civilistas, tal posição é defendida, por exemplo, por Maria Helena Diniz.[7]

Com o devido respeito, este autor filia-se à corrente que prega a análise dessa cessação caso a caso, em consonância com a finalidade social da posse, encabeçada por Marco Aurélio Bezerra de Melo e Sílvio de Salvo Venosa.[8] Trata-se de aplicação do *princípio da função social da posse*, interpretando-se a categoria de acordo com o meio que a cerca, o que traz como conclusão a premissa de que a cura da injustiça pode ocorrer antes de um ano e um dia ou até depois desse prazo.

A princípio, imagine-se o caso de invasão de um imóvel em que os ocupantes dão uma destinação à área melhor qualificada do que os antigos possuidores, entrando em cena a ideia de *melhor posse*, a partir de sua função social. Nesse caso, pensamos, a alteração no caráter da posse pode ocorrer antes de um ano e um dia. Por outra via, pense-se na hipótese em que a obtenção da posse de um veículo ocorreu por meio de um homicídio. Essa posse injusta, na opinião deste autor, nunca poderá ser curada.

De qualquer modo, mesmo tendo o Novo CPC confirmado a divisão das ações de força nova e velha, acredita-se que seja o momento de rever a utilização do parâmetro objetivo processual para que a posse injusta passe a ser justa. Em apertada síntese, a alteração do caráter da posse deve ter como parâmetro a sua função social, e não um mero requisito temporal.

Seguindo no estudo dos demais preceitos processuais, o art. 555 do Novo Código de Processo Civil estabelece que é lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de: *a)* condenação em perdas e danos; e *b)* indenização dos frutos. A menção às perdas e danos constava do art. 921, inciso I, do antigo CPC, e inclui, em regra, os danos emergentes (o que a pessoa efetivamente perdeu) e os lucros cessantes (o que a pessoa razoavelmente deixou de lucrar), nos termos dos

arts. 402 a 404 do CC/2002. No entanto, além desses danos materiais ou patrimoniais, deve-se entender que cabe indenização por danos morais, se o possuidor que sofreu o atentado à posse sofreu uma lesão aos direitos da personalidade.

A título de exemplo de fixação dos danos materiais, cite-se o *aluguel-pena* devido nos casos de comodato, após a notificação do comodatário pelo comodante, conforme se retira da parte final do art. 582 do Código Civil, segundo o qual, "O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante". Julgando desse modo, da jurisprudência paulista:

"Ação de reintegração de posse cumulada com perdas e danos. Comodato verbal. Imóveis de propriedade da autora. Notificação da ré, sem desocupação do imóvel. Esbulho caracterizado. Pedidos de arbitramento de aluguel e de pagamento de débitos fiscais incidentes sobre o imóvel. Possibilidade. Sentença reformada. Recurso provido" (TJSP, Apelação Cível 1000430-44.2014.8.26.0001, Acórdão 8083738, São Paulo, Trigésima Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro Kodama, j. 09.12.2014, *DJESP* 19.12.2014).

Como ilustração de danos morais, mencione-se a situação do proprietário que invade o imóvel quando vigente um contrato de locação, arrombando-o e trocando a sua fechadura. Configurado o abuso de direito por parte do locador, poderá o locatário ingressar com ação de reintegração de posse e pleitear danos morais por lesão à moradia. Nesse sentido, do Tribunal Gaúcho, trecho da seguinte ementa, que reconhece, ainda, a reparação de danos patrimoniais:

"O arrombamento do imóvel e substituição de fechaduras por conta própria caracteriza abuso de direito (art. 187, Código Civil) e gera o dever de indenizar danos materiais e morais dele decorrentes. Danos morais configurados. Indenização devida. Demonstrados os danos materiais correspondentes à perda de bens móveis (insumos) que se encontravam no estabelecimento do locatário, bem como a ocorrência de lucros cessantes, é devida a indenização correspondente. Deferido o pedido de reembolso do valor de serviços prestados pela locatária aos clientes do locador, em observância às circunstâncias do caso concreto" (TJRS, Apelação Cível 0067563-16.2014.8.21.7000, Porto Alegre, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, j. 20.11.2014, *DJERS* 26.11.2014).

Entretanto, deve ser feita a ressalva de que tais danos imateriais devem ser evidenciados no caso concreto. Como reconhece o Enunciado n. 159 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil* (2004), os danos morais não se confundem com os meros aborrecimentos decorrentes do dia a dia, principalmente com aqueles resultantes de prejuízo meramente material. Do mesmo Tribunal do Rio Grande do Sul, em discussão em ação de reintegração de posse, cumpre transcrever:

"Ação de reintegração de posse cumulada com indenização por danos morais. Aparelho rádio gravador. Conserto em oficina. Demora injustificada na entrega do objeto. Pretensão reintegratória reconhecida em sentença. Danos morais. Descabimento. Demandante que superdimensiona o fato. Incômodo que não possui relevância. Dano moral não configurado. Sentença integralmente mantida, inclusive no tocante à verba honorária. Apelo desprovido" (TJRS, Processo 70016062044, São Leopoldo, Vigésima Câmara Cível, Juiz Rel. José Aquino Flores de Camargo, data: 16.08.2006).

O inciso II do art. 555 do Novo CPC determina também a indenização dos frutos pelo réu da ação ao autor, o que não constava da Norma Processual anterior, apesar de estes serem enquadrados como danos materiais (lucros cessantes). Vale lembrar que os frutos são bens acessórios que saem do principal sem diminuir a sua quantidade. Para exemplificar, imagine-se a hipótese de reintegração de posse de uma fazenda onde havia uma produção de laranjas, que foram colhidas pelos invasores, devendo ser ressarcidas.

O inc. II do art. 921 do CPC/1973 tratava da cominação de pena em caso de turbação ou esbulho. Essa pena constituía a multa (*astreintes*) geralmente fixada nas ações possessórias e de forma diária. Como é notório, no interdito proibitório e na ação de manutenção de posse, essa multa sempre teve um papel fundamental, sendo esse o fim da liminar a ser deferida pelo juiz. O caráter dessa multa sempre foi coercitivo, evitando-se a ocorrência de novos atentados à posse. No Novo CPC, a multa passa a ser retirada do parágrafo único do art. 555, segundo o qual pode o autor da ação possessória requerer, ainda, imposição de medida necessária e adequada para evitar nova turbação ou esbulho ou cumprir-se a tutela provisória ou final.

Ato contínuo, o inciso III do art. 921 do CPC/1973 possibilitava, na ação possessória, o desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento da posse do autor da ação, um pedido subsidiário de obrigação de fazer. Não sendo possível essa demolição, o autor da ação poderia pleitear a conversão em perdas e danos, como reconhecia a jurisprudência. Por todos, a demonstrar essa dedução:

"Demolitória. Edificação irregular. Ação cumulada com reintegração de posse. Obra edificada pelo requerido. Invasão do imóvel do requerente em 18 (dezoito) centímetros. Desfazimento da obra. Prejuízo desproporcional ao direito. Conversão em perdas e danos. Apropriação pelo requerido da parte do imóvel do requerente sob a alegação de aquiescência do proprietário anterior ao projeto apresentado à municipalidade. Desacolhimento, eis que a aludida anuência foi dada ao projeto e não à ocupação de parte de seu imóvel pelo acionado, sendo ainda certo que, para valer contra terceiros ou sucessores, a alteração das medidas do imóvel do requerente, por eventual concordância do antigo proprietário, deveria estar averbada no Registro Imobiliário. Sentença de improcedência reformada. Recurso parcialmente provido" (TJSP, Apelação Cível com Revisão 876.292-0/4, São José dos Campos, Trigésima Quarta Câmara

de Direito Privado, Rel. Des. Irineu Pedrotti, 25.10.2006, v.u., Voto 8.959).

O Novo Código de Processo Civil não reproduz essa regra. Todavia, a este autor parece que a possibilidade de desfazimento de construção ou plantação enquadra-se no parágrafo único do seu art. 555, pela presença de uma medida necessária para o cumprimento da tutela provisória ou final. Eventualmente, na linha do último aresto, também é possível a conversão final em perdas e danos.

Nos termos do art. 556 do Novo CPC, é lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor. Trata-se de reprodução literal do art. 922 do antigo CPC. Pelo que consta desses dispositivos, e isso é notório e conhecido, as ações possessórias diretas têm *natureza dúplice*, cabendo pedido contraposto em favor do réu para que a sua posse seja protegida no caso concreto. Esse pedido contraposto pode ser de proibição, de manutenção ou mesmo de reintegração da posse em seu favor. Portanto, está totalmente dispensada a necessidade de uma reconvenção para a aplicação das medidas previstas no art. 555 do novel Estatuto Processual, entendimento que sempre prevaleceu quanto ao art. 922 do CPC/1973. Porém, como adverte a doutrina, caso o réu pretenda outra consequência jurídica, que não seja a proteção da posse ou a indenização por perdas e danos, deverá ingressar com ação declaratória incidental.[9]

Conforme o art. 557 do Código de Processo Civil emergente, na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa. Em complemento, prescreve o seu parágrafo único que não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa. Fazendo a devida confrontação do preceito com o art. 923 do antigo CPC, seu correspondente, constata-se a introdução da exceção quando a discussão de propriedade diz respeito a terceira pessoa. No mais, os dois diplomas são equivalentes.

O dispositivo processual revogado, assim, já previa que a alegação de exceção de domínio (*exceptio proprietatis*) não bastava para a improcedência da ação possessória. Aquela regra foi repetida, em sentido próximo, pelo § 2º do art. 1.210 do CC/2002, pelo qual, "Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa". O que se entende é que o Código Civil de 2002 consolidou a inviabilidade da alegação de domínio, ou de propriedade, em sede de ação possessória, ou seja, trouxe uma divisão entre os juízos possessório – em que se discute a posse – e petitório – em que se discute a propriedade.

Nessa linha de raciocínio, estatui o Enunciado n. 78 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que, "Tendo em vista a não recepção, pelo novo Código Civil, da *exceptio proprietatis* (art. 1.210, § 2º) em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no *ius possessionis*, deverá o pedido ser indeferido e julgado

improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso". Destaque-se que o art. 505 do CC/1916, norma que não tem correspondente no atual Código Civil, foi revogado, não cabendo mais a prevalência da propriedade e do domínio sobre a posse. Enunciava o dispositivo do Código Civil anterior que "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". Pode-se dizer que a última regra não mais persiste.

Mais do que isso, arremata o Enunciado n. 79 do CJF/STJ, da mesma *I Jornada de Direito Civil*, que "a *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório". Em outras palavras, a ação possessória é a via adequada para a discussão da posse; enquanto a ação petitória é a via adequada para a discussão da propriedade e do domínio, não sendo possível *embaralhar* as duas vias. Pode-se afirmar, pelas fundamentações expostas, que já estava prejudicada a redação da Súmula 487 do STF, pela qual, "Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada". Isso porque não é possível discutir a posse em ação de discussão do domínio. Tudo isso foi confirmado pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente pelo parágrafo único do seu art. 557.

O art. 559 do Estatuto Processual emergente prevê que se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, na hipótese de sucumbência, responder por perdas e danos, o juiz designar-lhe-á o prazo de cinco dias para requerer caução, real ou fidejussória (pessoal). Isso sob pena de ser depositada a coisa litigiosa, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente. A norma equivale ao art. 925 do CPC/1973, tratando da caução a ser fixada no curso do interdito possessório. Como novidade que vem em boa hora, a caução é dispensada para os autores que forem hipossuficientes, devendo o magistrado decidir de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Reafirme-se a posição doutrinária anterior, no sentido de se exigir a idoneidade dessa caução.[10]

Superadas essas regras gerais, o Código Processual Civil de 2015 continua a trazer previsões específicas relativas às *ações possessórias diretas*, como fazia o seu antecessor.

No que toca às ações de manutenção e de reintegração de posse, estabelece o outrora comentado art. 560 que o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, e reintegrado, no de esbulho (art. 926 do CPC/1973). Para tanto, nos termos do art. 561 do Novo CPC, que reproduz integralmente o art. 927 do antigo CPC, incumbe ao autor da ação provar: *a)* a sua posse; *b)* a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; *c)* a data da turbação ou do esbulho; *d)* a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração. Esses dados devem constar da petição inicial, sob pena de sua inépcia, conforme o art. 330, § 1º, inciso I, do CPC/2015; equivalente ao art. 295, parágrafo único, inciso I, do CPC/1973.

A possibilidade de concessão de liminar *inaudita altera par*, sem ouvir a outra parte, nas ações possessórias diretas por *força nova* está confirmada no novo art. 562 do CPC/2015, *caput*, cuja redação é a seguinte: "Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada". O dispositivo corresponde ao art. 928 do CPC/1973, em sua integralidade.

A audiência mencionada é a notória *audiência de justificação*, tão comum nas ações possessórias. Com relação a ela, prescreve o art. 563 do Novo CPC – equivalente, sem alterações, ao art. 929 do CPC/1973 –, que, considerada suficiente a justificação, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou de reintegração de posse.

Ao discutir a natureza jurídica da liminar, comentam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery que ela "tem caráter de adiantamento do resultado do pedido de proteção possessória. A concessão da liminar funciona como se o juiz tivesse julgado procedente o pedido, liminar, antecipada e provisoriamente, até que seja feita a instrução e sobrevenha a sentença. A única semelhança com a cautelar é o atributo da provisoriedade, já que o juiz pode revogar a liminar e concedê-la, novamente, se for o caso, ou a propósito do juízo de retratação, se for interposto agravo de instrumento".[11] Também para Alexandre Freitas Câmara, os efeitos da liminar são os mesmos dos concedidos por uma sentença de procedência da ação. Trata-se, portanto, de uma tutela antecipada.[12] O presente autor também pensa da mesma forma.

Em complemento, enuncia o parágrafo único do art. 562 do Novo CPC que, contra as pessoas jurídicas de Direito Público, não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais. Assim, a União, os Estados e os Municípios devem antes ser ouvidos para depois ser concedida, eventualmente, a liminar. A norma, sem dúvidas, é protetiva do Estado, não havendo qualquer alteração diante do parágrafo único do art. 928 do CPC/1973, seu equivalente.

Como controvérsia sempre destacada por este autor, e que permanece perante o Novo CPC, surge dúvida quanto à possibilidade de liminar em sede de interdito proibitório, se a ameaça for nova, ou seja, com menos de um ano e um dia. Em outras palavras, a pergunta a ser formulada é a seguinte: o interdito proibitório também pode constituir uma *ação de força nova*, como antes exposto?

A resposta sempre nos pareceu positiva, uma vez que o art. 933 do CPC/1973 mandava aplicar, ao interdito proibitório, as regras relativas às ações de manutenção ou reintegração de posse. Fez o mesmo o art. 568 do CPC/2015. Concluindo dessa forma, aplica-se o atual art. 562 do CPC àquela ação, sendo a liminar para a fixação de multa, com o fim de impedir a turbação e o esbulho.

Vale dizer que a ação de interdito proibitório tem como pedido principal uma

obrigação de não fazer, qual seja, da outra parte abster-se do atentado à posse. Esse conteúdo da referida ação poderia ser retirado do art. 932 do CPC/1973, repetido pelo art. 567 do CPC/2015, pelo qual, "O possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito". O julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo a seguir, bem pitoresco, reconhece, a título de exemplo, a fixação de liminar em sede de interdito proibitório, confirmando a tese defendida por este autor:

"Agravo de instrumento. Locação de imóveis. Ação de manutenção de posse cumulada com interdito proibitório. Decisão que defere o pedido liminar 'para segurar os inquilinos de serem molestados na posse do imóvel alugado dos requeridos'. Inconformismo dos réus, que sustentaram ausentes os elementos de verossimilhança do direito invocado. Não pode o locador, ou alguém em seu nome, num vestido de malha usado para dormir, adentrar o imóvel locado para cobrar dos locatários a cessação de atividade naturalmente ruidosa que aquele havia permitido que fosse desenvolvida no local, mormente não havendo prova de que a atividade em tela vem extrapolando o horário limite aceitável, segundo os agravantes, das 22 horas, e mesmo os limites legais da poluição sonora que uma Igreja Evangélica notoriamente produz. Tal ato destarte, pela violação do contratado, representou turbação da posse que o locador estava obrigado a garantir, agravada pelo traje evidentemente inadequado posto a desfilar ao meio de uma cerimônia de noivado, que pressupõe banho tomado e naftalina exalando da melhor roupa tirada do armário. Agravo improvido" (TJSP, Agravo de Instrumento 898.465-0/0, São Paulo, Trigésima Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Palma Bisson, 16.06.2005, v.u.).

Outra questão polêmica diz respeito à *ação de força velha*. Como se demonstrou, se o atentado à posse tiver pelo menos um ano e um dia, não caberá mais a *ação de força nova*, mas apenas a *ação de força velha*, que segue rito ordinário e em que não cabe a liminar. No entanto, fica a dúvida, se nessa ação caberá a concessão de tutela antecipada para, principalmente, deferir-se a reintegração da posse a favor do autor da ação.

A resposta dada pelos juristas participantes da *III Jornada de Direito Civil* foi positiva, conforme o Enunciado n. 238 do CJF/STJ, cuja redação é a seguinte: "ainda que a ação possessória seja intentada além de 'ano e dia' da turbação ou esbulho, e, em razão disso, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (CPC, art. 924), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461-A e parágrafos, todos do Código de Processo Civil". O enunciado acaba traduzindo o que entendia a jurisprudência, pois o próprio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de ser possível a tutela antecipada em ação de reintegração de posse, desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC

(STJ, REsp 555.027/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27.04.2004, *DJ* 07.06.2004, p. 223). Arestos mais recentes do Tribunal da Cidadania seguem a mesma linha (ver: STJ, AgRg no REsp 1.139.629/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 06.09.2012, *DJe* 17.09.2012; e REsp 1.194.649/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 12.06.2012, *DJe* 21.06.2012). Acredita-se que esse entendimento deve ser mantido com a emergência do Novo Código de Processo Civil.

Analisadas essas questões controvertidas quanto à liminar, preceitua o atual art. 564 do CPC/2015 que, concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos cinco dias subsequentes, a citação do réu para, querendo, contestar a ação no prazo de 15 dias. Nos termos do seu parágrafo único, quando for ordenada a justificação prévia, o prazo para contestar será contado da intimação da decisão que deferir ou não a medida liminar. Aqui também não houve qualquer mudança, com equivalência absoluta ao art. 930 do CPC/1973.

Como outra novidade de cunho social inquestionável, há outra preocupação com os conflitos coletivos de terras, nas novidades constantes do art. 565 do *Codex* de 2015. Expressa o seu *caput* que, no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 dias. Cabe lembrar que a mediação não visa o acordo entre as partes, mas apenas a sua aproximação para o *diálogo*.

O Ministério Público será intimado para comparecer a essa audiência de mediação, o mesmo ocorrendo com a Defensoria Pública sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da Justiça (art. 565, § 2º, do CPC/2015). Para facilitar a compreensão do conflito, estabelece o § 3º do mesmo diploma que o juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional. Essa última regra representa concretização do mandamento constitucional retirado do art. 126 do Texto Maior, segundo o qual, "Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio".

Ainda no que diz respeito a essa audiência de mediação, preconiza o § 4º do art. 565 do CPC/2015 que os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para o comparecimento, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório. Depois de concedida a liminar, se esta não for executada no prazo de um ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar a citada audiência de mediação, para os fins de tentar aproximar as partes relativas ao conflito (art. 565, § 1º, do CPC/2015).

Todos esses procedimentos também são aplicáveis aos litígios que dizem respeito ao domínio ou propriedade, ou seja, também nos juízos petitórios (art. 565, § 5º, do CPC/2015). A título de exemplo, todos esses procedimentos devem incidir para os casos de *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*, expressão cunhada por Miguel Reale para designar a categoria tratada pelo Código Civil nos §§ 4º e 5º do art. 1.228. Nos termos do primeiro comando civil, o proprietário pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Em casos tais, de acordo com o segundo comando, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário. Pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

A categoria constitui importante restrição ao direito de propriedade, trazendo como conteúdo a função social da posse e do domínio. Os dispositivos e o instituto, além de não encontrarem correspondentes na codificação anterior, também não estão previstos em qualquer outra codificação do Direito Comparado. Trata-se, assim, de uma criação brasileira. Como esclarece o próprio Miguel Reale, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil de 2002, "trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro do seu Conselho Consultivo". As palavras de Reale justificam a terminologia *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*, que deve ser considerada a melhor a ser empregada, pois de uso pelo *criador* do instituto.

Não há dúvidas de que o instituto aqui estudado é uma modalidade de desapropriação, e não de usucapião, como pretende parte da doutrina.[13]

Isso porque o § 5º do art. 1.228 do CC consagra o pagamento de uma *justa indenização*, não admitindo o nosso sistema jurídico a usucapião onerosa. A propósito de distinção, Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado elencam quatro diferenças fundamentais entre essa forma de desapropriação e a usucapião coletiva urbana, prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).[14] A primeira diferença é que, na usucapião coletiva urbana, os ocupantes devem ser de baixa renda; na desapropriação judicial privada, não há essa necessidade. Como segundo ponto diferenciador, na usucapião coletiva urbana, a área deve ter, no mínimo, 250 m^2, exigência que não está presente na desapropriação judicial privada, bastando uma *extensa área*. A terceira discrepância é que a usucapião coletiva somente incide aos imóveis urbanos, enquanto a desapropriação judicial privada pode ser aplicada aos imóveis urbanos ou rurais. Por fim, na usucapião, não há direito à indenização, ao

contrário da desapropriação judicial privada. De toda sorte, apesar dessas diferenças categóricas, é perfeitamente possível sustentar que as regras processuais aqui analisadas para as demandas coletivas incidem igualmente para a usucapião coletiva.

A desapropriação que ora se expõe é *privada*, pois concretizada no interesse direto e particular daquelas pessoas que, em número considerável, ocuparam extensa área. Está fundada em uma *posse qualificada*, a *posse-trabalho*, conceituada por Maria Helena Diniz como sendo a posse sem interrupção e de boa-fé, por mais de cinco anos, "traduzi-a em trabalho criador, feito em conjunto ou separadamente, quer se concretize na realização de um serviço ou construção de uma morada, quer se manifeste em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Essa posse qualificada é enriquecida pelo valor laborativo de um número considerável de pessoas (quantidade apurada com base na extensão da área produtiva), pela realização de obras, loteamentos, ou serviços produtivos e pela construção de uma residência, de prédio destinado ao ensino ou ao lazer, ou, até mesmo, de uma empresa".[15] Seguindo a linha filosófica da atual codificação civil, pode-se dizer que a *posse-trabalho* constitui uma cláusula geral, um conceito aberto e indeterminado a ser preenchido caso a caso. Representa tal conceito a efetivação da função social da posse, pelo desempenho de uma atividade positiva no imóvel, dentro da ideia de intervenção impulsionadora, antes exposta.

Além desse, o § 4º do art. 1.228 do CC/2002 traz outros conceitos que são legais e indeterminados e que devem ser analisados de acordo com a situação concreta, caso das expressões *extensa área, considerável número de pessoas*, *boa-fé* e *interesse social e econômico relevante*. Diante da previsão dessas expressões, o instituto demanda da comunidade jurídica e do aplicador do direito uma análise aprofundada para a tentativa do seu preenchimento. Em verdade, talvez pela dificuldade de preenchimento desses conceitos, a categoria não encontrou a devida aplicação prática nos mais de dez anos de vigência do Código Civil.

Tentando facilitar a compreensão do novo instituto, nas *Jornadas de Direito Civil*, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, foram aprovados vários enunciados doutrinários, com conteúdo bem interessante, que constituem roteiro seguro e eficiente para o estudo da categoria. Comentaremos apenas alguns deles, para não fugir da principal finalidade deste livro, que é de interagir o Direito Civil com o Processo Civil.

O primeiro a ser destacado é o Enunciado n. 82 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, promovida em 2002, segundo o qual, "É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil". O enunciado, à época, tinha interessante relevância prática, pois alguns doutrinadores defendiam, e ainda defendem, que a desapropriação judicial privada é inconstitucional, por incentivar a invasão de terras.[16] Não se filia ao entendimento da inconstitucionalidade, mas muito ao

contrário, eis que o instituto tende a dar uma função social à propriedade em situações nas quais a posse já não vem atendendo a essa finalidade de interesse da coletividade.

Ainda da *I Jornada de Direito Civil*, dispõe o importante Enunciado n. 84 que "A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização". De imediato, percebe-se que a desapropriação judicial privada é matéria de exceção, a ser alegada pelos réus da ação reivindicatória proposta pelo proprietário do imóvel. Ademais, em relação à indenização, o entendimento constante do enunciado acabou sendo o majoritário nos primeiros anos de vigência do CC/2002. Entretanto, na *IV Jornada de Direito Civil*, aprovou-se outro enunciado, que traz a alternativa de pagamento de indenização pelo Estado, e que teve como um dos seus proponentes Lucas Abreu Barroso. Vejamos a redação do Enunciado n. 308 do CJF/STJ, que conta com o pleno apoio deste autor: "A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado n. 84 da *I Jornada de Direito Civil*". Ora, o último entendimento doutrinário visa dar efetividade prática ao instituto da desapropriação privada, pois dificilmente os possuidores terão condições financeiras de arcar com a indenização. Em reforço, acaba por valorizar a função social da posse.

Exposta essa importante categoria material e voltando ao Novo CPC, determina o seu art. 566 que se aplica em relação às referidas ações possessórias o procedimento comum, de forma residual, o que era consagrado pelo art. 931 do CPC/1973.

No tocante à competência para essas demandas fundadas na posse, como se sabe, sempre se reconheceu como competente, seja qual fosse o procedimento a ser seguido, o foro de situação da coisa, o que era tradução do art. 95 do CPC/1973, que versava sobre as ações fundadas em direito real. Isso mesmo não sendo a posse um direito real, mas um direito de natureza especial, segundo a maioria dos civilistas.

O Novo CPC espanca qualquer dúvida quanto a essa mesma conclusão, prevendo, no seu art. 47, § 2º, que a ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta. Eventualmente, se o imóvel estiver situado em mais de um Estado ou em mais de uma Comarca, aplica-se a regra da *prevenção*, ou seja, será competente o primeiro juiz que tiver conhecimento da causa, conforme se manifestava a doutrina de escol.[17]

Superadas as regras processuais previstas nos dois Códigos Processuais, devem ser comentados dois dispositivos do Código Civil, que igualmente

interessam ao aspecto instrumental.

De início, prevê o art. 1.211 do CC/2002 que, "Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso". O dispositivo trata do *possuidor aparente*, que manterá a coisa enquanto se discute em sede de ação possessória, ou mesmo petitória, quem é o seu possuidor ou proprietário de direito.

Entretanto, pelo próprio comando, se for demonstrado que o *possuidor aparente* tem a coisa com um vício, seja objetivo ou subjetivo, poderá esta ser-lhe retirada. Filia-se plenamente à doutrina de Joel Dias Figueira Jr., quando afirma que "o principal critério abalizador da manutenção ou reintegração de posse haverá de ser, indubitavelmente, a utilização socioeconômica do bem litigioso e não mais o prazo de ano e dia de titularidade da posse. Portanto, substitui-se o critério puramente objetivo do parágrafo único do antigo art. 507 pelos critérios sociopolíticos e econômicos ancorados na função social da propriedade que, em última análise, reside na própria posse. Não significa dizer, contudo, que os juízes não possam considerar em suas decisões, como elemento de formação de seus convencimentos, os 'títulos' de posse e/ou a sua respectiva data, ou, ainda que não possam, de ofício, utilizar-se do poder geral de cautela, autorizada expressamente pelos arts. 798 e 799 do CPC, determinando, por exemplo, o sequestro cautelar do bem litigioso. O que estamos a afirmar é que o ponto norteador para a manutenção ou reintegração da posse haverá de ser a posse efetiva em consonância com as suas finalidades sociais e econômicas".[18] Em suma, a função social da posse deve ser o conceito orientador do art. 1.211 do CC/2002. Essa posição não muda com a emergência do Novo Código de Processo Civil.

Como último preceito a ser comentado, o art. 1.212 da atual codificação material privada dispõe que o possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era. Como se observa, a norma civil abre a possibilidade de o possuidor que sofreu o atentado definitivo à posse ingressar com ação de reintegração de posse ou com ação de reparação de danos contra o terceiro que estiver com a coisa. Consigne-se que indenização para as situações de esbulho está prevista pelo art. 952 do atual Código Civil, cuja redação é a seguinte: "Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado. Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avantaje àquele".

Ainda no estudo do art. 1.212 do CC, na *I Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 80 do CJF/STJ, determinando que "É inadmissível o direcionamento de demanda possessória ou ressarcitória contra terceiro possuidor de boa-fé, por ser parte passiva ilegítima diante do disposto no art. 1.212 do novo Código Civil. Contra o terceiro de boa-fé, cabe tão somente a

propositura de demanda de natureza real". Nesse contexto, como não se pode atribuir culpa a quem esteja de boa-fé, não caberão as medidas previstas no dispositivo, mas tão somente ação petitória, para reivindicação da propriedade.

A encerrar o presente capítulo, é interessante transcrever e analisar o Enunciado n. 239 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, que em muito interessa para a discussão do mérito das ações possessórias diretas: "Na falta de demonstração inequívoca de posse que atenda à função social, deve-se utilizar a noção de 'melhor posse', com base nos critérios previstos no parágrafo único do art. 507 do Código Civil/1916".

O enunciado doutrinário começa muito bem e termina muito mal. Começa muito bem, pois aponta que para a caracterização do que seja melhor posse, em sede de ação possessória, deve-se levar em conta a sua função social. Justamente por isso, é forte a corrente doutrinária que conclui pela falta de legitimidade para a referida ação nas situações de alguém que não vem atendendo a essa função social. Como bem ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "O direito do possuidor de defender a sua posse contra terceiros – incluindo-se aí o proprietário – é uma consequência jurídica produzida pela necessidade geral de respeito a uma situação fática consolidada, na qual necessidades humanas fundamentais são satisfeitas. A densidade social da posse como modo revelador da necessidade básica do homem de apropriar-se de bens primários justifica que não seja ela reduzida a mero complemento da tutela da propriedade, mas sim em instrumento concreto de busca pela igualdade material e justiça social".[19]

Vale dizer que a tese que relaciona a função social da posse e da propriedade como pressupostos para o ingresso de ação possessória e mesmo petitória foi adotada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no famoso caso da *Favela Pullman*, que afastou a possibilidade da ação reivindicatória diante do não atendimento a esses regramentos. Nos termos do que consta da ementa desse notório julgamento, "o direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista no art. 589 c/c os arts. 77 e 78 da mesma lei substantiva" (STJ, REsp 75.659/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.06.2005, *DJ* 29.08.2005, p. 344).

Contudo, o Enunciado n. 239 da *I Jornada de Direito Civil* termina muito mal, pois faz menção ao parágrafo único do art. 507 do CC/1916, que previa a seguinte ordem para a caracterização da melhor posse: "Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque".

No pensar deste autor, não devem ser utilizados, em um primeiro momento,

tais critérios, mas sim o festejado parâmetro da função socioeconômica, antes exposto, consoante os ensinamentos de Joel Dias Figueira, por último transcritos. Por isso, a parte final do Enunciado n. 239 deveria ser cancelada em outra e próxima *Jornada de Direito Civil*.

[1] MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 116.

[2] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 994.

[3] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 828-829; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5 – Direito das Coisas, p. 101.

[4] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Coisas. 37. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 32.

[5] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 5 – Direitos Reais, p. 78.

[6] LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 1.008.

[7] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 948.

[8] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil Anotado*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 29; e VENOSA, Sílvio. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XII, p. 80.

[9] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 991.

[10] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 995.

[11] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 997.

[12] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. III, p. 394.

[13] Nesse sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze. Controvérsias Constitucionais Acerca do Usucapião Coletivo. *Jus Navigandi*, ano 10, n. 1.063, Teresina, 30 maio 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8318>. Acesso em: 21 jul. 2010.

[14] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 608.

[15] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Coisas. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 195.

[16] Por todos: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil Comentado*. 2. ed. Coordenador: Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.133.

[17] MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 120.

[18] FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Ricardo Fiuza. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.116.

[19] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 110.

DO TRATAMENTO DA USUCAPIÃO IMOBILIÁRIA NO NOVO CPC

Da Usucapião Administrativa

O Novo Código de Processo Civil representa uma verdadeira revolução na abordagem relativa à usucapião imobiliária. De início, porque não há mais um tratamento específico da ação de usucapião, entre os procedimentos especiais, como ocorria no Código de Processo Civil de 1973. Assim, não se repetiu o que constava entre os arts. 941 a 945 do Estatuto Instrumental anterior.

Pontue-se, para os devidos fins de esclarecimentos didáticos, que o art. 941 do CPC/1973 dispunha que competiria a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declarasse, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial. O autor da demanda, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel correspondente, requereria a citação daquele em cujo nome estivesse registrado o bem usucapiendo, assim como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados (art. 942 do CPC/1973). Seriam intimados por via postal, para que manifestassem interesse na causa, os representantes da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (art. 943 do CPC/1973). Interviria, obrigatoriamente e em todos os atos do processo, o Ministério Público (art. 944 do CPC/1973). A sentença que julgasse procedente a ação seria transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis, satisfeitas as obrigações fiscais (art. 945 do CPC/1973).

Não obstante a falta desse tratamento específico, entre os procedimentos especiais, existem duas regras esparsas no Novo Código de Processo, relativas a essa demanda de aquisição de domínio. De início, a citação dos confinantes na ação está consagrada no art. 246 do CPC/2015, a exemplo do que constava do art. 942 do revogado CPC. Nos termos do § 3º do novel diploma, na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando

tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada, exceção que constitui novidade. Mais à frente, o art. 259 do CPC/2015 estabelece a necessidade de publicação de editais para todas as demandas de usucapião, para os devidos fins de publicidade.

Pois bem, diante da falta de tratamento da ação de usucapião entre os procedimentos especiais, continuam tendo aplicação as regras específicas consagradas por legislação extravagante para as modalidades de *usucapião constitucionais (especial rural* ou a*grária* e *especial urbana individual*) e para a *usucapião urbana coletiva*, que serão abordadas a seguir.

Para o presente autor, ação de usucapião imobiliária ainda é possível em qualquer uma de suas modalidades, inclusive nos casos de *usucapião ordinária* (art. 1.242 do CC/2002) ou *extraordinária* (art. 1.238 do CC/2002). De acordo com o primeiro diploma, adquire a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. O prazo dessa forma ordinária será reduzido para cinco anos, se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico, presente a chamada *posse-trabalho*. Conforme o segundo preceito, que trata da modalidade *extraordinária*, aquele que, por 15 anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e de boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. O seu prazo também é reduzido, de 15 para 10 anos, em decorrência da *posse-trabalho*, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

O fundamento para se entender que a via judicial continua possível para qualquer espécie de usucapião está na legislação material, e não na processual, especialmente no *caput* do art. 1.241 do Código Civil, pelo qual poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel. Segundo o seu parágrafo único, a declaração obtida na forma desse artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Deve-se entender que, com o Novo CPC, a ação de usucapião passa a seguir o chamado *rito comum*, antes denominado *ordinário*. Conforme o art. 318 do Estatuto Processual de 2015, "Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei. Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução".

Ficará o debate sobre a obrigatoriedade de atuação do Ministério Público nas ações de usucapião ordinária e extraordinária pela não reprodução do art. 944 do CPC/1973. Acreditamos que a resposta será positiva, mesmo com a ausência de previsão expressa. E o fundamento para tanto está no art. 178, inciso III, do Novo CPC, segundo o qual, "o Ministério Público será intimado para, no prazo de trinta dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na

Constituição Federal e nos processos que envolvam: (...) III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana". Ou, talvez, o amparo resida no art. 176 do CPC/2015, ao determinar que o MP atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis. Ora, a propriedade sempre desperta um interesse social, diante do seu fundamento na função social, retirada do art. 5º, incisos XXII e XXIII, do Texto Maior. Por fim, a atuação do *parquet* continua obrigatória em todas as modalidades de usucapião previstas em leis específicas, como se verá, sendo incoerente que a regra não alcance as modalidades ordinária e extraordinária.

Feitas tais considerações, além da comum utilização da usucapião em sede de petição inicial, o instituto também pode ser alegado no âmbito da defesa ou exceção, como estabelece a antiga Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal, não prejudicada pelo Novo CPC. Dentro dessa ideia, preceitua o Enunciado n. 315 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, que "O art. 1.241 do CC permite ao possuidor que figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória formular pedido contraposto e postular ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro imobiliário, ressalvados eventuais interesses de confinantes e terceiros". A sentença de improcedência serve como título de propriedade a ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis, em favor do réu, premissa que permanece na vigência do Novo Estatuto.

No entanto, persiste a dúvida se realmente o registro da sentença de improcedência como título aquisitivo da propriedade vale para todos os tipos de usucapião. No tocante à usucapião especial rural, não há dúvidas de que a resposta é positiva, pelo que consta do art. 7º da Lei 6.969/1981, a saber: "A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis". Do mesmo modo, tanto em relação à usucapião especial urbana (a individual) como na usucapião especial urbana coletiva, pelo que consta do art. 13 da Lei 10.257/2001, *in verbis:* "A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis". E nas demais formas de usucapião, especialmente a ordinária e a extraordinária, a sentença de improcedência também serve como título para fins de registro?

O entendimento majoritário, particularmente entre os processualistas, sempre foi no sentido de que a usucapião poderia ser alegada em defesa, mas que a sentença de improcedência somente poderia ser registrada nos casos destacados em lei. Compartilhando dessa ideia, lecionava Alexandre Freitas Câmara que "A sentença que reconhecer o usucapião alegado como defesa não poderá ser levada a registro junto a matrícula do imóvel no Registro de Imóveis. Isto porque a contestação não amplia o objeto do processo. Não tendo havido pedido de reconhecimento da aquisição da propriedade por usucapião, não será a sentença capaz de declarar, com força de coisa julgada, que o réu é proprietário do bem em razão do usucapião".[1] Em nota de rodapé, o doutrinador fluminense

excetua as hipóteses envolvendo a usucapião especial rural e urbana, transcrevendo os dispositivos aqui mencionados.

Em sentido muito próximo, essa também era a opinião de Humberto Theodoro Jr.[2] e de Theotonio Negrão,[3] trazendo ambos farta jurisprudência para balizar as suas teses.

Apesar de ser essa corrente apegada a valores formais e não sendo o formalismo da preferência ideológica deste autor, é pertinente verificar que a discussão se refere à formação da coisa julgada, razão pela qual o entendimento acaba prevalecendo e deve persistir com a emergência do Novo CPC. Analisadas essas questões, passa-se para a abordagem das modalidades de usucapião que têm tratamento em legislação específica, notadamente por normas de cunho instrumental.

Começando pela usucapião constitucional rural, *pro labore* ou agrária, está ela tratada pelo art. 191 do Texto Maior, segundo o qual, "Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade". A regra foi reproduzida, na literalidade, pelo art. 1.239 do CC/2002, estando igualmente regulamentada, ainda, pela Lei 6.969/1981, especialmente no que tange a regras processuais que interessam diretamente à presente obra.

Consigne-se que, para os doutrinadores do Direito Agrário, a melhor denominação para o instituto em estudo é *usucapião agrária*, e não *usucapião especial rural*. Segundo Benedito Ferreira Marques, o termo *especial* deve ser usado apenas para a *usucapião indígena*, regulamentada pelo art. 33 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), e não para o instituto ora objeto de estudo.[4] De toda sorte, o presente autor prefere utilizar a expressão *especial*, majoritária na doutrina civilista nacional, para as duas modalidades previstas na Constituição Federal de 1988.

Pelo que constam em todos esses preceitos citados, o primeiro requisito para essa usucapião é a existência de área não superior a 50 hectares (50 ha), localizada na zona rural. Vale lembrar que, apesar de o art. 1º da Lei 6.969/1981 ter previsto uma área de 25 ha, este comando não foi recepcionado pela CF/1988, devendo ser desconsiderado. O segundo elemento essencial é a presença de uma posse de cinco anos ininterruptos, sem oposição e com *animus domini*, ou seja, com intenção de dono. O terceiro requisito é a utilização do imóvel para subsistência ou trabalho (*pro labore*), podendo ser na agricultura, na pecuária, no extrativismo ou em atividade similar. O fator essencial é que a pessoa ou a família esteja tornando produtiva a terra, por força de seu trabalho. Por fim, aquele que pretende adquirir por usucapião, não pode ser proprietário de outro imóvel, seja ele rural ou urbano. Não há qualquer previsão quanto ao justo título e à boa-fé, pois tais elementos se presumem de forma absoluta (presunção *iure et de iure*), pela destinação que foi dada ao imóvel, atendendo à sua função

social.

Partindo para as regras processuais consagradas pela Lei 6.969/1981, e que continuam tendo subsunção com a emergência do Novo CPC, determina o seu art. 4º, *caput*, que a ação de usucapião especial será processada e julgada na Comarca da situação do imóvel. Destaque-se que essa era a regra de competência para todas as ações de usucapião, nos termos do art. 95 do CPC/1973, primeira parte, pelo qual, nas ações fundadas em direito real sobre imóveis, seria competente o foro da situação da coisa. Fez o mesmo o art. 47 do CPC/2015, *in verbis*: "Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa". Cumpre anotar, o que continua tendo aplicação, que a presença da União ou de quaisquer de seus entes, na ação de usucapião especial rural, não afasta a competência do foro de situação do imóvel. Essa dedução é retirada da antiga Súmula 11 do Superior Tribunal de Justiça.

De acordo com o § 1º do art. 4º da Lei 6.969/1981, observado o disposto no art. 126 da Constituição Federal – que trata da necessidade de criação de varas especializadas pelos Tribunais de Justiça para dirimir os conflitos fundiários –, no caso de usucapião especial em terras devolutas federais, a ação será promovida na Comarca da situação do imóvel, perante a Justiça do Estado, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, cabendo ao Ministério Público local, na primeira instância, a representação judicial da União. Apesar da menção expressa, doutrina e jurisprudência majoritárias têm entendido que a possibilidade de usucapião rural de terras devolutas ou terras sem donos é incompatível com a própria Constituição Federal. Isso porque as terras devolutas são bens públicos dominicais ou dominiais, pertencentes ao patrimônio disponível do Estado que, como tal, não podem ser objeto de usucapião (arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da CF/1988). Esclareça-se que esse já era o entendimento da jurisprudência superior desde a edição da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal, em 1963, com a seguinte dicção: "Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião". Alerte-se que o Código Civil mencionado é o de 1916. No Código Civil de 2002, o art. 102 veda expressamente a usucapião de qualquer bem público, seja móvel ou imóvel, de uso comum do povo, de uso especial ou dominical.

Pela mesma incompatibilidade, fica totalmente prejudicado o § 2º do art. 4º da Lei Agrária (Lei 8.629/1993), pelo qual, no caso de terras devolutas, em geral, a usucapião especial poderá ser reconhecida administrativamente, com a consequente expedição do título definitivo de domínio, para transcrição no Registro de Imóveis. A conclusão também vale para os dois parágrafos seguintes do mesmo preceito, que tratam de procedimentos administrativos para a usucapião de terras devolutas, o que é impossível desde a Constituição Federal de 1988, segundo o entendimento que ainda é majoritário.

De toda sorte, cabe deixar anotado que o presente autor é favorável à usucapião de bens públicos dominicais, seguindo a antiga tese encabeçada por

Silvio Rodrigues, para quem esses bens são prescritíveis, pelo fato de serem alienáveis. Para o Professor das Arcadas, interpretando o art. 188, *caput*, da CF/1988, "parece-me que o legislador constituinte, distinguindo as terras públicas das devolutas, criou, como já disse, um novo gênero de bens públicos dominiais, o das terras devolutas, que seriam aquelas que constituem um acervo que o Estado detém como os particulares detêm o próprio patrimônio. Tal patrimônio escapa da regra do art. 100 do CC, que declara inalienáveis os demais bens públicos classificados no dispositivo anterior, e está sujeito a usucapião".[5] Pontue-se, de qualquer forma, que prevalece largamente, inclusive na jurisprudência superior, a premissa de vedação de usucapião dos bens públicos.

Voltando ao rito processual para a usucapião especial rural, estatui o art. 5º, *caput*, da Lei 6.969/1981 que será adotado o procedimento sumaríssimo, assegurada a preferência à sua instrução e julgamento. Onde se lê procedimento *sumaríssimo*, sempre se entendeu pela aplicação do *procedimento sumário*, nos termos dos arts. 275 e seguintes do CPC/1973, que foi excluído pelo Novo CPC.

A esse propósito, o art. 1.046 do Novo Estatuto Processual é norma de direito intertemporal que não deixa dúvidas, prevendo que, ao entrar em vigor o Novo Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei 5.869, de 11.01.1973. Em complemento, nos termos do seu § 1º, as disposições do antigo CPC relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência do Novo Código. Porém, permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente o Novo CPC (art. 1.046, § 2º, do Estatuto Processual Emergente).

O curioso – e isso ocorre também com outras leis especiais – é que a Lei 6.969/1981 faz menção a um procedimento que não existe mais, o que torna a incidência do último preceito do CPC/2015 sem sentido. Sendo assim, em uma primeira análise, parece que a ação de usucapião agrária passa a ser submetida ao que agora se denomina *procedimento comum*, observados os preceitos especiais que nela estão tratados. Incide, mais uma vez, a regra constante do art. 318 do CPC de 2015, aqui antes transcrita.

A propósito, estabelece o art. 5º, § 1º, da Lei 6.969/1981 que, na ação de usucapião especial rural, o autor, expondo o fundamento do pedido e individualizando o imóvel, com dispensa da juntada da respectiva planta, poderá requerer, na petição inicial, designação de audiência preliminar, a fim de justificar a posse, e, se comprovada esta, será nela mantido, liminarmente, até a decisão final da causa. Porém, conforme já anotavam Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, a jurisprudência vinha entendendo pela desnecessidade dessa *audiência de justificação da posse* na ação de usucapião agrária, o que deve ser mantido com a emergência do Novo CPC.[6]

Seguindo no estudo da Lei da Usucapião Especial Rural, prevê o seu art. 5º, § 2º, que o autor da ação requererá ainda a citação pessoal daquele em cujo nome

esteja transcrito o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus ausentes, incertos e desconhecidos, na forma do art. 232 do CPC/1973, que tratava da citação por edital, valendo a citação para todos os atos do processo. A menção ao dispositivo anterior equivale, agora, ao art. 257 do CPC/2015.

Sem prejuízo dessa citação, serão cientificados por carta, para que manifestem interesse na causa, os representantes da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, no prazo de 45 dias (art. 5º, § 3º, da Lei 6.969/1981). Tal comando continua a ter aplicação plena, sem qualquer interferência do Estatuto Instrumental emergente.

De acordo com o parágrafo seguinte, o prazo para contestar a ação correrá da intimação da decisão que declarar justificada a posse (art. 5º, § 4º, da Lei 6.969/1981). Por fim, intervirá, obrigatoriamente, em todos os atos do processo, o Ministério Público (art. 5º, § 5º, da Lei 6.969/1981). Do mesmo modo, esses comandos não foram atingidos pelo Novo CPC, tendo aplicação normal, como sempre foi dada.

Dispõe o art. 6º da Lei 6.969/1981 que o autor da ação de usucapião especial rural terá, se assim pedir, o benefício da assistência judiciária gratuita, inclusive para o Registro de Imóveis. Em complemento, sendo provado que o autor tinha situação econômica bastante para pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família, o juiz lhe ordenará que pague, com correção monetária, o valor das isenções concedidas, ficando suspenso o registro da sentença até o pagamento devido (art. 6º, parágrafo único, da Lei 6.969/1981). Ainda em relação a esse comando, não houve qualquer mudança produzida pela nova norma.

Expostas e analisadas as regras atinentes à usucapião especial rural, passa-se ao estudo da *usucapião constitucional* ou *especial urbana individual*, tratada pelo art. 183 da Constituição Federal, pelo art. 1.240 do Código Civil e pelo art. 9º da Lei 10.257/2011 (Estatuto da Cidade). Não se pode esquecer, a propósito, da inclusão da nova *usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal* pela Lei 12.424/2011, que introduziu o art. 1.240-A no Código Civil de 2002.

A categoria é igualmente denominada *pro misero*, pela clara preocupação com a moradia, enunciando o *caput* do art. 183 da CF/1988, reproduzido pelos comandos infraconstitucionais citados, que lhe dão fundamento: "Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural".

Pelo que se retira dos dispositivos legais mencionados, o primeiro requisito dessa usucapião é a existência de uma área urbana não superior a 250 m². Ademais, deve estar presente uma posse mansa e pacífica de cinco anos ininterruptos, sem oposição e com intenção de dono (*animus domini*). O imóvel deve ser utilizado para a sua moradia ou de sua família, nos termos do disposto no

art. 6º da CF/1988. Aquele que adquire o bem não pode ser proprietário de outro imóvel, rural ou urbano; não podendo a usucapião especial urbana ser deferida mais de uma vez. Cumpre observar, a exemplo do que ocorre com a outra modalidade constitucional, que não há menção a respeito do justo título e da boa-fé pela presunção absoluta ou *iure et de iure* de suas presenças.

O Estatuto da Cidade também traz regras complementares processuais sobre essa usucapião especial urbana individual, normas inicialmente mantidas pelo Novo CPC, pelo que está escrito no seu art. 1.046, § 2º. De acordo com o art. 11 da Lei 10.257/2001, na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo. O que se percebe é que a ação de usucapião especial urbana tem prioridade em relação às demais demandas, o que está fundamentado na proteção da política urbana e, em certa medida, da moradia (art. 6º, *caput*, da CF/1988). Assim, a título de exemplo, em havendo ação de usucapião, todas as ações de reintegração de posse relativas ao imóvel ficam suspensas até que a titularidade do domínio seja resolvida.

São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião, no teor do art. 12 do Estatuto da Cidade: *a)* o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio, seja ele originário ou superveniente; *b)* os possuidores, em composse; *c)* a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica e desde que explicitamente autorizada pelos representados, atuando como substituto processual; previsão que tem inegável função social, para uma melhor divisão das propriedades no País. A regra permanece incólume com o Novo CPC.

Na ação de usucapião especial urbana, assim como ocorria com as demais ações de mesma natureza por expressão no antigo CPC, é obrigatória a intervenção do Ministério Público (art. 12, § 1º, da Lei 10.257/2001). O autor da ação terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, o que inclui o cartório de registro de imóveis (art. 12, § 2º, da Lei 10.257/2001).

Por fim, dispõe o art. 14 do Estatuto da Cidade, já adaptado à realidade processual anterior, que o rito a ser observado seria o sumário, conforme os arts. 275 e seguintes do CPC de 1973. Valem as mesmas observações feitas quanto à ação de usucapião agrária. Com o desaparecimento do rito sumário, a ação passa a seguir o *procedimento comum*, nos termos do art. 318 do CPC de 2015, observadas as regras específicas aqui expostas, previstas no Estatuto da Cidade para a ação de usucapião.

Essa forma de pensar também alcança a nova modalidade de *usucapião especial urbana por abandono do lar*, constante do art. 1.240-A do CC, incluído pela Lei 12.424, de 16.06.2011. De acordo com esse preceito, "Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o

domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez."

Como fica claro, o instituto traz algumas semelhanças em relação à usucapião especial urbana que anteriormente estava tratada, a qual pode ser denominada *regular*. De início, cite-se a metragem de 250 m², que é exatamente a mesma, procurando o legislador manter a uniformidade legislativa. Isso, apesar de que em alguns locais a área pode ser tida como excessiva, conduzindo a usucapião de imóveis de valores milionários. Ato contínuo, o novo instituto somente pode ser reconhecido uma vez, desde que o possuidor não tenha um outro imóvel urbano ou rural.

A principal novidade é a redução do prazo para exíguos dois anos, o que faz que a nova categoria seja aquela com menor lapso temporal previsto entre todas as modalidades de usucapião, inclusive de bens móveis (o prazo menor era de três anos). Deve ficar claro que a tendência pós-moderna é justamente a redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo possibilita a tomada de decisões com maior rapidez.

O abandono do lar é o fator preponderante para a incidência da norma, somado ao estabelecimento da moradia com posse direta. O comando pode atingir cônjuges ou companheiros, inclusive homoafetivos, diante do amplo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável. Fica claro que o instituto tem incidência restrita entre os componentes da entidade familiar, sendo esse o seu âmbito de aplicação. Nesse sentido, preciso enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2011, a saber: "A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas" (Enunciado n. 500).

Consigne-se que, em havendo disputa, judicial ou extrajudicial, relativa ao imóvel, não ficará caracterizada a posse *ad usucapionem*, não sendo a hipótese de subsunção do preceito. Eventualmente, o cônjuge ou companheiro que abandonou o lar pode notificar o ex-consorte anualmente, para demonstrar o impasse relativo ao bem, afastando o cômputo do prazo. Desse modo, o requisito do abandono do lar merece uma interpretação objetiva e cautelosa. Nessa esteira, vejamos outro enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, que analisa muito bem a temática:

"A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito 'abandono do lar' deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas

despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião" (Enunciado n. 499).

Com incidência concreta desse enunciado doutrinário, não se pode admitir a incidência da nova usucapião nas situações concretas de atos de violência praticados por um cônjuge ou companheiro para retirar o outro do lar conjugal. Em suma, a expulsão do cônjuge ou companheiro não pode ser comparada ao abandono. Outro emprego que pode ser dado à transcrita ementa doutrinária diz respeito ao afastamento de qualquer debate a respeito da culpa, com o fim de influenciar a usucapião a favor de um ou outro consorte. Na verdade, existindo qualquer controvérsia quanto à posse sobre o imóvel, não há que se falar em posse *ad usucapionem* com a finalidade de gerar a aquisição do domínio.

No que concerne à questão de direito intertemporal, é correta posição sustentada por Marcos Ehrhardt Jr., no sentido de que "O prazo para exercício desse novo direito deve ser contado por inteiro, a partir do início da vigência da alteração legislativa, afinal não se deve mudar as regras do jogo no meio de uma partida".[7] A conclusão tem relação direta com a proteção do direito adquirido, retirada do art. 5º, XXXVI, da Constituição e do art. 6º da Lei de Introdução. Do mesmo modo, o constante em outro enunciado da *V Jornada de Direito Civil*: "A fluência do prazo de 2 (dois) anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada tem início com a entrada em vigor da Lei 12.424/2011" (Enunciado n. 498). Julgados estaduais já vêm seguindo essa correta forma de pensar o Direito Privado (ver: TJSP, Apelação 00406656920118260100, Terceira Câmara Cível, Rel. Alexandre Marcondes, j. 25.02.2014; TJMG, Apelação Cível 1.0702.11.079218-2/001, Rel. Des. José Carlos Moreira Diniz, j. 11.07.2013, *DJEMG* 16.07.2013; e TJSC, Apelação Cível 2013.008829-3, Itajaí, Segunda Câmara de Direito Civil, Rel. Des. José Trindade dos Santos, j. 31.05.2013, *DJSC* 07.06.2013, p. 191).

Outro problema processual a ser debatido está associado à competência para apreciar tal modalidade de usucapião decorrente, se da Vara Cível ou da Vara da Família. Existem arestos concluindo, com precisão, pela competência da primeira, diante da presença de questão eminentemente civil, relativa ao Direito das Coisas. Nessa linha, para ilustrar, do Tribunal Bandeirante:

"Conflito negativo de competência. Varas Cível e de Família e Sucessões da Comarca. Processamento de pedido de 'usucapião familiar' (art. 1.240-A do Código Civil). Instituto que visa à legitimação de domínio de imóvel. Ação real. Existência de instituição familiar que é apenas um dos requisitos cumulativos previstos em lei. Questão que não se refere ao estado das pessoas. Efeitos registrários. Arts. 34 e 37 do Código Judiciário de SP. Varas da Família e Sucessões que detêm hipóteses de competência restritas. Tutela de caráter exclusivamente patrimonial, afastando a competência do Juízo Especializado. Conflito julgado procedente, para declarar a competência do MM. Juízo da Vara Cível" (TJSP, Conflito de Competência 0180277-60.2013.8.26.0000, Câmara

Especial, Rel. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, Franca, data do julgamento: 09.12.2013, data de registro: 12.12.2013).

Reafirme-se que, para a demanda judicial dessa modalidade emergente, devem ser subsumidos os preceitos do Estatuto da Cidade, seguindo-se o rito comum, naquilo em que houver compatibilidade, conforme o art. 318 do Novo CPC.

Superado o estudo da *usucapião especial urbana individual*, passa-se à *usucapião especial urbana coletiva*, prevista no Estatuto da Cidade (art. 10 da Lei 10.257/2001). Dispõe a *cabeça* desse diploma que: "As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural".

Assim, como primeiro requisito dessa *usucapião coletiva*, deve haver uma área urbana, com limitação mínima de 250 m². A posse *ad usucapionem* deve ser de, no mínimo, cinco anos ininterruptos, sem oposição, com *animus domini*. Como se pode perceber, não há exigência de que a posse seja de boa-fé. Devem existir, no local, famílias de baixa renda, utilizando o imóvel para moradia, nos termos do art. 6º, *caput*, da CF/1988. Ainda, deve estar presente a ausência de possibilidade de identificação da área de cada possuidor. Por fim, aquele que adquire não pode ser proprietário de outro imóvel, seja rural ou urbano.

Como incidência concreta da norma, cabe trazer a lume interessante conclusão do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar não ser possível a usucapião especial urbana individual em caso envolvendo um cômodo em habitação coletiva (o popular cortiço). Para a Corte Estadual, o caminho processual a ser percorrido seria o da usucapião coletiva, como se pode notar da ementa a seguir transcrita:

"Usucapião especial urbano – Ação ajuizada em caráter individual com a finalidade do reconhecimento de domínio exclusivo sobre um cômodo de habitação coletiva – Inadmissibilidade – Situação a viabilizar em tese a ação de usucapião especial urbano coletivo, na qual a legitimidade *ad causam* é deferida a todos os moradores em litisconsórcio necessário ou à associação que os representa – Aplicação das regras dos arts. 9º, 10 e 12 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) – Petição inicial indeferida – Recurso do casal autor desprovido" (TJSP, Apelação 283.033-4/0, São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Morato de Andrade, 27.08.2003, v.u.).

Os parágrafos do art. 10 do Estatuto da Cidade trazem importantes regras de cunho processual, sem prejuízo de outras normas instrumentais que também são subsumidas e que aqui foram estudadas, especialmente os arts. 11 a 14 da Lei 10.257/2001.

A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no Cartório de Registro de Imóveis (art. 10, § 2º, da Lei 10.257/2001). Nessa sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas (art. 10, § 3º, da Lei 10.257/2001).

A última norma consagra o estabelecimento de um condomínio a favor dos usucapientes, o que deve constar da sentença declaratória da propriedade. Esse condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio (art. 10, § 4º, da Lei 10.257/2001). Por fim, determina o comando legal que as deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes (art. 10, § 5º, da Lei 10.257/2001).

Com o fito de encerrar o presente tópico, cabe comentar a principal peça da *revolução* engendrada pelo Novo Estatuto Processual em matéria de usucapião imobiliária, qual seja, o amplo tratamento da *usucapião administrativa*. Em qualquer uma das modalidades de usucapião outrora expostas, o caminho extrajudicial passa a ser possível, o que está em sintonia com a principiologia do Novo CPC e com a tendência de *desjudicialização das contendas*, de fuga do Judiciário.

Advirta-se que a efetivação dessa aquisição originária da propriedade pela via extrajudicial não é novidade no sistema, pois já constava do art. 60 da Lei 11.977/2009, conhecida como *Lei Minha Casa, Minha Vida*. Nesse contexto, é possível que o Poder Público legitime a posse de ocupantes de imóveis públicos ou particulares, na literalidade do art. 59 da norma ("A legitimação de posse devidamente registrada constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia"). Essa legitimação da posse será concedida aos moradores cadastrados pelo Poder Público, desde que: *a)* não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural; e *b)* não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente. A legitimação de posse também será conferida ao coproprietário da gleba, titular de cotas ou frações ideais, devidamente cadastrado pelo Poder Público, desde que exerça seu direito de propriedade em um lote individualizado e identificado no parcelamento registrado.

Depois da concessão de tal direito, estabelece o art. 60 da Lei 11.977/2009 que o detentor do título de legitimação de posse, após cinco anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, conforme o art. 183 da Constituição Federal. Em outras palavras, converte-se a mera legitimação da posse em propriedade, por meio da usucapião especial ou constitucional urbana.

Ressalve-se que, no caso de bens públicos, não caberá essa conversão, diante da proibição que consta do § 3º do art. 183 do Texto Maior e do art. 102 do CC/2002. Para requerer a conversão, o adquirente deverá apresentar: I – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel; II – declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural; III – declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e IV – declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas.

Se a área for superior a 250 m², não será possível adquiri-la pela modalidade da usucapião especial ou constitucional urbana, mas apenas por outra categoria, caso da usucapião ordinária ou da extraordinária (art. 60, § 3º, da Lei 11.977/2009). Por fim, quanto a essa modalidade, o título de legitimação de posse poderá ser extinto pelo Poder Público emitente quando constatado que o beneficiário não está na posse do imóvel e não houve registro de cessão de direitos. Depois do procedimento para extinção do título, o Poder Público solicitará ao oficial de registro de imóveis a averbação do seu cancelamento (art. 60-A).

Como bem observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, tal modalidade de usucapião constituiu uma ousada forma de concretização da proteção constitucional da moradia e da função social da propriedade, estando inserida na sadia ideia de desjudicialização dos conflitos civis.[8] Ou ainda, segundo as palavras de Melhim Namen Chalhub, "O Capítulo III da Lei 11.977/2009 transpõe para o direito positivo o reconhecimento da eficácia jurídica da posse com função social, e, para maior celeridade de sua conversão em propriedade, admite seja processada extrajudicialmente a usucapião de imóveis localizados em favelas e assentamentos assemelhados. Por esse meio, a lei desata amarras que, no âmbito judicial, dificultam o acesso do possuidor ao título de propriedade. A extrajudicialidade do procedimento se justifica, dentre outros fundamentos, pela necessidade de simplificar e desburocratizar os meios de realização da função social da propriedade e das cidades, e contribui decisivamente para consecução dessas funções, não havendo afronta alguma aos requisitos da aquisição da propriedade por usucapião, nem às garantias constitucionais do direito de propriedade, desde que cumprida sua função social, e, ainda, aos requisitos do contraditório".[9]

Sem dúvida, muitos desafios surgirão na prática e na jurisprudência a respeito desse interessante instituto, que nasceu para uma melhor concretização da função social da posse e da propriedade, visando à otimização da distribuição do domínio nos meios urbanos. Com o Novo CPC, os desafios foram ainda mais ampliados, o que vem em boa hora, pois a nossa experiência com o contencioso cível sempre demonstrou as grandes dificuldades existentes para a efetivação judicial da usucapião.

O art. 1.071 do Novo Estatuto Processual tratou da usucapião extrajudicial,

por qualquer uma de suas modalidades, introduzindo o art. 216-A na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973). De acordo com o seu *caput*, sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o Cartório do Registro de Imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo. Como se nota, a via extrajudicial é uma faculdade e não uma obrigação peremptória, o que confirma a tese antes defendida, de viabilidade de todas as ações de usucapião, agora pelo rito comum.

Também nos termos com o diploma citado, o pedido de usucapião deve ser feito pelo interessado, devidamente representado por advogado, o que é obrigatório. Lamenta-se a falta de menção ao defensor público, para os mais necessitados. Todavia, a viabilidade de sua atuação, não havendo a possibilidade de o interessado arcar com os custos advocatícios, pode ser retirada do art. 185 do CPC/2015, *in verbis:* "A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita".

O art. 216-A, *caput*, estabelece, ainda, que o pedido deve ser instruído com os seguintes documentos, junto ao Cartório de Registro de Imóveis: *a)* ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias; *b)* planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes; *c)* certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente, para atestar que a posse é mansa e pacífica; *d)* justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

Vale dizer que o justo título somente deve ser tido como requisito essencial na modalidade de usucapião ordinária, pois as outras o dispensam, como visto neste estudo. Como exemplo de justo título, pode ser apontado um contrato anterior, não mais vigente e eficaz, que demonstre a cessão da posse direta. Pode ser citado, ainda, um compromisso de compra e venda do imóvel, seja ele registrado ou não na matrícula.

Conforme o § 1º do novo art. 216-A da Lei de Registros Públicos, o pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou rejeição do pedido. Em suma, os efeitos do pedido dependem de uma confirmação posterior. Eventualmente, consoante o § 2º da mesma norma, se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, para manifestar seu consentimento expresso em 15 dias. O seu silêncio não representa consentimento, mas discordância, o que é aplicação da

regra geral do Direito Civil, segundo a qual, o silêncio não representa anuência, retirada do art. 111 do Código Civil (*quem cala, não consente*). Essa notificação pode ser realizada pelo registrador pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento.

Seguindo, o § 3º do art. 216-A prescreve que o oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, para que se manifestem, em 15 dias, sobre o pedido, o que já era previsto para algumas modalidades judiciais. Essa comunicação será feita pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou, ainda, pelo correio, com aviso de recebimento, o que visa a plena ciência do Poder Público, para que não existam prejuízos ao Erário ou que não haja usucapião de um bem público.

Igualmente para os devidos fins de publicidade, o oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que podem manifestar-se em 15 dias (art. 216-A, § 4º, da Lei de Registros Públicos). Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis (art. 216-A, § 5º, da Lei de Registros Públicos). A título de exemplo, podem ser citadas as hipóteses em que há dúvidas de que o bem é público ou particular. Mencione-se ainda, a ilustrar, a divergência quanto ao preenchimento dos requisitos de uma ou outra modalidade de usucapião, entre todas as analisadas no presente capítulo.

Transcorrido o prazo de 15 dias para manifestação dos interessados, sem a pendência de qualquer diligência para solução de dúvidas e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso (art. 216-A, § 6º, da Lei de Registros Públicos).

Em todas as hipóteses, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida (art. 216-A, § 7º, da Lei de Registros Públicos). A título de exemplo, imagine-se o caso de um proprietário que alegue a existência de um contrato de comodato, vigente, a afastar a posse com intenção de dono que gera a usucapião. Ao final das diligências, prevê o § 8º do novo diploma que, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido de usucapião extrajudicial. Em suma, passa ele a atuar como *juiz de fato e de direito* para a apreciação da usucapião, o que representa uma grande evolução na atuação dos Cartórios.

A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião, conforme o novo art. 216-A, § 9º, da Lei de Registros Públicos, confirmação de que as vias judiciais e extrajudiciais são totalmente independentes e facultativas. Eventualmente, um pedido extrajudicial rejeitado em um primeiro momento pode ser aceito perante o Poder Judiciário.

Por fim, preceitua o § 10 do novel diploma que, nas situações concretas de impugnação ao pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum. Eis aqui uma interessante *conversão* da via extrajudicial para a judicial, seguindo a ação correspondente o rito comum.

Esclareça-se que o dispositivo não trata da solução de dúvida suscitada, mas do esgotamento da via administrativa, remetendo-se o problema para a via judicial. Em regra, a questão deve ser dirimida na Vara de Registros Públicos. Se não houver, a Vara Cível é a responsável pela contenda.

Para encerrar, acreditamos que essa modalidade de usucapião extrajudicial, pelo menos na teoria, veio em boa hora. As ações de usucapião sempre demoraram muito tempo, chegando a ser até inviáveis em algumas situações concretas. Se a categoria for bem aplicada, pensamos que trará benefícios à sociedade. Todavia, pode ocorrer o contrário, e, em casos de abusos praticados, as impugnações judiciais manterão os problemas no âmbito do Poder Judiciário, ou mesmo os intensificarão. Em suma, somente o tempo e a prática reiterada dessa usucapião poderão demonstrar se ela será boa ou ruim. Aguardemos.

[1] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. III, p. 440.

[2] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III, p. 188.

[3] NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 930.

[4] MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 98-99.

[5] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1: Parte geral, p. 148.

[6] NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código Civil Anotado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.489.

[7] EHRHARDT JR., Marcos. *Temos um Novo tipo de Usucapião Criado pela Lei 12.424/2011. Problemas à Vista*. Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog>. Acesso em: 1.º jul. 2011.

[8] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Reais. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 5, p. 450-456.

[9] CHALHUB, Melhim Namen. *Usucapião Administrativa*. Disponível em: <http://www.melhimchalhub.com.br/noticia/detalhe/20>. Acesso em: 24 set. 2012.

ALTERAÇÕES NO TRATAMENTO DA REMIÇÃO DA HIPOTECA PELO NOVO CPC

O Novo Código de Processo Civil introduziu importantes alterações no tratamento da remição da hipoteca, diante da revogação dos arts. 1.482 e 1.483 do Código Civil, expressamente, pelo seu art. 1.072, inciso II; dispositivo processual que pode ser tido como verdadeiro *aniquilador* de normas materiais.

Como é cediço, a remição da hipoteca é um dos temas mais importantes no estudo desse direito real de garantia sobre coisa própria. De início, não se pode confundir a *remição*, escrita com cê-*cedilha*, com a *remissão*, com *dois esses*. O próprio legislador fez tal confusão, em alguns dispositivos da codificação material, como se verá a seguir. *Remição* significa *resgate pelo pagamento*, ou melhor, "é o direito concedido a certas pessoas de liberar o imóvel gravado, mediante pagamento de quantia devida, independentemente da anuência do credor (*EJSTJ* 15:243). Na lição de Pontes de Miranda, é recomprar, readquirir, afastar pagando".[1] Por seu turno, o termo *remissão* significa perdão da dívida, forma de pagamento indireto. A remissão é realizada pelo credor, devendo ser aceita pelo devedor, por força do art. 385 do Código Civil.

Pois bem, três eram as hipóteses especiais de *remição* ou *resgate* da hipoteca tratadas originalmente pelo Código Civil: *a)* remição da hipoteca pelo adquirente do imóvel; *b)* remição da hipoteca pelo próprio devedor ou por seus familiares; *c)* remição da hipoteca no caso de falência ou insolvência do devedor hipotecário. Em relação à remição de sub-hipotecas, esta tem tratamento em separado, não merecendo abordagem neste capítulo. Como se verá a seguir, o Novo Código de Processo Civil retirou do sistema parte da segunda modalidade de remição supramencionada. Ademais, revogou o artigo do Código Civil que cuidava da terceira modalidade, passando esta a ser tratada pelo Estatuto Processual emergente.

A *remição da hipoteca pelo adquirente do imóvel* é regulamentada com

detalhes pelo art. 1.481 do CC/2002, segundo o qual, dentro do prazo decadencial de 30 dias, contados do registro do título aquisitivo, tem o adquirente do imóvel hipotecado o direito de remi-lo, citando os credores hipotecários e propondo importância não inferior ao preço por que o adquiriu. Como bem pontua a doutrina, tal direito de remição pode ser exercido antes mesmo do vencimento da dívida.[2] Trata-se de um direito potestativo, conforme bem reconhece a jurisprudência (STJ, REsp 164.609/ES, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24.06.1999, *DJ* 09.08.1999, p. 167; e TJMG, Agravo de Instrumento 0571127-84.2012.8.13.0000, Rel. Des. Leite Praça, j. 05.07.2012, *DJEMG* 17.07.2012).

A ação a ser proposta em casos envolvendo esse tipo remição é a de *consignação em pagamento*, visando a liberar o direito real que recai sobre o bem. Os quatro parágrafos da norma material consagram detalhes a respeito dos procedimentos dessa demanda. De início, se o credor impugnar o preço da aquisição ou a importância oferecida, será realizada uma *licitação*, efetuando-se a venda judicial a quem oferecer maior preço, assegurada a preferência ao adquirente do imóvel (art. 1.481, § 1º, do CC/2002).

Não sendo impugnado pelo credor o preço da aquisição ou o preço proposto pelo adquirente, haver-se-á por definitivamente fixado este para a *remissão* do imóvel, que ficará livre de hipoteca, uma vez pago ou depositado o preço. Atente-se que não se trata de *remissão* (*perdão*), como está escrito no art. 1.481, § 2º, da codificação legal, mas de *remição* (*resgate*), havendo um sério equívoco do legislador, conforme avisado há pouco. Com o fim de corrigir o erro, o Projeto 699/2011 pretende alterar a expressão, o que viria em boa hora, para não causar confusões àqueles que aplicam a norma sem maiores estudos dos temas correlatos.

Ato contínuo, se o adquirente deixar de remir o imóvel, sujeitando-o à execução da hipoteca, ficará obrigado a ressarcir os credores hipotecários da desvalorização que, por sua culpa, este vier a sofrer, além das despesas judiciais da execução (art. 1.481, § 3º, do CC/2002). Cabe destacar que a expressão *culpa* está em sentido amplo, englobando o dolo (intenção) e a culpa em sentido estrito (falta de cuidado por imprudência, negligência ou imperícia). Assim, há uma responsabilização subjetiva pela desvalorização do bem hipotecado.

Pelo quarto e último parágrafo do art. 1.481 do Código Civil, disporá de ação regressiva contra o vendedor o adquirente que ficar privado do imóvel em consequência de licitação ou penhora. Do mesmo modo, terão ação regressiva aquele que pagar a hipoteca e o adquirente que, por causa de adjudicação ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra. Por fim, tem o mesmo direito o adquirente que suportar custas e despesas judiciais em decorrência da operação.

A segunda modalidade de remição da hipoteca era a *realizada pelo executado e seus familiares*. Conforme o ora revogado art. 1.482 do Código Civil, realizada a praça do imóvel hipotecado, o executado ou devedor hipotecário

poderia, até a assinatura do auto de arrematação ou até que fosse publicada a sentença de adjudicação, remir o imóvel hipotecado, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tivesse havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido. Mesmo direito caberia ao cônjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado. Pela proteção constitucional da união estável (art. 226, § 3º, da CF/1988), tal direito, por óbvio, teria de ser estendido ao companheiro. Também deveria ser reconhecido o direito de remição aos componentes de novas entidades familiares, como a união estável e o casamento homoafetivos, Todas essas regras não estão mais em vigor.

Na verdade, já existia polêmica anterior a respeito da persistência da remição efetivada pelos familiares, diante de alterações efetuadas no Código de Processo Civil por força da Lei 11.382/2006. Isso porque o art. 787 do CPC/1973, que tratava justamente dessa hipótese, foi revogado pela última norma, que visou à reforma anterior do sistema processual brasileiro. Podem ser encontrados julgados que concluíam pela revogação tácita igualmente do art. 1.482 do Código Civil, tendo a remição sido substituída pela *adjudicação*, com direito de preferência a favor dos parentes (art. 685-A do CPC/1973). A título de exemplo:

"Agravo de instrumento. Ação de execução por quantia certa contra devedor solvente. Requerimento de remição de bem imóvel arrematado nos autos feito pela genitora de um dos executados. Indeferimento pelo juízo *a quo*. Manutenção do *decisum* face à aplicação da Lei 11.382/2006. Inaplicabilidade do art. 1.482 do Código Civil. Recurso desprovido. Através da reforma efetuada pela Lei 11.382/2006, a figura da remição, outrora prevista nos arts. 787 a 790 do Código de Processo Civil, não mais persiste em nosso ordenamento jurídico, cedendo lugar à adjudicação (art. 685-A do CPC). 'A aplicação analógica do direito de remição garantido ao devedor hipotecário (art. 1.482, CCB) não tem guarida, na medida em que importaria em desconsideração da revogação do instituto pela reforma processual promovida pela Lei 11.382/2006. Para imprimir maior eficiência e celeridade à execução, quis o legislador adotar como forma preferencial de expropriação para a satisfação do direito do credor a adjudicação (art. 647, I, CPC), pelo que não é dado ao intérprete contrariar o objetivo da norma, o que se daria no caso de admitir a postergação do seu exercício' (TJRS, Agravo de Instrumento 0117337-90.2011.8.13.0000, rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. em 09.06.2011)" (TJSC, Agravo de Instrumento 2011.081072-8, Lages, Segunda Câmara de Direito Comercial, Rel. Juiz Robson Luz Varella, j. 15.05.2012, *DJSC* 24.05.2012, p. 276).

"Processual civil. Adjudicação de bens penhorados. Direito da meeira preservado em embargos de terceiro. Ação ajuizada para desconstituir a adjudicação. Violação do direito de preferência do cônjuge. Art. 1.482 do Código Civil. Aplicação dos §§ 2º e 3º do art. 685-A do CPC. Não mais persiste na legislação processual o instituto da remição de bens, anteriormente previsto nos arts. 787 e seguintes do CPC. No entanto, possui o cônjuge o direito de preferência na adjudicação de bens penhorados, o qual deve ser exercido antes da sua transferência a terceiros, por meio do depósito do valor da avaliação em

juízo. Exegese do art. 685-A, §§ 2º e 3º, do CPC. Recurso não provido" (TJMG, Apelação Cível 0041551-61.2011.8.13.0672, Sete Lagoas, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Nilo Lacerda, j. 29.02.2012, *DJEMG* 12.03.2012).

Ao presente autor parecia não ser essa a melhor interpretação, pois o Código Civil de 2002 ainda vigeria, propiciando que a remição fosse feita tanto pelo devedor como por seus familiares. Aprofunde-se que a norma da codificação privada tinha natureza processual, podendo perfeitamente substituir a regra que foi revogada no Estatuto Processual. Ademais, a remição efetivada pelos familiares concretizaria a proteção da família, retirada do art. 226 do Texto Maior. A propósito, concluindo ainda pela possibilidade de subsunção do art. 1.482 do CC/2002, da jurisprudência paulista:

"Agravo de instrumento. Execução. Arrematação e adjudicação pelo exequente. Reconhecido o direito de remição a descendente do executado, único pretendente, observados, assim, os termos do art. 1.482 do Código Civil cumulado com o art. 685-A, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil. Afastada a determinação judicial da licitação. Decisão do Juízo *a quo* reformada. Agravo provido (Voto 8017)" (TJSP, Agravo de Instrumento 7274103-4, Acórdão 3308870, Mirassol, Décima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sampaio Pontes, j. 13.10.2008, *DJESP* 03.11.2008).

Na doutrina, Francisco Eduardo Loureiro igualmente entendia pela aplicação do art. 1.482 do CC/2002, ao lecionar que, "embora controverso o tema, possível defender que persista ainda, regulada pelo artigo em estudo, a remição da hipoteca, instituto de nítida natureza material, que tem o objetivo não somente de extinguir a execução, mas liberar o patrimônio do ônus real. Nas execuções de crédito quirografário, o regime é o do CPC, de modo que a remição é facultada apenas ao devedor, devendo seus parentes utilizar-se da adjudicação. Já nas execuções hipotecárias ainda se admite a remição da hipoteca não somente pelo devedor, mas também pelos seus parentes".[3] Essa igualmente era a posição seguida pelo doutrinador em julgamentos em que atuava no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Todavia, o Novo CPC não seguiu essa forma de pensar, mas a primeira, dos arestos antes transcritos, não sendo mais possível, definitivamente, a remição pelos familiares do executado, que têm apenas um direito de preferência para a compra do bem. Consigne-se que essa *adjudicação*, com direito de preferência a favor dos parentes, foi mantida pelo Novo CPC, por força do seu art. 876, § 5º, *in verbis:* "Idêntico direito pode ser exercido por aqueles indicados no art. 889, incisos II a VIII, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelo companheiro, pelos descendentes ou pelos ascendentes do executado". Em relação à remição realizada pelo próprio executado, esta persiste, mas apenas no sistema processual, como se verá.

Feitas tais considerações, e passando para a terceira e última modalidade de remição, também houve alteração no que diz respeito à *remição da hipoteca no*

caso de falência ou insolvência do devedor hipotecário. Nos termos do Código Civil de 2002, esse direito seria deferido à massa, ou aos credores em concurso, não podendo o credor recusar o preço da avaliação do imóvel (art. 1.483 do CC). A propósito, nessas circunstâncias, poderia o credor hipotecário, para pagamento de seu crédito, requerer a adjudicação do imóvel avaliado em quantia inferior àquele, desde que dê quitação pela sua totalidade (art. 1.483, parágrafo único, do CC).

Na realidade, constata-se que tal instituto não foi totalmente retirado do sistema real, passando apenas a ser tratado pelo Novo Estatuto Processual. No capítulo relativo à adjudicação, estabelece o art. 877 do Novo CPC que, transcorrido o prazo de cinco dias, contado da última intimação, e decididas eventuais questões, o juiz ordenará a lavratura do auto de adjudicação. Pelo mesmo comando, no seu § 1º, considera-se perfeita e acabada a adjudicação com a lavratura e a assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicatário, pelo escrivão ou chefe de secretaria, e, se estiver presente, pelo executado, expedindo-se: *a)* se bem imóvel, a carta de adjudicação e o mandado de imissão na posse; *b)* se bem móvel, ordem de entrega ao adjudicatário.

A carta de adjudicação conterá a descrição do imóvel, com remissão – no sentido de *menção*, e não de perdão – à sua matrícula e aos registros, à cópia do auto de adjudicação e à prova de quitação do imposto de transmissão (art. 877, § 2º, do CPC/2015). No caso de penhora de bem hipotecado, o executado poderá remi-lo até a assinatura do auto de adjudicação, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido (art. 877, § 3º, do CPC/2015). Esse último preceito concretiza a remição realizada pelo executado, aqui antes exposta e confirmada pelo Novo CPC.

Seguindo o estudo do comando, conforme o § 4º do novo art. 877 do CPC/2015, em havendo falência ou insolvência do devedor hipotecário, esse direito de remição será deferido à massa ou aos credores em concurso, não podendo o exequente recusar o preço da avaliação do imóvel. Trata-se da figura que antes estava prevista no art. 1.483 do Código Civil, totalmente transposta para o Estatuto Processual, não se sabe com qual função.

Nas hipóteses de remição que ainda restam, é lícito aos interessados fazer constar das escrituras de instituição da hipoteca o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remições, dispensada a avaliação (art. 1.484 do CC/2002). Em suma, as partes podem, por exercício da autonomia privada, fixar o valor do bem, para os fins de sua transmissão, o que visa a facilitar a efetivação prática da garantia. Esse dispositivo material não sofreu alteração pelo Novo Estatuto Processual.

De qualquer maneira, entendemos que a última norma é excessivamente liberal e não está em sintonia com a atual principiologia do Direito Privado, em especial com a boa-fé objetiva e a função social. Imagine-se, por exemplo, uma cláusula que fixa o valor do bem em um terço do seu valor do mercado,

traduzindo onerosidade excessiva. Ou, ainda, a imposição de uma cláusula desproporcional em contrato de consumo ou de adesão. Em todos esses casos, há que se reconhecer a nulidade da cláusula por ilicitude do objeto (art. 166, inc. II, do CC/2002). Serve de apoio o art. 187 da codificação material, que consagra o abuso de direito como ato ilícito.

Em reforço, podem ser utilizados os arts. 51 do CDC e 424 do CC/2002, que protegem o consumidor e o aderente, como partes vulneráveis da relação negocial, contra cláusulas consideradas abusivas, que são nulas de pleno direito. Com o reconhecimento dessa nulidade da cláusula que estabelece o valor da coisa, deve-se proceder a uma real avaliação da coisa, buscando o seu valor perante a sociedade, concretizando a função social da propriedade.

Cabe, por fim, a revisão do valor fixado previamente pelo magistrado, o que é reconhecido por alguns julgados. A título de ilustração, admitindo implicitamente a ideia: "Tendo os imóveis hipotecados sido previamente estimados na constituição da hipoteca, nos termos do art. 1.484 do Código Civil vigente, que manteve o comando instituído pelo art. 818 do Código Civil de 1916, e não havendo indício trazido pelas partes de majoração ou diminuição no valor a eles atribuído, mostra-se dispensável sua avaliação, incidindo tão só a atualização monetária, para que possam ser levados à hasta pública. Decisão reformada. Recurso provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 991.09.012237-3, Acórdão 4385875, Jundiaí, Décima Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Walter Fonseca, j. 24.02.2010, *DJESP* 09.04.2010).

[1] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Coisas. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4, p. 1.027.

[2] LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 1.585.

[3] LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 1.587.

AS REGRAS GERAIS DAS AÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA E O TRATAMENTO PROCESSUAL DA AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS

Como novidade festejada – contando inclusive com o apoio e proposições do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) –, o Novo Código de Processo Civil traz um tópico específico relativo às Ações de Família. Segue-se, assim, o exemplo que já constava do projeto de Estatuto das Famílias, elaborado pelo próprio IBDFAM, atualmente em trâmite no Senado Federal (PLS 470/2013).

Essas normas comuns às ações de Direito de Família estão tratadas entre os arts. 693 a 699 do Novo *Codex*, prevendo o primeiro preceito que as normas do capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Forçoso concluir que o rol é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), podendo as normas em questão ser subsumidas a outras ações com conteúdo familiar. Para o presente autor, por exemplo, todos os procedimentos aqui estudados podem ser aplicados a uma ação de responsabilidade civil fundada na conjugalidade ou na parentalidade. Não se olvide que a competência para tais demandas é das Varas da Família, quando houver essa divisão, pela organização interna de cada Tribunal. Assim como está desenvolvido no Capítulo 13 deste livro, lamenta-se o fato de o CPC/2015 continuar tratando da separação judicial, o que é um total retrocesso, na opinião do presente autor.

No que diz respeito à ação de alimentos e àquela que versar sobre interesse de criança ou de adolescente, deverão ser observados os procedimentos previstos em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições do Novo CPC de maneira subsidiária (art. 693, parágrafo único, do CPC/2015). Desse modo, quanto aos alimentos, sem prejuízo de outras normas tratadas pelo Estatuto Processual emergente, subsume-se a Lei 5.478/1968, naquilo em que não foi revogada. O tema ainda será desenvolvido em outro capítulo desta obra.

No que concerne ao processo judicial de adoção de criança ou adolescente, têm incidência os preceitos constantes dos arts. 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), com as alterações engendradas pela Lei 12.010/2009. A manutenção dessas regras justifica-se plenamente diante da existência de um sistema jurídico totalmente voltado para a proteção integral da criança e do adolescente.

Nas demandas descritas, a prioridade passa a ser o acordo entre as partes, estabelecendo o novo art. 694 do CPC/2015, em boa hora, que, nas ações de Direito de Família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e a conciliação. Nesse contexto, serão decisivas as atuações de mediadores especializados, inclusive com outras formações, como psicólogos e assistentes sociais. Como antes escreveu Fernanda Tartuce, em texto em coautoria:

"Para que o indivíduo atue de forma autônoma, é importante a consideração de sua dignidade enquanto possibilidade de autodeterminação livre e consciente; assim, deve ser disponibilizada plena informação sobre sua situação jurídica, sendo-lhe dispensado genuíno respeito à sua liberdade. Quanto ao consenso, é importante haver concordância dos indivíduos em relação ao destino de suas posições jurídicas. Sobreleva que sua anuência seja autêntica e não decorrente de pressões e desinformações de qualquer uma das partes. A comunicação e o diálogo são essenciais para o afastamento das animosidades e o estabelecimento da relação em bases conciliatórias. Como obter o consenso em momentos de acirramentos, animosidades e perdas? A mediação surge como importante técnica em tal contexto ao contemplar uma forma de gerir os conflitos com enfoque precípuo nas pessoas e em seus verdadeiros interesses. Tal método promove uma abordagem mais profunda da controvérsia ao funcionar como um acompanhamento das partes para que possam gerir seus conflitos e formular uma decisão célere, ponderada, eficaz e satisfatória em relação ao impasse instalado.
As técnicas para obter tal mister são variadas, tendo por núcleo principal a provocação da reflexão dos indivíduos, fazendo perguntas pertinentes sobre o objeto litigioso e outros elementos relevantes para o deslinde das questões. Assim, tem-se que a regra básica da comunicação fundamental na mediação (assim como na negociação) é escutar com atenção, interrogar para saber mais e ir resumindo o que compreendeu para esclarecer pontos importantes do conflito. O mediador não impõe decisões, mas dirige as regras de comunicação entre as partes.
Com a facilitação do diálogo pelo mediador, os sentimentos das partes podem ser enfrentados e compreendidos. Sendo-lhes permitido um espaço apropriado para a reflexão e o resgate de suas próprias responsabilidades, os mediandos poderão separar os sentimentos dos reais interesses, deixando para trás o passado e podendo se reorganizar para os tempos futuros."[1]

Em complemento, prescreve o parágrafo do art. 694 do Novo CPC que, a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. Há, assim, uma tentativa de substituir *a cultura da guerra*, pela *cultura da paz*, o que demandará não só uma mudança de atitude dos profissionais da área, como também uma alteração no modo de ensino da ciência processual nas Faculdades de Direito do Brasil. A ideia de um *superadvogado*, sempre vencedor, deverá ser substituída por um bom mediador ou por conciliador de conflitos. Vale lembrar que mediação e conciliação não se confundem. Como bem expõe Fernanda Tartuce, a medição não visa pura e simplesmente ao acordo, mas, sim, a atingir os interesses e as necessidades das partes envolvidas, estimulando a aproximação e o diálogo entre as partes.[2] Em tais aspectos, a mediação diferencia-se da conciliação.

Ainda incrementando essa tendência ao acordo, preceitua o art. 695 do Novo Código de Processo Civil que, recebida a petição inicial, em todas as demandas citadas, e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação.

O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo (art. 695, § 1º, do CPC/2015). O objetivo do mandado desacompanhado da exordial, sem a contrafé, é não inflamar ainda mais os ânimos do réu, dentro da ideia de *cultura de paz*. Todavia, essa falta de comunicação, na opinião deste autor, pode aumentar o conflito, especialmente se o réu se sentir surpreendido pela ação judicial. Além disso, parece existir uma contrariedade ao dever de informação, corolário da boa-fé objetiva, que é um dos princípios do Novo CPC, como está exposto no Capítulo 1 deste livro. Como fazer um acordo sem se ter uma noção mínimo daquilo que está sendo pleiteado? Em suma, dúbia é a inovação e somente a prática irá demonstrar se ela veio em boa hora ou apenas para aprofundar a *cultura da guerra* geralmente notada nas ações de Direito de Família.

Com o intuito de agilização, a citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 dias da data designada para a audiência (art. 695, § 2º, do CPC/2015). Para que não pairem dúvidas de sua efetivação e diante da pessoalidade das demandas familiares, a citação será sempre feita na pessoa do réu, não se admitindo a intimação postal ou por edital (art. 695, § 3º, do CPC/2015). Além disso, as partes deverão estar obrigatoriamente acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos na audiência de mediação ou conciliação, para que esta seja bem conduzida e orientada (art. 695, § 4º, do CPC/2015).

Conforme o art. 696 do Novo CPC, a audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas forem necessárias para viabilizar a solução consensual. Isso, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito. A título de exemplo, as sessões de mediação não prejudicam a expedição de uma liminar para pagamento de alimentos. Também

não prejudicam a decretação de um divórcio consensual, pendentes outras questões na ação que podem ser solucionadas por acordo no futuro, como a guarda de filhos, a partilha de bens e o uso do nome por um dos cônjuges.

Sucessivamente, conforme o art. 697 do CPC/2015, sendo infrutífera a mediação ou a conciliação, ou seja, não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum ordinário. Consoante o mesmo preceito, deve ser observado o art. 335 do *Codex*, que trata da defesa do réu por meio da contestação.

Nesse contexto, o réu, segundo a interpretação do último preceito e de outros próximos que nele estão citados, poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 dias, cujo termo inicial será a data: *a)* da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição; *b)* do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando as partes manifestarem, em comum, o desinteresse pelo acordo; *c)* da juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio; *d)* de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça; *e)* da sua ocorrência, quando a citação ou a intimação se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria; *f)* do dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou intimação for por edital; *g)* do dia útil seguinte à consulta ao seu teor ou ao término do prazo para que esta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica; *h)* de juntada do comunicado da carta precatória, rogatória ou de ordem, ou, não havendo este, da juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta; *i)* da publicação, quando a intimação se der pelo *Diário da Justiça* impresso ou eletrônico; e *j)* do dia da carga dos autos, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos do cartório ou da secretaria.

No que diz respeito à intervenção do Ministério Público nas ações de Direito de Família, esta somente deve ocorrer quando houver interesse de incapaz, seja ele menor ou maior (art. 698 do CPC/2015). Pelo mesmo comando e nessas circunstâncias, o *parquet* sempre deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo. A norma segue a tendência prática de somente se exigir a intervenção do MP quando houver interesse de incapazes, o que já era aplicado para as ações de divórcio, por regulamentação interna de muitos Ministérios Públicos Estaduais, amplamente acatada pela jurisprudência local.

A esse propósito, aliás, as conclusões de interessante texto do Promotor de Justiça de Minas Gerais Leonardo Barreto Moreira Alves, com as seguintes palavras: “Em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio, como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas, o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros. Em não sendo mais verificada tal

função no seio familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí por que se defende a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais ou litigiosos), deixando as questões relacionadas a estes feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (direito potestativo extintivo), exceto quando existir interesse de incapaz em jogo. Tal posicionamento vai ao encontro da atual tendência de racionalização dos trabalhos do *Parquet* na área cível, já consagrada na Carta de Ipojuca e em diversos Atos Normativos dos Ministérios Públicos do país, a exemplo do baiano, do paulista e do mineiro. Em sendo ela adotada, haverá benefícios práticos relevantes aos Promotores de Justiça, que terão mais tempo para atuar em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis de maior relevância à coletividade, adequando-se esta atuação ao verdadeiro perfil ministerial traçado pela Carta Magna".[3] Como se nota, a tendência defendida por alguns promotores de justiça acabou consolidada no Novo Estatuto Processual Brasileiro.

Seguindo no seu estudo, conforme o art. 699 do Novo CPC, quando o processo envolver a discussão sobre fato relacionado a abuso ou alienação parental, o juiz deverá estar acompanhado por especialista ao tomar o depoimento do incapaz. O especialista citado pode ser um psicólogo ou um assistente social, ou ambos.

Vislumbrando as suas concretizações, de início, o dispositivo tem aplicação para as hipóteses de abuso no exercício do poder familiar. Como é notório, o art. 1.634 do Código Civil de 2002, devidamente atualizado pela Lei 13.058/2014, elenca as atribuições desse exercício que compete aos pais, a saber: *a)* dirigir a criação e a educação dos filhos; *b)* exercer a guarda unilateral ou compartilhada; *c)* conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; *d)* conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; *e)* conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; *f)* nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; *g)* representá-los, judicial ou extrajudicialmente, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; *h)* reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e *i)* exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Essas atribuições devem ser tidas como verdadeiros *deveres legais* dos pais em relação aos filhos. A sua violação pode gerar a responsabilidade civil da autoridade parental por ato ilícito, nos termos dos requisitos constantes do art. 186 do CC/2002. Em complemento, quanto à última atribuição descrita no art. 1.634 da Norma Material, o preceito deve ser lido à luz da dignidade humana e da proteção integral da criança e do adolescente. De início, porque a exigência de obediência não pode ser desmedida, sendo vedados maus-tratos e uma relação ditatorial. Em havendo abusos nesse exercício, estará configurado o abuso de direito, o que pode repercutir, em casos de danos, na esfera da responsabilidade

civil (arts. 187 e 927 do CC/2002).

Como consequência, além da suspensão ou destituição do poder familiar, o pai ou a mãe poderá ser condenado a pagar indenização por danos morais aos filhos se os maus-tratos estiverem presentes. Lembre-se de que como parâmetros para o abuso de direito devem ser considerados os previstos no art. 187 do Código Civil, que são verdadeiras cláusulas gerais: fim social, boa-fé objetiva e, principalmente, bons costumes; o que gera a responsabilidade objetiva do pai ou mãe abusador, conforme o Enunciado n. 37 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*.

Sobre tão delicada situação, atente-se que entrou em vigor no Brasil a Lei 13.010/2014, conhecida como *Lei da Palmada* ou *Lei Menino Bernardo*, em homenagem à vítima de violências praticadas pelo pai e pela madrasta. A nova norma alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, passando a prever o seu art. 18-A que a criança e o adolescente têm o direito de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

A lei define as práticas que são vedadas. Considera-se castigo físico a ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em sofrimento físico ou em lesão. O tratamento cruel ou degradante é conceituado pela norma como a conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que os humilhe, os ameace gravemente ou os ridicularize.

Em complemento, nos termos do novo art. 18-B do ECA, os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão incidentes de acordo com a gravidade do caso: *a)* encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; *b)* encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; *c)* encaminhamento a cursos ou programas de orientação; *d)* obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; e *e)* advertência. Todas essas medidas serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais, como a responsabilização civil supramencionada.

Essas são hipóteses em que, sem dúvidas, deve o juiz buscar o auxílio de profissional especializado, na dicção do novo art. 699 do Estatuto Processual emergente. Isso sem prejuízo das hipóteses de *alienação parental* ou de *implantação das falsas memórias*. Segundo as precisas lições de Maria Berenice Dias:

"A evolução dos costumes, que levou a mulher para fora do lar, convocou o homem a participar das tarefas domésticas e a assumir o cuidado com a prole. Assim, quando da separação, o pai passou a reivindicar a guarda da prole, o estabelecimento da guarda conjunta, a flexibilização de horários e a intensificação das visitas. No entanto, muitas vezes, a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor. Para isso, cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de 'síndrome de alienação parental': programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele. A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado. O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro. Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação incestuosa é o que basta. Extrai-se deste fato, verdadeiro ou não, denúncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias".[4]

Além da perda da guarda em algumas situações, a jurisprudência nacional já vinha reconhecendo que a utilização desses mecanismos também poderia provocar a entrada em cena de eventual ação em que se discutiria a destituição do poder familiar. Sobre o tema, é interessante a análise do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Destituição do poder familiar. Abuso sexual. Síndrome da alienação parental. Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado,

não há justificativa para que se proceda à destituição do poder familiar. A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental. Negado provimento" (TJRS, Agravo de Instrumento 70015224140, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Maria Berenice Dias, decisão de 12.06.2006).

O tema do mesmo modo havia sido apreciado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, cabendo a transcrição da seguinte ementa: "Regulamentação de visitas. Guarda da criança concedida ao pai. Visitas provisórias da mãe. Necessidade. Preservação do superior interesse da menor. Síndrome da alienação parental. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido, com determinação" (TJSP, Apl. Rev 552.528.4/5, Ac. 2612430, Guarulhos, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 14.05.2008, *DJESP* 20.06.2008).

Acompanhando toda essa evolução da doutrina e da jurisprudência, foi promulgada a Lei 12.318, de 26.08.2010, conhecida como *Lei da Alienação Parental*. Nos termos do art. 2º da dessa norma, "considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este". O mesmo comando exemplifica algumas situações concretas de alienação parental, a saber: *a)* realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; *b)* dificultar o exercício da autoridade parental; *c)* dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; *d)* dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; *e)* omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; *f)* apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; e *g)* mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com os avós.

Em complemento, enuncia-se que a prática de ato de alienação parental fere o direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar. Além disso, pelo mesmo comando, a alienação parental constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente, além de descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda (art. 3º da Lei 12.318/2010). Desse modo, não há dúvida de que, além das consequências para o poder familiar, a alienação parental pode gerar a responsabilidade civil do alienador, por abuso de direito, nos termos do outrora mencionado art. 187 do Código Civil. Mais uma vez, tal responsabilidade tem natureza objetiva, independentemente de culpa, na linha do antes citado Enunciado n. 37 do

CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*.

Declarado o indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente (art. 4º da Lei 12.318/2010). Isso, inclusive, para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2014, esta última norma gera a conclusão de incidência do Código de Processo Civil para os casos de alienação parental. Nos termos da publicação constante do *Informativo* n. *538* do Tribunal da Cidadania, "a Lei 12.318/2010 prevê que o reconhecimento da alienação parental pode se dar em ação autônoma ou incidentalmente, sem especificar, no entanto, o recurso cabível, impondo, neste aspecto, a aplicação das regras do CPC. A decisão que, de maneira incidente, enfrenta e resolve a existência de alienação parental antes de decidir sobre o mérito da principal não encerra a etapa cognitiva do processo na primeira instância. Portanto, esse ato judicial tem natureza de decisão interlocutória (art. 162, § 2º, do CPC) e, por consequência, o recurso cabível, nessa hipótese, é o agravo (art. 522 do CPC). Cabe ressaltar que seria diferente se a questão fosse resolvida na própria sentença, ou se fosse objeto de ação autônoma, como prevê a Lei 12.318/2010, hipóteses em que o meio de impugnação idôneo seria a apelação, porque, nesses casos, a decisão poria fim à etapa cognitiva do processo em primeiro grau" (STJ, REsp 1.330.172/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.03.2014). Espera-se que a conclusão de julgamento seja a mesma, com a emergência do Novo CPC.

Ainda de acordo com a legislação sobre alienação parental, deve-se assegurar à criança ou ao adolescente e ao genitor alienador a garantia mínima de visitação assistida. São ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente. Isso deve ser atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas (art. 4º, parágrafo único, da Lei 12.318/2010).

Em havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial (art. 5º, *caput*, da Lei 12.318/2010). O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou o adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor (§ 1º). A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigida, em qualquer situação, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental (§ 2º). O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 dias para apresentação do

laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada (§ 3º).

No plano concreto, estabelece o art. 6º da Lei da Alienação Parental que, estando caracterizada a alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, poderá o juiz, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, impor algumas penalidades, segundo a gravidade do caso concreto.

A primeira delas é declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador. A segunda sanção é ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado. Como terceira pena, poderá o juiz estipular multa ao alienador, o que já vem sendo aplicado pela melhor jurisprudência nacional. A título de ilustração:

"Agravo de instrumento. Ação declaratória de alienação parental. Decisão determinou o cumprimento do acordo de visitas. Prevalência do interesse do menor. Imposição de multa. Possibilidade. Certo é que o convívio da figura paterna é necessário para o desenvolvimento psicológico e social da criança, sendo assim, um contato físico maior entre pai e filho torna a convivência entre eles mais estreita, possibilitando o genitor dar carinho e afeto a seu filho, acompanhá-lo em seu crescimento e em sua educação. Deve-se impor multa à genitora pelo descumprimento do acordo de visitas, haja vista os indícios de alienação parental, visando, inclusive, que esta colabore à reaproximação de pai e filha" (TJMG, Agravo de Instrumento 10105120181281001, Quarta Câmara Cível, Rel. Dárcio Lopardi Mendes, j. 23.01.2014).

O juiz pode, ainda, como quarta penalidade, determinar acompanhamento psicológico ou biopsicossocial do alienador. A quinta penalidade é a relativa à alteração da guarda unilateral para guarda compartilhada ou a sua inversão. Também existe a viabilidade de se impor a fixação cautelar do domicílio da criança ou do adolescente. A sétima, última e mais dura penalidade é declarar a suspensão da autoridade parental, o que deve ser o caminho somente em casos de excepcional gravidade.

Caracterizada a mudança abusiva de endereço e a inviabilização ou a obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar ou retirar a criança ou o adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (art. 6º, parágrafo único, da Lei 12.318/2010).

Como se pode notar, as medidas são bem mais amplas do que vinha entendendo a jurisprudência anterior, o que representa notável avanço. Não há previsão da destituição total do poder familiar, mas apenas de sua suspensão.

A respeito da atribuição ou da alteração da guarda, deve-se dar preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou do adolescente com o

outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada (art. 7º). Desse modo, a solução passa a ser a *guarda unilateral*, quebrando-se a regra prioritária da *suposta* guarda compartilhada constante dos arts. 1.583 e 1.584 do CC/2002, alterados recentemente pela Lei 13.058/2014.

Encerrando o estudo da alienação parental, enuncia-se processualmente que a alteração de domicílio da criança ou do adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial (art. 8º). Não se pode esquecer, no contexto processual, do teor da Súmula 383 do STJ, pela qual a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse do menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda. Reafirme-se que, em casos tais, terá subsunção o art. 699 do Novo CPC, devendo o juiz estar acompanhado por especialista ao tomar o depoimento do incapaz.

Observadas as regras gerais e comuns para as ações de Direito de Família, cumpre trazer a comento a regulamentação da ação de alteração do regime de bens, que, pelo menos em uma análise preliminar, não está sujeita a esses preceitos legais generalizantes, eis que é regulamentada em outra seção, em conjunto com as ações de separação, divórcio e extinção da união estável. O tratamento instrumental dessa demanda é novidade no sistema processual brasileiro.

De toda sorte, como é cediço, a possibilidade jurídica dessa ação de modificação do regime de bens foi criada pelo Código Civil de 2002, especialmente pelo seu art. 1.639, § 2º, segundo o qual: "É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros". A regra foi praticamente repetida pelo *caput* do art. 734 do Novo Código de Processo Civil, *in verbis:* "A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros".

Cumpre destacar que as normas são claras no sentido de somente admitirem a alteração do regime mediante *pedido judicial* de ambos os cônjuges, em havendo uma ação de jurisdição voluntária, que corre na Vara da Família, se houver. Em projeções legislativas, existe a tentativa de se criar a possibilidade de alteração administrativa do regime de bens, por meio de escritura pública, conforme o PLS 470/2013, conhecido como *Estatuto das Famílias* do IBDFAM, que conta com o apoio deste autor. Na verdade, a reafirmação da necessidade de uma demanda judicial no Novo Código de Processo Civil já nasce desatualizada diante de outras projeções mais avançadas.

A alteração somente é possível, nos termos literais das normas, se for fundada em *pedido motivado*, desde que apurada a *procedência das razões*

invocadas. Esse *justo motivo* constitui uma cláusula geral, a ser preenchida pelo juiz caso a caso, à luz da operabilidade e do sistema aberto adotado tanto pelo CC/2002 quanto pelo CPC/2015. Como primeiro exemplo, pode ser citado o desaparecimento de causa suspensiva do casamento (art. 1.523 do Código Civil), sendo possível alterar o regime da separação obrigatória de bens para outro, na linha do que consta do Enunciado n. 262 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*. Concluindo desse modo, da jurisprudência superior:

"Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/1916. Alteração do regime de bens. Possibilidade. A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039 do CC/2002 admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido. Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida. Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico. Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/2002, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/2002 a reger a nova relação do casal. Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/1988, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 821.807/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.10.2006, *DJ* 13.11.2006, p. 261).

Como segundo exemplo de um justo motivo, a jurisprudência paulista deferiu a alteração, diante de dificuldades contratuais encontradas por um dos consortes. Assim julgando, por todos: "Regime de Bens. Pedido de alteração do regime de comunhão parcial de bens para o de separação total. Alegação de dificuldade de contratação de financiamento para aquisição de imóvel residencial, por força das dívidas contraídas pelo cônjuge varão. Preenchimento dos requisitos previstos no art. 1.639, § 2º, do Código Civil verificado. Ausência de óbice à alteração do regime de bens do casamento. Medida que não acarretará prejuízo algum aos cônjuges ou aos filhos. Terceiros que não serão atingidos pela alteração, que gerará efeitos apenas '*ex nunc*'. Alteração determinada. Recurso provido" (TJSP, Apelação com Revisão 600.593.4/4, Acórdão 4048973, São Paulo, Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 08.09.2009, *DJESP* 06.11.2009).

De toda sorte, há quem entenda pela desnecessidade de motivação para que

o regime de bens seja alterado judicialmente, eis que se trata de uma exigência excessiva constante da lei. Em suma, haveria uma intervenção dispensável do Estado nas questões familiares, o que feriria o *princípio da não intervenção*, previsto no art. 1.513 do CC/2002 e de outros regramentos do Direito de Família. Com esse sentir, decisão do sempre pioneiro Tribunal Gaúcho, de relatoria do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, que conta com o apoio do presente autor:

"Apelação cível. Regime de bens. Modificação. Inteligência do art. 1.639, § 2º, do Código Civil. Dispensa de consistente motivação. 1. Estando expressamente ressalvados os interesses de terceiros (art. 1.639, § 2º, do CCB), em relação aos quais será ineficaz a alteração de regime, não vejo motivo para o Estado-Juiz negar a modificação pretendida. Trata-se de indevida e injustificada ingerência na autonomia de vontade das partes. Basta que os requerentes afirmem que o novo regime escolhido melhor atende seus anseios pessoais que se terá por preenchida a exigência legal, ressalvando-se, é claro, a suspeita de eventual má-fé de um dos cônjuges em relação ao outro. Três argumentos principais militam em prol dessa exegese liberalizante, a saber: 1) não há qualquer exigência de apontar motivos para a escolha original do regime de bens quando do casamento; 2) nada obstaria que os cônjuges, vendo negada sua pretensão, simulem um divórcio e contraiam novo casamento, com opção por regime de bens diverso; 3) sendo atualmente possível o desfazimento extrajudicial do próprio casamento, sem necessidade de submeter ao Poder Judiciário as causas para tal, é ilógica essa exigência quanto à singela alteração do regime de bens. 2. Não há qualquer óbice a que a modificação do regime de bens se dê com efeito retroativo à data do casamento, pois, como já dito, ressalvados estão os direitos de terceiros. E, sendo retroativos os efeitos, na medida em que os requerentes pretendem adotar o regime da separação total de bens, nada mais natural (e até exigível, pode-se dizer) que realizem a partilha do patrimônio comum de que são titulares. 3. Em se tratando de feito de jurisdição voluntária, invocável a regra do art. 1.109 do CPC, para afastar o critério de legalidade estrita, decidindo-se o processo de acordo com o que se repute mais conveniente ou oportuno (critério de equidade). Deram provimento. Unânime" (TJRS, Apelação Cível 172902-66.2011.8.21.7000, Marcelino Ramos, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 28.07.2011, *DJERS* 04.08.2011).

Consigne-se que, em sentido muito próximo, o Tribunal Paulista entendeu que não há necessidade de detalhamento das razões, ou seja, pela "desnecessidade de apresentação muito pormenorizada de razão" para a alteração do regime (TJSP, Apelação 0018358-39.2009.8.26.0344, Acórdão 5185207, Marília, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto de Souza Moreira, j. 01.06.2011, *DJESP* 09.08.2011). Mais recentemente, pronunciou-se da mesma maneira o Superior Tribunal de Justiça, conforme publicação que consta do seu *Informativo* n. *518*, com o seguinte tom:

"Nesse contexto, admitida a possibilidade de aplicação do art. 1.639, § 2º, do CC/2002 aos matrimônios celebrados na vigência do CC/1916, é importante que

se interprete a sua parte final – referente ao 'pedido motivado de ambos os cônjuges' e à 'procedência das razões invocadas' para a modificação do regime de bens do casamento – sob a perspectiva de que o direito de família deve ocupar, no ordenamento jurídico, papel coerente com as possibilidades e limites estruturados pela própria CF, defensora de bens como a intimidade e a vida privada. Nessa linha de raciocínio, o casamento há de ser visto como uma manifestação de liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum, liberdade que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, no interior de espaço privado também erguido pelo ordenamento jurídico à condição de 'asilo inviolável'. Sendo assim, deve-se observar uma principiologia de 'intervenção mínima', não podendo a legislação infraconstitucional avançar em espaços tidos pela própria CF como invioláveis. Deve-se disciplinar, portanto, tão somente o necessário e o suficiente para a realização não de uma vontade estatal, mas dos próprios integrantes da família. Desse modo, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/2002 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de esquadrinhar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes. Nesse sentido, a constituição de uma sociedade por um dos cônjuges poderá impactar o patrimônio comum do casal. Assim, existindo divergência conjugal quanto à condução da vida financeira da família, haveria justificativa, em tese, plausível à alteração do regime de bens. Isso porque se mostra razoável que um dos cônjuges prefira que os patrimônios estejam bem delimitados, para que somente o do cônjuge empreendedor possa vir a sofrer as consequências por eventual fracasso no empreendimento" (STJ, REsp 1.119.462/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26.02.2013).

Em suma, tem-se mitigado jurisprudencialmente a estrita exigência normativa do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, o que vem em boa hora, pois são os cônjuges aqueles que têm a melhor consciência sobre os embaraços que o regime de bens adotado pode gerar em sua vida cotidiana. A interpretação deve ser a mesma no que diz respeito ao Novo Código de Processo Civil.

Ainda nos termos da literalidade dos dois comandos, material e processual, a alteração do regime de bens não poderá prejudicar os direitos de terceiros, presente uma intenção legislativa de se proteger a boa-fé objetiva e de desprestigiar a má-fé. De modo algum essa alteração do regime poderá ser utilizada com intuito de fraude, inclusive tributária. A jurisprudência tem exigido cabalmente a prova de ausência de prejuízos a terceiros (TJSP, Apelação 644.416.4/0, Acórdão 4168081, Boituva, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 29.10.2009, *DJESP* 10.12.2009). Na mesma linha, o Enunciado n. 113 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*: "É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes

públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade".

De qualquer forma, destaque-se que, em havendo prejuízo para terceiros de boa-fé, a alteração do regime deve ser reconhecida como meramente ineficaz em relação a esses, o que não prejudica a sua validade e eficácia entre as partes. Como bem explica Débora Brandão, "o resguardo dos direitos de terceiros por si só não tem o condão de obstar a mutabilidade do regime de bens. Aponta-se como solução para ele a elaboração de um sistema registral eficiente, tanto do pacto antenupcial como de suas posteriores modificações, para devida publicidade nas relações entre os cônjuges a terceiros e a produção de efeitos, ou seja, a alteração só produziria efeitos em relação a terceiros após a devida publicidade da sentença, cuja natureza é constitutiva, restando inalterados todos os negócios posteriormente praticados. Respeita-se, dessa forma, o ato jurídico perfeito".[5]

Concluindo nessa esteira, no âmbito jurisprudencial: "a alteração do regime de bens não tem efeito em relação aos credores de boa-fé, cujos créditos foram constituídos à época do regime de bens anterior" (TJRS, Agravo de Instrumento 70038227633, Porto Alegre, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 24.08.2010, *DJERS* 30.08.2010). O acórdão julgou pela desnecessidade de prova, pelos cônjuges, da inexistência de ações judiciais ou de dívidas, pois isso não prejudica a eficácia da alteração do regime entre os cônjuges. Em síntese, não se seguiu a linha do citado Enunciado n. 113 do CJF/STJ, pois a perquirição da existência de dívidas ou demandas não seria uma exigência para a modificação do regime. Houve, nesse contexto, um abrandamento do texto do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, servindo a mesma conclusão para o art. 734, *caput*, do CPC/2015.

Cumpre ressaltar que outras decisões exigem tal prova, para que a alteração patrimonial seja considerada idônea e, então, deferida pelo juiz da causa (por todos: TJDF, Recurso 2006.01.1.036489-5, Acórdão 386.017, Sexta Turma Cível, Rel. Des. Luis Gustavo B. de Oliveira, *DJDFTE* 12.11.2009, p. 121; e TJSP, Apelação 644.416.4/0, Acórdão 4168081, Boituva, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 29.10.2009, *DJESP* 10.12.2009). A questão, como se vê, é polêmica, devendo ser aprofundada com a emergência do novel Estatuto Processual.

Aliás, expressa o § 1º do art. 734 do CPC/2015 que, ao receber a petição inicial da ação de alteração de regime de bens, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a publicação de edital que divulgue a pretendida modificação, somente podendo decidir o juiz depois de decorrido o prazo de 30 dias da publicação do edital. Como se vê, o Novo Estatuto Processual aprofunda a preocupação com a possibilidade de fraudes, determinando a atuação do MP, mesmo não havendo interesses de incapazes. Por todos os argumentos antes expostos, a preocupação parece excessiva e desatualizada frente a doutrina e jurisprudência consolidadas diante do Código Civil Brasileiro de 2002.

No que concerne à publicidade da modificação do regime patrimonial, no

ano de 2012, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o mero registro da sentença transitada em julgado tem o condão de dar publicidade à alteração do regime de bens, não devendo prevalecer norma da Corregedoria do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, que apontava a necessidade de publicação de editais dessa alteração. Assim, em certo sentido, não se adotou, por igual, a parte final do citado Enunciado n. 113, que determina a necessidade de ampla publicidade na modificação do regime. Vejamos a ementa do *decisium*:

"Civil. Família. Matrimônio. Alteração do regime de bens do casamento (CC/2002, art. 1.639, § 2º). Expressa ressalva legal dos direitos de terceiros. Publicação de edital para conhecimento de eventuais interessados, no órgão oficial e na imprensa local. Provimento 24/2003 da Corregedoria do Tribunal Estadual. Formalidade dispensável, ausente base legal. Recurso especial conhecido e provido. 1. Nos termos do art. 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002, a alteração do regime jurídico de bens do casamento é admitida, quando procedentes as razões invocadas no pedido de ambos os cônjuges, mediante autorização judicial, sempre com ressalva dos direitos de terceiros. 2. Mostra-se, assim, dispensável a formalidade emanada de Provimento do Tribunal de Justiça de publicação de editais acerca da alteração do regime de bens, mormente pelo fato de se tratar de providência da qual não cogita a legislação aplicável. 3. O princípio da publicidade, em tal hipótese, é atendido pela publicação da sentença que defere o pedido e pelas anotações e alterações procedidas nos registros próprios, com averbação no registro civil de pessoas naturais e, sendo o caso, no registro de imóveis. 4. Recurso Especial provido para dispensar a publicação de editais determinada pelas instâncias ordinárias" (STJ, REsp 776.455/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 17.04.2012, *DJE* 26.04.2012).

Seguindo no estudo da matéria, deve ficar claro que os efeitos da alteração do regime são *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado da decisão, o que é óbvio, por uma questão de eficácia patrimonial (nesse sentido, além de ementa antes transcrita, do Tribunal Paulista: STJ, REsp 1.300.036/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.05.2014, *DJe* 20.05.2014; TJRS, Apelação Cível 374932-56.2012.8.21.7000, Carazinho, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 24.10.2012, *DJERS* 30.10.2012; TJSP, Apelação 0013056-15.2007.8.26.0533, Acórdão 5065672, Santa Bárbara d'Oeste, Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Viviani Nicolau, j. 12.04.2011, *DJESP* 01.06.2011). Esclareça-se que a natureza desses efeitos é capaz de afastar a necessidade de prova da ausência de prejuízos a terceiros pelos cônjuges, para que a alteração do regime de bens seja deferida. Ademais, eventuais efeitos *ex tunc* fariam que o regime de bens anterior não tivesse eficácia, atingindo um ato jurídico perfeito, constituído por vontade dos cônjuges.

Superada a análise dessas regras, surge importante indagação para a prática do Direito de Família e que repercute para o tratamento da matéria no Novo CPC: seria possível alterar regime de bens de casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1973?

Muitos poderiam pensar que a resposta é negativa, diante do que consta do art. 2.039 da atual codificação material, norma de direito intertemporal pela qual: "O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido". Essa, contudo, não é a melhor resposta para os devidos fins práticos.

Um dos primeiros autores na doutrina brasileira a perceber a real intenção do legislador foi Euclides de Oliveira. A respeito do art. 2.039, explica o jurista que esse dispositivo legal "apenas determina que, para os casamentos anteriores ao Código Civil de 2002, não poderão ser utilizadas as regras do novo Código Civil referentes às espécies de regime de bens, para efeito de partilha do patrimônio do casal. Ou seja, somente as regras específicas acerca de cada regime é que se aplicam em conformidade com a lei vigente à época da celebração do casamento, mas, quanto às disposições gerais, comuns a todos os regimes, aplica-se o novo Código Civil".[6]

Em síntese, como o art. 1.639, § 2º, do CC/2002 é uma norma geral quanto ao regime de bens, pode ser aplicada a qualquer casamento, entendimento esse que foi acatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, já em 2004:

"Casamento. Regime de bens. Alteração. Possibilidade de sua alteração mesmo para casamentos realizados sob a égide da legislação anterior – Interpretação ampliativa e sistemática da norma do art. 2.039 do Código Civil que não leva à conclusão da vedação da alteração do regime matrimonial nos casamentos anteriores a sua vigência – Recurso provido" (TJSP, Apelação Cível 320.566-4/0/São Paulo, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Marcondes Machado, 08.06.2004, v.u.).

Contudo, coube ao Superior Tribunal de Justiça fazer a melhor interpretação da questão, no nosso ponto de vista. Isso porque esse Egrégio Tribunal Superior utilizou o art. 2.035, *caput*, do CC/2002 e a *Escada Ponteana* para deduzir que é possível alterar regime de bens de casamento celebrado na vigência da codificação anterior.

Como exposto em capítulo anterior, Pontes de Miranda, em seu *Tratado de Direito Privado*, dividiu o negócio jurídico em três planos. O primeiro é o *plano da existência*, no qual estão os *pressupostos mínimos* de um negócio jurídico, que formam o seu *suporte fático*: partes, vontade, objeto e forma. O segundo é o *plano da validade*, em que os elementos mínimos de existência recebem qualificações, nos termos do art. 104 do CC/2002, a saber: partes capazes; vontade livre; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei. Por fim, no plano da eficácia, estão as consequências do negócio jurídico, elementos relacionados com os seus efeitos (condição, termo, encargo, inadimplemento, juros, multa, perdas e danos, entre outros).

Relativamente a esses três planos e à aplicação das normas jurídicas no tempo, estabelece o importante art. 2.035, *caput*, do Código Civil em vigor, cuja

transcrição deve ser feita, para a análise da tese aqui proposta:

"Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução".

Em resumo, o que o dispositivo legal está estabelecendo é que, quanto aos planos da existência e da validade (o primeiro está dentro do segundo), devem ser aplicadas as normas do momento da constituição ou celebração do negócio. No tocante ao plano da eficácia, devem incidir as normas do momento dos efeitos.

Pois bem, em qual plano está o regime de bens e a possibilidade de sua alteração? Logicamente, no plano da eficácia do casamento, pois a sua existência ou a sua validade não depende do regime de bens adotado. Em outras palavras, nota-se que o regime de bens tem relação com as consequências posteriores do casamento. Em complemento, é notório que, não havendo adoção por qualquer regime, prevalecerá o regime legal ou supletório, qual seja, o da comunhão parcial. Interessante transcrever a ementa do citado precedente do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que não consta do corpo da decisão todo esse raciocínio que aqui foi demonstrado:

"Civil. Regime matrimonial de bens. Alteração judicial. Casamento ocorrido sob a égide do CC/1916 (Lei 3.071). Possibilidade. Art. 2.039 do CC/2002 (Lei 10.406). Correntes doutrinárias. Art. 1.639, § 2º, c/c o art. 2.035 do CC/2002. Norma geral de aplicação imediata. 1 – Apresenta-se razoável, *in casu*, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/1988, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. 2 – Recurso conhecido e provido pela alínea 'a' para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002" (STJ, REsp 730.546/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 23.08.2005, *DJ* 03.10.2005, p. 279).

Sucessivamente, outros julgados surgiram na mesma esteira desse julgamento, estando a questão consolidada em nossa jurisprudência (por todos: STJ, REsp 1.112.123/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.06.2009, *DJE* 13.08.2009; TJRS, Apelação Cível 383376-78.2012.8.21.7000, Bagé, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 29.11.2012, *DJERS*

05.12.2012; TJSP, Apelação 9102946-53.2007.8.26.0000, Acórdão 5628185, São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fábio Quadros, j. 17.11.2011, *DJESP* 24.01.2012; TJPR, Apelação Cível 0413965-9, Astorga, Décima Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Mário Rau, *DJPR* 28.03.2008, p. 110; TJMG, Apelação Cível 1.0439.06.053252-0/001, Muriaé, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Marcos Alvim Soares, j. 06.03.2007, *DJMG* 04.05.2007; e TJRJ, Apelação Cível 2007.001.08400, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, j. 27.03.2007). Cumpre esclarecer, por oportuno, que esse entendimento jurisprudencial já tinha amparo doutrinário no Enunciado n. 260 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, realizada em 2004, nos seguintes termos: "Arts. 1.639, § 2º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior".

Então, resta a dúvida: qual seria o alcance da dicção do art. 2.039 do CC ao expressar que: "O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é o por ele estabelecido"? A resposta é simples. Para aqueles que se casaram antes da vigência do Código Civil de 2002, no regime da comunhão universal de bens, valem as regras contidas nos arts. 262 a 268 do Código revogado; no regime da comunhão parcial, as regras dos arts. 269 a 275; no regime da separação, as regras dos arts. 276 e 277, e, por fim, para os que se casaram no regime dotal, as normas dos arts. 278 a 311. Como antes apontado, a norma de direito intertemporal em comento somente alcança as regras especiais relativas aos respectivos regimes, não os preceitos gerais, caso do art. 1.639 do CC/2002.

De outra forma, pode-se dizer que todas as novas regras previstas no Código Civil de 2002 – da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671), da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666) e da separação de bens (arts. 1.687 e 1.688) – não se aplicam aos casamentos celebrados antes de 11.01.2003 por expressa determinação do art. 2.039 da atual codificação material, importante norma de direito intertemporal. Esse é o efetivo alcance da disposição prevista no último comando citado.

Voltando aos preceitos do Novo CPC, conforme o § 2º do art. 734, os cônjuges, na petição inicial ou em petição avulsa, podem propor ao juiz meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, a fim de resguardar direitos de terceiros. Assim, por exemplo, não obsta a divulgação da alteração em um jornal local ou em um sítio da internet. Mais uma vez, há, na opinião deste autor, uma preocupação excessiva com a fraude, na contramão da doutrina e da jurisprudência construídas sob a égide do Código Civil de 2002.

Por fim, demonstrando a mesma preocupação, após o trânsito em julgado da sentença de alteração do regime de bens, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis. Nos termos do mesmo § 3º do art. 734 do CPC/2015, caso qualquer um dos cônjuges seja empresário, deve ser expedido também mandado de averbação ao registro público de empresas mercantis e atividades afins.

[1] TARTUCE, Fernanda; TARTUCE, Flávio. Lei nº 11.441/2007: Algumas Questões Polêmicas Processuais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.478, 19 jul. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10168>. Acesso em: 26 jan. 2015. Leia mais em: <http://jus.com.br/artigos/10168/lei-n-11-441-2007/2#ixzz3PvaRCzty>.

[2] TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil Aplicado ao Direito de Família*. São Paulo: Método, 2012. p. 29.

[3] MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. O Ministério Público nas Ações de Separação e Divórcio. *Revista DE JURE – Ministério Público de Minas Gerais*. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/242/ensaio sequence=1>. Acesso em: 23 dez. 2014.

[4] DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental: O Que é Isso? Disponível em: <www.intelligentiajuridica.com.br>, ano IV, n. 64, out. 2006. Acesso em: 27 mar. 2007.

[5] BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de Bens no Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103.

[6] OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do Regime de Bens no Casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. v. 1, p. 389.

DO TRATAMENTO DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Uma grande infelicidade, um total retrocesso. Com essas fortes palavras pode ser resumida a manutenção da separação judicial e extrajudicial no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Vários dispositivos da norma instrumental emergente continuam a tratar das categorias, o que não deveria ocorrer, em hipótese alguma.

Não se olvide que, quando da elaboração do parecer final no Senado Federal, pelo Relator Senador Vital do Rêgo, foram apresentadas propostas de alteração por meio da Emenda 61 – do Senador Pedro Taques –, da Emenda 129 – do Senador João Durval – e Emendas 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142 e 143 – do Senador Antonio Carlos Valadares –, visando a retirada do texto dos tratamentos relativos ao malfadado instituto da separação judicial do texto do Novo Código.

Todavia, as emendas foram afastadas pelo Senador Vital do Rego, que assim argumentou:

"As emendas em pauta insurgem-se contra a referência à separação (em todas as suas modalidades) como forma de dissolução da sociedade conjugal ao longo do texto do SCD. Argumenta que, com a Emenda à Constituição 66, de 2010, esse instituto teria sido abolido do ordenamento jurídico.
Não vingam, porém, as emendas.
É pacífico que, após a Emenda à Constituição 66, de 2010, não há mais qualquer requisito prévio ao divórcio. A separação, portanto, que era uma etapa obrigatória de precedência ao divórcio, desvestiu-se dessa condição.
Todavia, não é remansoso o entendimento acerca da não subsistência da separação no âmbito da doutrina civilista.
Aliás, o Enunciado n. 514, das *Jornadas de Direito Civil* (que nasceu após debate pelos civilistas mais respeitados do País), dispõe o contrário, a saber: Enunciado

n. 514. 'Art. 1.571: A Emenda Constitucional 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial'.
Afinal de contas, a Constituição Federal apenas afastou a exigência prévia de separação para o divórcio, mas não repeliu expressamente a previsão infraconstitucional da separação e do restabelecimento da sociedade conjugal. Há quem sustente que a separação continua em vigor como uma faculdade aos cônjuges que, querendo 'dar um tempo', preferem formalizar essa separação, sem romper o vínculo matrimonial. Eventual reatamento dos laços afetivos desses cônjuges separados não haverá de passar por novo casamento, com todas as suas formalidades, mas se aperfeiçoará pelo restabelecimento da sociedade conjugal, ato bem menos formal, que pode ocorrer por via judicial ou extrajudicial.
Sublinhe-se que nem mesmo os dispositivos do Código Civil que tratam de separação foram revogados. Ora, será uma intervenção indevida, uma invasão científica, utilizar uma norma processual para fazer prevalecer uma das várias correntes doutrinárias que incandescem na seara do Direito Civil.
Dessa forma, enquanto o Código Civil não for revogado expressamente no tocante à previsão da separação e do restabelecimento da sociedade conjugal, deve o Código de Processo Civil – norma que instrumentaliza a concretização dos direitos materiais – contemplar expressamente as vias processuais desses institutos cíveis.
No futuro, em outra ocasião, se assim se entender mais adequado, poder-se-á, por via legislativa própria, modificar dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil para proscrever a separação como um instituto de Direito de Família".

Na votação final dos destaques no Senado Federal, realizada no dia 17.12.2014, havia uma insurgência pontuada pela Senadora Lídice da Mata a respeito dessa manutenção. Porém, a Ilustre Senadora acabou por ser convencida pela conservação da separação judicial no texto, retirando, ao final, o seu destaque.

Sendo assim, o Novo Código de Processo Civil nasce com um *instituto morto* em vários de seus dispositivos. De início, o novo art. 53, inciso I, do Estatuto Processual emergente fixa a competência do domicílio do guardião de filho incapaz, para a ação de divórcio, *separação*, anulação de casamento, reconhecimento ou dissolução de união estável. Sucessivamente, caso não haja filho incapaz, a competência será do foro de último domicílio do casal. E se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal, será competente o foro de domicílio do réu.

Cabe pontuar que, apesar da infeliz menção à separação judicial, essa norma representa um avanço, por tutelar o incapaz, ao estabelecer o foro privilegiado para o seu guardião. Abandona-se, assim, a ideia de vulnerabilidade da mulher contida no antigo art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil, com privilégio de foro em relação à sua residência para as ações de dissolução do casamento e da sociedade conjugal. Para o presente autor, apesar do

entendimento majoritário diverso, a norma era flagrantemente inconstitucional, representando um atentado à igualdade entre homens e mulheres, constante do art. 5º, inciso I, da Constituição da República.

A respeito do segredo de justiça, estatui o novel art. 189, inciso II, que tramitam, por esse modo não revelado, os processos que versam sobre casamento, separação de corpos, divórcio, *separação*, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes (com destaque). Como ressalva, o seu parágrafo único estabelece que o direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. Porém, o terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante de divórcio ou *separação* (com destaque). Aqui, não houve grandes alterações, corresponde o dispositivo ao antigo art. 155 do Código de Processo Civil de 1973, que ainda mencionava o *desquite*; hoje, separação judicial.

Em termos gerais de incidência das regras atinentes às ações de Direito de Família, o art. 693 do CPC/2015 enuncia que "As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, *separação*, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação" (destacamos). Esse tratamento unificador ainda será comentado nesta obra, em capítulo específico que trata dessas demandas familiares.

Na sequência, vêm as regras específicas "Do Divórcio e da Separação Consensuais, da Extinção Consensual de União Estável e da Alteração do Regime de Bens do Matrimônio". Em relação à última demanda, será tratada naquele capítulo específico relativo às ações de Direito de Família.

Quanto ao divórcio e à separação judicial consensuais, como primeiro diploma especial, o art. 731 do Novo CPC estabelece que as suas homologações, observados os requisitos legais, poderão ser requeridas em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão: *a)* as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; *b)* as disposições concernente à pensão alimentícia entre os cônjuges; *c)* o acordo atinente à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e *d)* o valor da contribuição para criar e educar os filhos. Nos termos do seu parágrafo único, se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, conforme as normas relativas à partilha de bens, constantes dos arts. 647 a 658 do mesmo Estatuto Processual emergente. Todas essas disposições que dizem respeito ao processo de homologação judicial de divórcio ou de separação consensual aplicam-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual da união estável (art. 732 do Novo CPC).

O tratamento unificado para as duas ações – de separação e de divórcio – constitui novidade, pois os arts. 1.120 a 1.124 do anterior CPC tratavam apenas da separação judicial. Quanto aos requisitos, não houve modificação de relevo, lamentando-se o tratamento atual da separação de direito, como a seguir será

desenvolvido.

Eventualmente, o divórcio, a separação e a extinção consensual de união estável, feitos consensualmente – não havendo nascituro, filhos incapazes e observados os requisitos legais –, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731. Assim, confirmando a evolução inaugurada pela Lei 11.441/2007 – que inseriu o art. 1.124-A no antigo CPC –, pelo art. 733 do Novo Código de Processo, continua viável juridicamente o divórcio extrajudicial, por escritura pública. A menção à dissolução da união estável por escritura pública é novidade que já era retirada implicitamente do sistema, pela possibilidade de se realizar a constituição e a dissolução da união estável por escritura pública há tempos. Lamenta-se, apenas, que a separação extrajudicial está expressa no comando.

Nos termos do § 1º do art. 733 do Novo Código de Processo Civil, a escritura pública não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem assim para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. A possibilidade expressa desse levantamento não estava no art. 1.124-A do antigo CPC. No mais, o dispositivo repete o tratamento anterior.

Ademais, o tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura devem estar no ato notarial (art. 733, § 2º, do Novo CPC). O novo preceito repete o antigo art. 1.124-A, § 2º, do CPC de 1973.

Deve ser criticado o fato de não mais constar a gratuidade da escritura para os que se declaravam pobres, como estava no art. 1.124-A, § 3º, da Norma Processual anterior. Nesse propósito, aliás, a Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, que trata do comportamento dos Tabelionatos e Cartórios quanto à Lei 11.441/2007, dispõe no seu art. 7º que, para a obtenção desta, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído.

Nesse ínterim, pelos altos custos para a maioria da população brasileira, talvez às pessoas sem condições econômicas somente reste o caminho do divórcio judicial. Para o presente autor, há certa contradição entre essa retirada da norma de benefício aos pobres e o espírito da nova codificação processual, que adota a *agilização* e a *desjudicialização* como *motes principiológicos*. Em reforço, a norma está distante de uma desejada tutela dos vulneráveis econômicos, em prol da *função social dos institutos jurídicos*.

De toda maneira, é viável sustentar que a norma constante do art. 1.124-A, § 3º, do antigo Código de Processo Civil continua em vigor, mesmo tendo sido revogada expressamente a antiga norma processual, conforme o art. 1.046 do Novo Código de Processo Civil, que assim se expressa: "Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973". Como é notório, o dispositivo

foi introduzido por uma lei especial, qual seja, a Lei 11.441/2007, estabelecendo o § 2º do mesmo art. 1.046 do Novo CPC que "Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código". Eis aqui uma interessante questão de debate, a ser resolvida pela doutrina e pela jurisprudência nos próximos anos.

Em complemento, não se pode esquecer que a gratuidade de justiça para os atos extrajudiciais tem fundamento na tutela da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/1988) e na solidariedade social que deve imperar nas relações jurídicas (art. 3º, inciso I, da CF/1988). Mais especificamente, há menção expressa à gratuidade no art. 5º, inciso LXXIV, do mesmo Texto Maior: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Vale lembrar, ainda, da *ponte constitucional* realizada pelo art. 1º do Novo CPC, ao prever que "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Pois bem, vistas as regras instrumentais que passam a reger a matéria, analisaremos a questão relativa à superação da *separação de direito* ou *jurídica*, expressões que englobam tanto a separação judicial quanto a extrajudicial. Essa superação faz que os novos preceitos sejam considerados inconstitucionais, tendo como parâmetro a Emenda Constitucional 66, conhecida como *Emenda do Divórcio* ou *PEC do Divórcio*. Vale lembrar que a PEC 28/2009 recebeu, no seu trâmite, várias numerações, como PEC 413/2005 e PEC 33/2007, sendo a última proposta elaborada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, com o auxílio teórico e técnico dos juristas que compõem o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

A referida Emenda representa uma verdadeira *revolução* para o Direito de Família brasileiro, sendo necessário rever as categorias jurídicas relativas ao tema, inclusive as novas normas processuais emergentes.[1] Com esse fim, vejamos como era a redação original do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, de 1988, e como ficou o comando legal com a aprovação da EC 66/2010, que entrou em vigor em 13.07.2010:

Art. 226, § 6º, da

CF/1988 – redação atual – após a Emenda do Divórcio	Art. 226, § 6º, da CF/1988 – redação original
“O casamento	“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia

civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

O presente autor segue a corrente que afirma que a inovação constitucional tem aplicação imediata, como norma constitucional autoexecutável. Desse modo, não há a necessidade de qualquer *ponte infraconstitucional* para a sua eficácia, o que está de acordo com a doutrina que reconhece a *força normativa da Constituição*. Nesse sentido, cumpre destacar as palavras de Paulo Lôbo, um dos *mentores intelectuais* da citada Emenda, em artigo científico sobre o tema:

“No direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram. O § 6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer

requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges".[2]

Constata-se que apenas houve alteração no Texto Maior, sem qualquer modificação ou revogação expressa de dispositivos do CC/2002 ou de leis específicas, cabendo à doutrina e à jurisprudência apontar quais construções jurídicas ainda persistem. Apesar dessa falta de revogação expressa, como primeiro impacto da *Emenda do Divórcio* a ser apontado, verifica-se que não é mais viável juridicamente a separação de direito, a englobar a separação judicial e a separação extrajudicial, banidas totalmente do sistema jurídico.

A partir das lições de Paulo Lôbo, extraídas do texto por último citado, deduz-se que os fins sociais da norma, nos termos do art. 5º da Lei de Introdução, são de justamente colocar fim à categoria. Pensar de forma contrária torna totalmente inútil o trabalho parlamentar de reforma da Constituição Federal. Vejamos trecho do estudo do jurista que merece especial destaque:

"No plano da interpretação teleológica, indaga-se quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir, sem empeços e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. Consequentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou, ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo que passa a ser previsto na Constituição? O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.
Ainda que se admitisse a sobrevivência da sociedade conjugal, a nova redação da norma constitucional permite que os cônjuges alcancem suas finalidades, com muito mais vantagem. Por outro lado, entre duas interpretações possíveis, não poderia prevalecer a que consultasse apenas o interesse individual do cônjuge que desejasse instrumentalizar a separação para o fim de punir o outro, comprometendo a boa administração da justiça e a paz social. É da tradição de nosso direito o que estabelece o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum, que devem iluminar a decisão judicial sobre os únicos pontos em litígio, quando os cônjuges sobre eles não transigem: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a continuidade ou não do nome de casado e a partilha dos bens comuns".[3]

Não é diferente a conclusão de Zeno Veloso, que assim resume seu parecer: "numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, § 6º, da Carta Magna, sou

levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogados pela superveniência da norma constitucional – que é de estatura máxima – e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente".[4] Na mesma linha, os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: "Em síntese, com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem força jurídica as regras legais sobre separação judicial, instituto que passa a ser extinto no ordenamento jurídico, seja pela revogação tácita (entendimento consolidado no STF), seja pela inconstitucionalidade superveniente pela perda da norma validante (entendimento que abraçamos do ponto de vista teórico, embora os efeitos práticos sejam os mesmos)".[5]

Anote-se que esta também é a posição firme de Rodrigo da Cunha Pereira[6] e de Maria Berenice Dias,[7] dois dos maiores expoentes do Instituto Brasileiro do Direito de Família. Do mesmo modo, Álvaro Villaça Azevedo conclui pelo fim da separação de direito, que, para ele, não teria mais justificativa teórica e prática. Vejamos suas palavras:

"A grande maioria dos juristas tem entendido que, com a edição da PEC do divórcio, extinguiu-se a separação judicial. Este é o meu entendimento.
Estaríamos, agora, como o sistema japonês que só admite o divórcio.
Contudo, há quem entenda que a PEC existiu só para a extinção dos prazos constantes no § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não tendo ela objetivado a extinção da separação, que não poderia ser extinta tacitamente. Todavia, a Emenda constitucional é claríssima ao assentar que 'O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio'. Em verdade, a PEC existiu para instituir, no direito brasileiro, o divórcio direto.
Cogita-se, entretanto, que podem os cônjuges preferir sua separação judicial, por exemplo, os católicos, à moda da separação temporal admitida pelo Código Canônico. Sim, porque se o católico levar a sério suas crenças religiosas, não poderá pretender o divórcio. Não é o que geralmente acontece. Nesse caso, deve o religioso permanecer em separação de fato.
Todavia, para que exista, excepcionalmente, a separação de fato dos cônjuges, é preciso que ambos manifestem-se nesse sentido, pois um, pretendendo o divórcio, não poderá ser obstado pelo outro na realização desse direito potestativo".[8]

Da hermenêutica constitucional contemporânea, podem ser citados três princípios, apontados por J. J. Gomes Canotilho, que conduzem à mesma conclusão, pelo fim da separação jurídica, geralmente utilizados por este autor em exposições sobre o tema.

O primeiro regramento a ser citado é o *princípio da máxima efetividade ou da máxima eficiência do Texto Constitucional*, segundo o qual, "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)".[9] Manter a burocracia no fim do casamento, com o modelo bifásico (separação e divórcio), não traz essa eficácia pretendida.

Ademais, pelo *princípio da força normativa da Constituição*, "na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, dever dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'actualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência".[10] A manutenção da separação de direito viola esse princípio, pois colide com a *otimização da emenda* e com a ideia de atualização do Texto Maior.

Por fim, pode ser invocado o *princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição*, pois, "no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas, deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição".[11] De acordo com a CF/1988, não há mais sentido prático na manutenção da separação.

Em reforço, constata-se que, como a finalidade da separação de direito sempre foi pôr fim ao casamento, não se justifica a manutenção da categoria se a Norma Superior traz como conteúdo apenas o divórcio, sem maiores burocracias. Não se sustenta mais a exigência de uma *primeira etapa* de dissolução, se o Texto Maior trata apenas de uma outrora *segunda etapa*. A tese da manutenção da separação de direito remete a um Direito Civil burocrático, distante da Constituição Federal, muito formal e pouco material; muito *teorético* e pouco efetivo.

Destaque-se a existência de julgados que aplicam a premissa do fim da separação de direito, notadamente da separação judicial. De início, cumpre colacionar ementa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

"Civil. Divórcio litigioso. Extinção sem julgamento do mérito. Art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Ausência de trânsito em julgado da separação judicial. EC 66/2010. Supressão do instituto da separação judicial. Aplicação imediata aos processos em curso. A aprovação da PEC 28, de 2009, que alterou a redação do art. 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010,

além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 têm aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido" (TJDF, Recurso 2010.01.1.064251-3, Acórdão 452.761, Sexta Turma Cível, Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, *DJDFTE* 08.10.2010, p. 221).

Além dessa decisão, merece relevo o acórdão da Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido no Agravo de Instrumento 990.10.357301-3, em 12.11.2010, e que teve como relator o Des. Caetano Lagrasta. O julgado foi assim ementado: "Separação judicial. Pedido de conversão em divórcio. Emenda Constitucional 66/2010. Aplicação imediata e procedência do pedido. Determinação de regular andamento do feito em relação aos demais capítulos. Recurso provido". No corpo do seu voto, preleciona o magistrado relator que, "Com a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010 e a nova redação do § 6º do art. 226 da CF/1988, o instituto da separação judicial não foi recepcionado, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico. A referida norma é de aplicabilidade imediata e não impõe condições ao reconhecimento do pedido de divórcio, sejam de natureza subjetiva – relegadas para eventual fase posterior a discussão sobre culpa – ou objetivas – transcurso do tempo".

Também entendendo pelo fim da separação de direito, decisão do Tribunal de Justiça da Bahia assim julgou: "Com o advento da Emenda Constitucional 66, de 13.07.2010, que alterou o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, houve uma verdadeira revolução no instituto do divórcio, que passou a ser considerado um verdadeiro direito, pondo fim à separação judicial e eliminando qualquer prazo para dissolução do vínculo matrimonial. A Emenda Constitucional 66/2010 entrou imediatamente em vigor com a sua publicação, tornando-se impertinente e desnecessária quaisquer discussões acerca do requisito, outrora existente, de lapso temporal superior a dois anos para pleitear-se a dissolução do casamento civil, através do divórcio direto" (TJBA, Apelação Cível 0004074-23.2005.805.0256.0, Teixeira de Freitas, Processo: 0004074-2/2005, Quinta Câmara Cível, Rel. Emilio Salomão Pinto Resedá, j. 25.01.2011).

Do Tribunal de Justiça do Paraná pode ser retirado o seguinte trecho de aresto, com clareza ímpar: "Após o advento da Emenda Constitucional 66/2010, não se pode conhecer de pedidos de separação judicial ante a impossibilidade jurídica da prestação jurisdicional, devendo a base normativa do direito material das ações em curso serem corrigidas mediante a conversão do pedido em divórcio. Recursos de apelação e adesivo prejudicados, com anulação de ofício da sentença" (TJPR, Apelação Cível 0986822-2, Campo Largo, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin, *DJPR* 05.06.2013, p. 195).

Anote-se que vários outros julgados estaduais concluem do mesmo modo,

em praticamente todas as unidades da Federação, servindo os arestos transcritos como exemplos da correta interpretação a respeito da matéria.

No plano superior, de voto prolatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão no Superior Tribunal de Justiça, pode ser extraído trecho com a seguinte manifestação acidental: "Assim, para a existência jurídica da união estável, extrai-se o requisito da exclusividade de relacionamento sólido da exegese do § 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, *fine*, dispositivo esse que deve ser relido em conformidade com a recente EC 66, de 2010, a qual, em boa hora, aboliu a figura da separação judicial" (STJ, REsp 912.926/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.02.2011, *DJe* 07.06.2011). Em julgado mais recente, seguia mesma linha a Ministra Isabel Galotti, em decisão monocrática: "Após a EC 66/2010, não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação judicial. Não foi delegado ao legislador infraconstitucional poderes para estabelecer qualquer condição que restrinja direito à ruptura do vínculo conjugal" (STJ, Documento 40398425, Despacho/Decisão, *DJE* 22.10.2014). Em suma, também no âmbito do Tribunal da Cidadania, podem ser encontrados pensamentos pelo fim da separação de direito.

Em suma, por todos os argumentos antes deduzidos, devem ser tidos como *revogados tacitamente, por incompatibilidade constitucional superveniente* os dispositivos do Código Civil que tratavam da separação judicial, a saber:

– Art. 1.571, inciso III, do CC/2002 – ao elencar a separação judicial como motivo de dissolução da sociedade conjugal.

– Art. 1.572 do CC/2002 – que cuidava das antigas modalidades de separação judicial litigiosa, a saber: *a) separação-sanção ou culposa*: por grave violação dos deveres do casamento, ou seja, por culpa; *b) separação-ruptura ou falência*: pela ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição; e *c) separação-remédio:* fundada no fato de o outro cônjuge estar acometido de doença mental grave, manifestada depois do casamento, que tornasse impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tivesse sido reconhecida de cura improvável.

– Art. 1.573 do CC/2002 – que estabelecia um rol de situações caracterizadoras da *separação-sanção ou culposa*, de forma ilustrativa, a saber: *a)* adultério; *b)* tentativa de morte; *c)* sevícia ou injúria grave; *d)* abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; *e)* condenação por crime infamante; e *f)* conduta desonrosa.

– Art. 1.574 do CC/2002 – que tratava materialmente da separação judicial consensual ou por mútuo consentimento, tendo como requisito o fato de os cônjuges estarem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

– Art. 1.575 do CC/2002 – ao prever, como efeitos da sentença da separação judicial, a separação de corpos e a partilha de bens.

– Art. 1.576 do CC/2002 – que completava tais efeitos da sentença da separação judicial, tratando do fim dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e do regime de bens.

– Art. 1.578 do CC/2002 – estabelecia a relação entre a sentença de separação judicial e o uso do nome pelo cônjuge, ao término da sociedade conjugal. Nos termos dessa norma, ora inconstitucional, o cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perderia o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretasse: *a)* evidente prejuízo para a sua identificação; *b)* manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; ou *c)* dano grave reconhecido na decisão judicial. Em complemento, o mesmo preceito enunciava que o cônjuge inocente na ação de separação judicial poderia renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro. Por fim, nos demais casos, caberia a opção pela conservação do nome de casado.

– Art. 1.580 do CC/2002 – que trazia as duas modalidades de divórcios, retiradas da Constituição Federal de 1988 pela Emenda 66/2010, a saber: *a) divórcio indireto ou por conversão*: depois de decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houvesse decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos; e *b) divórcio direto*: requerido, por um ou por ambos os cônjuges, nos anteriores casos de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O mesmo deve ser dito quanto à Lei 11.441/2007, na parte relativa à separação extrajudicial (art. 1.124-A do CPC/1973), e em relação aos antigos arts. 1.120 a 1.124 do mesmo Estatuto Processual, que tratavam da separação judicial consensual. A mesma dedução vale para todas as regras do Novo Código de Processo Civil que mencionam a separação judicial e a extrajudicial. Todos esses preceitos devem ser tidos como inconstitucionais diante da Emenda Constitucional 66/2010, a *Emenda do Divórcio*.

De toda sorte, a questão não era, e continuará a não ser, pacífica na doutrina e na jurisprudência nacionais. Antes mesmo do Novo CPC, anote-se que o Conselho Nacional de Justiça não acatou o pedido do Instituto Brasileiro de Direito de Família de alteração de pontos da sua Resolução 35, que regula os atos notariais decorrentes da Lei 11.441/2007. O Conselho Nacional de Justiça decidiu pela exclusão do art. 53 e conferiu nova redação ao art. 52. Rejeitou, contudo, a supressão dos artigos que tratavam da separação consensual, decidindo: "nem todas as questões encontram-se pacificadas na doutrina e sequer foram versadas na jurisprudência pátria; (...) tem-se que, mesmo com o advento da Emenda 66, persistem diferenças entre o divórcio e a separação" (Pedido de Providências 00005060-32.2010.2.00.0000).

De fato, existem juristas que são favoráveis à manutenção da separação de direito no sistema, caso, entre outros, de Mário Luiz Delgado,[12] Luiz Felipe Brasil

Santos,[13] João Baptista Villela[14], Regina Beatriz Tavares da Silva,[15] Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Heloísa Helena Barboza[16] e Maria Helena Diniz.[17] Destaque-se o posicionamento da última jurista, que, apesar de entender pela permanência no sistema das normas que tratam da separação de direito, acredita na possibilidade de as referidas normas perderem eficácia social, caindo em desuso (*desuetudo*). A prática tem realmente demonstrado tal realidade, uma vez que diminuíram significativamente nos últimos anos as demandas de separação judicial.

Para essa corrente, a Emenda Constitucional 66/2010 não alterou a ordem infraconstitucional, havendo necessidade de normas para regulamentá-la. Com o devido respeito, a tese parece desprezar todo o trabalho de alteração constitucional, tornando-o inútil. Além disso, a dedução desconsidera a *força normativa da Constituição* e toda a evolução engendrada pelo Direito Civil Constitucional. Anote-se que, adotando tal ideia de manutenção do sistema anterior, há julgados do Tribunal Gaúcho, podendo ser transcrito o seguinte:

"Separação judicial. Viabilidade do pedido. Não obrigatoriedade do divórcio para extinguir a sociedade conjugal. 1. A Emenda Constitucional 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70039285457, Sétima Câmara Cível, Comarca de Sapiranga, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 1.º.11.2010).

Em outros Tribunais Estaduais, também podem ser encontrados arestos na mesma linha, pela manutenção da separação de direito, a englobar a separação judicial e a extrajudicial. A título de ilustração, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com voto vencido em sentido contrário:

"A Emenda Constitucional 66/2010 não aboliu a separação judicial do ordenamento jurídico pátrio, limitando-se à desconstitucionalização do tema, conferindo ao legislador ordinário liberdade para sua regulamentação, em consonância com os reclamos da sociedade pós-moderna. Deve ser reformada a sentença que julga procedente pedido de divórcio direto, sem observância do lapso temporal exigido pelo art. 1.580 do Código Civil" (TJMG, Apelação Cível 1.0701.13.005944-0/001, Rel. Des. Afrânio Vilela, j. 05.11.2014, *DJEMG* 21.11.2014).

Em complemento, conforme antes destacado pela própria Relatoria do Senador Vital do Rêgo, na *V Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2001, foram aprovados enunciados doutrinários que concluem pela manutenção da separação de direito no sistema jurídico nacional. O primeiro deles, de número 514, preceitua que "A Emenda Constitucional 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial". Em continuidade, conforme o Enunciado n. 515 do CJF/STJ, "pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual". Ainda tratando da separação judicial consensual, é a redação do Enunciado n. 516: "Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio". Por fim, admitindo a divisão do divórcio em direto e indireto, o Enunciado n. 517, *in verbis*: "A Emenda Constitucional 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão".

Repise-se que, apesar de tais resistências, este autor entende que não vige mais o *sistema bifásico* de extinção da sociedade conjugal e do casamento. As ações em curso de separação judicial, sejam consensuais ou litigiosas, em regra, devem ser extintas sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica superveniente do pedido, salvo se já houver sentença prolatada.

Esse entendimento deve ser reafirmado, mesmo diante da emergência do Novo Código de Processo Civil. No máximo, aplicando-se os princípios processuais da economia e da fungibilidade, pode o juiz da causa dar oportunidade para que as partes envolvidas adaptem o seu pedido, da separação judicial para o divórcio.

No que concerne aos enunciados aprovados na *Jornada de Direito Civil*, é forçoso concluir que não deveriam ter sido sequer votados, por encerrarem tema controverso, de grande debate na doutrina e na jurisprudência nacionais. As *Jornadas de Direito Civil* têm o condão de demonstrar o pensamento consolidado da civilística nacional, o que não foi atendido pelas ementas transcritas. Fugiu-se, portanto, dos objetivos desse grande evento brasileiro, o mais importante da área do Direito Privado em nosso País. Por outro viés, tem-se ouvido no meio jurídico que os enunciados, ao deduzirem pela manutenção da separação de direito, constituem um total retrocesso, o que é compartilhado pelo presente autor. Em reforço, na *VI Jornada de Direito Civil*, em 2013, foi feita proposta em sentido contrário aos malfadados enunciados, que sequer entrou em pauta para discussão.

Para findar o presente tópico, cabe trazer a lume as palavras de Lênio Luiz Streck, um dos maiores juristas brasileiros da atualidade, que, antes mesmo da aprovação do texto final do Novo CPC no Senado Federal, já sustentava a inconstitucionalidade do que chamou de *repristinação da separação judicial*.[18]

Introduzindo o tema, aduz o doutrinador, sobre a Emenda Constitucional 66/2010, que "não pode haver dúvida que, com a alteração do texto constitucional, desapareceu a separação judicial no sistema normativo brasileiro – e antes que me acusem de descuidado, não ignoro doutrina e jurisprudência que seguem rota oposta ao que defendo no texto, mas com elas discordo veementemente. Assim, perde o sentido distinguir-se término e dissolução de casamento. Isso é simples. Agora, sociedade conjugal e vínculo conjugal são dissolvidos mutuamente com o divórcio, afastada a necessidade de prévia separação judicial ou de fato do casal. Nada mais adequado a um Estado laico (e secularizado), que imputa inviolável a liberdade de consciência e de crença (CF/1988, art. 5º, VI). Há, aliás, muitos civilistas renomados que defendem essa posição, entre eles Paulo Lôbo, Luís Edson Fachin e Rodrigo da Cunha. Pois bem. Toda essa introdução me servirá de base para reforçar meu posicionamento e elaborar crítica para um problema que verifiquei recentemente. E já adianto a questão central: fazendo uma leitura do Projeto do novo CPC, deparei-me com uma espécie de repristinação da separação judicial. Um dispositivo tipo-Lázaro. Um curioso retorno ao mundo dos vivos".[19]

E arremata, em palavras finais: "O legislador do novo CPC tem responsabilidade política (no sentido de que falo em Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica). Para tanto, deve contribuir e aceitar, também nesse particular, a evolução dos tempos eliminando do texto todas as expressões que dão a entender a permanência entre nós desse instituto cuja serventia já se foi e não mais voltará. Não fosse por nada – e peço desculpas pela ironia da palavra 'nada' –, devemos deixar a separação de fora do novo CPC em nome da Constituição. E isso por dois motivos: a um, por ela mesma, porque sacramenta a secularização do direito, impedindo o Estado de 'moralizar' as relações conjugais; a dois, pelo fato de o legislador constituinte derivado já ter resolvido esse assunto. Para o tema voltar ao 'mundo jurídico', só por alteração da Constituição. E, ainda assim, seria de duvidosa constitucionalidade. Mas aí eu argumentaria de outro modo. Portanto, sem chance de o novo CPC repristinar a separação judicial (nem por escritura pública, como consta no Projeto do CPC). É inconstitucional. Sob pena de, como disse Marshall em 1803, a Constituição não ser mais rígida, transformando-se em flexível. E isso seria o fim do constitucionalismo. Esta é, pois, a resposta adequada à Constituição. Espero que o legislador que aprovará o novo CPC se dê conta disso e evite um périplo de decisões judiciais no âmbito do controle difuso ou nos poupe de uma ação direta de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já tem trabalho suficiente".[20]

Infelizmente, o legislador não se atentou a isso. O trabalho não será só do Supremo Tribunal Federal, mas de toda a doutrina e jurisprudência nacionais. Já começamos a desempenhá-lo, condenando essa triste opção constante do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, que será duramente combatida por este autor nos próximos anos.

[1] O termo *revolução* também é utilizado por José Fernando Simão: *A PEC do Divórcio: A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>. Acesso em: 19 nov. 2010.

[2] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração Constitucional e suas Consequências*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[3] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração Constitucional e suas Consequências*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[4] VELOSO, Zeno. *O Novo Divórcio e o que Restou do Passado*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>. Acesso em: 14 ago. 2010.

[5] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 547.

[6] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio*. Teoria e Prática. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 26-31.

[7] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 300-301.

[8] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Emenda Constitucional do Divórcio*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/villaca_emenda.doc>. Acesso em: 10 jan. 2011.

[9] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, p. 1.224.

[10] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, p. 1.226.

[11] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, p. 1.226.

[12] DELGADO, Mário Luiz. A Nova Redação do § 6º do Art. 226 da CF/1988: Por Que a Separação de Direito Continua a Vigorar no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Separação, Divórcio, Partilha e Inventários Extrajudiciais*. Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. 2. ed. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltor e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2011. p. 25-48.

[13] SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>. Acesso em: 15 dez. 2010.

[14] Conforme entrevista dada ao *Jornal Carta Forense*, com o título: Emenda do Divórcio. Outras impressões. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=6075>. Acesso em: 15 dez. 2010.

[15] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011.

[16] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. IV, p. 129.

[17] DINIZ, Maria Helena. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 460.

[18] STRECK, Lênio Luiz. Por Que é Inconstitucional "Repristinar" a Separação Judicial no Brasil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>. Acesso em: 21 dez. 2014. Vale lembrar que a repristinação é a restauração de vigência de uma norma revogada, pela revogação, por uma terceira norma, de sua norma revogadora.

[19] STRECK, Lênio Luiz. Por Que é Inconstitucional "Repristinar" a Separação Judicial no Brasil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>. Acesso em: 21 dez. 2014.

[20] STRECK, Lênio Luiz. Por Que é Inconstitucional "Repristinar" a Separação Judicial no Brasil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>. Acesso em: 21 dez. 2014.

DAS REGRAS RELATIVAS À UNIÃO ESTÁVEL NO NOVO CPC E AS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO MATERIAL

O Novo Código de Processo Civil teve a feliz opção de *equalizar* expressamente a união estável ao casamento em vários de seus preceitos, o que trará consequências para o modo como a comparação dessas entidades familiares é feita no âmbito do direito material. Vejamos, inicialmente, alguns desses comandos. Antes dessa exposição dos preceitos, não se olvide que, quando da elaboração do Estatuto Processual anterior, a união estável não era reconhecida como entidade familiar, o que somente ocorreu, concretamente e no plano legal, com a Constituição Federal de 1988, por força do seu art. 226, § 3º. De qualquer forma, esclareça-se que a grande maioria das regras a partir de agora expostas já vinha recebendo a mesma interpretação pela doutrina e pela jurisprudência.

De início, o art. 144 do CPC/2015, em seus incisos III e IV, ampliou o impedimento do juiz para os casos em que, no processo, for parte ou estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou *companheiro*, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive. Como é notório, o art. 134, incisos IV e V, do CPC/1973 somente fazia alusão ao cônjuge do juiz e não ao seu companheiro. Louva-se, sem dúvidas, a nova norma que passou a estender o impedimento para as situações em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive (art. 144, inciso VIII, do CPC/2015). O último preceito tem conteúdo ético indiscutível, na linha da boa-fé processual adotada pela nova legislação instrumental e comentada no primeiro capítulo deste livro.

Igualmente no que diz respeito à *suspeição* do julgador, é seu motivo o fato de ser qualquer uma das partes credora ou devedora de seu cônjuge ou *companheiro* ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive

(art. 145, inciso III, do Novo CPC). Mais uma vez, constata-se que o art. 135, inciso II, do anterior diploma não mencionava o companheiro, mas apenas o cônjuge.

No que diz respeito à citação, esta não será feita, salvo para evitar perecimento de um direito de cônjuge, *de companheiro* ou de 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; o que visa à proteção do *luto da família*, verdadeiro direito da personalidade. Isso consta do art. 244, inciso II, do CPC/2015; sendo certo que a menção ao convivente não estava no art. 217, inciso II, do CPC/1973.

Como exposto no capítulo de provas, o *companheiro* não é obrigado a depor sobre fatos que gerem a desonra de seu consorte (art. 388, inciso III, do CPC/2015), quando é certo que não se mencionava o convivente no CPC anterior ou no Código Civil de 2002. Na mesma linha e ainda sobre a prova, nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios, a confissão de um cônjuge ou *companheiro* não valerá sem a do outro, salvo se o regime de casamento for o da separação absoluta de bens (art. 391, parágrafo único, do CPC/2015). No art. 350, parágrafo único, da norma anterior, não havia regra relativa à união estável, mais uma vez.

Quanto às testemunhas, ainda nessa seara probatória, são impedidos para tanto "o cônjuge, o *companheiro*, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o 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" (art. 447, § 2º, inciso I, do CPC/2015, com destaque). A lei anterior fazia apenas menção ao cônjuge (art. 405, § 2º, inciso I, do CPC/1973).

Em matéria de inventário, reconhece-se a legitimidade do companheiro para abertura do inventário e para ser nomeado como inventariante. Isso sem prejuízo de outros comandos processuais que lhe atribuem os mesmos direitos do cônjuge e que serão aprofundados em capítulo próprio desta obra.

O companheiro também é reconhecido como legitimado a opor embargos de terceiro para a tutela da sua meação pelo art. 674 do Novo *Codex*; quando é certo que o art. 1.046 do CPC/1973 não o expressava. Seguiu-se, assim, o entendimento que era consolidado pela jurisprudência, especialmente pela superior, cabendo colacionar, por todos: "é parte legítima para embargar a execução companheira que, garantida com partilha de bens já decretada, deles ainda não dispõe por falta de homologação da partilha. Legitimidade ativa da possuidora mediata, garantida com a partilha, para fazer uso dos interditos, inclusive embargos de terceiro" (STJ, REsp 426.239/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.05.2004, *DJ* 28.06.2004, p. 230).

Sem prejuízo de outros comandos, o que parece gerar maiores repercussões para o direito material é o art. 73 do CPC/2015, a seguir confrontado com o art.

10 do Código de Processo anterior, para os devidos aprofundamentos e com especial destaque:

Novo Código de Processo Civil	Cód Proce Ar
“Art. 73. O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando	“Art. 1 cônjug somen necess consen do outr propor que ve sobre reais

casados sob o regime de separação absoluta de bens.	imobil (redaçã pela Le de 13.12.
§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para a ação:	§ 1º Am cônjuge necessá citados ações (parágr único renume pela Le de 13.12.

I – que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens;

I – que
sobre d
reais
imobili
(redaçã
pela Le
de
13.12.

II – resultante de fato que diga respeito a

II – res
de fato
digam
a ambo

ambos os cônjuges ou de ato praticado por eles;

III – fundada em dívida contraída por um dos cônjuges a bem

cônjug
atos pr
por ele
(Redaç
pela Le
de 1.1(

III – fu
em dív
contraí
marido
da fam
cuja ex
tenha d
sobre c
do trab
mulher

da família;	seus be reserva (redaçã pela Le de 01.1
IV – que tenha por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóvel de um ou de ambos os	IV – qu por obj reconh a const ou a ex ônus so imóvei ou de a cônjug (redaçã

cônjuges.	pela Le de 01.10.1
§ 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nas hipóteses de composse ou de ato por ambos praticado.	§ 2º Na posses partici cônjug autor o somente indispe nos cas compo ato por pratica (incluí Lei 8.9

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à união estável comprovada nos autos".

Foi mantida a regra anterior, agora no art. 74 do CPC/2015, no sentido de que tal consentimento para as *ações reais sobre imóveis* pode ser suprido judicialmente quando for negado por um dos cônjuges sem justo motivo, ou quando lhe seja impossível concedê-lo. Em complemento, a falta de consentimento *invalida* o processo, quando necessário e não suprido pelo juiz. Essas eram as premissas expostas no art. 11 do CPC/1973, sem qualquer mudança mais substancial.

Sem dúvidas, a grande inovação é a necessidade de vênia ou *outorga convivencial* para as ações reais imobiliárias, constante do último parágrafo do art. 73, sem correspondente no dispositivo instrumental anterior, como se percebe.[1] A novidade deve ser confrontada com o art. 1.647 do Código Civil de 2002, que tem a seguinte redação:

"Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:
I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
III – prestar fiança ou aval;
IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada".

A norma material transcrita representa um dos mais importantes comandos legais do Código Civil de 2002, elencando hipóteses de *legitimação*, capacidade especial exigida por lei para determinados atos e negócios. No caso, a lei prevê a necessidade de concordância do outro cônjuge, manifestada por uma autorização para o ato. O instituto se situa no plano da validade do negócio jurídico, envolvendo a capacidade (art. 104, inciso I, do CC/2002). Por isso é que a lei estabelece como consequência da falta da outorga conjugal a anulabilidade do ato correspondente (art. 1.649 do CC/2002), não havendo o eventual suprimento judicial (art. 1.648 do CC/2002).

Como é notório, forçoso utilizar a expressão genérica *outorga conjugal*, a englobar tanto a *outorga marital* (do marido) quanto a *outorga uxória* (da esposa, do latim *uxor*). Didaticamente, deve-se evitar mencionar apenas a última, o que traz o sentido de discriminação que constava da codificação material anterior, de 1916, especialmente no seu art. 233, segundo o qual o marido seria o chefe da entidade familiar.

Em relação aos regimes que necessitam da outorga conjugal, a dispensa se dá apenas no regime da *separação absoluta*. Em outras palavras, a outorga conjugal é necessária para os atos elencados nos regimes da comunhão parcial de bens, da comunhão universal de bens e da participação final nos aquestos, em regra. Quanto ao último regime, é possível que o pacto antenupcial traga regra que preveja a livre disposição dos bens imóveis, conforme o art. 1.656 do Código Civil, afastando a necessidade da outorga se isso for convencionado. De toda sorte, o regime em questão, introduzido pelo Código Civil de 2002, praticamente não encontrou aplicação prática nos seus mais de dez anos de vigência.

A expressão *separação absoluta* gerou muito debate entre os civilistas e foi repetida pelo Novo CPC no dispositivo aqui exposto (art. 73). Sabe-se que a separação de bens pode ser, inicialmente, *legal* ou *obrigatória*, nos três casos descritos no art. 1.641 do CC/2002. O primeiro deles está associado à presença de uma das causas suspensivas do casamento, descritas pelo art. 1.523 do Código Civil. A segunda hipótese envolve as pessoas que se casam com idade superior a 70 anos, o que foi modificado pela Lei 12.344/2010, pois o sistema anterior previa a idade de 60 anos. A terceira situação de imposição do regime da separação legal diz respeito às hipóteses de pessoas que necessitam de suprimento judicial para o casamento, caso dos menores que não atingiram a idade núbil de 16 anos (arts. 1.517 e 1.520 do CC). Ademais, a separação de bens será *convencional* quando decorrer de opção dos cônjuges, por pacto antenupcial.

Expostos tais conceitos, qual regime seria esse, mencionado tanto no CC/2002 quanto no CPC/2015, o regime da *separação absoluta de bens*? Respondendo, não há controvérsia quanto ao regime da separação convencional de bens, uma vez que o art. 1.687 do Código Civil é claro no tocante à livre disposição dos bens, presente uma separação absoluta em casos tais.

A polêmica está na *separação legal* ou *obrigatória*, girando em torno da incidência ou não da antiga Súmula 377 do STF, editada em abril de 1964, com a seguinte redação: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Pelo seu teor, no regime da separação obrigatória haveria algo próximo de uma comunhão parcial, comunicando-se os bens havidos durante a união pelo esforço patrimonial dos cônjuges. Em suma, se ainda incidente a sumular, *na separação legal, não haveria uma separação absoluta, pois alguns bens se comunicam*.

Deve ficar claro que este autor segue o entendimento pela necessidade de prova do esforço comum para que surja o direito à participação do cônjuge na separação legal ou obrigatória de bens (nesse sentido: STJ, REsp 442.629/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 02.09.2003, *DJ* 15.09.2003, p. 324, *REPDJ* 17.11.2003, p. 332). Todavia, a dedução não é pacífica, diante da existência de entendimento que dispensa a prova do citado esforço comum para a aplicação da súmula (STJ, REsp 1.171.820/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 07.12.2010, *DJe* 27.04.2011; REsp 1.090.722/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 02.03.2010, *DJe* 30.08.2010; REsp 736.627/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.04.2006, *DJ* 01.08.2006, p. 436). Como se nota pelas menções aos julgados, os acórdãos superiores mais recentes dispensam a prova do esforço comum, transformando a separação obrigatória de bens em comunhão parcial, uma vez que todos os bens havidos durante o casamento se comunicam.

Mas a questão a ser respondida é se a Súmula 377 do STF ainda tem ou não aplicação, o que repercute diretamente na interpretação do art. 1.647, *caput*, do CC/2002. Duas são as correntes que podem ser apontadas a respeito de tão intrincada questão.

Para uma *primeira corrente*, a súmula está cancelada, pois o CC/2002 não repetiu o art. 259 do CC/1916 que supostamente lhe dava fundamento ("Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento"). Na doutrina, encabeçam esse entendimento Silvio Rodrigues,[2] Francisco Cahali[3] e José Fernando Simão.[4] Para essa vertente, *haveria separação absoluta tanto na separação convencional quanto na separação legal de bens, pois nos dois regimes nada se comunica*.

Para uma *segunda corrente*, a súmula não está cancelada, diante da vedação do enriquecimento sem causa retirada dos arts. 884 a 886 do Código Civil. Assim, urge a comunicação de alguns bens havidos para se evitar o locupletamento sem razão. Essa corrente parece ser a prevalente na doutrina nacional, sendo seguida por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery,[5] Zeno Veloso,[6] Rodrigo Toscano de Brito,[7] Paulo Lôbo,[8] Maria Berenice Dias,[9] Maria Helena Diniz,[10] Sílvio Venosa,[11] Eduardo de Oliveira Leite,[12] Rolf

Madaleno,[13] Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,[14] Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.[15] Destaque-se que alguns doutrinadores dispensam até a prova do esforço comum, caso de Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias. Nessa mesma linha, *somente há separação absoluta na separação convencional; eis que, na separação legal, haverá comunicação dos bens havidos pelo esforço comum, entendimento ao qual se filia*.

Apesar da adesão à segunda corrente, que tende a prevalecer também na jurisprudência, deve ser repisado que esse é um dos temas mais divergentes no Direito de Família contemporâneo nacional. O Novo CPC manteve a controvérsia, pois continua a utilizar a expressão *separação absoluta*. Se tivesse mencionada apenas a separação convencional nos comandos transcritos, o debate talvez houvesse diminuído ou se encerrado. Perdeu-se, assim, uma chance de pacificação de grande controvérsia.

Problema que se manteve, na confrontação entre o art. 1.647 do Código Civil e o que consta do Estatuto Processual, é que o inciso II do comando material continua a exigir a outorga conjugal para que a parte possa pleitear, como autor ou réu, acerca de bens imóveis ou direitos sobre eles. A regra é processual, envolvendo legitimidade ou capacidade específica para a demanda (art. 3º do CPC/1973 e art. 17 do CPC/2015). Dessa forma, interpretando-se o art. 1.649 do CC/2002, a melhor conclusão é a de que a falta da outorga conjugal geraria a anulabilidade da demanda, o que pode ser suprido, conforme o art. 1.648 do Código Civil. Para que não paire qualquer dúvida, vejamos a redação desses dois preceitos materiais:

"Art. 1.648. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la".
"Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.
Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado".

Todavia, como visto, o Novo CPC continua a estabelecer, na linha do art. 11, parágrafo único, do CPC/1973, a consequência da *invalidade do processo* (art. 74, parágrafo único, do CPC/2015). A dúvida que surge é a seguinte: essa nulidade processual seria relativa, nos termos do Código Civil; ou absoluta, por interpretação do Código de Processo Civil? Entendendo tratar-se de nulidade absoluta, por todos, as palavras de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery: "A presença singular do cônjuge no polo ativo das ações reais imobiliárias, sem a autorização conjugal, acarreta incapacidade processual, isto é, falta de pressuposto processual. O juiz deverá assinar prazo razoável ao autor para suprir a falha (CPC 13), sob pena de declarar nulo o processo e extingui-lo sem resolução do mérito (CPC 267 IV)".[16] De toda sorte, esclareça-se que, para

Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo de Arruda Alvim, o caso não seria de nulidade absoluta, mas de mera extinção do processo sem resolução do mérito, como pontuado pelos últimos juristas.[17] Constata-se, assim, divergência entre os próprios processualistas, sobre as consequências do respeito à regra exposta.

Para o presente autor, a lei material deve prevalecer, não por questão temporal, mas por trazer mais clareza à situação, expressando que o caso é de anulabilidade ou nulidade relativa. Como se percebe, o Novo Código de Processo Civil continua a utilizar o termo *invalidade*, sem deixar claro o grau de invalidade. Em reforço, a exigência da outorga visa à proteção patrimonial do cônjuge, envolvendo interesse claramente da parte e não da coletividade, a gerar a existência de matéria de ordem pública e a consequente nulidade absoluta do processo.

Nesse caminho, julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a nulidade em comento é plenamente sanável no curso do processo, o que traz a confirmação de que se trata de nulidade relativa, e não absoluta: "Nos termos do art. 1.647, II, do Código Civil, nenhum dos cônjuges pode, sem a autorização do outro, pleitear, como autor ou réu, acerca de bens imóveis, o que torna imprescindível na ação reivindicatória de bem imóvel o litisconsórcio necessário dos cônjuges. A posterior determinação da citação da esposa do réu na ação reivindicatória não é causa de nulidade processual, podendo a mesma ser citada a qualquer momento, o que atende aos princípios da economia e da celeridade processual, evitando nulidades" (TJMG, Agravo 1.0024.07.385249-3/0011, Belo Horizonte, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 19.02.2008, *DJEMG* 11.03.2008). De todo modo, a controvérsia parece mantida, em confronto das duas codificações, material e processual.

Todavia, o impacto principal a ser aqui estudado diz respeito à aplicação da regra do art. 73 do Novo Código de Processo Civil para os casos de união estável, como é expresso no seu § 3º, desde que a relação de convivência seja comprovada nos autos. No âmbito do Direito Civil, existe grande polêmica, doutrinária e jurisprudencial, quanto à incidência ou não do art. 1.647 do Código Civil para as hipóteses de união estável, exigindo-se uma *outorga convivencial* para os atos ali referidos. De qualquer maneira, a outorga do companheiro passa a ser exigida nos casos do inciso II do art. 1.647, em *diálogo* com o Novo CPC. E nas situações dos demais incisos do art. 1.647, que dizem respeito a atos puramente materiais, caso da venda ou outras alienações de imóvel, da fiança e da doação de bens comuns? Haverá necessidade de outorga convivencial em tais hipóteses?

Entre os civilistas, para uma *primeira corrente*, o art. 1.647 do Código Civil aplica-se à união estável, pelo fato de que o regime de bens, que é regra tanto do casamento quanto da união estável, é o da comunhão parcial de bens (arts. 1.640 e 1.725 do CC/2002). Nesse sentido, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma que "devem ser consideradas as regras constituídas por disposições especiais (arts. 1.658 a 1.666) e as disposições gerais (arts. 1.639 a 1.657), em que se destaca a

proibição de alienação de bem imóvel sem o consentimento do consorte, a não ser que seja escolhido o regime da separação absoluta (art. 1.647), sob pena de anulação do ato".[18] Esse entendimento é compartilhado por Paulo Lôbo, na sua obra *Famílias*.[19] O Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu anteriormente, conforme se depreende da seguinte ementa:

"Processo civil. Execução fiscal. Penhora de bem imóvel em condomínio. Exigência de consentimento dos demais. 1. A lei civil exige, para alienação ou constituição de gravame de direito real sobre bem comum, o consentimento dos demais condôminos. 2. A necessidade é de tal modo imperiosa, que tal consentimento é, hoje, exigido da companheira ou convivente de união estável (art. 226, § 3º, da CF), nos termos da Lei 9.278/1996. 3. Recurso especial improvido" (STJ, REsp 755.830/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 07.11.2006, *DJ* 01.12.2006, p. 291).

Porém, o presente autor segue uma *segunda corrente*, que responde negativamente, ou seja, a outorga só pode ser exigida dos cônjuges, e não dos companheiros, pelo fato de ser o art. 1.647 do Código Civil uma norma restritiva de direitos que não comporta interpretação extensiva ou analogia. Por essa linha, a outorga somente é imposta por expressa previsão legal, o que não se verifica no tocante à união estável, a não ser agora, pela regra do art. 73 do CPC/2015, para o que consta do inciso II do art. 1.647 do CC/2002. Reafirme-se que essa é a melhor posição a ser adotada, mesmo existindo contrato de convivência entre as partes, inclusive celebrado por escritura pública. Concluindo desse modo, da jurisprudência estadual:

"Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico. União estável não declarada. Venda de bem imóvel a terceiro de boa-fé. Inexistência de hipóteses de invalidade do negócio jurídico. Inexistência de nulidade. 1 – Ainda que seja possível vislumbrar pelas provas carreadas a existência de união estável entre apelante e primeiro apelado, a venda de bem imóvel a terceiro de boa-fé não é nula, tendo em vista que a Lei não exige a outorga uxória da companheira. 2 – Não provadas nenhuma das hipóteses de invalidade do negócio jurídico, previstas nos arts. 166 e ss. do CC 2002, não há nulidades a serem declaradas" (TJMG, Apelação Cível 1.0284.07.006501-6/0011, Guarani, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Bernardes, j. 17.02.2009, *DJEMG* 16.03.2009).

"Ação declaratória de nulidade. Escritura pública de compra e venda. Imóvel. Sentença de improcedência. Negócio jurídico celebrado pelo companheiro sem a anuência da companheira. Possibilidade. Outorga uxória. Desnecessidade. Exigência legal que não se aplica à hipótese de união estável. (...)" (TJSP, Apelação com Revisão 396.100.4/6, Acórdão 2567068, Itararé, Segunda Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 15.04.2008, *DJESP* 16.05.2008).

Esse posicionamento segue a linha de necessidade de diferenciação da união

estável em relação ao casamento. Adotando essa premissa, e a não subsunção do art. 1.647 do Código Civil à união estável, vejamos recente aresto do Superior Tribunal de Justiça, relativo à fiança, assim publicado no seu *Informativo* n. *535*, do ano de 2014:

"Direito Civil. Inaplicabilidade da Súmula 332 do STJ à união estável. Ainda que a união estável esteja formalizada por meio de escritura pública, é válida a fiança prestada por um dos conviventes sem a autorização do outro. Isso porque o entendimento de que a 'fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia' (Súmula 332 do STJ), conquanto seja aplicável ao casamento, não tem aplicabilidade em relação à união estável. De fato, o casamento representa, por um lado, uma entidade familiar protegida pela CF e, por outro lado, um ato jurídico formal e solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico. A união estável, por sua vez, embora também represente uma entidade familiar amparada pela CF – uma vez que não há, sob o atual regime constitucional, famílias estigmatizadas como de 'segunda classe' –, difere-se do casamento no tocante à concepção deste como um ato jurídico formal e solene. Aliás, nunca se afirmou a completa e inexorável coincidência entre os institutos da união estável e do casamento, mas apenas a inexistência de predileção constitucional ou de superioridade familiar do casamento em relação a outra espécie de entidade familiar. Sendo assim, apenas o casamento (e não a união estável) representa ato jurídico cartorário e solene que gera presunção de publicidade do estado civil dos contratantes, atributo que parece ser a forma de assegurar a terceiros interessados ciência quanto a regime de bens, estatuto pessoal, patrimônio sucessório etc. Nesse contexto, como a outorga uxória para a prestação de fiança demanda absoluta certeza por parte dos interessados quanto à disciplina dos bens vigente, e como essa segurança só é obtida por meio de ato solene e público (como no caso do casamento), deve-se concluir que o entendimento presente na Súmula 332 do STJ – segundo a qual, a 'fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia'–, conquanto seja aplicável ao casamento, não tem aplicabilidade em relação à união estável. Além disso, essa conclusão não é afastada diante da celebração de escritura pública entre os consortes, haja vista que a escritura pública serve apenas como prova relativa de uma união fática, que não se sabe ao certo quando começa nem quando termina, não sendo ela própria o ato constitutivo da união estável. Ademais, por não alterar o estado civil dos conviventes, para que dela o contratante tivesse conhecimento, ele teria que percorrer todos os cartórios de notas do Brasil, o que seria inviável e inexigível" (STJ, REsp 1.299.866/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.02.2014).

Ao final de 2014, surgiu outra forma de julgar, que parece indicar uma *terceira via*, respondendo *depende* para a necessidade da outorga convivencial. Conforme acórdão publicado no *Informativo* n. *554* do Tribunal de Cidadania, de fevereiro de 2015, a invalidade da venda de imóvel comum, fundada na ausência de outorga do companheiro, depende da publicidade conferida à união estável. E

essa publicidade se dá mediante a averbação de contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência de união estável no Cartório de Registro de Imóveis em que cadastrados os bens comuns, ou da demonstração de má-fé do adquirente. Conforme se retira da publicação do aresto, "a interpretação dessas normas, ou seja, do art. 5º da Lei 9.278/1996 e dos já referidos arts. 1.725 e 1.647 do CC, fazendo-as alcançar a união estável, não fosse pela subsunção mesma, esteia-se, ainda, no fato de que a mesma *ratio* – que indisfarçavelmente imbuiu o legislador a estabelecer a outorga uxória e marital em relação ao casamento – mostra-se presente em relação à união estável; ou seja, a proteção da família (com a qual, aliás, compromete-se o Estado, seja legal, seja constitucionalmente). Todavia, levando-se em consideração os interesses de terceiros de boa-fé, bem como a segurança jurídica necessária para o fomento do comércio jurídico, os efeitos da inobservância da autorização conjugal em sede de união estável dependerão, para a sua produção (ou seja, para a eventual anulação da alienação do imóvel que integra o patrimônio comum), da existência de uma prévia e ampla notoriedade dessa união estável. No casamento, ante a sua peculiar conformação registral, até mesmo porque dele decorre a automática alteração de estado de pessoa e, assim, dos documentos de identificação dos indivíduos, é ínsita essa ampla e irrestrita publicidade. Projetando-se tal publicidade à união estável, a anulação da alienação do imóvel dependerá da averbação do contrato de convivência ou do ato decisório que declara a união no Registro Imobiliário em que inscritos os imóveis adquiridos na constância da união" (STJ, REsp 1.424.275/MT, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 04.12.2014, *DJe* 16.12.2014).

A este autor parece que, no plano jurisprudencial, a segunda corrente exposta parece ser a tendência da jurisprudência superior. Contudo, não se negue que o Novo Código de Processo Civil tende a aprofundar o debate a respeito dessa problemática nos próximos anos, por mencionar a necessidade da outorga conjugal para a hipótese que está prevista no inciso II do art. 1.647 do Código Civil.

Para encerrar este capítulo, é interessante trazer algumas palavras sobre a caracterização da união estável, especialmente com os fins de provas para a incidência de todos os comandos processuais aqui comentados, sem prejuízo de outros.

Analisando o seu conceito e seus elementos caracterizadores, repetindo o art. 1º da Lei 9.278/1996, enuncia o art. 1.723, *caput*, do CC/2002, que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na *convivência pública (no sentido de notória)*, *contínua* e *duradoura* e *estabelecida com o objetivo de constituição de família (animus familiae)*. Não se olvide que o conceito exposto foi construído a partir da doutrina de Álvaro Villaça Azevedo. Em tom didático, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apresentam *elementos caracterizadores essenciais* e *elementos caracterizadores acidentais* para a união estável. Entre os primeiros estão a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constituição de família. Como

elementos acidentais, destacam-se o tempo, a prole e a coabitação.[20]

Como se pode notar, as expressões *convivência pública*, *contínua*, *duradoura* e *objetivo de constituição de família* são abertas e genéricas, de acordo com o sistema adotado pela atual codificação privada, demandando análise caso a caso. Isso deve ocorrer igualmente no âmbito processual, para a subsunção dos comandos expostos. Por isso, pode-se afirmar que *há uma verdadeira cláusula geral na constituição da união estável*.

Em tom suplementar, sobre a sua configuração, devem ser observados alguns aspectos. Primeiramente, nota-se que a lei não exige prazo mínimo para a sua constituição, devendo ser analisadas as circunstâncias do caso concreto (nesse sentido: TJSP, Apelação com Revisão 570.520.5/4, Acórdão 3543935, São Paulo, Nona Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, j. 04.03.2009, *DJESP* 30.04.2009). Também, não há exigência de prole comum (TJMG, Acórdão 1.0024.02.652700-2/001, Belo Horizonte, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Guimarães Andrade, j. 16.08.2005, *DJMG* 26.08.2005).

Não se exige que os companheiros ou conviventes vivam sob o mesmo teto, o que consta da remota Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, que trata do concubinato e que era aplicada à união estável. A jurisprudência atual continua aplicando essa súmula para a união estável (por todos: STJ, REsp 275.839/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 02.10.2008, *DJe* 23.10.2008).

Os impedimentos matrimoniais previstos no art. 1.521 do CC/2002 impedem a caracterização da união estável, havendo, na hipótese, concubinato (art. 1.727 do CC). Porém, o CC/2002 passou a admitir que a pessoa casada, desde que separada de fato ou judicialmente, constitua união estável. Enuncia o art. 1.723, § 1º, do CC que "A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente". A norma deveria ser atualizada para incluir o separado extrajudicialmente, nos termos da Lei 11.441/2007. Todavia, diante da entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010, que retirou do sistema a separação jurídica, o panorama mudou. Para os novos relacionamentos, na linha seguida por este autor, apenas tem relevância a premissa de que o separado de fato pode constituir uma união estável. A menção ao separado judicialmente e a situação do separado extrajudicialmente têm pertinência apenas para os relacionamentos anteriores, existentes da vigência do Código Civil de 2002 até a *Emenda do Divórcio (até 13.07.2010)*. Ilustrando, se alguém, separado judicialmente ou extrajudicialmente, constituiu uma convivência com outrem desde o ano de 2008, tal relacionamento pode ser tido como união estável.

Pontue-se que podem ser encontradas decisões aplicando a novidade do art. 1.723, § 1º, do CC/2002, especialmente quanto ao separado de fato (cite-se: TJRS, Acórdão 70035099621, Santo Augusto, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 10.06.2010, *DJERS* 21.06.2010; TJMG, Apelação Cível

1.0003.01.001630-5/0011, Abre-campo, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Guimarães Andrade, j. 09.02.2010, *DJEMG* 12.03.2010; TJSP, Apelação 994.07.013946-0, Acórdão 4266183, Sorocaba, Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 15.12.2009, *DJESP* 08.03.2010). Constata-se, portanto, que se trata de norma que somente concretiza algo que existe socialmente, como bem observado por Álvaro Villaça Azevedo em suas aulas e palestras.

Ainda no que concerne à caracterização da união estável, determina o art. 1.723, § 2º, do CC/2002 que as causas suspensivas do casamento do art. 1.523 da própria codificação material não impedem a existência da união estável. Como decorrência lógica dessa premissa legal, as causas suspensivas do casamento não impõem o regime da separação obrigatória de bens à união estável, na corrente seguida por este autor, na mesma linha do que foi exposto quanto ao art. 1.647 da norma material.

Ora, como o art. 1.641 do CC/2002 é norma restritiva da liberdade e da autonomia privada, não admite analogia para a união estável, aplicando-se apenas ao casamento. Essa parece ser a melhor conclusão, na esteira da mais abalizada doutrina.[21] Todavia, cabe ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela aplicação do art. 1.641 do CC à união estável diante da suposta equiparação da união estável ao casamento (por todos: STJ, REsp 1.090.722, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Ueda, j. 02.03.2010; e REsp 646.259/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.06.2010). Eis aqui outra divergência existente quanto à matéria.

Como ficou claro, não se pode confundir a união estável com o concubinato. Em relação ao último, dispõe o art. 1.727 do CC/2002 que as relações não eventuais existentes entre o homem e a mulher impedidos de casar constituem concubinato. As diferenças entre os institutos constam da tabela a seguir, que resume o tema:

União estável	C
Não	

Constitui uma entidade familiar (art. 226, § 3º, da CF/1988).	enti fam uma soc fato
Pode ser constituída por pessoas solteiras, viúvas, divorciadas ou separadas de fato, judicialmente e extrajudicialmente.	Ser entr cas sep hav imp mat dec par crir

As partes são denominadas *companheiros* ou *conviventes*.

As
cha
co

Nã
mea
pat
dire
alir
dire
suc
que
pat
apl
anti

Há direito à meação patrimonial (art. 1.725), direito a alimentos (art. 1.694) e direitos sucessórios (art. 1.790 do CC).

380
que
dire
par
pat
rela
ben
pel
con
juri
tam
cos
ind
con
ser
dor
pre
Por

Cabe eventual *ação de reconhecimento e dissolução da união estável*, que corre na Vara da

Família. Não se pode denominar a demanda como de dissolução de uma sociedade de fato, erro comum na prática.

Interessante anotar que, no passado, a expressão *concubinato* também era utilizada para denotar a existência de uma união estável. Álvaro Villaça Azevedo utilizava o termo *concubinato puro*. Entretanto, no presente, não se recomenda mais o uso dessa expressão para a entidade familiar, sendo certo que *a companheira ou convivente não se confunde com a concubina*. Sugere-se, portanto, a utilização das diferenças que constam da tabela comparativa antes exposta.

O exemplo típico de concubinato envolve a amante de homem casado ou o amante de mulher casada, nas hipóteses em que os cônjuges não são separados, pelo menos de fato. Em casos tais, pela literalidade da norma, não há que se reconhecer a existência de uma entidade familiar.

Todavia, parte da doutrina contemporânea quer elevar à condição de companheira a concubina. É o caso de Maria Berenice Dias, que leciona: "A palavra concubinato carrega consigo o estigma de relacionamento alvo do preconceito. Historicamente, sempre traduziu relação escusa e pecaminosa, quase uma depreciação moral. Pela primeira vez, este vocábulo consta de um texto legislativo (CC 1727), com a preocupação de diferenciar o concubinato da união estável. Mas não é feliz. Certamente, a intenção era estabelecer uma distinção entre união estável e família paralela, chamada doutrinariamente de concubinato adulterino, mas para isso faltou coragem ao legislador. A norma restou incoerente e contraditória. Simplesmente, parece dizer – mas não diz – que as relações paralelas não constituem união estável. Pelo jeito, a pretensão é deixar as uniões 'espúrias' fora de qualquer reconhecimento e descoberta de direitos. Não é feita qualquer remissão ao direito das obrigações, para que seja

feita analogia com as sociedades de fato. Nitidamente punitiva a postura da lei, pois condena à indivisibilidade e nega proteção jurídicas às relações que desaprova, sem atentar que tal exclusão pode gerar severas injustiças, dando margem ao enriquecimento ilícito de um dos parceiros".[22]

Em sentido próximo, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho igualmente expõem a tendência de se reconhecer direitos ao amante, equiparando-se o concubinato à união estável, em algumas hipóteses.[23] O capítulo XX da obra conjunta escrita pelos doutrinadores é intitulada *Concubinato e direitos da(o) amante*.

Na jurisprudência, podem ser encontradas decisões que determinam a divisão igualitária de bens entre a esposa e a concubina, tratada como companheira. As principais ementas são do Tribunal do Rio Grande do Sul, onde a última doutrinadora citada atuava como Desembargadora. A primeira decisão transcrita é interessante, por utilizar o termo *triação*, expressando a divisão igualitária dos bens entre a esposa e a concubina:

"Apelação. União estável concomitante ao casamento. Possibilidade. Divisão de bem. 'Triação'. Viável o reconhecimento de união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que a prova dos autos é robusta em demonstrar que a apelante manteve união estável com o falecido, mesmo antes de ele se separar de fato da esposa. Necessidade de dividir o único bem adquirido no período em que o casamento foi concomitante à união estável em três partes. 'Triação'. Precedentes jurisprudenciais. Deram provimento, por maioria" (TJRS, Acórdão 70024804015, Guaíba, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 13.08.2009, *DJERS* 04.09.2009, p. 49).

"Apelação cível. União estável. Relacionamento paralelo ao casamento. Se mesmo não estando separado de fato da esposa, vivia o falecido em união estável com a autora/companheira, entidade familiar perfeitamente caracterizada nos autos, deve ser reconhecida a sua existência, paralela ao casamento, com a consequente partilha de bens. Precedentes. Apelação parcialmente provida, por maioria" (TJRS, Acórdão 70021968433, Canoas, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 06.12.2007, *DOERS* 07.01.2008, p. 35).

"Apelação. União dúplice. União estável. Possibilidade. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cujus* em período concomitante ao casamento de 'papel'. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o *de cujus*. Meação que se transmuda em 'triação', pela duplicidade de uniões. Deram provimento, por maioria, vencido o Des. Relator" (TJRS, Apelação Cível 70019387455, Oitava Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 24.05.2007).

Em 2014, gerou muita polêmica julgado do Tribunal de Justiça do Maranhão. O *decisium* reconheceu a simultaneidade familiar em hipótese de

homem casado que tinha uma concubina, tratada como companheira, para os fins sucessórios. Vejamos a ementa desse julgamento, que cita a qualificada doutrina de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

"Direito de Família. Apelação cível. Ação declaratória de união estável *post-mortem*. Casamento e união estável simultâneos. Reconhecimento. Possibilidade. Provimento. 1. Ainda que de forma incipiente, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a juridicidade das chamadas famílias paralelas, como aquelas que se formam concomitantemente ao casamento ou à união estável. 2. A força dos fatos surge como situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. Dentre esses casos, estão exatamente as famílias paralelas, que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas. 3. Para a familiarista Giselda Hironaka, a família paralela não é uma família inventada, nem é família imoral, amoral ou aética, nem ilícita. E continua, com esta lição: 'Na verdade, são famílias estigmatizadas, socialmente falando. O segundo núcleo ainda hoje é concebido como estritamente adulterino, e, por isso, de certa forma perigoso, moralmente reprovável e até maligno. A concepção é generalizada e cada caso não é considerado por si só, com suas peculiaridades próprias. É como se todas as situações de simultaneidade fossem iguais, malignas e inseridas num único e exclusivo contexto. O triângulo amoroso sub-reptício, demolidor do relacionamento número um, sólido e perfeito, é o quadro que sempre está à frente do pensamento geral, quando se refere a famílias paralelas. O preconceito, ainda que amenizado nos dias atuais, sem dúvida, ainda existe na roda social, o que também dificulta o seu reconhecimento na roda judicial'. 4. Havendo nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da existência de união estável entre a apelante e o *de cujus*, o caso é de procedência do pedido formulado em ação declaratória. 5. Apelação cível provida" (TJMA, Recurso 19.048/2013, Acórdão 149918/2014, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto, j. 10.07.2014, *DJEMA* 17.07.2014).

De fato, pela literalidade da norma, não há que se reconhecer o paralelismo entre casamento e união estável. Porém, a questão não é tão simples, merecendo duas pontuações. Uma *primeira pontuação* que deve ser feita é que, se a união paralela durar muitos anos, sendo de conhecimento do outro cônjuge, parece forçoso concluir que o último aceita o relacionamento paralelo. Sendo assim, pode o fato merecer um outro tratamento, principalmente quanto à divisão de bens, já que há aceitação da união, até por certo comodismo.

A *segunda pontuação* que fazemos é que o cônjuge casado pode estar separado de fato da esposa, mesmo com ela residindo sob o mesmo teto. A separação de fato pode estar configurada pela quebra do afeto e da comunhão plena de vida descrita pelo art. 1.511 do CC/2002. Ilustrando, a quebra pode ser provada pela cessação das relações sexuais e pelo desaparecimento do tratamento das partes como se casados fossem. Pode-se afirmar que, em casos tais, o casamento somente existe na aparência, e não na essência. Essa conclusão abre a possibilidade de o concubino ser elevado à condição de companheiro, eis

que o cônjuge casado de fato pode constituir união estável.[24]

Destaque-se que o tema do paralelismo entre o casamento e o concubinato foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal em questão envolvendo o Direito Previdenciário. Um homem mantinha dois relacionamentos – um casamento e um concubinato –, e ambas as mulheres pleiteavam o benefício previdenciário com o seu falecimento. Em situação bem peculiar, o *de cujus* não era separado de fato da esposa, tendo com ela 11 filhos. Com a concubina manteve relacionamento paralelo por 37 anos com a qual teve 9 filhos. A conclusão da relatoria e da maioria dos Ministros foi pela existência de um concubinato, e não de uma união estável, devendo o benefício previdenciário ser atribuído unicamente à esposa (STF, RE 397.762-8/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.06.2008). Todavia, o Ministro Carlos Ayres Britto votou de forma divergente, concluindo que a concubina deveria ser tratada como companheira. Merece destaque o seguinte trecho do seu voto:

"Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental *a dois*. No que *andou bem* a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração '*é terra que ninguém nunca pisou*'. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censora ou por qualquer modo embaraçante (...) 17. No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o *de cujus*, então segurado da previdência social. Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a resolução deste litígio o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Pelo que, também desconsiderando a relação de casamento civil que o então segurado mantinha com outra mulher, perfilho o entendimento da Corte Estadual para desprover, como efetivamente desprovejo, o excepcional apelo. O que faço com as vênias de estilo ao relator do feito, Ministro Marco Aurélio".

De fato, o Ministro Ayres Britto, na situação descrita, parece ter razão. Certamente a esposa sabia do relacionamento paralelo, aceitando-o por anos a fio. Destarte, deve do mesmo modo aceitar a partilha dos direitos com a concubina, que deve ser tratada como companheira. Pode até ser invocada a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao Direito de Família, notadamente da máxima que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*).

Outro problema relativo à convivência envolve as *uniões estáveis plúrimas* ou *paralelas*, presente quando alguém vive vários relacionamentos que podem

ser considerados uniões estáveis ao mesmo tempo. A título de exemplo, imagine-se a hipótese de um homem solteiro que tem quatro companheiras, em quatro cidades distintas no interior do Brasil, sem que uma saiba da existência da outra. Como resolver a questão? Três correntes doutrinárias podem ser encontradas a respeito da situação descrita.

Uma *primeira vertente* afirma que nenhum relacionamento constitui união estável, eis que a união deve ser exclusiva, aplicando-se o princípio da monogamia. Essa vertente é encabeçada por Maria Helena Diniz.[25] Para essa forma de pensar, todos os relacionamentos descritos devem ser tratados como concubinatos.

Para uma *segunda corrente*, o primeiro relacionamento existente deve ser tratado como união estável, enquanto que os demais devem ser reconhecidos como uniões estáveis putativas, havendo boa-fé do convivente. Em suma, aplica-se, por analogia, o art. 1.561 do CC, que trata do casamento putativo. Essa posição é liderada por Euclides de Oliveira[26] e Rolf Madaleno[27]; sendo seguida por este autor, inclusive em obra anterior, escrita com José Fernando Simão.[28] Anote-se que essa solução já foi dada pela jurisprudência estadual, em pelo menos dois julgados (TJRJ, Acórdão 15225/2005, Rio de Janeiro, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano, j. 10.08.2005; e TJRS, Processo 70008648768, 02.06.2004, Lajeado, Sétima Câmara Cível, Rel. Juiz José Carlos Teixeira Giorgis).

Por derradeiro, há uma *terceira corrente* que entende serem uniões estáveis todos os relacionamentos, diante da valorização do afeto que deve guiar o Direito de Família; corrente encabeçada por Maria Berenice Dias.[29]

Das três correntes, no âmbito da jurisprudência superior, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a primeira, repudiando a ideia de *uniões plúrimas ou paralelas* (REsp 789.293/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.02.2006, *DJ* 20.03.2006, p. 271). Os julgados aplicam o princípio da monogamia à união estável, tese com a qual não se filia, pois as entidades familiares não são totalmente semelhantes. Nota-se que o convivente de má-fé, que estabelece o paralelismo, acaba sendo beneficiado, já que não terá obrigações alimentares, pela ausência de vínculo familiar. Confirmando aquele julgado anterior, transcreve-se recente decisão publicada no *Informativo* n. *435* do STJ:

"Família. Uniões estáveis simultâneas. Pensão. *In casu*, o *de cujus* foi casado com a recorrida e, ao separar-se consensualmente dela, iniciou um relacionamento afetivo com a recorrente, o qual durou de 1994 até o óbito dele em 2003. Sucede que, com a decretação do divórcio em 1999, a recorrida e o falecido voltaram a se relacionar, e esse novo relacionamento também durou até sua morte. Diante disso, as duas buscaram, mediante ação judicial, o reconhecimento de união estável, consequentemente, o direito à pensão do falecido. O juiz de primeiro grau, entendendo haver elementos inconfundíveis

caracterizadores de união estável existente entre o *de cujus* e as demandantes, julgou ambos os pedidos procedentes, reconhecendo as uniões estáveis simultâneas e, por conseguinte, determinou o pagamento da pensão em favor de ambas, na proporção de 50% para cada uma. Na apelação interposta pela ora recorrente, a sentença foi mantida. Assim, a questão está em saber, sob a perspectiva do Direito de Família, se há viabilidade jurídica a amparar o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Nesta instância especial, ao apreciar o REsp, inicialmente se observou que a análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presentes em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. Desse modo, entendeu-se que, no caso, a despeito do reconhecimento, na dicção do acórdão recorrido, da união estável entre o falecido e sua ex-mulher em concomitância com união estável preexistente por ele mantida com a recorrente, é certo que o casamento válido entre os ex-cônjuges já fora dissolvido pelo divórcio nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/2002, rompendo-se, definitivamente, os laços matrimoniais outrora existentes. Destarte, a continuidade da relação sob a roupagem de união estável não se enquadra nos moldes da norma civil vigente (art. 1.724 do CC/2002), porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. Ressaltou-se que uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade, que integra o conceito de lealdade, para o fim de inserir, no âmbito do Direito de Família, relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar do fato de que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. Assinalou-se que, na espécie, a relação mantida entre o falecido e a recorrida (ex-esposa), despida dos requisitos caracterizadores da união estável, poderá ser reconhecida como sociedade de fato, caso deduzido pedido em processo diverso, para que o Poder Judiciário não deite em solo infértil relacionamentos que efetivamente existem no cenário dinâmico e fluido dessa nossa atual sociedade volátil. Assentou-se, também, que ignorar os desdobramentos familiares em suas infinitas incursões, em que núcleos afetivos justapõem-se, em relações paralelas, concomitantes e simultâneas, seria o mesmo que deixar de julgar com base na ausência de lei específica. Dessa forma, na hipótese de eventual interesse na partilha de bens deixados pelo falecido, deverá a recorrida fazer prova, em processo diverso, repita-se, de eventual esforço comum. Com essas considerações, entre outras, a Turma deu provimento ao recurso, para declarar o reconhecimento da união estável mantida entre o falecido e a recorrente e determinar, por conseguinte, o pagamento da pensão por morte em favor unicamente dela, companheira do falecido" (STJ, REsp 1.157.273/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.05.2010).

Todas essas questões devem ser necessariamente enfrentadas para a análise do termo *companheiro*, que passa a compor vários preceitos processuais. Sendo assim, acreditamos que todos os pontos aqui expostos tendem a ter o debate ampliado na emergência do Novo Código de Processo Civil.

Por derradeiro, não se pode esquecer que a união estável homoafetiva foi equiparada à heteroafetiva, para todos os fins, por decisão do Supremo Tribunal Federal de março de 2011. Conforme consta da ementa final do julgamento, publicado no *Informativo* n. *625* daquela Corte, "após mencionar que a família deveria servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, o relator registrou que a diretriz da formação dessa instituição seria o não atrelamento a casais heteroafetivos ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (CF/1988, art. 226, *caput*). Desse modo, anotou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganharia plenitude de sentido se desembocasse no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, constituída, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (CF/1988, art. 226, § 3º: 'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'). Mencionou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Arrematou que a solução apresentada daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não discriminação e outros (...)" (STF, ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 04 e 05.05.2011).

Nessa esteira, o convivente homoafetivo também tem todos os atributos processuais expressos no Código de Processo Civil de 2015, observados os requisitos caracterizadores da união estável, retirados do art. 1.723 do Código Civil Brasileiro de 2002.

[1] Essa alteração legislativa já era defendida por: DIDIER JR., Fredie. A Participação das Pessoas Casadas no Processo. In: MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). *Questões Processuais no Novo Código Civil*. São Paulo: Manole, 2006. p. 460-462.

[2] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 28. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6, p. 169-173.

[3] CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o Novo Código Civil e a Mutabilidade do Regime de Bens. *Revista do Advogado*. Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004.

[4] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 169-173.

[5] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 737.

[6] VELOSO, Zeno. *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

[7] BRITO, Rodrigo Toscano de. Compromisso de Compra e Venda e as Regras de Equilíbrio Contratual do CC/2002. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). *Atualidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, n. 5, 2004.

[8] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 300.

[9] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 205.

[10] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.169.

[11] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.511-1.512.

[12] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. Direito de Família. São Paulo: RT, 2005. v. 5, p. 300.

[13] MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 46-47.

[14] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 221.

[15] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de*

Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 316.

[16] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 201.

[17] ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo de Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 95.

[18] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentário ao Art. 1.567 do Código Civil de 2002. In: FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.427.

[19] LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

[20] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva 2011. v. 6, p. 429-436.

[21] Concluindo desse modo, com total razão: VELOSO, Zeno. *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171; LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161; SIMÃO, José Fernando. Efeitos Patrimoniais da União Estável. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina. *Direito de Família no Novo Milênio*. Estudos em Homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 360; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 170.

[22] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 163.

[23] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 457-469.

[24] Conforme conclusão anterior, constante em artigo científico escrito por este autor: TARTUCE, Flávio. Separados pelo Casamento. Um Ensaio sobre o Concubinato, a Separação de Fato e a União Estável. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, n. 08, fev./mar. 2009, p. 58-67.

[25] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 364-365.

[26] OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável* – Do Concubinato ao Casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 128.

[27] MADALENO, Rolf. A União (Ins)Estável. Relações Paralelas. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Rolf_uniaoestavel.doc>.

Acesso em: 21 jun. 2010.

28 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 286.

29 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 165-166.

DOS ALIMENTOS FAMILIARES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Tratamento da Prisão Civil

Desde a sua mais elementar existência, o ser humano sempre necessitou ser alimentado para que pudesse exercer suas funções vitais. A propósito, nas lições de Álvaro Villaça Azevedo, a palavra alimento vem do latim alimentum, "que significa sustento, alimento, manutenção, subsistência, do verbo alo, is, ui, itum, ere (alimentar, nutrir, desenvolver, aumentar, animar, fomentar, manter, sustentar, favorecer, tratar bem)".[1] Nesse contexto, os chamados alimentos familiares representam uma das principais efetivações do princípio da solidariedade nas relações sociais, sendo essa a própria concepção da categoria jurídica.

Esclareça-se que os alimentos também permeiam outros ramos do Direito Privado, interessando a este estudo os alimentos que surgem do vínculo familiar, a justificar a expressão supradestacada. A título de exemplo de alimentos relativos à outra seara privada, podem ser citados os *alimentos reparatórios* ou *indenizatórios*, devidos pelo responsável no caso de falecimento de alguém por ato ilícito, e pagos aos dependentes do falecido. Conforme estabelece o art. 948, inciso II, do Código Civil, nos casos de homicídio, além de outras indenizações, são devidos tais alimentos aos dependentes do morto, até o limite de vida provável da vítima, conforme a tabela de expectativa de vida do IBGE. A exemplo do que ocorria no Estatuto Processual anterior, o Novo Código de Processo Civil continua tratando dessa categoria, de acordo com a comparação a seguir exposta:

Novo Código de Processo Civil	Códig Proce Civ Ante
“Art. 533. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao	“Art. 47 Quando indeniza por ato i incluir prestaçã alimento juiz, qua esta part poderá

executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

ordenar devedor constitui de capita cuja rend assegure pagamen valor me da pensã (Incluído Lei nº 11 de 2005.

§ 1º O capital a que se refere o *caput*, representado

por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do executado, além de

§ 1º Este capital, represen por imóv títulos da dívida p ou aplica financei banco of será inalienáv impenho enquanto a obriga do deve (Incluído Lei nº 11 de 2005.

constituir-se em patrimônio de afetação.

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de

§ 2º O ju
poderá
substitui
constitui
do capit
pela incl
do
benefici
da presta
em folha
pagamer
entidade

pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

direito público empresa direito privado notória capacida econômi ou, a requerin do deve por fianç bancária garantia em valor arbitrad imediatc juiz. (Inc

§ 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da

pela Lei
11.232,
2005.)

§ 3º Se
sobrevie
modifica
nas cond
econômi
poderá a
requerer
conform
circunstá
redução
aumento
prestaçã
(Incluído

prestação.	Lei nº 11 de 2005.
§ 4º A prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário mínimo.	§ 4º Os alimento podem s fixados tomando base o sa mínimo. (Incluído Lei nº 11 de 2005.
	§ 5º Ces

§ 5º Finda a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.”

obrigaçã prestar alimento juiz man liberar c capital, o descor folha ou cancelar garantias prestada (Incluíd Lei nº 11 de 2005.

Constata-se que o Novo CPC acabou por consolidar o que estava na norma instrumental anterior, especialmente com as modificações engendradas pela reforma processual de 2005. De toda sorte, destaque-se o novo tratamento do capital de reserva, como *patrimônio de afetação*, para os devidos fins de vinculação pagamento do *quantum debeatur*. Merecem aplausos também a manutenção da viabilidade de pagamento desses valores em salários mínimos, sem qualquer afronta ao que consta do art. 7º, inciso IV, da CF/1988, bem como a possibilidade de modificação ou extinção do pagamento se ocorrer a alteração

das circunstâncias.

Voltando aos alimentos familiares, como se extrai da clássica obra de Clóvis Beviláqua, estão eles fundados em uma relação familial, mas interessam a toda a sociedade, o que justifica a existência de normas de ordem pública a respeito da matéria.[2] Segundo Caio Mário da Silva Pereira, aquele que não pode prover o seu sustento pelo próprio trabalho não pode ser deixado à própria sorte, sendo dever da sociedade "propiciar-lhe sobrevivência através de meios e órgãos estatais ou entidades particulares". Nesse diapasão, para o mesmo jurista "o direito não descura o fato da vinculação da pessoa ao seu próprio organismo familiar. E impõe, então, aos parentes do necessitado, ou pessoa a ela ligada por um elo civil, o dever de proporcionar-lhe as condições mínimas de sobrevivência, não como favor ou generosidade, mas como obrigação judicialmente exigível".[3]

Partindo para a categorização jurídica do instituto, com base nos ensinamentos de Orlando Gomes e Maria Helena Diniz, os *alimentos familiares* podem ser conceituados como as prestações devidas para a satisfação das necessidades pessoais daquele que não pode provê-las pelo trabalho próprio.[4] Aquele que pleiteia os alimentos é denominado *alimentando* ou *credor, sendo o sujeito ativo da relação obrigacional subjacente. Por outro lado*, a parte que os deve pagar é o *alimentante* ou *devedor*, o sujeito passivo da mesma relação.

O pagamento desses alimentos visa à pacificação social, estando amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional, conforme comentado no início deste texto. Sendo assim, ainda no plano conceitual e em sentido amplo, os alimentos devem compreender as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros. Em breve síntese, os alimentos devem ser concebidos dentro da ideia de *patrimônio mínimo*, de acordo com a festejada tese construída pelo Professor Luiz Edson Fachin.[5]

Diante dessa proteção máxima da pessoa humana, precursora da *personalização do Direito Civil*, e em uma perspectiva civil-constitucional, é forçoso concluir que o art. 6º da Constituição Federal de 1988 *serve como uma luva* para preencher o conceito contemporâneo de alimentos familiares. Esse dispositivo do Texto Maior traz como conteúdo os direitos sociais que devem ser oferecidos pelo Estado, a saber: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Anote-se, por oportuno, que a menção à alimentação foi incluída pela Emenda Constitucional 64, de 4 de fevereiro de 2010, o que tem relação direta com o tema aqui estudado.

Cabe destacar, conforme a doutrina contemporânea constitucionalista, que os direitos sociais também devem ser tidos como direitos fundamentais, tendo aplicação imediata nas relações privadas, o que está fundamentado no art. 5º, §

1º, da mesma Constituição da República.[6] A par dessas projeções da Carta Fundamental, aplicando-se a tese da *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, tais direitos existem e devem ser respeitados nas relações privadas particulares, no sentido de que os alimentos estão muito mais amparados na solidariedade familiar do que na própria relação de parentesco, casamento ou união estável.

Partindo para as suas *fontes*, no sentido *de origem*, o pressuposto ou fundamento legal para o dever de prestar alimentos nas relações familiares consta do art. 1.694, *caput*, do Código Civil de 2002, segundo o qual podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. Diante do amplo reconhecimento da união homoafetiva e do casamento homoafetivo como entidades familiares, deve ser firmada a premissa de que os alimentos também podem ser pleiteados em tais relacionamentos familiares, sem qualquer distinção.

O conteúdo dos alimentos visa, primeiramente, a manter o estado anterior (*status quo*), o que inclui, pelo sentido textual do dispositivo, a educação. Todavia, deve-se ter em mente que o pagamento dos alimentos deve ser analisado de acordo com o contexto social, não se admitindo exageros na sua fixação. Confrontando o atual texto civil com o dispositivo anterior (art. 396 do CC/1916), a mudança estrutural é imensa, pois a lei anterior apenas previa que "de acordo com o prescrito neste capítulo podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos, de que necessitem para subsistir". Como comparam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, pelo atual art. 1.694 da codificação de 2002, "a natureza jurídica dos alimentos assume, desse modo, maior nobreza porque destina-se a verba alimentícia assegurar todos os bens jurídicos aos quais vinculou-se o beneficiário, se sobre cujo modo compatível de viver de acordo com a condição social adquirida reinam todas as necessidades que ditam os alimentos requeridos".[7]

A propósito da determinação do seu conteúdo, em julgado paradigmático, o Superior Tribunal de Justiça analisou os alimentos a partir dessa perspectiva social, merecendo destaque o seguinte trecho da decisão da Ministra Fátima Nancy Andrighi: "No que toca à genérica disposição legal contida no art. 1.694, *caput*, do CC/2002, referente à compatibilidade dos alimentos prestados com a condição social do alimentado, é de todo inconcebível que ex-cônjuge, que pleiteie alimentos, exija-os com base no simplista cálculo aritmético que importe no rateio proporcional da renda integral da desfeita família; isto porque a condição social deve ser analisada à luz de padrões mais amplos, emergindo, mediante inevitável correlação com a divisão social em classes, critério que, conquanto impreciso, ao menos aponte norte ao julgador que deverá, a partir desses valores e das particularidades de cada processo, reconhecer ou não a necessidade dos alimentos pleiteados e, se for o caso, arbitrá-los. Por restar fixado pelo Tribunal Estadual, de forma induvidosa, que a alimentanda não apenas apresenta plenas condições de inserção no mercado de trabalho como também efetivamente exerce atividade laboral, e mais, caracterizada essa

atividade como potencialmente apta a mantê-la com o mesmo *status* social que anteriormente gozava, ou ainda alavancá-la a patamares superiores, deve ser julgado procedente o pedido de exoneração deduzido pelo alimentante em sede de reconvenção e, por consequência, improcedente o pedido de revisão de alimentos formulado pela então alimentada" (STJ, REsp 933.355/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.03.2008, *DJ* 11.04.2008, p. 1).

Essa decisão inaugurou, naquele Tribunal Superior, a conclusão segundo a qual *os alimentos entre os cônjuges têm caráter excepcional*, pois aquele que tem condições laborais deve buscar o seu sustento pelo esforço próprio. O caso ficou conhecido como o da *psicóloga dos Jardins*, sendo certo que uma ex-mulher recebia pensão do ex-marido por longos vintes anos, sendo o último valor pago de R$ 6.000,00 (seis mil reais). Insatisfeita com tal valor, ingressou ela em juízo para pleitear o aumento da quantia, sustentando a falta de condições para manter o padrão de vida anterior com os rendimentos do seu trabalho. Almejava dobrar o valor da pensão alimentícia, sob a alegação de que não vinha mais aceitando convites para eventos sociais, que teve de dispensar seu caseiro, que não mais trocava de carro com a frequência anterior e que não viajava para o exterior anualmente. Além da contestação, o ex-marido apresentou reconvenção, sob a premissa de que a ex-mulher tinha condições de sustento próprio, notadamente por suas atividades como psicóloga em clínica própria e como professora universitária, bem como pela locação de dois imóveis de sua propriedade.

Após os trâmites no Tribunal Paulista, a Corte Estadual aumentou o valor da pensão para R$ 10.000,00 (dez mil reais), incidindo a ideia de manutenção do padrão social. No entanto, de forma correta na *opinio* deste autor, a Ministra Nancy Andrighi acolheu o pleito de exoneração do ex-marido, julgando que, "não existindo nenhum tipo de dúvida quanto à capacidade da recorrida de prover, nos exatos termos do art. 1.695 do CC/2002, sua própria mantença, impende, ainda, traçar considerações relativas ao teor do disposto no art. 1.694 do CC/2002, do qual se extrai que os alimentos prestados devem garantir modo de vida 'compatível com a sua condição social'. A genérica disposição legal não pode ser entendida como parâmetro objetivo, mesmo porque seria virtualmente impossível o estabelecimento da exata condição socioeconômica anterior, para posterior reprodução por meio de alimentos prestados pelo ex-cônjuge devedor de alimentos. O conceito deve ser interpretado com temperança, fixando-se a condição social anterior dentro de patamares razoáveis, que permitam acomodar as variações próprias das escolhas profissionais, dedicação ao trabalho, tempo de atividade entre outras variáveis". A votação foi unânime, na linha da justa relatoria.

Outras decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais Estaduais passaram a seguir tal correto entendimento, consentâneo com a plena inserção da mulher no mercado de trabalho e com o afastamento de alimentos com *caráter parasitário*.

Voltando ao âmago do art. 1.694 do atual Código Civil, percebe-se que os companheiros também podem pleitear alimentos uns dos outros. Vale dizer,

ainda, que a isonomia incide nesse direito, ou seja, a mulher pode pleitear alimentos do marido e vice-versa; a companheira pode pleitear alimentos do companheiro e vice-versa. A prática demonstra que são raros os casos em que o homem pleiteia alimentos da mulher, apesar de não existir qualquer vedação de gênero quanto a tal exigência. Por isso, pode-se dizer que os alimentos constituem uma *categoria jurídica feminina*, na civilística no Direito de Família nacional.

A exemplo da lei anterior, os alimentos devem ser fixados dentro do binômio *necessidade de quem os pleiteia x possibilidade de quem os deve prestar*, ou, nos termos da lei, "na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada" (art. 1.694, § 1º, do CC/2002). Em tom didático e simplificado falaremos de forma continuada no *binômio necessidade/possibilidade*. *Em relação à possibilidade de quem paga os alimentos, esclareça-se que na VI Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2011, foi aprovado o Enunciado n. 573, prescrevendo que, "Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza". A título de exemplo, cabe a prova de informações colhidas em redes sociais, conforme manifestações feitas pelo próprio devedor, demonstrando patrimônio relevante. A premissa fixada no enunciado doutrinário em questão é seguida por muitos arestos estaduais, que igualmente representam uma análise social do instituto*. A ilustrar:

"Processo civil. Agravo de instrumento. Alimentos provisórios. Fixação do *quantum* de acordo com o binômio necessidade e possibilidade. Inexistência de elementos que comprovem a insuficiência de recursos. Sinais exteriores de riqueza que autorizam a manutenção da verba alimentar. Dívida civil pretérita. Inaplicabilidade em sede de antecipação de tutela quando não existe obrigação ou acordo anterior para esse pagamento. Liminar deferida parcialmente. Necessidade da análise das provas na apreciação do mérito da ação principal por parte do magistrado *a quo*. Quebra de sigilo bancário e fiscal. Descabimento. Medida de caráter excepcional. Recurso a que se dá provimento parcial. 1. A fixação dos alimentos provisórios deve seguir o binômio da necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante em arcar com os custos financeiros. 2. Inexistência de elementos que justifiquem a incapacidade financeira, e sim a presença de sinais exteriores de riqueza permite a manutenção da verba alimentar arbitrada. 3. A quitação do débito civil referente a mensalidades escolares atrasadas não deve ser concedida o seu pagamento em sede de antecipação de tutela, em face da necessidade de uma análise de um maior acervo probatório, quando da apreciação do mérito da ação principal, para apuração da responsabilidade. 4. A quebra de sigilo bancário e fiscal só deve ser concedida e justificada quando imprescindível a lide, não sendo o agravo de instrumento meio hábil para tal pleito, por ser uma ferramenta de cognição sumária e superficial. 5. Recurso a que se dá provimento parcial. Acórdão". (TJPE, Agravo de Instrumento 0003727-65.2013.8.17.0000, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Agenor Ferreira de Lima, j. 09.07.2014, *DJEPE* 15.08.2014).

"Ação revisional de alimentos. Argumentos do alimentante incompatíveis com os elementos dos autos. Sinais exteriores de riqueza. Declaração de retirada *pro labore* que deve ser apreciada conjuntamente às provas dos autos. Parecer do Ministério Público, pelo provimento do apelo da ré, ora acolhido. Recurso provido" (TJSP, Apelação 0053484-59.2008.8.26.0224, Acórdão 7527097, Guarulhos, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 29.04.2014, *DJESP* 30.05.2014).

O *binômio alimentar* é confirmado pelo art. 1.695 do Código Civil em vigor, que aduz: "são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento". Deve-se compreender que o dispositivo inclui do mesmo modo aquele que pode trabalhar, mas não consegue emprego, conforme entendimento doutrinário seguido por este autor.[8] Nesse contexto, a mulher que está fora do mercado de trabalho, enquanto busca a sua recolocação, terá direito aos alimentos por tempo razoável à sua volta ao mercado. Aqui, não há dúvidas de que está sendo aplicado o *princípio da função social da família*, analisando-se o núcleo familiar de acordo com o meio que o cerca. *Trata-se da categoria dos alimentos transitórios, que ainda será abordada em tópico próprio neste trabalho*.

O *princípio da proporcionalidade* ou da *razoabilidade* deve sempre incidir na fixação desses alimentos, no sentido de que a sua quantificação não pode gerar o enriquecimento sem causa daquele que os pleiteia. Por outro lado, os alimentos devem servir para a manutenção do *patrimônio mínimo* da pessoa humana, o seu *mínimo existencial*. O aplicador do direito deverá fazer a devida *ponderação* entre os valores e princípios envolvidos para chegar ao *quantum* justo, o que representa, por vezes, um enorme desafio. De um lado, leva-se em conta a vedação do enriquecimento sem causa; do outro, a dignidade humana, sendo esses os pesos fundamentais da balança *(balance*). Vale lembrar, por oportuno, que a *técnica de ponderação* foi expressamente adotada pelo Novo CPC, conforme exposto no primeiro capítulo deste livro.

Em complemento, em situações de dúvida, compreende-se que o último valor, de tutela da pessoa humana, deve prevalecer. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu dessa maneira no caso a seguir:

"Ação de alimentos. Autor portador de necessidades especiais. Réu com grande parte da renda comprometida, inclusive com mais quatro filhos. Consorte que afere renda. Possibilidade de fixação de pensão compatível com a necessidade do demandante em detrimento do demandado, frente à dignidade da pessoa humana e em busca de uma sociedade justa e igualitária. Mesmo diante de prova a embasar a pretensão do apelante-réu no tocante às suas possibilidades, diante do caso concreto em que a genitora estava arcando sozinha com as despesas do filho menor que necessita de atenção e atendimentos especiais, cuja renda estava comprometida em 2/3 exclusivamente com o tratamento do filho, é plausível que

o réu alcance valor equivalente à metade das necessidades do menor, sacrificando parte de sua renda. No cotejo entre o sacrifício de certos gastos do autor (telefone, gasolina etc.) E das necessidades do menor, frente ao que reza a Carta Magna, inclusive diante do princípio da proporcionalidade, prevalece o interesse do alimentado. Apelação do alimentante provida, em parte e apelo do alimentando desprovido" (TJRS, Processo 70009950445, Sétima Câmara Cível, Rel. Juiz José Carlos Teixeira Giorgis, origem: São Gabriel, j. 16.03.2005).

Anote-se que a proporcionalidade ou a razoabilidade na fixação dos alimentos é de tamanha importância na atualidade que alguns doutrinadores, caso de Maria Berenice Dias, falam na existência de um *trinômio* (*proporcionalidade/necessidade/possibilidade*), e não mais de um *binômio*, como dantes se concebia.[9] Em sentido próximo, Paulo Lôbo menciona a tríade *necessidade/possibilidade/razoabilidade*.[10] A jurisprudência também tem destacado a análise conjuntural desses três elementos em muitos arestos estaduais. Cabe trazer à colação os seguintes, apenas para ilustrar:

"Alimentos. *Quantum*. Redução. Cabimento. Adequação ao trinômio necessidade/possibilidade/razoabilidade impossibilidade financeira do alimentante para o valor fixado. Apelo provido parcialmente" (TJSP, Apelação com Revisão 662.094.4/0, Acórdão 4160175, São Paulo, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Dimas Carneiro, j. 04.11.2009, *DJESP* 07.12.2009).

"Agravo de instrumento. Alimentos provisórios. *Quantum* fixado conforme os elementos e provas dos autos. Trinômio: Necessidade, capacidade e proporcionalidade. Decisão mantida. Os alimentos provisórios contemplam cognição sumária e incompleta, sujeitando-se ao prudente arbítrio do juízo, razão pela qual recomendável a manutenção da objurgada decisão até o provimento definitivo de cognição ampla, pois não constam dos autos elementos e circunstâncias fático-jurídicas hábeis, nesta fase processual, à pleiteada redução do benefício, porquanto atendido. Com a superficialidade e provisoriedade imanentes à espécie. O trinômio que o justifica: Necessidade, capacidade e proporcionalidade" (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0672.07.274160-2/0011, Sete Lagoas, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Nepomuceno Silva, j. 29.05.2008, *DJEMG* 05.06.2008).

"Família. Ação de alimentos. Filha maior e portadora de Síndrome de Down. Readequação do *quantum* alimentar. Análise do chamado binômio alimentar (ou trinômio, para alguns). Necessidades/possibilidades, dependendo de cotejo pelo conjunto dos fatos. Circunstâncias que autorizam certa readequação da pensão. O dever de sustentar a prole compete a ambos os genitores, cada um concorrendo na medida de sua disponibilidade. Pedido de concessão de AJG. Descabimento. Recorrente que não se enquadra na condição de pobreza (Lei 1.060/1950). Verba honorária, redimensionamento. Apelação e recurso adesivo parcialmente providos" (TJRS, Apelação Cível 70022268874, Porto Alegre, Oitava Câmara

Cível, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 24.01.2008, *DOERS* 01.02.2008, p. 35).

Ao presente autor parece existir realmente uma evolução conceitual, diferenciando-se o *trinômio* do mero *binômio* pela necessidade imperiosa de se analisar a verba alimentar de acordo com contexto social. A esse propósito, pode ser citado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, antes destacado, segundo o qual os alimentos entre os cônjuges teriam um caráter excepcional. Ora, tal conclusão está fundada na posição que a mulher exerce na contemporaneidade, independente e procurando o seu sucesso profissional.

De todo modo, acreditamos ser melhor falar na razoabilidade do que na proporcionalidade como componente da *tríade alimentar*. Isso porque a razoabilidade é mais guiada por elementos subjetivos, enquanto a proporcionalidade, por fatores objetivos. Em matéria alimentar, as questões pessoais são muito mais relevantes do que as pertinências objetivas. É o caso concreto que irá guiar não só a atribuição do dever de pagar os alimentos, como também o valor a ser pago, o *quantum debeatur*.

Feitas essas considerações de direito material, vejamos o tratamento relativo aos alimentos familiares no Novo Estatuto Processual, culminando com o estudo da regulamentação da prisão civil, tão importante para a prática familiarista.

De início, quanto à competência, foi mantida a regra de privilégio em relação ao domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos (art. 53, inciso II, do Novo Código de Processo Civil). Reproduziu-se, sem alterações, o que constava do antigo art. 100, inciso II, do CPC/1973. Deve ser preservado o entendimento de prevalência dessa regra em casos de cumulações com o reconhecimento de paternidade – nos termos da Súmula 1 do Superior Tribunal de Justiça –, e com a petição de herança. Nessa linha, a propósito, do próprio Tribunal da Cidadania:

"Conflito de competência. Inventário já encerrado. Ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança e de alimentos. Domicílio do alimentando. 1. A regra especial prevalece sobre a regra geral de competência, daí que, segundo dispõe a Súmula 1/STJ, 'o foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos'. 2. Encerrado o inventário, com trânsito em julgado da sentença homologatória respectiva, deixa de existir o espólio, e as ações propostas contra as pessoas que detêm os bens inventariados não seguem a norma do art. 96 do Código de Processo Civil, prevalecendo, no caso concreto, a regra especial do art. 100, inciso II, do mesmo diploma, segundo a qual a demanda em que se postula alimentos deve correr no foro do domicílio ou da residência do alimentando. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Brasília/DF" (STJ, CC 51.061/GO, Segunda Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 09.11.2005, *DJ* 19.12.2005, p. 207).

Foi conservada, igualmente, a premissa relativa ao segredo de justiça da

ação de alimentos (art. 188, inciso II, do CPC/2015), na esteira do sistema anterior (art. 155, inciso II, do CPC/1973). O mesmo se diga quanto ao prosseguimento da ação de alimentos durante as férias forenses (art. 215, inciso II, do CPC/2015, correspondente ao art. 174, inciso II, do CPC/1973). O valor da causa da ação de alimentos continua a ser o correspondente a doze vezes o valor que está sendo pleiteado na inicial (art. 292, inciso III, do CPC/2015, reprodução do art. 259, inciso VI, do CPC/1973).

Entre as mudanças introduzidas, cabe comentar, inicialmente, a possibilidade de quebra da impenhorabilidade do salário e remunerações em geral por conta da existência de crédito de pensão alimentícia. O novo art. 833, inciso IV, do CPC/2015 passou a prescrever que são impenhoráveis "os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º". Segue-se, assim, a mesma linha geral presente no antigo art. 649, inciso IV, do CPC/1973, sendo a própria pensão alimentícia impenhorável.

Todavia, a ressalva contida no § 2º do novo comando instrumental tem a seguinte dicção: "O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º". Os dois últimos comandos mencionados ainda serão aqui analisados.

Em suma, nota-se, inicialmente, a possibilidade de penhora das pensões em geral e da quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários mínimos (inciso X do art. 833 do CPC/2015), com vistas à satisfação da obrigação alimentar de natureza familial. Com isso, a obrigação de prestar alimentos ganha uma qualificação ainda mais especial, ressaltando o seu caráter *sui generis*, observado por praticamente todos os civilistas. O tempo e a prática demonstrarão se a inovação veio em boa hora ou não. De toda sorte, o presente autor entende que a ressalva deve ser *temperada* em casos de penúria do devedor, sendo sempre viável utilizar a *técnica de ponderação*, expressa no próprio Código de Processo Civil de 2015, e explicada no Capítulo 1 deste trabalho.

Outra conclusão extraída desse art. 833, § 2º, do Novo Estatuto Processual é que os próprios alimentos podem ser penhorados, naquilo que exceder o montante de cinquenta salários mínimos mensais, valor considerado para manter o mínimo vital ou o patrimônio mínimo do devedor. Em suma, os alimentos e pensões em geral não são mais *absolutamente* impenhoráveis, como estava no art. 649 do CPC anterior. Tanto isso é verdade que o *caput* do novo comando não utiliza mais a expressão destacada, retirada do sistema. Se no parágrafo anterior ficou ressaltada uma *força ainda maior* dada à obrigação alimentar, no presente

aspecto ela fica enfraquecida, o que não deixa de ser um contrassenso no novo sistema. Para o presente autor, os alimentos familiares deveriam ser excluídos expressamente dessa regra de penhora, o que até pode ser a interpretação futura, diante do fundamento constitucional da obrigação alimentar, exposta no início deste capítulo.

Pontue-se que a Lei 11.382, de 2006, pretendia incluir uma norma em sentido próximo no então art. 649 do CPC/1973. No entanto, houve veto do então Presidente Lula. A projeção tinha a seguinte expressão: "Na hipótese do inciso IV do *caput* deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios". E as razões do veto foram as seguintes: "O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do Projeto de Lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado. A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral". Talvez o mesmo debate tenha ocorrido quando da tramitação deste Novo Código de Processo Civil, o que justificou sua manutenção, sem vetos pela Presidente Dilma.

Entretanto, as principais inovações relativas aos alimentos dizem respeito ao sistema de *cumprimento de sentença* e de *execução dos alimentos*. Há um duplo tratamento dessa satisfação na nova legislação processual, tendo sido revogados expressamente os arts. 16 a 18 da Lei de Alimentos (Lei 5.478/1969), pelo art. 1.072, inciso V, do Novo CPC. Cabe transcrever tais normas revogadas, que tratavam da execução de alimentos, para os devidos fins didáticos e de esclarecimento:

"Art. 16. Na execução da sentença ou do acordo nas ações de alimentos será observado o disposto no artigo 734 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 27.12.1973)".
"Art. 17. Quando não for possível a efetivação executiva da sentença ou do acordo mediante desconto em folha, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz."
"Art. 18. Se, ainda assim, não for possível a satisfação do débito, poderá o credor requerer a execução da sentença na forma dos artigos 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 27.12.1973)".

Curiosamente, não foi revogada a regra do art. 19 da Lei de Alimentos, que trata da prisão civil, também regulamentada pelo Novo CPC. Por esse preceito, ainda vigente, o juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo relativo aos alimentos familiares, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias (*caput*). O cumprimento integral da pena de prisão não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias, vincendas ou vencidas e não pagas (§ 1º). Ademais, da decisão que decretar a prisão do devedor caberá agravo de instrumento. Essa interposição do agravo de instrumento não suspende a execução da ordem de prisão (§ 3º do art. 19 da Lei 5.478/1968). Esses preceitos devem *dialogar* com as novas normas processuais, que passam a ser analisadas.

Iniciaremos pelas regras que tratam do "cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos" (arts. 528 a 533 do Novo Código de Processo Civil). Conforme o primeiro preceito relativo ao tema, no cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em três dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. Como se percebe, o prazo é bem reduzido, visando à agilização dos procedimentos. Caso o executado, nesse prazo, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, as mesmas regras do protesto de sentença transitada em julgado, constante do art. 517 do Novo CPC.

Assim, a primeira medida a ser tomada é o protesto judicial da sentença, o que ocasionará restrições creditícias ao devedor. Acredita-se que essa possibilidade de protesto ocasionará também a inscrição do devedor no *cadastro negativo*, como já vinham admitindo alguns Tribunais Estaduais (ver: TJSP, Agravo 990.10.152783-9/50000, Acórdão 4653433, São Paulo, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Adilson de Andrade, j. 17.08.2010, *DJESP* 09.09.2010; e TJSP, Agravo 990.10.088682-7/50000, Acórdão 4525237, São Paulo, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Egidio Giacoia, j. 25.05.2010, *DJESP* 12.07.2010). Consigne-se a existência anterior de provimentos dos Tribunais Estaduais regulamentando a inscrição, caso dos Tribunais de Justiça de Pernambuco e de Goiás, o que deve ser ampliado nos próximos anos.

Como bem aponta o Desembargador do Tribunal Paulista Caetano Lagrasta Neto, um dos precursores da tese: "A insatisfação do credor, em geral filhos menores, ante a utilização de expedientes processuais colocados à disposição do devedor, com prejuízo aos princípios da rapidez e economia processuais, impede o regular acesso a uma ordem jurídica justa, ante a reiteração dos recursos, ao demonstrar a inviabilidade da ameaça à prisão (art. 733 do CPC) e forrar-se o devedor ao pagamento durante anos, com prejuízo à subsistência da família. Ao

cabo, enfatiza-se a necessidade de cadastrar e dificultar movimentação do devedor de alimentos, equiparando-o a qualquer devedor da esfera cível".[11] Para Lagrasta, o fundamento constitucional de tal possibilidade está no art. 6º da Constituição Federal, que faz menção ao direito social e fundamental aos alimentos, por força da Emenda Constitucional 64. O magistrado idealizou projeto de lei sobre a possibilidade de inscrição, com Silvânio Covas, superintendente jurídico do SERASA. A proposição foi apresentada pelo então Senador Eduardo Suplicy, por meio do Projeto de Lei 405/2008. Talvez o projeto de lei ainda seja necessário para completar o sentido do que consta do Novo CPC.

Seguindo, estabelece o § 1º do art. 528 do Novo CPC que somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento. A título de exemplo, pode ser citada a hipótese de um devedor doente, hospitalizado, com doença grave. Mencione-se, ainda, o desemprego absoluto do devedor, em momento de crise notória e generalizada. O bom senso do juiz e as máximas de experiência devem ser guias na aplicação desse comando.

Eventualmente, se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses (art. 528, § 3º, do CPC/2015). Dessa forma, a prisão civil, prevista no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988, permanece consagrada no Estatuto Processual, ampliada para os casos de cumprimento de sentença. Pontue-se que uma das discussões que permearam o então projeto de Novo CPC foi a sua retirada do sistema, na linha de alguns debates de convenções internacionais de direitos humanos, o que não acabou por prosperar.[12] Muito ao contrário passou-se a estabelecer, com mais rigidez em certo sentido e menos rigidez em outro, que a prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns (art. 528, § 4º, do CPC/2015).

Confrontando essa prisão com a que consta do art. 19 da Lei de Alimentos, constata-se a permanência de dois prazos distintos de prisão civil, a exemplo do que ocorria no sistema anterior, diante da regra do antigo art. 733 do CPC/1973. A Lei 5.478/1968 impõe prazo de prisão de até sessenta dias; o Novo Código de Processo Civil, entre um a três meses. Anteriormente, entendia-se que o prazo do antigo art. 733 teria incidência apenas para os *alimentos provisionais*, fixados no curso da lide, nos casos de ausência de prova pré-constituída para a sua fixação, especialmente de uma certidão de casamento ou de nascimento. Por outra via, para os alimentos provisórios – com a citada prova pré-constituída –, ou definitivos, o prazo seria o da Lei de Alimentos.[13]

No novo sistema, o prazo de prisão civil do Novo CPC – reafirme-se, de um a três meses –, passa a ser aplicado aos alimentos definitivos e provisórios, por expressa previsão do seu art. 531, *caput*. Em relação aos alimentos provisionais, não há qualquer disposição no Estatuto Processual emergente, o que pode

levantar dúvida de sua retirada do sistema. Todavia, em muitos casos, tais alimentos são utilizados para satisfazer os interesses de filhos não reconhecidos, que ainda não têm a prova pré-constituída da obrigação alimentar, ou seja, que ainda não têm a certidão de nascimento para a prova do vínculo de filiação. Ora, soaria como inconstitucional a não possibilidade de prisão em casos tais, por infringência ao princípio da igualdade entre os filhos, retirado do art. 227, § 6º, da Constituição Federal. Sendo assim, parece-nos que os alimentos provisionais continuam no sistema, aplicando-se para tais verbas a regra do art. 19 da Lei de Alimentos, especialmente pelo uso do termo *para a instrução da causa*. Em apurada síntese, a nosso ver, para os alimentos provisionais a prisão deve ser de até 60 dias.

De toda sorte, continuará forte a tese de unificação dos prazos para a prisão civil do devedor, incidindo o prazo menor, no caso de até sessenta dias, nos termos do *ainda sobrevivente* art. 19 da Lei de Alimentos. Em outras palavras, ainda persistirá o argumento de aplicação da norma mais favorável ao réu ou executado. Essa última tese vem crescendo na jurisprudência brasileira, podendo ser transcritas as seguintes ementas, a exemplificar:

"*Habeas corpus*. Prisão civil. Dívida de alimentos. Decreto de prisão. Ausência de ilegalidade. Manutenção. Prazo máximo. 60 (sessenta) dias. Lei de alimentos. Concessão parcial do *writ*. Tratando-se de dívida alimentar correspondente aos três meses anteriores à propositura da ação acrescidos das parcelas vincendas, perfeitamente aplicável a execução nos termos do art. 733 do CPC. O prazo máximo para a prisão civil por débito alimentar é de 60 dias, por força do disposto no art. 19 da Lei 5.478/1968 (Lei de alimentos). Ordem concedida parcialmente" (TJMG, HC 1.0000.09.490625-2/0001, Belo Horizonte, Sétima Câmara Cível, Rel. Desig. Des. Heloisa Combat, j. 24.03.2009, *DJEMG* 22.05.2009).

"Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Prisão civil decretada pelo prazo de 90 dias. Maioridade do alimentando. Cessação imediata. Impossibilidade. A maioridade civil do filho, por si só, não acarreta a imediata cessação do dever de prestar alimentos. Limite máximo de 60 dias previsto na Lei Especial 5.478/1968 que deve prevalecer. Redução do prazo de prisão para 30 dias determinado de ofício. Recurso parcialmente provido para esse fim" (TJSP, Agravo de Instrumento 582.353.4/0, Acórdão 3302923, General Salgado, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Egidio Jorge Giacoia, j. 21.10.2008, *DJESP* 25.11.2008).

"*Habeas corpus*. Prisão civil. Prazo de noventa dias. Ilegalidade. 1. Apesar do disposto no art. 733 do CPC, o prazo máximo de prisão civil por dívida de alimentos continua sendo regulado pela Lei 5.478/1968, que contém regra mais favorável ao paciente da medida excepcional. 2. É ilegal a prisão civil por dívida alimentar por prazo superior a sessenta dias. Ordem concedida" (TJRS, Processo 70011535630, 10.06.2005, Comarca de Santa Maria, Sétima Câmara Cível, Rel. Juiz Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves).

Essas controvérsias são interessantes, devendo ser sanadas nos próximos anos, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Voltando ao art. 528 do Novo CPC, prescreve o seu § 5º que o cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas, ou seja, a prisão civil não tem o caráter de satisfazer a obrigação, gerando sua extinção, como já estava no antigo art. 733, § 2º, do CPC/1973.

Por outra via, se for paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão, conforme o § 6º do novo art. 528 do CPC/2015; reprodução do art. 733, § 3º, da norma instrumental anterior, com a ressalva sempre importante que essa última era incidente para os casos da então execução de sentença.

Nos termos do que estava na Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, o § 7º do art. 528 do CPC/2015 estatui que o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Vale lembrar que a citada sumular teve sua redação original alterada pelo próprio Tribunal da Cidadania. A alteração da redação se deu porque a súmula falava *em citação*, e não em *ajuizamento da execução*. Isso gerou contundentes críticas da doutrina, como no caso de Maria Berenice Dias, pois seria comum ao devedor furtar-se à citação para afastar a possibilidade de prisão futura, o que realmente acabaria por acontecer. Nesse contexto, graças à consciência dos Ministros daquele Tribunal, a súmula foi por bem alterada, e teve o seu texto modificado confirmado pelo Novo Código de Processo Civil.

Consigne-se que a jurisprudência tem determinado a prisão quando o devedor tem o costume de não pagar integralmente os alimentos devidos, sem deixar caracterizar os três meses de inadimplência, visando a furtar-se à prisão. É o caso, por exemplo, do devedor que costuma deixar de pagar dois meses consecutivos do valor devido, mas paga a dívida no terceiro mês. Para esses casos, vale transcrever o seguinte julgado do Tribunal Capixaba:

"*Habeas corpus*. Prisão civil. Alimentos. Débito atual e pretérito. Devedor contumaz. Circunstâncias do caso concreto. Constrangimento ilegal. Inocorrência. 1. O entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de afastar o decreto de prisão civil com relação a dívida alimentar antiga, só se impondo a custódia do alimentando relativamente à falta de pagamento das três últimas pensões alimentícias, não constitui regra absoluta. 2. Inexiste constrangimento ilegal no decreto de prisão fundado em débito alimentar atual e pretérito, quando evidenciada a busca imediata da satisfação do seu crédito por parte do alimentado e a utilização de manobras para procrastinar o feito executório, por parte do alimentante, devedor contumaz" (TJES, Processo 100010015749, Vitória, Primeira Vara de Família, Primeira Câmara Cível, Des. Titular Annibal de Rezende Lima, j. 18.12.2002).

Para o presente autor, esse entendimento deve ser mantido sob a égide do Novo Estatuto Processual. A contumácia do devedor, a reiteração de inadimplência alimentar, aliás, sempre foi motivo para novas prisões, conforme vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça: "Civil. Execução de alimentos. Prisão. Sessenta dias. Cumprimento. Contumácia do devedor. Novo decreto. Possibilidade. Limite" (STJ, RHC 17.541/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 04.08.2005, *DJ* 26.09.2005, p. 378).

Seguindo, é preciso interpretar o novo preceito, na linha do que se fazia com a Súmula 309 do STJ, no sentido de não ser necessário que o devedor complete os três meses para que a prisão seja deferida. Um mês de inadimplência pode gerar a prisão do devedor, sendo os três meses apenas um *parâmetro* para a execução por meio da prisão. O entendimento constante da sumular, aliás, sempre foi passível de várias críticas. Como bem resume Fernanda Tartuce, "Afirmam os precedentes que originaram a súmula que os alimentos antigos teriam perdido o caráter de urgência alimentar. Este entendimento, porém, merece ser submetido a certos questionamentos. Por que apenas o último trimestre de inadimplência autorizaria a pena de prisão? O débito perderia o caráter alimentar no quarto mês, por exemplo? Justifica-se que o intérprete faça tal distinção, se a lei não fez".[14] A distinção, agora, foi feita pela lei, sendo interessante observar, no futuro, se as críticas persistirão ou não.

Prosseguindo no estudo do art. 528 do CPC de 2015, enuncia o seu § 8º que o exequente pode optar por promover o cumprimento da obrigação alimentar por meio do capítulo relativo ao "cumprimento definitivo de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa" (arts. 523 a 527 do Novo CPC). Uma das vantagens desse caminho é a incidência de multas, como a correspondente a dez por cento da dívida, em caso de não pagamento inicial, no prazo de quinze dias. Essa multa parece ser a mesma que estava prevista no art. 475-J do CPC/1973, existindo polêmica anterior de sua incidência quanto aos alimentos, agora sanada.

Todavia, ressalve-se que, havendo opção por esse caminho processual, não será admissível a prisão civil. Ademais, recaindo a eventual penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação do débito não obsta que o exequente levante mensalmente a importância da prestação, tendo em vista a natureza emergencial e satisfativa dos alimentos. Tudo isso consta do art. 528, § 8º, do *Novo Codex*.

Por fim, quanto a esse comando, prevê o § 9º do art. 528 do CPC/2015 que o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio. Eis mais uma *vis atrativa* em favor do credor de alimentos, considerado vulnerável para esses fins.

O Novo CPC continua a elencar medidas administrativas para o recebimento desse débito alimentar. Desse modo, na esteira do que estava no art. 734 do Estatuto Processual anterior, o novo art. 529 expressa que, quando o

executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia. Conforme o seu § 1º, ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício. O novo preceito foi ampliado, inclusive quanto à menção ao crime de desobediência.

Em verdade, o parágrafo único do art. 734 do CPC/1973 se resumia a prever que a comunicação seria feita à autoridade, à empresa ou ao empregador por ofício, de que constariam os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração. O novo § 2º do art. 529 do CPC/2015, seu correspondente, também estendeu a necessidade de informações dessa comunicação, prescrevendo que "o ofício conterá o nome e o número de inscrição no cadastro de pessoas físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito".

Como inovação, sem precedentes, o § 3º do art. 529 do CPC/2015 consagra que, sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse *cinquenta por cento* de seus ganhos líquidos. O objetivo é a satisfação do credor, sem que isso atinja o *patrimônio mínimo* do devedor, seu *mínimo vital*. Mesmo com a revogação expressa do art. 17 da Lei de Alimentos é possível a satisfação sobre aluguéis recebidos pelo devedor, pois a nova norma menciona *rendas* e *rendimentos* do executado, sem qualquer ressalva.

Igualmente com o objetivo de obter a satisfação patrimonial, continua em vigor o art. 20 da Lei 5.478/1968, que deve *dialogar* com tais regras instrumentais emergentes, ao prescrever que as repartições públicas, civis ou militares, inclusive do Imposto de Renda, darão todas as informações necessárias à instrução das ações de alimentos e à execução do que for decidido ou acordado em juízo.

Seguindo no estudo do Novo Código de Processo Civil, determina o seu art. 530 que, não sendo cumprida a obrigação, devem ser observadas as regras relativas à penhora, elencadas entre os seus arts. 831 e seguintes. Em casos tais, incidirá o art. 833 do mesmo *Codex*, antes comentado. Como visto, todas essas regras de cumprimento de sentença são incidentes para os alimentos definitivos ou provisórios (art. 531, *caput*, do CPC/2015). Em relação aos provisionais, mesmo com a sua retirada do Novo CPC – inclusive no tocante à antiga medida cautelar correspondente –, surgirá debate de sua persistência. A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados; o que visa a clarear a questão relativa aos procedimentos (art. 531, § 1º, do CPC/2015). Por outra via, o cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos

mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença (art. 531, § 2º, do CPC/2015).

A encerrar o tratamento dos alimentos familiares – eis que o art. 533 trata dos *alimentos indenizatórios*, já abordados –, preceitua o art. 532 do Novo CPC que, verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material. O objetivo é de concretização da boa-fé processual e do espírito de colaboração que deve guiar as partes, na linha do que está exposto no Capítulo 1 deste livro.

Esgotado o estudo das regras relativas ao cumprimento de sentença, nota-se que o Novo CPC não traz nenhum artigo que preveja os efeitos da sentença que decreta os alimentos familiares, mas somente quanto aos alimentos indenizatórios (com cláusula *rebus sic stantibus* – art. 533, § 3º). Sendo assim, continua a ter plena incidência o art. 15 da Lei de Alimentos, que tem a seguinte redação: "A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados". Trata-se de concretização processual da possibilidade de revisão ou exoneração da verba alimentar, especialmente nos casos de alteração do *binômio* ou *trinômio alimentar*, na linha do que consta do art. 1.699 do Código Civil, *in verbis*: "se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo".

Na linha do que já foi exposto, doutrina e jurisprudência majoritárias sempre apontaram que se trata da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* para a sentença da ação de alimentos, uma vez que, "Enquanto permanecerem as circunstâncias de fato e de direito da forma como afirmadas na sentença, esta permanece com sua eficácia inalterável. Modificadas as circunstâncias sob as quais foi proferida a sentença, é possível o ajuizamento de nova ação de alimentos (revisão ou exoneração)".[15] Apesar de ser esse o entendimento majoritário, com ele não se pode concordar, porque a cláusula *rebus sic stantibus* foi criada para o Direito Contratual (direito patrimonial), não sendo conveniente aplicá-la ao Direito de Família, que lida com o direito existencial. De todo modo, o termo continuará a ser utilizado no processo civil brasileiro, com a emergência do Novo Código de Processo Civil.

Partindo para o tratamento da execução de alimentos, como exposto, há um capítulo próprio nos casos de sua fixação por título executivo extrajudicial. Como hipóteses desse caminho de atribuição, podem ser citados, nos termos do art. 784 do Novo CPC, a escritura pública de separação ou divórcio (inciso II), um documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas (inciso III) ou um instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal (inciso IV).

Em casos tais, o juiz mandará citar o executado para, em três dias, efetuar o

pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo (art. 911, *caput*, do CPC/2015). Conforme o parágrafo único da última norma, os procedimentos expostos a respeito do cumprimento da sentença constantes dos §§ 2º a 7º do art. 528 são incidentes a essa hipótese, o que inclui a prisão civil. Somente são excluídas as regras relativas ao caminho possível da execução de quantia certa e ao foro privilegiado.

Com esse novo tratamento, algumas polêmicas anteriores são sanadas. Dentre elas, destacamos a possibilidade de prisão civil, agora viável, nos casos de alimentos fixados em escritura pública de divórcio, o que gerava tormentosa discussão entre civilistas e processualistas. A propósito, o presente autor sempre foi favorável a essa prisão.

A possibilidade de desconto em folha também é viável em caso de obrigação de alimentos fundada em título executivo familiar, não deixando dúvidas o novo art. 912 do CPC/2015: "quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento de pessoal da importância da prestação alimentícia. § 1º Ao despachar a inicial, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício. § 2º O ofício conterá os nomes e o número de inscrição no cadastro de pessoas físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, a conta na qual deve ser feito o depósito e, se for o caso, o tempo de sua duração". Louva-se a menção ao crime de desobediência, mais uma vez, visando ao efetivo recebimento do crédito.

Por derradeiro, dispõe o art. 913 do Novo CPC que, não sendo requerida a pensão com fundamento em título extrajudicial, incidem as regras relativas à execução de quantia certa, com a ressalva de que, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação. Isso, mais uma vez, com vistas à manutenção do seu patrimônio mínimo, o que é buscado com o pagamento das verbas alimentares.

[1] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2013. p. 304.

[2] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código dos Estados Unidos do Brasil*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 862.

[3] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Direito de Família. São Paulo: Forense, 2012. v. V, p. 527.

[4] GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 455; e DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.383.

[5] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[6] Por todos, ver: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 331-350.

[7] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 864.

[8] Ver, por todos: ALVES, Jones Figueirêdo Alves; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 865.

[9] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 482.

[10] LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 350.

[11] LAGRASTA NETO, Caetano. Inserção do nome do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família*. Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 311.

[12] O debate sobre a extinção da prisão civil do devedor de alimentos ocorreu quando da realização de oficina pela Escola da Defensoria Pública de São Paulo, sobre o *Novo Código de Processo Civil e a assistência judiciária*, em 3 de agosto de 2012. O evento foi realizado em convênio com a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, tendo sido convidados membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). O presente autor participou do evento representando o instituto, ao lado dos Professores Maria Berenice Dias, Christiano Cassettari e Viviane Girardi.

[13] Por todos, com clareza: MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto.

Manual de Direito Civil. Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Método, 2005. v. 4, p. 141.

14 TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil Aplicado ao Direito de Família*. São Paulo: GEN/Método, 2012. p. 206.

15 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 931.

A TUTELA E CURATELA E O TRATAMENTO DA INTERDIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A tutela e a curatela constituem institutos de *direito assistencial* para a defesa dos interesses dos incapazes, visando à realização de atos civis em seu nome. A diferença substancial entre as duas figuras é que a tutela resguarda os interesses de menores não emancipados, não sujeitos ao poder familiar, com o intuito de protegê-los. Por seu turno, a curatela é categoria assistencial para a defesa dos interesses de maiores incapazes, devidamente interditados. Vejamos, no presente capítulo, as regras materiais fundamentais dos dois institutos e o necessário *diálogo* com o Novo CPC, ao tratar da interdição.

Começando pela *tutela*, reafirme-se que o seu grande objetivo é a administração dos bens patrimoniais do menor. Enuncia o art. 1.728 do Código Civil que os filhos menores são postos sob tutela com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes ou em caso de os pais decaírem do poder familiar. Conforme leciona Maria Helena Diniz, há na tutela um *munus* público, ou seja, uma atribuição imposta pelo Estado para atender a interesses públicos e sociais.[1] Sem prejuízo do que consta do CC/2002, o ECA (Lei 8.069/1990) consagra no seu art. 28 que a tutela é uma das formas de inserção da criança e do adolescente em família substituta. São partes da tutela: o *tutor*, aquele que exerce o *munus* público; e o *tutelado* ou *pupilo*, menor a favor de quem os bens e interesses são administrados.

Como é notório, não se pode confundir a tutela com a *representação* e a *assistência*. A tutela tem sentido genérico, sendo prevista para a administração geral dos interesses de menores, sejam eles absolutamente (menores de 16 anos, art. 3º, inciso I, do CC) ou relativamente incapazes (menores entre 16 e 18 anos, art. 4º, inciso I, do CC). Por outra via, a *representação* é o instituto que busca atender aos interesses dos menores de 16 anos em situações específicas, para a prática de determinados atos da vida civil. Assim também o é a *assistência*, mas em relação aos menores entre 16 e 18 anos. Premissa fundamental que deve ser

sempre reafirmada é a conclusão de que a tutela e o poder familiar não podem coexistir, eis que a tutela visa justamente substituí-lo.

Quanto à origem, a tutela é dividida em três categorias. A primeira delas é *tutela testamentária*, instituída por ato de última vontade, por testamento, legado ou mesmo por codicilo (art. 1.729, parágrafo único, do CC/2002). Essa nomeação de tutor compete aos pais, em conjunto, devendo constar em testamento ou em qualquer outro documento autêntico. Há nulidade absoluta da tutela testamentária se feita por pai ou mãe que não tinha o poder familiar no momento da sua morte (art. 1.730 do CC).

Como segunda categoria, a *tutela legítima* é a concretizada na falta de tutor nomeado pelos pais, nos termos do art. 1.731 do CC/2002; incumbe-a aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem: 1º) aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; 2º) aos colaterais até o terceiro grau (irmãos, tios e sobrinhos), preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços. Em uma dessas situações, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor, tendo em vista o princípio do melhor ou maior interesse da criança.

Por fim, há a *tutela dativa*, presente na falta de tutela testamentária ou legítima e preceituando o art. 1.732 do Código Civil que o juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor. Essa mesma forma de tutela é prevista para os casos de exclusão do tutor, escusa da tutela ou quando removidos os tutores legítimos ou testamentários por não serem idôneos.

Em todas as hipóteses, havendo irmãos órfãos, dar-se-á um só tutor comum (art. 1.733 do CC), o que representa a consolidação do *princípio da unicidade da tutela*. No entanto, se for nomeado mais de um tutor por disposição testamentária e sem indicação de precedência dos irmãos, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro que constar no testamento. Os demais lhe sucederão pela ordem de nomeação, se ocorrer morte, incapacidade, escusa do tutor ou qualquer outro impedimento (art. 1.733, § 1º, do CC).

Além da instituição testamentária, é possível também nomear o menor como herdeiro ou legatário, pelo próprio testamento ou legado de nomeação. Nesse diapasão, caberá ainda a nomeação de um *curador especial* para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou mesmo sob tutela (art. 1.733, § 2º, do CC).

O art. 1.734 do CC/2002 tratava, na redação original, da *tutela do menor abandonado*, que teria *tutor dativo*, ou seja, nomeado pelo juiz. Sendo impossível a nomeação desse tutor dativo, o menor abandonado seria recolhido a estabelecimento público para esse fim destinado. Na falta desse estabelecimento, o menor ficaria sob a tutela das pessoas que, voluntária e gratuitamente, se encarregariam da sua criação, havendo uma inserção em família substituta. O dispositivo foi alterado pela Lei 12.010, de 2009, conhecida como *Nova Lei da Adoção*, passando a prescrever que as crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do

poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (*família substituta*). Em suma, não se menciona mais o *menor abandonado*, substituindo-se a expressão por outras mais amplas e genéricas.

Seguindo no estudo do tema, o Código Civil de 2002, assim como o seu antecessor, continua prevendo aqueles que são incapazes de exercer tutela (art. 1.735), bem como aqueles que podem escusá-la, ou seja, não aceitá-la ou pedir dispensa (art. 1.736).

Pelo primeiro dispositivo, não podem ser tutores e serão exonerados da tutela: *a)* aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens, como no caso dos menores ou dos pródigos; *b)* aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor; *c)* os inimigos do menor, ou de seus pais, ou aqueles que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela; *d)* os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena; *e)* as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores, cabendo análise caso a caso; e *f)* aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela, caso de um juiz, de um promotor de justiça ou de um delegado de polícia.

As hipóteses expostas, como se pode perceber, são de *falta de legitimação* para o ato, para o exercício da tutela. Por outra via, as hipóteses de *escusa*, a seguir demonstradas, são situações em que a dispensa pode ou não ocorrer, havendo um direito potestativo das pessoas elencadas. O procedimento de escusa corre perante a Vara da Infância e da Juventude, se houver. Não havendo esse juízo especializado, a competência será da Vara da Família ou da Vara Cível, pela ordem.

De acordo com o art. 1.736 do CC/2002, podem *escusar-se* da tutela, inicialmente, as mulheres casadas. Há proposta de revogação do dispositivo, conforme o Enunciado n. 136 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*. Isso porque "não há qualquer justificação de ordem legal para legitimar que mulheres casadas, apenas por essa condição, possam se escusar da tutela". Realmente, é de se concordar com a proposta, pois o dispositivo parece ser herança da perversa distinção entre homens e mulheres, que não mais existe.

Também cabe a escusa da tutela aos maiores de 60 anos. Igualmente nesse ponto há que se discutir se a norma é ou não discriminatória, assim como acontece com o art. 1.641, inciso II, do CC/2002, que continua a discriminar o idoso, impondo-lhe o regime da separação obrigatória de bens, agora com 70 anos de idade.

Seguindo, o inciso III do art. 1.736 do Código Civil estabelece que podem escusar-se da tutela aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos. A ideia é que há um excesso de responsabilidades nessas hipóteses, o que pode

fundamentar a declinação do *munus*. Por fim, existem outras situações que dizem respeito a motivos relevantes nos quatro últimos incisos do preceito material. Assim é o caso dos impossibilitados por enfermidade; daqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela; daqueles que já exercem uma tutela ou curatela e dos militares em serviço (art. 1.735, incisos IV a VII, do CC/2002).

Ainda no que diz respeito à escusa, aquele que não for parente do menor não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la (art. 1.737 do CC). Trata-se de mais uma situação de dispensa pessoal, o que a doutrina denomina como *recusa da tutela por estranho*.[2]

O art. 1.738 da codificação material de 2002 consagra prazo decadencial de dez dias, contados da sua designação, para a manifestação da escusa pelo tutor. Não havendo essa manifestação expressa, deve-se entender que a parte renunciou ao direito potestativo de alegar essa dispensa pessoal. No entanto, se o motivo escusatório ocorrer depois de aceita a tutela, os dez dias serão contados a partir do momento em que sobrevier esse motivo.

O prazo para a manifestação da escusa era de cinco dias, conforme o art. 1.192 do CPC/1973. Pelo mesmo dispositivo, contar-se-ia o prazo: *a)* antes de aceitar o encargo, da intimação para prestar compromisso; *b)* depois de entrar em exercício, do dia em que sobrevier o motivo da escusa. Não sendo requerida a escusa no prazo estabelecido neste artigo, reputar-se-ia renunciado o direito de alegá-la (art. 1.192, parágrafo único, do CPC/1973). Como o CC/2002 regulamentou igual e inteiramente a matéria relativa ao prazo de escusa na tutela, este autor sempre sustentou que prevaleceria o seu art. 1.738 em relação ao CPC de 1973. Todavia, a norma processual ainda prevaleceria no seguinte ponto, por não ter sido tratada pelo Código Civil: o juiz deveria decidir de plano esse pedido de escusa. Se não a admitisse, exerceria o nomeado a tutela ou curatela enquanto não fosse dispensado por sentença transitada em julgado (art. 1.193 do CPC/1973).

Pois bem, o Novo Código de Processo Civil tratou do tema no seu art. 760, estabelecendo que "o tutor ou o curador poderá eximir-se do encargo apresentando escusa ao juiz no prazo de 5 (cinco) dias contado: I – antes de aceitar o encargo, da intimação para prestar compromisso; II – depois de entrar em exercício, do dia em que sobrevier o motivo da escusa. § 1º Não sendo requerida a escusa no prazo estabelecido neste artigo, considerar-se-á renunciado o direito de alegá-la. § 2º O juiz decidirá de plano o pedido de escusa, e, não o admitindo, exercerá o nomeado a tutela ou a curatela enquanto não for dispensado por sentença transitada em julgado". Como a norma é posterior e mais especial do que o Código Civil, parece que sobre ela prevalece, havendo uma revogação tácita, nos termos do art. 2º da Lei de Introdução, notadamente por tratar inteiramente da mesma matéria. Como aspecto de organização do dispositivo, sem modificação de conteúdo, o teor do antigo art. 1.193 do Estatuto Processual passou a compor um parágrafo do novo preceito. No mais, os

conteúdos foram mantidos, devendo agora prevalecer.

Por fim, no que concerne à escusa, se o juiz não admiti-la, o nomeado exercerá a tutela enquanto o recurso interposto não tiver provimento (art. 1.739 do CC/2002). Além disso, responderá desde logo pelas perdas e danos o tutor nomeado que não atua nesse lapso temporal, como determina a lei, em relação aos prejuízos que o menor venha a sofrer.

Voltando ao Código de Processo Civil, ele continua a estabelecer que o tutor ou curador será intimado a prestar compromisso no prazo de cinco dias contados: *a)* da nomeação feita na conformidade da lei civil; e *b)* da intimação do despacho que mandar cumprir o testamento ou o instrumento público que o houver instituído. Trata-se do novo art. 759 do CPC/2015, reprodução integral do art. 1.187 do CPC/1973.

O Código de Processo Civil anterior cuidava da *hipoteca legal* quando da nomeação do tutor, categoria que foi extinta pelo CC/2002, o que trazia – e ainda traz – a dedução de que tais normas anteriores foram totalmente prejudicadas (arts. 1.188 a 1.191 do CPC/1973). O Novo Código de Processo Civil não cuidou dessa hipoteca imposta pela norma, o que não poderia ser diferente. Em verdade, a citada hipoteca legal foi substituída por uma *caução*, regulamentada pelo Código Civil, como ainda será exposto neste capítulo.

A hipoteca legal constava da mesma forma dos arts. 37 e 38 do ECA (Lei 8.069/1990). Todavia, tais dispositivos foram alterados pela Lei 12.010/2009, passando a tratar de procedimentos da tutela testamentária. É a redação atual do art. 37 do ECA: "O tutor nomeado por testamento ou qualquer documento autêntico, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.729 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, deverá, no prazo de 30 dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido destinado ao controle judicial do ato, observando o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei. Parágrafo único. Na apreciação do pedido, serão observados os requisitos previstos nos arts. 28 e 29 desta Lei, somente sendo deferida a tutela à pessoa indicada na disposição de última vontade, se restar comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la".

Feitas tais considerações, nota-se que o Código Civil possui normas que disciplinam o exercício da tutela. A primeira delas é o art. 1.740, que traz as incumbências do tutor no exercício do seu *múnus* público, a saber: *a)* dirigir a educação do menor, defendê-lo e lhe prestar os alimentos, conforme os seus haveres e condição; *b)* reclamar do juiz que tome as providências necessárias para a correção do menor, caso essa seja necessária; e *c)* cumprir com os demais deveres que normalmente cabem aos pais, sempre ouvida a opinião do menor, se este já contar 12 anos de idade. Sem prejuízos desses deveres, que serão exercidos sem a inspeção judicial, incumbe ao tutor, agora sob a referida intervenção do juiz, administrar os bens do tutelado, sempre em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé (art. 1.741 do CC/2002).

Tendo em vista a fiscalização dos atos do tutor, o CC/2002 admite a

nomeação pelo juiz de um *protutor* (art. 1.742), que igualmente assumirá um *múnus* público, norteado pelas mesmas atribuições que tem o tutor, inclusive guiado pela boa-fé e pela eticidade. Anotam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que se trata de uma "forma de inspeção judicial delegada, no sentido de monitoramento da tutela, em sua função de proteger o menor tutelado".[3] Aplicando o preceito, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal admitiu a nomeação de padrasto como protutor, "no objetivo de resguardar o melhor interesse da criança, nomeia-se seu pai afetivo (ex-companheiro da sua mãe) protutor para ajudar na administração de seus bens" (TJDF, Recurso 2009.05.1.006057-5, Acórdão 586.569, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Rocha, *DJDFTE* 17.05.2012, p. 89).

De acordo com o art. 1.743 da norma material geral, se os bens e os interesses administrativos exigirem conhecimentos técnicos, forem complexos, ou realizados em lugares distantes do domicílio do tutor, poderá este, mediante aprovação judicial, delegar a outras pessoas físicas ou jurídicas o exercício parcial da tutela. Como comenta Maria Helena Diniz, o poder do tutor é uno e *indivisível*, sendo o encargo pessoal. Entretanto, isso não obsta a cessão da tutela, uma concessão parcial do encargo, o que se denomina *tutela parcial* ou *cotutoria*.[4] Como se percebe, a última hipótese não se confunde com a atuação do *protutor*, pois aqui a tutela é exercida de forma concomitante, nos limites do que for determinado pelo juiz da Vara da Infância e da Juventude.

O Código Civil de 2002, a exemplo do anterior, continua trazendo a responsabilidade do juiz quanto à tutela havendo prejuízos ao tutelado, podendo essa responsabilidade ser direta ou subsidiária em relação ao tutor (art. 1.744 do CC). A responsabilidade do juiz será direta e pessoal quando não tiver nomeado o tutor ou não o houver feito oportunamente. Por outra via, essa responsabilidade do magistrado será subsidiária quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito. Nos dois casos, exige-se apenas culpa do juiz, e não o dolo, que era regra geral contida no art. 133 do CPC/1973, repetida pelo art. 143 do CPC/2015.

Ainda no que tange ao exercício do *munus*, os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado desses bens e seus valores, mesmo que os pais o tenham dispensado, o que se denomina *inventário de bens* (art. 1.745 do CC). Entretanto, se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de uma *caução* bastante para tanto, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade (art. 1.745, parágrafo único, do CC). Como exposto anteriormente, essa caução substituiu a hipoteca legal que era conferida ao tutelado ou curatelado em razão dos bens imóveis do tutor ou curador, nos termos do art. 827, IV, do CC/1916. Tanto isso é verdade que o art. 2.040 do CC/2002, norma de direito intertemporal, enuncia que: "A hipoteca legal dos bens do tutor ou curador, inscrita em conformidade com o inciso IV do art. 827 do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, poderá ser cancelada, obedecido o disposto no parágrafo único do art. 1.745 deste Código". Em suma, todas essas hipotecas

legais devem ser substituídas pela caução, sob pena de não mais valerem, o que também pode atingir a validade da própria tutela.

Se o menor possuir bens, será sustentado e educado a expensas desses bens existentes, arbitrando o juiz, para tal fim, as quantias que lhe pareçam necessárias (art. 1.746 do CC). Por conseguinte, o juiz deve considerar o rendimento da fortuna do pupilo quando o seu pai ou a sua mãe não as houver fixado.

Além daquelas atribuições constantes do art. 1.740 da norma geral material, no seu art. 1.747, o Código Civil de 2002 traz outras funções do tutor que também independem de autorização judicial, a saber. A primeira delas é a de representar o menor, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte. Deve também o tutor receber as rendas e pensões do menor e as quantias a ele devidas, sempre guiado pela boa-fé nesse recebimento. O tutor tem, ainda, a atribuição de fazer as despesas de subsistência e educação em proveito do menor, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens. Pode, também, alienar os bens do menor destinados à venda. Por fim, cabe ao tutor promover, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz, ou seja, dos imóveis do menor que possam ser locados.

Enquanto nos casos anteriormente listados a autorização judicial não se faz necessária, o art. 1.748 do CC/2002 consagra outras incumbências, que necessitam da anuência do juiz. O primeiro inciso prevê a hipótese de pagamento das dívidas do menor, o que tem natureza onerosa, justificando essa fiscalização. Compete também ao tutor, com autorização do juiz, aceitar pelo menor as heranças, os legados ou as doações, ainda que com encargos (doações modais, de caráter oneroso). A ele cabe, com chancela judicial, transigir, ou seja, celebrar contratos visando à extinção de dívidas. O mesmo se diga quanto ao ato de vender os bens móveis do menor, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido. Por fim, a última atribuição do tutor que necessita de autorização do juiz é a de propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

As últimas hipóteses apontadas são de *outorga judicial*, e a falta desta gera a *ineficácia* do ato, até que ocorra a confirmação posterior (art. 1.748, parágrafo único, do CC). Anote-se que a opção legislativa, aqui, não foi pela invalidade do ato, como ocorre com a outorga conjugal, geradora de sua nulidade relativa (arts. 1.647 e 1.649 do CC/2002).

Sem prejuízo dessas situações, há atos que o tutor não pode praticar mesmo com autorização judicial, sob pena de sua nulidade absoluta, conforme disciplina o art. 1.749 do Código Civil. O primeiro deles é de adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor. A segunda vedação diz respeito a dispor dos bens do menor a título gratuito. Ao tutor, por fim, é vedado constituir-se cessionário de

crédito ou de direito, contra o menor. Como os casos são de nulidade absoluta, cabe reconhecimento de ofício da nulidade e a ação correspondente é imprescritível (art. 169 do CC/2002), de acordo com a corrente seguida por este autor.

Em relação aos bens imóveis dos menores sob tutela, estes podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem ao menor, mediante prévia avaliação judicial e aprovação do juiz, por meio de alvará judicial (art. 1.750 do CC/2002). Em havendo a venda sem essa vantagem e aprovação do juiz, o negócio jurídico é nulo de pleno direito, pois a situação é de *nulidade virtual*, eis que a lei acaba proibindo o ato de forma inversa, sem, contudo, cominar sanção (art. 166, inciso VII, segunda parte, do CC/2002). A ilustrar, imagine-se uma hipótese em que o menor mudou sua residência, estando em local diverso daquele onde está o imóvel de sua propriedade. Nessa outra cidade, vive ele de aluguel, havendo interesse plausível para a venda do seu imóvel, para que os seus representantes comprem outro naquele lugar onde agora mora o incapaz.

Antes de assumir a tutela, e diante do dever de informar anexo à boa-fé objetiva, o tutor declarará tudo o que o menor lhe deva, sob pena de não lhe poder cobrar, enquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o débito quando a assumiu (art. 1.751 do CC/2002). Se o tutor não cumprir esse seu dever em momento oportuno, perderá um direito de cobrança, o que é aplicação do conceito de *supressio*, relacionado à boa-fé, constituindo esta a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo. Todavia, é importante ressaltar que esse último dispositivo é aplicado aos casos excepcionais em que o tutor é credor do tutelado, cabendo um aditivo ou adendo do inventário dos bens do menor, com a inclusão das dívidas em relação ao tutor.

Ainda a respeito do exercício da tutela, dispõe o art. 1.752 do Código Civil que o tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado (responsabilidade civil subjetiva). Consigne-se, contudo, que pelo ato do tutelado a responsabilidade do tutor é objetiva, notadamente se houver prejuízo a terceiros, pelo que consta dos arts. 932, inciso II, e 933 do CC/2002. Há, assim, uma *responsabilidade objetiva indireta* ou *impura*, que depende da prova de culpa do tutelado. Por outra via, o tutor tem direito a ser pago pelo que despender no exercício do *munus*, o que é um direito de reembolso, salvo nos casos descritos no art. 1.734 do CC/2002, diante da sua flagrante atuação por liberalidade ou gentileza.

Além desse direito de reembolso, o art. 1.752 do Código de 2002 consagra a favor do tutor um montante pela sua atuação, proporcional ao valor dos bens administrados. Quanto ao *protutor*, o *tutor do tutor*, será arbitrada uma gratificação módica pela fiscalização efetuada (art. 1.752, § 1º, do CC). Como alerta Maria Helena Diniz, e com razão, essa gratificação do tutor não é uma contraprestação pela sua atuação, mas sim uma espécie de indenização ou compensação diante da sua atuação.[5]

Em complemento, determina o § 2º do art. 1.752 do CC/2002 que são

solidariamente responsáveis pelos prejuízos as pessoas às quais competia fiscalizar a atividade do tutor e as que concorreram para o dano. Essa hipótese de solidariedade legal, a respeito dos danos de qualquer natureza – materiais e morais, nos termos da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça –, atinge o protutor, o juiz ou qualquer pessoa que tenha concorrido culposamente para o prejuízo, o que é subsunção da regra do art. 942 do CC/2002.

O Código Civil, ainda quanto à tutela, traz também regras quanto aos bens do tutelado e a prestação de contas pelo tutor. De início, em relação aos bens dos tutelados, os tutores não podem conservar em seu poder dinheiro dos tutelados além do necessário para as despesas ordinárias com o seu sustento, a sua educação e a administração de seus bens (art. 1.753). Em havendo necessidade, os objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis serão avaliados por pessoa idônea e, após autorização judicial, alienados, e o seu produto convertido em títulos, obrigações e letras de responsabilidade direta ou indireta da União ou dos Estados (art. 1.753, § 1º, do CC).

Nesses casos, deve-se atender preferentemente à rentabilidade, e recolhidos ao estabelecimento bancário oficial ou aplicados na aquisição de imóveis, conforme for determinado pelo juiz. Esse mesmo destino terá o dinheiro proveniente de qualquer outra procedência, caso de bens recebidos pelo tutelado por herança (art. 1.753, § 2º). A lei enuncia ainda que os tutores respondem pela demora na aplicação dos valores acima referidos, pagando os juros legais desde o dia em que deveriam dar esse destino, o que não os exime da obrigação, que o juiz fará efetiva, da referida aplicação (art. 1.753, § 3º).

No que concerne aos valores que existirem em estabelecimento bancário oficial, na forma do que estatui o art. 1.754 do CC/2002, estes não poderão ser retirados senão com autorização judicial e somente para as seguintes destinações: *a)* para as despesas com o sustento e educação do tutelado, ou a administração de seus bens; *b)* para a compra de bens imóveis e títulos, obrigações ou letras, nas condições previstas no § 1º do art. 1.753; *c)* para o emprego em conformidade com o disposto por quem os houver doado, ou deixado, havendo, por exemplo, uma doação com encargo; e *d)* para a entrega a órfãos, quando emancipados, ou maiores, ou, mortos eles, aos seus herdeiros. O diploma material em questão trata do levantamento das quantias depositadas durante o exercício da tutela. O pedido de tal levantamento deve ser bem fundamentado, sendo certo que meras alegações genéricas, sem qualquer prova, não dão ensejo ao deferimento do requerido. Essa tem sido a melhor conclusão jurisprudencial (TJSP, Agravo de Instrumento 528.683.4/0, Acórdão 2606430, São Paulo, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ana de Lourdes, j. 08.04.2008, *DJESP* 06.06.2008).

No que tange à prestação de contas, trata-se de um dever decorrente da tutela, conforme reconhece o art. 1.755 do Código Civil, e que subsiste mesmo que haja uma disposição em contrário feita pelos pais, quando, por exemplo, da tutela testamentária. A prestação de contas visa justamente àquilo que busca o *munus*, qual seja, a proteção do tutelado ou pupilo. A lei exige nessa prestação de contas um *balanço anual* (art. 1.756 do CC), a ser apresentado pelo tutor ao juiz,

que deverá aprová-lo, anexando aos autos do inventário dos bens do menor. Sem prejuízo disso, os tutores prestarão contas de dois em dois anos, e também quando, por qualquer motivo, deixarem o exercício da tutela ou toda vez que o juiz achar conveniente (art. 1.757 do CC).

Essas contas serão prestadas em juízo e julgadas depois da audiência dos interessados, recolhendo o tutor imediatamente a estabelecimento bancário oficial os saldos, ou adquirindo bens imóveis, ou títulos, obrigações ou letras, na forma daquele já comentado § 1º do art. 1.753 do CC/2002. A prestação de contas será processada em juízo, nos próprios autos em que ocorreu a nomeação do tutor (Vara da Infância, da Família ou Cível, pela ordem, se houver). Há necessidade de intervenção do MP, diante do interesse de incapazes. Havia um procedimento especial para a ação de prestação de contas entre os arts. 914 a 919 do Código de Processo anterior. O Novo CPC não trata dessa medida entre os procedimentos especiais, seguindo a demanda o procedimento comum.

Finda a tutela pela emancipação ou maioridade, a quitação do menor não produzirá efeito antes de aprovadas as contas pelo juiz, permanecendo integral, até então, a responsabilidade do tutor (art. 1.758 do CC/2002). Nos casos de morte, ausência, ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes (art. 1.759 do CC/2002). Serão levadas a crédito do tutor todas as despesas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao menor (art. 1.760 do CC/2002), devendo as despesas com a prestação das contas ser pagas pelo tutelado (art. 1.761 do CC/2002).

O art. 1.762 da Norma Geral Privada trata do *alcance do tutor*, que vem a ser "a diferença para menos verificada na prestação de contas do exercício da tutela".[6] Tanto esse *alcance* quanto o saldo contra o tutelado são considerados pelo dispositivo como dívidas de valor, vencendo juros legais e correção monetária pelo índice oficial desde o julgamento definitivo das contas.

Para encerrar o estudo da tutela, os arts. 1.763 a 1.766 do Código Civil em vigor tratam da *extinção da tutela*. A primeira delas é relacionada com a maioridade ou a emancipação do menor, uma vez que cessa a sua condição de incapaz. Essas hipóteses independem de intervenção judicial. A tutela é igualmente extinta ao cair o menor sob o poder familiar, na hipótese de reconhecimento de paternidade, maternidade ou adoção (parentesco civil), o que também independe de atuação do juiz. A terceira hipótese é relativa ao termo final da tutela, em que era obrigado a servir o tutor, sem que haja ação judicial. Como quarta situação de extinção, a tutela é extinta em havendo escusa legítima prevista nas situações previstas em lei, conforme decisão do juiz. Por fim, ocorrerá o seu fim em havendo remoção do tutor pelo juiz, caso não exerça a tutoria como estatui a lei.

No que concerne ao termo final, o prazo para a atuação do tutor é de dois anos, cabendo exoneração após esse lapso temporal (art. 1.765 do CC/2002). Entretanto, pode o tutor continuar no exercício da tutela, além desse prazo, desde que o queira e o juiz entenda que isso é conveniente ao menor, tendo como

parâmetro os princípios do melhor interesse e da proteção integral do menor (art. 1.765, parágrafo único, do CC/2002).

A remoção ou destituição do tutor cabe quando este for negligente, prevaricador ou incurso em incapacidade (art. 1.766 do CC/2002). Esse procedimento de remoção pode ter iniciativa do MP ou de quem tenha justo interesse. No Código de Processo Civil de 1973, tal procedimento específico constava entre os arts. 1.194 a 1.198. No Novo CPC essas antigas regras correspondem aos arts. 761 a 763, com modificações, especialmente porque não há mais um tópico especial a respeito do processo.

Nos termos do art. 761 do Novo *Codex*, "incumbe ao Ministério Público ou a quem tenha legítimo interesse requerer, nos casos previstos em lei, a remoção do tutor ou do curador. Parágrafo único. O tutor ou o curador será citado para contestar a arguição no prazo de 5 (cinco) dias, findo o qual observar-se-á o procedimento comum". O prazo de cinco dias já estava no art. 1.195 do CPC/1973. O art. 1.196 do CPC/1973 estabelecia a incidência de regras relativas a cautelar ao final do prazo. Assim, a conversão ao procedimento comum é inovação.

Na linha do que enunciava o antigo art. 1.197 do CPC/1973, o art. 762 do Novo CPC estatui que, em caso de extrema gravidade, o juiz poderá suspender o tutor ou o curador do exercício de suas funções, nomeando substituto interino. Igualmente sem qualquer novidade. Aqui não houve qualquer modificação substancial.

Por derradeiro, conforme o art. 763, *caput*, do Novo CPC, correspondente ao art. 1.198 do CPC antigo, cessando as funções do tutor ou do curador pelo decurso do prazo em que era obrigado a servir, ser-lhe-á lícito requerer a exoneração do encargo. Não o fazendo dentro dos dez dias seguintes à expiração do termo, entender-se-á reconduzido, salvo se o juiz o dispensar (art. 763, § 1º, do Novo CPC). A única inovação, que já era exigida na prática, consta do § 2º do novo preceito, pelo qual, cessada a tutela ou curatela, é indispensável a prestação de contas pelo tutor ou curador, na forma da lei civil.

Vistas as regras a respeito da tutela, a *curatela* igualmente é instituto de direito assistencial, para a defesa dos interesses de maiores incapazes. Assim como ocorre com a tutela, há um *múnus* público, atribuído pela lei. São partes da curatela o *curador* e o *curatelado*.

Em regra, estão sujeitos à curatela os maiores incapazes. Se absolutamente incapazes (art. 3º, incisos II e III, do CC), serão representados pelo curador para a prática dos atos da vida civil, sob pena de nulidade absoluta do que for praticado (art. 166, inciso I, do CC). Sendo relativamente incapazes (art. 4º, incisos II, III e IV, do CC), devem ser devidamente assistidos, sob pena de anulabilidade do ato, negócio ou contrato celebrado (art. 171, inciso I, do CC). Reafirme-se, como dito quanto à tutela, que a curatela não se confunde com a representação e com a assistência por ser instituto geral de administração de interesses de outrem.

A curatela também não se confunde com a tutela, pois a última visa à

proteção de interesses de menores; enquanto a primeira, à proteção dos maiores. Entretanto, vale dizer que, ocorrendo a interdição de menor, em razão de certas doenças, por exemplo, este passa a ser sujeito à curatela, o que é melhor para a defesa dos interesses do vulnerável (nesse sentido, ver: TJRJ, Acórdão 6.043/1997, Duque de Caxias, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Wilson Marques, j. 15.06.1999). Todavia, a questão não é pacífica, pois há julgados que entendem serem melhores caminhos o poder familiar e a tutela para o menor interditado (TJMG, Acórdão 1.0000.00.304048-2/000, Uberlândia, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Henriques, j. 27.12.2002, *DJMG* 30.05.2003). Trata-se, portanto, de questão polêmica.

O art. 1.767 do CC/2002 traz o rol taxativo dos *interditos*, ou seja, daqueles que estão sujeitos a curatela, a saber. O inciso I menciona aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil. A norma equivale ao art. 3º, inciso II, da própria norma material. Como exemplos podem ser citados os casos dos psicopatas graves, dos psicóticos, dos alienados mentais, dos neuróticos graves, entre outros.

O inciso II do art. 1.767 do CC elenca aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade, o que corresponde ao art. 3º, inciso III, do mesmo Código Civil. Podem ser citadas as situações dos surdos-mudos, que não têm qualquer condição de exprimir sua vontade, e das pessoas que se encontram em coma profundo.

Os deficientes mentais, os ébrios habituais (alcoólatras viciados) e os toxicômanos (viciados em tóxicos) igualmente são interditados por força do art. 1.767, inciso III, do Código Civil. A mesma premissa vale para os excepcionais sem completo desenvolvimento mental, caso do acometido por síndrome de *Down* (art. 1.767, inciso IV, do CC). As normas equivalem ao art. 4º, incisos II e III, da mesma lei material, ao tratar dos relativamente incapazes. Anote-se que correto julgado do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2014, entendeu que essa previsão engloba o *sociopata*, que também pode ser interditado: "a possibilidade de interdição de sociopatas que já cometeram crimes violentos deve ser analisada sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição – ainda que parcial – dos deficientes mentais, ébrios habituais e os viciados em tóxicos (art. 1.767, III, do CC/2002). Em todas essas situações o indivíduo tem sua capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrolável, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade, e que podem atingir até a sua própria integridade física, sendo também *ratio* não expressa, desse excerto legal, a segurança do grupo social, mormente na hipótese de reconhecida violência daqueles acometidos por uma das hipóteses anteriormente descritas, tanto assim que, não raras vezes, sucede à interdição, pedido de internação compulsória. Com igual motivação, a medida da capacidade civil, em hipóteses excepcionais, não pode ser ditada apenas pela mediana capacidade de realizar os atos da vida civil, mas, antes disso, deve ela ser aferida pelo risco existente nos estados crepusculares de qualquer natureza, do interditando, onde é possível se avaliar, com precisão, o potencial de autolesividade ou de agressão

aos valores sociais que o indivíduo pode manifestar, para daí se extrair sua capacidade de gerir a própria vida, isto porque a mente psicótica não pendula entre sanidade e demência, mas há perenidade etiológica nas ações do sociopata" (STJ, REsp 1.306.687, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.03.2014).

Os pródigos, pessoas que gastam de maneira destemperada o próprio patrimônio, o que pode levá-los à penúria, são os últimos interditos, expressos no art. 1.767, inciso V, do CC/2002. Em relação à sua interdição relativa, enuncia o art. 1.782 do próprio Código Civil que esta só privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. Nesse contexto, o pródigo pode, livremente, casar-se – sem a imposição de qualquer regime legal ou obrigatório –, fazer testamento, reconhecer filhos e ser empregado.

Como se sabe, a incapacidade não se presume, havendo a necessidade do referido processo de interdição, para dele decorrer a curatela. Sendo assim, é fundamental o estudo das regras relativas a esse processo, constantes do Código de Processo Civil.

Iniciando-se pelos legitimados para a demanda, o art. 1.768 do Código Civil foi expressamente revogado pelo art. 1.072, inciso II, do Novo Código de Processo Civil. Previa esse comando: "A interdição deve ser promovida: I – pelos pais ou tutores; II – pelo cônjuge, ou por qualquer parente; III – pelo Ministério Público". O motivo de revogação foi o de concentrar os legitimados para a ação de interdição no Estatuto Processual. Ademais, a expressão *deve* era criticada por ser peremptória, tendo sido substituída pelo termo *pode*.

Conforme o art. 747 do Novo CPC, que unificou o tratamento do tema, "a interdição pode ser promovida: I – pelo cônjuge ou companheiro; II – pelos parentes ou tutores; III – pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV – pelo Ministério Público. Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial". Vejamos a confrontação desse comando com o antigo art. 1.177, seu correspondente na codificação instrumental anterior.

O inciso I do art. 747 do CPC/2015 menciona o cônjuge ou companheiro, enquanto o inciso II do art. 1.177 apenas expressava o cônjuge. Como visto em capítulo próprio, o Novo CPC procurou dar um tratamento uniforme ao casamento e à união estável, o que, em regra, veio em boa hora. Existia proposta no antigo projeto Ricardo Fiúza (PL 699/2011) de inclusão expressa da convivente, o que acabou prejudicado. A jurisprudência já vinha seguindo essa lógica (nessa linha: TJMG, Embargos de Declaração 1.0024.06.033131-1/0031, Belo Horizonte, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. 23.09.2008, *DJEMG* 22.10.2008; e TJRJ, Acórdão 4.035/1993, Rio de Janeiro, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sergio Fabião, j. 20.09.1994).

O inciso II do art. 747 do CPC/2015 reconhece a legitimidade aos parentes e

tutores. Existe, desse modo, correspondência ao art. 1.177, incisos I e II, que expressava o pai, a mãe, o tutor e algum parente próximo. Deve-se entender pela inclusão de todas as formas de parentesco, seja por consanguinidade (todos os ascendentes e descendentes, colaterais até quarto grau, inclusive), por afinidade (sogra, sogro, nora, genro, enteado, enteada, padrasto, madrasta) ou em decorrência de parentesco civil (adoção, inseminação heteróloga e parentalidade socioafetiva).

Em relação à legitimidade do Ministério Público, esse órgão somente promoveria a interdição em caso de doença mental grave, se não existisse ou não requeresse a interdição alguma das pessoas designadas pela lei ou, ainda, se existindo tais pessoas, fossem elas incapazes. Essa era a regra do art. 1.769 do CC/2002, revogada expressamente pelo Novo Código de Processo Civil (art. 1.072, inciso II, do CPC/2015). Aperfeiçoando a redação do art. 1.178 do CPC/1973, o art. 748 do Novo *Codex* passou a estabelecer que o Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave: *a)* se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; e *b)* se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747. O que se percebe é que a legitimidade do MP é somente *subsidiária* e *extraordinária*, funcionando como substituto processual. Pontue-se que matéria passou a ser concentrada somente no estatuto processual.

Estabelecia o art. 1.770 do Código Civil que, sendo a interdição promovida pelo MP, o juiz nomearia um defensor ao suposto incapaz, que era denominado *curador especial*. No mesmo sentido era a norma do art. 1.179 do CPC anterior. Todavia, o último preceito não foi reproduzido pelo Estatuto Processual emergente, que revogou também o dispositivo material (art. 1.072, II, do CPC/2015).

Desse modo, parece estar prejudicado o nosso entendimento anterior, segundo o qual, nos demais casos, ou seja, sendo a interdição promovida pelas outras pessoas elencadas pela lei, o próprio MP seria o defensor do interdito. Isso porque o art. 752, § 1º, do Novo CPC passou a determinar que o Ministério Público intervirá como *fiscal da ordem jurídica* nas ações de interdição que não propõe. No sistema anterior, alguns doutrinadores defendiam, pelo menos em parte, essa tese, pela desnecessidade de atuação do Ministério Público em casos tais. Nesse sentido, Euclides de Oliveira comentava decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que assim concluiu:

"Interdição. Pedido do Ministério Público para nomeação de curador especial para defesa dos interesses do interditando. Não possibilidade de a função ser exercida pelo MP, sob pena de conflito de interesses, se o caso. Agravo acolhido" (TJSP, Agravo de Instrumento 485.078-4/8, agravante o Ministério Público, agravada JGS, Quarta Câmara de Direito Privado do TJSP, recurso provido por maioria, Rel. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 19.07.2007).

São as conclusões do jurista e doutrinador, demonstrando interessante

contraponto ao entendimento que antes era majoritário:

"Em suma, lembrando que o Ministério Público tem sua atuação pautada pela defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, bem como ao zelo dos interesses sociais, coletivos ou difusos, resta imprópria sua investidura para tarefas de outra ordem, especialmente quando conflitantes com sua necessária intervenção como fiscal da lei. É o que sucede nos processos de interdição com objetivo de curatela de pessoa declarada incapaz para a regência de sua pessoa e para a administração de seus bens. Servirá outro, e não o Ministério Público, como curador especial do interditando, conforme bem reconhecido no acórdão da lavra do eminente Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, que tem apoio na correta exegese do perfil institucional daquele órgão e da sua relevante atuação no encargo de fiscalizar o exato cumprimento da lei".[7]

Os argumentos são louváveis e fizeram o presente autor refletir profundamente sobre a questão no passado. Em certo sentido, parece ter sido essa a lógica adotada pelo Novo CPC, em seu art. 752, § 1º, e pela revogação do antigo art. 1.770 do Código Civil.

No que concerne aos procedimentos de interdição, o art. 749 do CPC/2015 preceitua que incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou. Não há mais necessidade de prova da legitimidade, conforme estava no art. 1.180 do CPC/1973, presumindo-se esta das condições pessoais descritas pelo novo art. 747 do CPC/2015.

Como inovação louvável, a Norma Instrumental passou a estabelecer que, justificada a urgência, o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos (art. 749, parágrafo único, do CPC/2015). Cite-se, por exemplo, a necessidade de um curador para gerir a empresa do interditando.

Além disso, no que concerne a uma prova inicial mínima, o art. 750 do Novo CPC passou a determinar que o requerente deverá juntar laudo médico para fazer prova de suas alegações, ou, pelo menos, informar a impossibilidade de fazê-lo, dentro dos ditames de boa-fé e de colaboração processual, comentados no primeiro capítulo deste livro.

Seguindo nos procedimentos, o interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil. As perguntas e respostas devem ser reduzidas a termo (art. 751, *caput*, do Novo CPC). No mesmo sentido, previa o art. 1.771 do CC/2002 que, antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinaria pessoalmente o arguido de incapacidade. Todavia, esse último comando material também foi revogado expressamente

pelo art. 1.072, II, do CPC/2015; estando a matéria concentrada no estatuto processual. Pontue-se que o dispositivo processual emergente é mais minucioso do que o art. 1.181 do CPC anterior, seu correspondente, ao fazer menção às preferências, aos laços familiares e afetivos.

Como outra inovação, prescreve o § 1º do art. 751 do Novo CPC que, não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver. Esse deslocamento já ocorria na prática, sendo costume no Poder Judiciário, inclusive em demanda do qual este autor participou no passado, como advogado. Ademais, como outra nova previsão na lei instrumental, prevê o § 2º do art. 751 do CPC/2015 que a entrevista poderá ser acompanhada por especialista. Essa última regra era retirada do art. 1.771 do CC/2002.

Outra novidade é que, durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas (art. 751, § 3º, do Novo CPC). Imagine-se, por exemplo, o caso de um interditando que não consegue falar, mas sim digitar em um computador, podendo fazer uso deste.

Por fim, estabelece o art. 751 do CPC/2015, em seu § 4º, que, a critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e pessoas próximas, o que também era praxe, mas não estava expressamente regulamentado no preceito instrumental.

Após todos esses trâmites legais, dentro do prazo de 15 dias, contado da entrevista, o interditando poderá impugnar o pedido (art. 752, *caput*, do CPC/2015). Como antes visto, o Ministério Público intervirá como *fiscal da ordem jurídica* (art. 752, § 1º, do CPC/2015). Ademais, o interditando poderá constituir advogado para defender-se. Não tendo sido constituído advogado pelo interditando, nomear-se-á curador especial (art. 752, § 2º, do CPC/2015). Caso o interditando não constitua advogado, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente (art. 752, § 3º, do CPC/2015).

Confrontando o novel artigo com o seu correspondente no Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.182), algumas modificações podem ser observadas. O interditando seria representado nos autos pelo órgão do Ministério Público ou, quando este fosse o requerente, pelo curador especial especificamente designado. Agora, o MP passa a atuar como *fiscal da ordem jurídica*. Sem prejuízo disso, o interditando poderia constituir advogado para formular a sua defesa, não havendo menção anterior ao curador especial. Ademais, qualquer parente sucessível poderia constituir-lhe advogado, com os poderes judiciais que o interditando teria transmitido, respondendo esse parente pelos correspondentes honorários advocatícios. No novel preceito apenas se menciona o cônjuge ou companheiro, atuando como assistentes.

Decorrido esse prazo de 15 dias do art. 752 do CPC/2015, estabelece a norma seguinte que o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil (*caput* do art. 753 do Novo CPC). A perícia pode ser realizada por equipe composta por

expertos com formação multidisciplinar (§ 1º). O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela (§ 2º).

Mais uma vez são notadas mudanças perante o art. 1.183 do CPC/1973. Essa norma previa que, decorrido o prazo de cinco dias mencionado no *caput* do art. 1.182 do antigo CPC, o juiz nomearia um perito, um especialista, para proceder ao exame do interditando. Apresentado o laudo, o juiz designaria a audiência de instrução e julgamento. Pelo parágrafo único do próprio art. 1.183, sendo decretada a interdição, o juiz nomearia *curador definitivo* ao interdito. Como se observa, os procedimentos foram aperfeiçoados para a devida cautela, que deve se tomada na interdição.

A menção à formação interdisciplinar é louvável, apesar de já ocorrer na prática da interdição. Também deve ser elogiada a referência expressa aos limites da curatela constante do novo art. 753 do CPC/2015, especialmente no seu § 2º, segundo o qual, "o laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela".

Isso porque, como se sabe, os casos de interdição de deficientes mentais, ébrios habituais, toxicômanos e pródigos, como a interdição é relativa, deve o juiz determinar os limites da curatela, ou seja, da *curatela parcial*. Essa era a regra retirada do art. 1.772 do CC/2002; também revogada pelo art. 1.072, II, do CPC/2015. Todavia, o objetivo da revogação foi apenas de concentrar o tema no diploma instrumental, sendo esse o mesmo sentido do art. 753, § 2º, do CPC/2015.

Nesse sentido, conforme previa o excelente Enunciado n. 574 do CJF/STJ, aprovado na *VI Jornada de Direito Civil*, em 2013, a decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito. A proposta foi formulada pela Professora Célia Barbosa Abreu, da Universidade Federal Fluminense, sendo uma das premissas fundamentais defendidas em sua tese de doutorado.[8] As justificativas do enunciado doutrinário explicam muito bem o seu conteúdo, contando com o total apoio anterior deste autor, o que acabou sendo previsto no Novo CPC:

"O CC/2002 restringiu a norma que determina a fixação dos limites da curatela para as pessoas referidas nos incisos III e IV do art. 1.767. É desarrazoado restringir a aplicação do art. 1.772 com base em critérios arbitrários. São diversos os transtornos mentais não contemplados no dispositivo que afetam parcialmente a capacidade e igualmente demandam tal proteção.
Se há apenas o comprometimento para a prática de certos atos, só relativamente a estes cabe interdição, independentemente da hipótese legal específica. Com apoio na prova dos autos, o juiz deverá estabelecer os limites da curatela, que poderão ou não ser os definidos no art. 1.782.
Sujeitar uma pessoa à interdição total quando é possível tutelá-la adequadamente pela interdição parcial é uma violência à sua dignidade e a seus direitos fundamentais. A curatela deve ser imposta no interesse do interdito, com efetiva

demonstração de incapacidade. A designação de curador importa em intervenção direta na autonomia do curatelado.
Necessário individualizar diferentes estatutos de proteção, estabelecer a graduação da incapacidade. A interdição deve fixar a extensão da incapacidade, o regime de proteção, conforme averiguação casuística da aptidão para atos patrimoniais/extrapatrimoniais".

Feita tal importante consideração quanto à ordem para nomeação do curador, dispõe o *caput* do art. 1.775 do Código Civil que o cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, o curador do outro, quando interdito (*curador legal legítimo*). Sendo o curador o cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial (art. 1.783 do CC). A norma é especial e não se aplica aos demais casos de regime de bens e à união estável.

Ainda de acordo com o art. 1.775 do CC/2002, na falta do cônjuge ou do companheiro, será curador legítimo o pai ou a mãe. Na ausência destes, será nomeado como curador o descendente que se demonstrar mais apto. Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos. Finalmente, na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do *curador dativo*, que deve ser pessoa capaz e idônea para exercer a função.

Deve-se entender que a ordem descrita não é obrigatória, prevalecendo sempre o melhor interesse do curatelado. Nessa linha, concluiu julgado do Tribunal Gaúcho que "ex-cunhado e irmãos concorrendo para o exercício do múnus. Prevalência do melhor interesse do interditado. No que se refere à nomeação do curador, sabido é que esta deve recair na pessoa do cônjuge ou companheiro e, na falta desses, ascendentes ou descendentes (art. 1.775, §§ 1º e 2º do Código Civil). Caberá ao juiz, ainda, a escolha de um terceiro como curador (art. 1.775, § 3º, do Código Civil), quando da impossibilidade daqueles contidos nos parágrafos anteriores. Elementos de prova que indicam que o curador nomeado de forma provisória vem exercendo de forma responsável o encargo, desmerecendo qualquer alteração. Sentença reformada. Apelação cível provida" (TJRS, Apelação Cível 70059203711, Sétima Câmara Cível, Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 28.05.2014). Essas posições devem ser mantidas com a emergência do Novo Código de Processo Civil.

Regulamentando a decisão de interdição, houve revogação expressa, mais uma vez pelo art. 1.072, inciso II, do Novo CPC, do art. 1.773 do Código Civil, cuja redação era a seguinte: "a sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso". Esse também era o sentido do art. 1.184 do CPC anterior, igualmente sem mais aplicação. A norma processual ainda estabelecia que essa sentença seria inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de dez dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela.

Em verdade, o sistema relativo à sentença de interdição foi aperfeiçoado

pelo Novo Estatuto Processual. De início, passou o seu art. 754, mais didaticamente, a enunciar que, apresentado o laudo, produzidas as demais provas e ouvidos os interessados, o juiz proferirá sentença.

Nessa decisão, o juiz deve atender a alguns requisitos que estão previstos no art. 755 do CPC/2015. Assim, deverá, inicialmente, nomear curador, que poderá ser o requerente da interdição. O magistrado também fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito. Em complemento, conforme o inciso II do comando, o julgador considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, o que serve para a determinação de uma *curatela parcial*, como antes se expôs. A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado, o principal interessado, que merece a devida proteção (art. 755, § 1º, do CPC/2015).

Eventualmente, em havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz, ao mesmo tempo (art. 755, § 2º, do CPC/2015). Na verdade, essa regra já era retirada, pelo menos parcialmente, do art. 1.778 do CC/2002, segundo o qual, a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado, observados os casos de emancipação. O dispositivo foi repetido e ampliado pelo Novo CPC, consoante o seu art. 757, que não constava na lei processual anterior, *in verbis*: "A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz". Constata-se, dessa forma, uma *unicidade da curatela* nessas situações e como premissa geral, assim como ocorre com a tutela, por dicção do art. 1.733 do Código Civil. De qualquer modo, nota-se pelos comandos transcritos que essa regra pode ser quebrada para atender aos interesses do incapaz.

Na linha parcial do que estava na lei processual anterior, rege o § 3º do art. 755 do CPC/2015 que a sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por seis meses. Essas formas de comunicação do público são inovações que vêm em boa hora. A norma continua a mencionar, ainda, a publicação na imprensa local, uma vez, e no órgão oficial, por três vezes, com intervalo de dez dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.

Pois bem, como se percebe, tanto pelo dispositivo material revogado expressamente (art. 1.773 do CC/2002) quanto pelo processual anterior (art. 1.184 do CPC/1973), os efeitos da sentença de interdição, cuja natureza é predominantemente constitutiva, seriam *ex nunc*, o que não dependia de qualquer ato de publicidade. Isso porque as normas expressavam que a sentença de interdição produziria efeitos desde logo. Essas previsões sempre geraram muita

polêmica, o que parece ter sido solucionado pelo Novo CPC, silente a respeito desses efeitos, e deixando a sua determinação nas mãos do julgador. Vejamos.

No sistema anterior, existia uma séria dúvida quanto aos atos praticados pelo interditado antes da interdição, ou seja, se estes permaneciam válidos ou se deveriam ser tidos como nulos. Na doutrina, a questão quanto aos efeitos da sentença de interdição sempre foi muito bem explicada por Maria Helena Diniz:

"Após sua prolatação, por confirmar a suposição da incapacidade, nulos ou anuláveis serão os atos praticados pelo interdito (*RT* 468:112) conforme a gradação da sua interdição, sendo que os atos anteriores àquela sentença serão apenas anuláveis se se comprovar, judicialmente, que sua incapacidade já existia no momento da realização do negócio (*RF* 81:213 e 152:176; *RT* 539:149 e 183, 537:74, 506:75, 503:93, 436:74, 280:252, 365:93, 415:358, 483:71, 489:75 e 505:82; *RTJ* 102:359), caso em que produz efeito *ex tunc*. Durante a pendência do recurso interposto válidos serão os atos praticados entre o curador e terceiros, mesmo que a sentença venha a ser reformada em instância superior".[9]

O entendimento constante dos julgados citados era tido como clássico e majoritário. Entretanto, levando-se em conta a eticidade e a valorização da boa-fé, marcos teóricos importantes do Direito Civil Contemporâneo, ficava a dúvida se os anteriores negócios celebrados pelo interditado com terceiros de boa-fé deveriam ou não permanecer válidos. Este autor sempre entendeu que, em regra, a boa-fé deveria prevalecer, sendo tendência do CC/2002 – e agora do Novo CPC – a proteção de terceiros guiados por uma boa conduta. Cite-se, por oportuno e no sistema material, a previsão do art. 167, § 2º, do CC, que consagra *inoponibilidade do ato simulado perante terceiros de boa-fé*, bem como a não prevalência do casamento nulo perante negócios celebrados com boa-fé (art. 1.563 do CC). No campo processual, podem ser mencionadas as mudanças realizadas quanto à caracterização da fraude de execução, presumindo-se a boa-fé dos terceiros adquirentes. De fato, se terceiro que negociou com o incapaz antes de sua interdição não percebeu nem poderia perceber a incapacidade, o negócio deve ser tido como válido.

Concluía-se, portanto, que aquele entendimento anterior tenderia a ser alterado, o que parece, ocorrerá na vigência do Novo CPC. Adotando em parte a tese por nós seguida e defendida, o Superior Tribunal de Justiça postergou a decretação de nulidade, justamente para proteger terceiro que agiu de boa-fé na realização do negócio jurídico.

"Nulidade de ato jurídico praticado por incapaz antes da sentença de interdição. Reconhecimento da incapacidade e da ausência de notoriedade. Proteção do adquirente de boa-fé. Precedentes da Corte. 1. A decretação da nulidade do ato jurídico praticado pelo incapaz não depende da sentença de interdição. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência da incapacidade, impõe-se a decretação da nulidade, protegendo-se o adquirente de boa-fé com a retenção do imóvel até a devolução do preço pago, devidamente corrigido, e a indenização

das benfeitorias, na forma de precedente da Corte. 2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 296.895/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 06.05.2004, *DJ* 21.06.2004, p. 214; Veja: Incapaz. Ato praticado antes da interdição. Prova: STJ, REsp 9.077/RS; Compra e venda. Incapaz. Boa-fé da outra parte: STJ, REsp 38.353/RJ – *LEXSTJ* 144/63).

Aguardemos qual será a posição jurisprudencial no futuro, havendo otimismo por parte deste autor, que acredita ter sido muito boa a alteração engendrada pelo Estatuto Processual emergente em tal ponto da matéria.

Seguindo no estudo tema, prevê o art. 1.777 do CC/2002 que os enfermos, deficientes mentais, ébrios habituais, toxicômanos e excepcionais sem desenvolvimento completo, devidamente interditados, devem ser tratados em estabelecimento apropriado, desde que não seja possível o seu convívio doméstico. Nos termos do que consta de aresto publicado no *Informativo* n. *533* do STJ, de 2013, "é claro o caráter excepcional da medida, exigindo-se, portanto, para sua imposição, laudo médico circunstanciado que comprove a necessidade da medida diante da efetiva demonstração de insuficiência dos recursos extra-hospitalares. A internação compulsória deve, quando possível, ser evitada, de modo que a sua adoção apenas poderá ocorrer como última opção, em defesa do internado e, secundariamente, da própria sociedade. Nesse contexto, resguarda-se, por meio da interdição civil com internação compulsória, a vida do próprio interditando e, secundariamente, a segurança da sociedade. Além disso, deve-se ressaltar que não se pretende, com essa medida, aplicar sanção ao interditado seja na espécie de pena, seja na forma de medida de segurança, haja vista que a internação compulsória em ação de interdição não tem caráter penal, não devendo, portanto, ser comparada à medida de segurança ou à medida socioeducativa" (STJ, HC 169.172/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2013).

Por outra via, havendo meios de recuperar o interdito, o curador promoverá o seu tratamento em estabelecimento apropriado (art. 1.776 do CC/2002). Essa lógica foi adotada pelo novo art. 758 do CPC/2015, preceito claramente material, segundo o qual o curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito. Esses tratamentos não podem perder de vista a dignidade da pessoa humana, ao contrário do que muito ocorre na prática. O tratamento também pode ser efetuado na própria residência do interditado, junto à sua família, o que é até preferível, não sendo a última regra obrigatória.[10]

Em havendo a recuperação do interdito, ocorreria o *levantamento da interdição*, agora tratada como *levantamento da curatela*, uma vez que cessada a causa que a determinou. Existiram também alterações a respeito do tema, sendo interessante a confrontação dos seguintes comandos:

Novo Código de Processo Civil	Códig Proce Civ Ante
“Art. 756. Levantar-se-á a curatela quando cessar a causa que a determinou.	“Art. 1. Levanta á a interdiç cessanc causa q determi
	§ 1º O

§ 1º O pedido de levantamento da curatela poderá ser feito pelo interdito, pelo curador ou pelo Ministério Público e será apensado aos autos da interdição.

pedido
levanta
poderá
feito pe
interdit
será
apensa
aos aut
interdiç
juiz nor
perito p
proced
exame
sanidad
interdit
após a
apresen
do laud

designa
audiênc
instruçã
julgame

§ 2º O juiz nomeará perito ou equipe multidisciplinar para proceder ao exame do interdito e designará audiência de instrução e julgamento após a

apresentação do laudo.

§ 3º Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, na forma do art. 755, § 3º, ou, não sendo possível, na

§ 2º Acolhi pedido, juiz decreta levanta da inter e mand

imprensa local e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no registro de pessoas naturais.

§ 4º A interdição poderá ser levantada parcialmente quando

publica
sentenç
após o
transito
julgado
impren
local e
oficial
três vez
com
interva
10 (dez
dias,
seguind
a averb
no Reg
de Pess
Naturai

demonstrada a capacidade do interdito para praticar alguns atos da vida civil.”

Confrontando-se as regras, além da alteração das denominações no *caput*, nota-se que o Ministério Público poderá requerer o citado levantamento, o que não estava antes previsto, apesar de teses que admitiam a hipótese. Além disso, atualmente há menção a uma equipe interdisciplinar para analisar o interdito, visando torná-lo incapaz. Por fim, como passou a ser possível a *curatela parcial*, admite-se, agora, o *levantamento parcial da interdição*, para determinados atos, o que demandará análise casuística.

Em situações de dúvidas, o CC/2002 continua determinando a aplicação residual à curatela das regras previstas para a tutela (art. 1.774 do CC), particularmente a respeito do seu exercício, com as devidas restrições (art. 1.781 do CC). A título de exemplo, pode-se dizer que o curador também é obrigado a prestar contas, salvo a já analisada hipótese do curador cônjuge casado pelo regime da comunhão universal com o interditado (art. 1.783 do CC).

Para encerrar o estudo do tema, é importante salientar que a grande novidade trazida pelo Código Civil de 2002 no tocante à curatela refere-se a novas formas de *curatela especial* previstas nos arts. 1.779 e 1.780 do CC. Não houve qualquer alteração provocada pelo Novo Código de Processo Civil a respeito dessas categorias, submetidas às regras gerais instrumentais aqui analisadas.

O primeiro dispositivo trata da *curatela do nascituro*, possível se o seu suposto pai falecer e estando grávida a mulher, esta não possui o poder familiar. Eventualmente, se a mulher estiver interditada, seu curador será também o do nascituro (art. 1.779, parágrafo único, do CC). O dispositivo reforça a *teoria concepcionista*, pelo qual o nascituro é pessoa, seguida por este autor. Na verdade, ao admitir a curatela do nascituro, o Código Civil de 2002 dá a este o tratamento de uma pessoa absolutamente incapaz.

A outra forma de *curatela especial* é a deferida a favor do enfermo ou

portador de deficiência física, mediante o seu expresso requerimento (art. 1.780 do CC). Não sendo possível esse requerimento, poderá ele ser formulado por qualquer pessoa elencada no art. 1.768 do CC, ou seja, pelos pais, pelos tutores, pelo cônjuge, por qualquer outro parente ou pelo Ministério Público.

Ilustrando, imagine-se o caso de um portador de deficiência física que necessita da nomeação de um curador visando a administrar uma empresa de sua propriedade, que se encontra em local de difícil acesso ao deficiente. Em casos tais, é possível a nomeação de um curador, por seu próprio pedido. Essa curatela é denominada por alguns julgadores de *curatela-mandato*, bastando a atribuição de poderes para a mera administração dos negócios e dos bens da curatelada. Também segundo algumas decisões, é dispensável a "autorização para a transferência ou renúncia de direitos, o que continuará dependendo da expressa manifestação de vontade da curatelada" (TJMG, Apelação cível 10024096395116001, Sétima Câmara Cível, Rel. Peixoto Henriques, j. 15.10.2013).

[1] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.229.

[2] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.235.

[3] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 894.

[4] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.238.

[5] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.244.

[6] ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Código Civil Comentado*. Coordenação: Ricardo Fiuza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.925.

[7] OLIVEIRA, Euclides de. Decisão Comentada. Ministério Público na Interdição. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*, Porto Alegre: IBDFAM-Magister, n. 00, p. 83, out.-nov. 2007.

[8] ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e Interdição Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[9] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.258.

[10] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX, p. 495.

DO INVENTÁRIO E DA PARTILHA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil, a exemplo do seu antecessor, traz um amplo tratamento relativo ao inventário e à partilha, procedimentos atinentes ao Direito das Sucessões e que, como tais, necessariamente devem ser abordados por esta obra.

Iniciando-se pela ideia de inventário, categoria essencial para o presente capítulo, Maria Helena Diniz conceitua o instituto como "o processo judicial (CC, art. 1.796; CPC, art. 982) tendente à relação, descrição, avaliação e liquidação de todos os bens pertencentes ao *de cujus* ao tempo de sua morte, para distribuí-los entre seus sucessores".[1] Na mesma linha, ensina Zeno Veloso que o inventário tem por objetivo a arrecadação, a descrição e a avaliação dos bens e outros direitos pertencentes ao morto, bem como a discriminação, o pagamento das dívidas e dos impostos e os demais atos indispensáveis à liquidação do montante que era do falecido.[2]

Lecionam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim que, "quando morre uma pessoa deixando bens, abre-se a sucessão e procede-se ao inventário, para regular apuração dos bens deixados, com a finalidade de que passem a pertencer, legalmente, aos seus sucessores. O inventário é o procedimento obrigatório para a atribuição legal dos bens aos sucessores do falecido, mesmo em caso de partilha extrajudicial".[3] Em sentido próximo, esclarece Francisco José Cahali que "O inventário é o meio pelo qual se promove a efetiva transferência da herança aos respectivos herdeiros, embora, no plano jurídico (e fictício, como visto), a transmissão do acervo se opere no exato instante do falecimento".[4]

Por fim, no que diz respeito a essa conceituação inaugural, conforme se retira da obra de Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho, "o

termo inventário vem do latim *inventarium*, de *invenire*, que significa agenciar, diligenciar, promover, achar, encontrar. No sentido amplo, significa o processo ou a série de atos praticados com o objetivo de ser apurada a situação econômica de uma pessoa ou instituição, relacionando os bens e direitos, de um lado, e as obrigações ou encargos, do outro, assemelhando-se ao balanço de uma empresa, com a verificação do ativo e do passivo. No sentido estrito, é o relacionamento de bens ou de valores pertencentes a uma pessoa, ou existentes em determinado lugar, anotados e arrolados com os respectivos preços sabidos ou estimados, tratando-se, pois, de um mero arrolamento de bens. No direito das sucessões, entende-se como a ação especial intentada para que se arrecadem todos os bens e direitos do falecido, encontrados em seu poder quando de sua morte ou de terceiros, formando-se o balanço com as obrigações e encargos, a fim de serem apurados os resultados que irão ser objetos a partilhar, bem como reconhecer a qualidade dos herdeiros".[5] O que se almeja, nesse contexto, é a liquidação dos bens e a divisão patrimonial do acervo hereditário, cessando o condomínio legal *pro indiviso* existente entre os herdeiros, situação não desejada pelas partes envolvidas.

Quanto ao instituto em estudo, há um único dispositivo inicial no Código Civil de 2002, o art. 1.991, segundo o qual: "Desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha, a administração da herança será exercida pelo inventariante". Como é notório, o *inventariante* é o administrador do espólio, conjunto de bens formado com a morte de alguém, que constitui um ente despersonalizado. Age o inventariante com um mandato legal, após a devida nomeação pelo juiz da causa.

Na realidade, os principais procedimentos quanto ao inventário sempre estiveram previstos no Código de Processo Civil. No Estatuto Processual de 1973, o tratamento estava entre os seus arts. 982 a 1.038. No Código de Processo Civil de 2015, as regras estão dispostas entre os arts. 610 a 667. Adiante-se de antemão que o Novo Estatuto Processual acabou por repetir a maioria das regras que estavam na legislação instrumental anterior, não havendo grandes modificações estruturais.

O primeiro dispositivo processual a ser citado é o art. 982 do Código de Processo Civil de 1973, que foi alterado pela edição da Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Em sua redação original, determinava a lei que se procederia sempre ao inventário judicial, ainda que todas as partes fossem capazes. Assim, em regra, o procedimento judicial de inventário era tido como necessário para a partilha de bens do falecido, mesmo havendo plena capacidade e acordo entre os seus herdeiros.

Por outro lado, com a aprovação pelo Congresso Nacional do Projeto de Lei 4.725/2004, convertido na Lei 11.441/2007, a questão foi modificada de forma considerável. A redação anterior do art. 982 do CPC de 1973, já alterada pela Lei 11.965/2009, pela menção ao defensor público, era a seguinte: "Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por

escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. § 1º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 2º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei".

O Novo Código de Processo Civil praticamente repetiu o preceito, no seu art. 610, *in verbis*: "Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. § 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial".

Como se pode perceber, a única diferença substancial diz respeito à falta de menção à gratuidade do ato para os que se declararem pobres, assim como ocorreu com a separação e o divórcio extrajudiciais. De todo modo, vale o mesmo argumento, antes desenvolvido, de que a gratuidade permanece por estar prevista em lei especial anterior, qual seja a Lei 11.441/2007. Em complemento, a gratuidade tem índole constitucional, pela tutela da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/1988) e pelo *espírito de solidariedade* que guia o Texto Maior (art. 3º, inciso I, da CF/1988). Mais especificamente, há referência expressa à gratuidade no art. 5º, inciso LXXIV, da Norma Fundamental, *in verbis:* "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Como bem escreveu Fernanda Tartuce, o acesso efetivo à justiça dispensa que haja previsão textual em lei de gratuidade para determinado ato, devendo as relações legais de atos gratuitos ser lidas como meramente exemplificativas (*numerus apertus*), e não como taxativas *(numerus clausus*).[6]

Vale repisar, mais uma vez como outro argumento substancial, o que consta no art. 1º desse Novo Código de Processo Civil, comando que aproxima as normas processuais da Constituição Federal de 1988: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

De todo modo, com certeza, a permanência ou não da gratuidade do inventário extrajudicial para os que se declararem pobres será debatida nos próximos anos de forma constante e profunda, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Nessa discussão, o presente autor já firma a sua posição de manutenção dos atos gratuitos para o inventário extrajudicial.

Pelos dois textos instrumentais, o anterior e o atual, constata-se que, sendo as partes capazes e inexistindo testamento, poderão os herdeiros optar pelo inventário extrajudicial. O requisito da inexistência do testamento já vinha sendo

contestado por muitos no meio jurídico, existindo decisões de primeira instância que afastam tal elemento essencial, quando todos os herdeiros forem maiores, capazes e concordantes com a via extrajudicial.

A questão foi julgada pela 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de Capital de São Paulo, tendo sido prolatada a decisão pelo magistrado Marcelo Benacchio, em abril de 2014. A dúvida havia sido levantada pelo 7º Tabelião de Notas da Comarca da Capital, com pareceres favoráveis à dispensa do citado requisito de representante do Ministério Público e do Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo; este último apoiado em entendimento do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Ponderou o julgador que as posições que admitem o inventário extrajudicial havendo testamento "são entendimentos respeitáveis voltados à eficiente prestação do imprescindível serviço público destinado à atribuição do patrimônio do falecido aos herdeiros e legatários. Ideologicamente não poderíamos deixar de ser favoráveis a essa construção na crença da necessidade da renovação do Direito no sentido de facilitar sua aplicação e produção de efeitos na realidade social, econômica e jurídica".

No entanto, seguindo outro caminho, deduz o magistrado em trechos principais de sua sentença que, "não obstante, é necessário adequar a compreensão ao ordenamento jurídico conforme nossos estudos e ditames da ciência jurídica, pena da ausência de legitimidade de sua concreção no meio social. Não estamos aqui a defender um retorno ao positivismo e tampouco uma interpretação limitada em conformidade à célebre assertiva de Montesquieu o juiz é a boca que pronuncia as sentenças da lei. (...). Diante disso, a construção e interpretação dos fundamentos da presente decisão administrativa passará pelo equilíbrio e comunicação do Direito com suas finalidades, todavia, sempre preso ao dado legislativo como emanação das opções estatais pelo fio condutor da soberania estatal. (...). Mesmo assim, modestamente, no momento, pensamos não ser possível a lavratura de inventário extrajudicial diante da presença de testamento válido. Há diversidade entre a sucessão legítima e testamentária no campo da estrutura e função de cada qual, para tanto, conforme Norberto Bobbio (Da estrutura à função. Barueri: Manole, 2007, p. 53), devemos indagar não apenas a estrutura ('como o direito é feito'), mas também a função ('para que o direito serve') e, nesse pensamento, vamos concluir pela diversidade estrutural e funcional das espécies de sucessão. Somente na sucessão testamentária existe um negócio jurídico a ser cumprido, o que, por si só, implica na diversidade dos procedimentos previstos em lei para atribuição dos bens do falecido. (...). Enfim, o ordenamento jurídico aproxima, determina e impõe o processamento da sucessão testamentária em unidade judicial como se depreende dos regramentos atualmente incidentes e dos institutos que cercam a sucessão testamentária; daí a razão da parte inicial do art. 982 *caput*, do Código de Processo Civil iniciar excepcionado expressamente a possibilidade de inventário extrajudicial no caso da existência de testamento independentemente da existência de capacidade e concordância de todos interessados na sucessão; porquanto há necessidade de se

aferir e cumprir (conforme os limites impostos à autonomia privada na espécie) a vontade do testador o que não pode ser afastado mesmo concordes os herdeiros e legatários".

Com o devido respeito, os diplomas legais que exigem a inexistência de testamento para que a via administrativa do inventário seja possível devem ser mitigados, especialmente nos casos em que os herdeiros são maiores, capazes e concordam com esse caminho facilitado. Nos termos do art. 5º da Lei de Introdução, o fim social da Lei 11.441/2009 foi a redução de formalidades, devendo essa sua finalidade sempre guiar o intérprete do Direito. O mesmo deve ser dito quanto ao Novo CPC, inspirado pelas máximas de *desjudicialização* e de celeridade.

Consigne-se, a propósito do debate, que o IBDFAM, com entidades representativas dos cartórios, protocolou, em 16 de julho de 2014, pedido de providências junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para que o inventário extrajudicial seja possível mesmo quando houver testamento. O próprio Colégio Notarial do Brasil aprovou enunciado em seu *XIX Congresso Brasileiro*, realizado entre 14 e 18 de maio do mesmo ano, estabelecendo que "é possível o inventário extrajudicial ainda que haja testamento, desde que previamente registrado em Juízo ou homologado posteriormente perante o Juízo competente". Espera-se que, em breve, o CNJ dê uma resposta positiva quanto à temática. Além disso, aguardamos que novas decisões judiciais surjam no futuro, sob a égide do Novo Código de Processo Civil, pensando o Direito das Sucessões de outro modo, mais concreto e efetivo socialmente.

Superado tal aspecto de divergência, o inventário extrajudicial não é forma obrigatória, e sim facultativa, como ainda será devidamente aprofundado. Caso as partes prefiram o inventário judicial ao extrajudicial, poderão os herdeiros dele se utilizar, seguindo todas as normas do Estatuto Processual Civil que serão comentadas no presente capítulo. Essa forma de apreciação persiste com a emergência do Novo Código Processual.

Pois bem, após a edição da Lei 11.441/2007, resta claro que a classificação do inventário sofreu relevantes alterações. Isso porque o inventário deve ser dividido, inicialmente, em *judicial* e *extrajudicial*.

Conforme as lições de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, o inventário judicial é classificado em três espécies.[7] A primeira delas é o *inventário judicial pelo rito tradicional*, tratado nos arts. 982 a 1.030 do CPC/1973 e nos arts. 610 a 658 do CPC/2015. A segunda modalidade é o *inventário judicial pelo rito do arrolamento sumário*, previsto no art. 1.031 do CPC/1973 e art. 659 do CPC/2015, sendo cabível quando todos os interessados forem maiores e capazes, abrangendo bens de quaisquer valores. Por fim, o *inventário judicial pelo rito do arrolamento comum* era regulamentado no art. 1.036 do CPC/1973, sendo cabível quando os bens do espólio fossem de valor igual ou menor que 2.000 OTN. No Novo CPC está tratado pelo art. 664 que, felizmente, utiliza parâmetro mais fácil de ser aferido, qual seja o montante de mil salários mínimos. Parte-se para o

estudo dessas modalidades de inventário judicial, de forma pontual, seguindo, sucessivamente, a abordagem do inventário extrajudicial.

a) Do inventário judicial, pelo rito tradicional

Iniciando-se o estudo do inventário pelo rito tradicional, o art. 983 do CPC/1973 enunciava que o inventário e a partilha deveriam ser requeridos dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes. Deve-se ressaltar que o parágrafo único desse dispositivo, que previa a possibilidade de o juiz da causa dilatar o último prazo havendo motivo justo, foi revogado pela Lei 11.441/2007. Com a modificação, determinava o art. 983 do antigo CPC que o magistrado poderia prorrogar o prazo, de ofício ou a requerimento das partes.

O Novo Código de Processo Civil alterou a menção aos sessenta dias para abertura do inventário para dois meses, mantendo-se o que é previsto quanto ao seu encerramento (art. 611). Também foi preservada a possibilidade de prorrogação, por pedido do interessado ou de ofício pelo juiz.

A crítica que se fazia ao dispositivo anterior, e que deve permanecer com o Estatuto Processual emergente, é que ele não consagrava expressamente sanção em caso de descumprimento do mencionado prazo. No entanto, a ausência de previsão não impedia – e não impedirá – que cada Estado da Federação institua uma multa pelo retardamento do início ou da ultimação do inventário, não havendo qualquer inconstitucionalidade nessa instituição, conforme consta da Súmula 542 do Supremo Tribunal Federal.

Geralmente é isso o que se impõe nos casos de desobediência a esses prazos, como bem comentam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, tendo como parâmetro o sistema processual anterior:

"É comum haver atraso na abertura do inventário. Diversas as razões, como o trauma decorrente da perda de um ente familiar, dificuldades financeiras, problemas na contratação de advogado ou necessidade de diligências para localização dos bens e sua documentação. A inércia do responsável poderá ensejar a atuação de outro interessado na herança, que tenha legitimidade concorrente (art. 988 do CPC), ou providência *ex officio* (art. 989 do CPC). Requerimento fora do prazo não implica indeferimento de abertura do inventário pelo juiz, mesmo porque se trata de procedimento obrigatório, não sujeito a prazo fatal. Mas o atraso na abertura do processo de inventário, quando superior a 60 (sessenta) dias, acarretará acréscimo dos encargos fiscais, pela incidência de multa de 10% sobre o importe a recolher, além dos juros de mora. Se o atraso for superior a 180 (cento e oitenta) dias a multa será de 20% (previsão da Lei paulista 9.591/1966, art. 27, repisada pela Lei 10.705/2000, artigo 21, inciso I)".[8]

A legitimidade para requerer a abertura do inventário e a respectiva partilha constam do art. 615 do Novo CPC, que repete o art. 987 do Estatuto Processual revogado, a favor de quem estiver na posse e na administração do espólio. Sem

qualquer novidade, estabelece o parágrafo único do novo preceito que esse requerimento será instruído com a certidão de óbito do autor da herança.

A legitimidade concorrente para a abertura do inventário está no art. 616 do CPC/2015, equivalente ao art. 988 do CPC/1973, sendo pertinente a seguinte tabela comparativa:

Novo Código de Processo Civil	Códig Proce Civ Anter
“Art. 616. Têm, contudo, legitimidade concorrente:	“Art. 98 Tem, cor legitimid concorre
I – o cônjuge	

ou companheiro supérstite;	I – o côn supérstit
II – o herdeiro;	II – o herdeiro
III – o legatário;	III – o legatário
IV – o testamenteiro;	IV – o testamen
V – o	V – o

cessionário do herdeiro ou do legatário;	cessioná do herde ou do legatário
VI – o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;	VI – o cr do herde do legatá ou do au herança;
VII – o Ministério Público,	VII – o síndico d falência herdeiro legatário

havendo herdeiros incapazes;

autor da herança cônjuge supérstit

VIII – a Fazenda Pública, quando tiver interesse;

VIII – o Ministér Público, havendo herdeiro incapaze

IX – o administrador judicial da

falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge ou companheiro supérstite.”

IX – a Fazenda Pública, quando t interesse

Partindo para a análise comparada dos comandos, nota-se a inclusão expressa do companheiro como legitimado, o que já era reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência antes do Novo CPC. Como está desenvolvido em outro capítulo desta obra, essa equiparação entre casamento e união estável guiou a elaboração deste *Codex*. Entre os arestos anteriores, seguindo essa trilha e a título de ilustração: “Descabe extinguir o processo de inventário, sem exame do mérito, por ilegitimidade ativa, quando o pedido de abertura foi feito pela sedizente companheira, que, apesar de não ter requerido o reconhecimento da união estável em ação própria, está com a posse dos bens do espólio, não tendo sido sequer citados os herdeiros nominados. A legitimidade para promover a abertura do inventário é tanto de quem estiver na posse e administração dos bens do espólio como também das demais pessoas a quem o legislador conferiu legitimação concorrente. Inteligência dos art. 987 e 988 do CPC. Recurso parcialmente provido” (TJRS, Apelação Cível 459012-50.2012.8.21.7000, Canoas, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 21.11.2012, *DJERS* 27.11.2012).

O aresto transcrito já evidencia que a relação constante do antigo art. 988 do Código de Processo Civil de 1973 era exemplificativa (*numerus apertus*), e não taxativa (*numerus clausus*), premissa que deve prosperar com a Nova Lei Geral Processual Privada. A propósito, debatia-se no passado e com grande intensidade se o companheiro homoafetivo também teria a referida legitimidade. Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, de maio de 2011, não resta a menor dúvida quanto à equiparação total da união homoafetiva à união estável entre

pessoas de sexos distintos, o que engloba as regras relativas ao inventário (ver *Informativo* n. *625* do STF).

Outra alteração a ser pontuada no atual art. 616 do *Codex* diz respeito à substituição do termo *síndico da falência* por *administrador judicial da falência*, na linha das mudanças engendradas pela Nova Lei de Falências (Lei 11.101/2005). Em complemento, deve ser mantida a posição jurisprudencial segundo a qual, se o herdeiro não faz a abertura, poderá fazê-lo qualquer credor, justamente pela legitimidade concorrente prevista nesse dispositivo processual. Nesse sentido, por todos:

"Inventário. Abertura. Legitimidade do credor, mas que apenas pode requerer a abertura do inventário após decorrido o prazo de 60 dias previsto no art. 983 do CPC *in albis* para aquele que estiver na posse e administração do espólio (arts. 983, 987 e 988 do CPC). (...)" (TJSP, Agravo de Instrumento 0116275-81.2013.8.26.0000, Acórdão 7210901, Taubaté, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 25.06.2013, *DJESP* 07.01.2014).

"Inventário. Reclamação. Art. 1.000, inc. II, CPC. Pedido de abertura do processo de inventário e exercício da inventariança. Legitimidade do credor. Existência de herdeiros necessários. Ordem legal. 1. Decorrido *in albis o* prazo para a abertura do inventário de que trata o art. 983 do CPC, tem legitimidade concorrente qualquer interessado, inclusive o credor do herdeiro. Inteligência do art. 988, inc. VI, CPC. 2. No entanto, essa legitimidade para abrir o inventário não afeta a legitimação para o exercício da inventariança, devendo ser nomeado para tal múnus o herdeiro necessário que estiver na posse dos bens e administração do espólio, já que não há cônjuge supérstite. Inteligência do art. 990, II, do CPC. Recurso provido, por maioria" (TJRS, Processo 70010615953, Comarca de Caxias do Sul, Sétima Câmara Cível, Juiz Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 23.02.2005).

Não há mais menção à possibilidade de abertura do inventário de ofício pelo juiz como constava do art. 989 do CPC/1973. O fundamento para tal retirada é o fato de que o inventário envolve interesses substancialmente patrimoniais, de determinados interessados, e não a ordem pública. Ademais, essa impossibilidade atual segue o *princípio da inércia da jurisdição*.

Feitas tais considerações de comparação, reafirme-se que o administrador do inventário é denominado inventariante. Entre os clássicos, explica Itabaiana de Oliveira que o termo "nada mais significava senão a pessoa incumbida de inventariar os bens, independentemente da qualidade de cônjuge meeiro ou de herdeiro, qualidade esta essencial no cabeça do casal, propriamente dito".[9] Entre os contemporâneos, leciona Maria Helena Diniz que "a inventariança é encargo pessoal, pois gera responsabilidade própria daquela que a exerce, e da investidura isolada, não podendo ser exercida conjuntamente por duas ou mais pessoas,

mesmo que no inventário se tenha mais de um espólio".[10]

Até que o inventariante preste o compromisso, continuará o espólio na posse do *administrador provisório* nomeado pelo juiz. Trata-se do conteúdo do art. art. 613 do CPC/2015, correspondente ao art. 985 do CPC/1973, sem qualquer mudança. Esse *administrador provisório* ou *ad hoc* representa ativa e passivamente o espólio, sendo obrigado a trazer ao acervo os frutos que desde a abertura da sucessão percebeu. Tem ele direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fez. Por fim, responde esse administrador pelo dano a que, por dolo ou culpa, der causa, clara hipótese de responsabilidade subjetiva. Todos esses efeitos estão no art. 614 do CPC/2015, reprodução literal do antigo art. 986 do revogado Estatuto Processual. O direito de reembolso e a existência de uma responsabilidade subjetiva têm fundamento no fato de ser o administrador um possuidor de boa-fé e com justo título, investido por um *mandato legal*.

Ainda no que diz respeito ao administrador provisório, o art. 1.797 do CC/2002 prevê a seguinte ordem para a sua nomeação:

I) Ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão.
II) Ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho.
III) Ao testamenteiro, pessoa responsável pela administração do testamento.
IV) À pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do magistrado.

Pelos exatos termos do dispositivo legal, pode parecer que a ordem deve ser rigorosamente obedecida, pois se utiliza a expressão *sucessivamente*. Todavia, o Código Civil Brasileiro de 2002 adota um *sistema aberto*, baseado em cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, com esteio na *teoria tridimensional do Direito* – segundo a qual Direito é fato, valor e norma –, e na *ontognoseologia* de seu principal idealizador, o jurista Miguel Reale. Dessa forma, filosoficamente, é inconcebível ter as relações que constam da codificação material privada, em regra, como relações fechadas e rígidas. Reafirme-se que a nós parece que o Novo Código de Processo Civil segue a mesma linha, *aberta e principiológica*, conforme desenvolvido no primeiro capítulo deste livro.

Nesse contexto, melhor concluir, como fazem Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, que a ordem de nomeação do administrador provisório é apenas uma *ordem de preferência*, devendo o juiz analisar, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, quem tem melhores condições de exercer o encargo.[11] Adotando tal premissa, vejamos aresto do Superior Tribunal de Justiça, assim publicado no *Informativo n*. 432 daquele Tribunal Superior:

"Representação judicial. Administrador provisório. A Turma reiterou o

entendimento de que, enquanto não nomeado inventariante e prestado o compromisso (arts. 985 e 986 do CPC), a representação ativa e passiva do espólio caberá ao administrador provisório, o qual, usualmente, é o cônjuge supérstite, uma vez que detém a posse direta e a administração dos bens hereditários (art. 1.579 do CC/1916, derrogado pelo art. 990, I a IV, do CPC e art. 1.797 do CC/2002). Assim, apesar de a herança ser transmitida ao tempo da morte do *de cujus* (princípio *saisine*), os herdeiros ficarão apenas com a posse indireta dos bens, pois a administração da massa hereditária será, inicialmente, do administrador provisório, que representará o espólio judicial e extrajudicialmente, até ser aberto o inventário com a nomeação do inventariante, a quem incumbirá representar definitivamente o espólio (art. 12, V, do CPC). Precedentes citados: REsp 81.173/GO, *DJ* 02.09.1996, e REsp 4.386/MA, *DJ* 29.10.1990" (STJ, REsp 777.566/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), j. 27.04.2010).

Como se depreende da leitura da ementa, o julgado, implicitamente, admite a tese de que cabe ao juiz estabelecer quem deve assumir o encargo, pois afirma que, *usualmente* e *não obrigatoriamente*, o administrador provisório será o cônjuge do falecido. Sintetizando, traz a conclusão de que a ordem de nomeação não é obrigatória, nem rígida.

Todavia, a questão não é pacífica, pois há quem entenda pela necessidade de observação da ordem descrita no art. 1.797 da Norma Geral Privada. Nesse sentido, afirma Zeno Veloso que "o art. 1.797 indica quem deve ser o administrador provisório da herança. A ordem é sucessiva"[12]. Na mesma linha, essa parece ser a conclusão de Paulo Lôbo, para quem "a ordem é obrigatória e o investido legalmente na administração da herança apenas pode dela se eximir, justificadamente, por decisão judicial".[13] Também na jurisprudência nacional são encontradas ementas estaduais que seguem tal forma de pensar (a título de exemplo: TJSP, Agravo de Instrumento 0048281-36.2013.8.26.0000, Acórdão 6693448, São Paulo, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 25.04.2013, *DJESP* 10.05.2013; e TJPR, Agravo de Instrumento 351099-2, Acórdão 3340, Curitiba, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Juiz Convocado Joatan Marcos de Carvalho, j. 19.07.2006, *DJPR* 04.08.2006).

Com o devido respeito aos professores por último citados, verdadeiros *ícones doutrinários* para o presente autor, melhor deduzir pela existência de mera ordem de preferência, o que está mais bem adaptado aos valores do Direito Contemporâneo, material e processual.

O art. 617 do Novo CPC equivale ao art. 990 da norma anterior, o Código de Processo Civil, enunciando as pessoas que podem ser nomeadas pelo juiz como inventariante. Mais uma vez faz-se necessária uma análise confrontada dos dois preceitos, pela importância dessas regras:

Código de Processo Civil de 2014	Código Proces Civil de
“Art. 617. O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem:	“Art. 990 juiz nome inventari
I – o cônjuge ou	I – o cônj ou companh sobrevivo

companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

desde qu estivesse conviven com o ou ao tempo morte des (Redaçã dada pel nº 12.19 2010.)

II – o herdeiro que se achar na posse e na

II – o herdeiro se achar posse e administr do espóli

administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;	não houv cônjuge c companh sobreviv ou estes r puderem nomeado (Redaçã dada pel nº 12.19 2010.)
III – qualquer herdeiro, quando nenhum deles	III – qual herdeiro, nenhum estando r

estiver na posse e na administração do espólio;

IV – o herdeiro menor, por seu representante legal;

posse e administr do espóli

IV – o testament se lhe foi confiada administr do espóli toda a herança estiver distribuíc em legad

V – o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;

V – o inventaria judicial, houver;

VI – o cessionário do herdeiro

VI – pess estranha idônea, o

ou do legatário;

não houv
inventari
judicial.

VII – o inventariante judicial, se houver;

VIII – pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.

Parágrafo único. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar a função.”	Parágrafo único. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo.”

Anote-se que o dispositivo anterior, do Código de Processo Civil de 1973, já havia sido alterado pela Lei 12.195, de 2010, que trouxe duas interessantes mudanças.

A *primeira* é aquela que extirpou do Código de Processo Civil anterior a regra pela qual apenas seria nomeado inventariante o cônjuge casado pelo regime da comunhão de bens. A mudança tinha sua razão de ser, pois, pelas regras sucessórias em vigor, ainda que o cônjuge seja casado pelo regime da separação convencional de bens, e inexista meação, poderá ser herdeiro em concorrência com os descendentes, nos termos literais do art. 1.829, inciso I, do Código Civil. Ressalve-se que essa dedução pela concorrência na separação convencional de bens é seguida pela maioria da doutrina, apesar de toda a polêmica existente no âmbito jurisprudencial.[14] Por isso, não se menciona apenas a comunhão universal de bens. O Novo CPC, como se nota, reproduziu essa alteração, em boa hora.

A *segunda alteração* engendrada pela Lei 12.195/2010 foi a inclusão do companheiro ou convivente no rol de possíveis inventariantes. Cabe pontuar que, mesmo antes da alteração legal de 2010, em razão da proteção constitucional da união estável constante do art. 226, § 3º, da CF/1988, era garantido, ao convivente, tal direito. Por óbvio que a norma do Estatuto Processual anterior estava desatualizada, uma vez que foi elaborada originalmente em período anterior ao reconhecimento da união estável como entidade familiar. A propósito, antes da reforma geral processual, entendendo pela possibilidade de o companheiro ser inventariante, cabe trazer à colação, com destaque especial para o primeiro acórdão:

"Inventariante. Nomeação de companheira, esposa eclesiástica. Não contraria o artigo 990 do Código de Processo Civil, que não se reveste de caráter absoluto. A decisão que mantém como inventariante a pessoa que, casada pelo religioso com o extinto, com ele viveu, em união familiar estável, durante longos anos, tendo o casal numerosos filhos. Improcedência da impugnação manifestada por alguns dos filhos do leito anterior. Interpretação a mais razoável da lei federal. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 520/CE, Quarta Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, j. 12.09.1989, *DJ* 04.12.1989, p. 17.885).
"Inventário. Companheira do *de cujus* que pretende nomeação como inventariante. Inteligência do art. 990, inciso I, do CPC. Observados o § 3º do art. 226 da CF e arts. 1.790 e 1.797 do Código Civil. Recurso provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 378.513-4/9-, São Paulo, Quinta Câmara de Direito Privado, Rel. Francisco Casconi, j. 27.07.2005, v.u.).

O Novo CPC também repetiu a previsão, sendo pertinente reforçar que a união estável é entidade familiar constitucionalmente protegida, não havendo qualquer razão para não se admitir o companheiro do falecido como inventariante. No tocante ao tema, alguns Tribunais Estaduais vinham admitindo, inclusive, a legitimidade do companheiro homoafetivo, cabendo transcrever as seguintes ementas, por todas, com entendimento a ser seguido na vigência do Novo Estatuto Processual:

"Arrolamento de bens. União homoafetiva. Companheiro que quer ser nomeado

inventariante. Cabimento. Inexistência de ascendentes, descendentes ou herdeiros conhecidos até o 4º grau. Farta prova documental carreada, inclusive com declaração de convivência de longa data. Presunção legal de que melhor inventariante é aquele que tem a posse e administra os bens, conhecendo mais profundamente o estado do patrimônio. Agravo a que se dá provimento" (TJSP, Agravo de Instrumento 586.511.4/1, Acórdão 3244598, São Paulo, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Albano Nogueira, j. 18.09.2008, *DJESP* 08.10.2008).

"Sucessões. Inventário. Agravo de instrumento. União homoafetiva. Nomeação do sedizente companheiro como inventariante. Possibilidade no caso concreto. Ainda que a alegada união homoafetiva mantida entre o recorrente e o *de cujus* dependa do reconhecimento na via própria, ante a discordância da herdeira ascendente, o sedizente companheiro pode ser nomeado inventariante por se encontrar na posse e administração consentida dos bens inventariados, além de gozar de boa reputação e confiança entre os diretamente interessados na sucessão. Deve-se ter presente que inventariante é a pessoa física a quem é atribuído o múnus de representar o espólio, zelar pelos bens que o compõem, administrá-lo e praticar todos os atos processuais necessários para que o inventário se ultime, em atenção também ao interesse público. Tarefa que, pelos indícios colhidos, será mais eficientemente exercida pelo recorrente. Consagrado o entendimento segundo o qual a ordem legal de nomeação do inventariante (art. 990, CPC) pode ser relativizada quando assim o exigir o caso concreto. Ausência de risco de dilapidação do patrimônio inventariado. Recurso provido (art. 557, § 1º-A, CPC)" (TJRS, Agravo de Instrumento 70022651475, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Maria Berenice Dias, j. 19.12.2007).

Reafirme-se que com a decisão do Supremo Tribunal Federal, de maio de 2011, não resta a menor dúvida sobre a legitimidade do companheiro homoafetivo para o inventário, pois as regras relativas à união estável aplicam-se, por analogia, à união homoafetiva (*Informativo* n. *625* do STF), interpretação que deve permanecer com a emergência do Novo CPC. A conclusão também deve atingir os casos de casamentos homoafetivos, plenamente possíveis no Brasil, também por força da decisão do Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais que passaram a seguir tal entendimento. Vale lembrar que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da sua Resolução 175, de 2013, determinou que os Cartórios de Registros de Pessoas Naturais têm o dever de celebrar os casamentos homoafetivos.

Seguindo no estudo dos dois preceitos, eles tratam do *inventariante judicial* (art. 617, inciso VII, do CPC/2015 e art. 990, inciso V, do CPC/1976), presente "quando exercida pelos órgãos auxiliares do juiz, onde houver, que assume a representação legal do espólio. Somente funcionará se não for possível nomear o legal".[15] Entre os sucessionistas nacionais, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira sempre apontaram tratar-se de uma figura que estaria em desuso entre

nós.[16] Todavia, apesar da anotação dos últimos juristas, alguns acórdãos podem ser encontrados sobre a figura em apreço, reafirmada pelo Novo CPC, diante de uma suposta utilidade.

De início, cite-se acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que determinou a nomeação do inventariante judicial diante do grande conflito existente entre os herdeiros. Conforme se retira da ementa do aresto, "patente a situação conflituosa entre os herdeiros, é recomendável a nomeação de um inventariante judicial, consubstanciado na pessoa de um terceiro, que não possua interesse direto na destinação do patrimônio a ser administrado, e que esteja distante dos contornos do conflito familiar inerente ao inventário. A respeito da ordem de nomeação do inventariante, esposada no art. 990 do CPC, é certo que não constitui um mandamento absoluto, podendo ser relativizado se as circunstâncias do caso assim o exigirem. Havendo desavenças entre os sucessores, é forçoso observar que a nomeação de um deles para o encargo da inventariança pode gerar outros pontos de discordância, postergando ainda mais a conclusão do feito" (TJSC, Agravo de Instrumento 2002.024992-6, Florianópolis, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. José Volpato de Souza, j. 04.04.2003).

Ainda, merece ser citado *decisium* do Tribunal Paulista, que afastou o arquivamento do inventário pelo fato de que nenhum dos herdeiros quis assumir a inventariança. A conclusão final é pela necessidade de nomeação de um inventariante judicial (TJSP, Agravo de Instrumento 612.133.4/9, Acórdão 3630478, São Paulo, Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 12.05.2009, *DJESP* 18.06.2009).

Por fim, cabe trazer à colação outros julgamentos mais recentes, igualmente ilustrando a aplicação da categoria do inventariante judicial, que não está tão em desuso assim, tanto que foi confirmada pelo novel Estatuto Processual:

"Agravo interno em agravo de instrumento. Inventário. Falecimento da viúva e dos filhos do falecido. Nomeação de inventariante judicial. Inconformismo. Não se pode dizer teratológica a decisão que obedece à ordem estabelecida no art. 990 do Código de Processo Civil. Decisão que não causou à agravante qualquer ofensa de natureza processual. Recurso a que se nega provimento" (TJRJ, Agravo de Instrumento 0024964-72.2011.8.19.0000, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Carlos José Martins Gomes, j. 17.01.2012, *DORJ* 27.01.2012, p. 213).

"Agravo de instrumento. Inventário. Impossibilidade de administração dos bens do espólio por um dos herdeiros. Manifestas desavenças. Nomeação de inventariante judicial. Indispensabilidade. A teor do art. 990, V, do CPC, cabe ao juiz nomear inventariante judicial, na condição de auxiliar do juízo, quando manifestas as desavenças existentes entre os herdeiros do *de cujus*, primitivamente nomeados para tal *munus*, em nome de regular e célere andamento do inventário. Agravo conhecido e desprovido" (TJGO, Agravo de Instrumento 416664-69.2010.8.09.0000, Aparecida de Goiânia, Rel. Des.

Eudelcio Machado Fagundes, *DJGO* 15.07.2011, p. 192).

Sobre a figura do *inventariante dativo* – pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial (art. 617, inciso VIII, do CPC/2015 e art. 990, inciso VI, do CPC/1973) –, cabe lembrar que este "assume os direitos e deveres da inventariança, mas, nos termos do § 1º do art. 12 do Código de Processo Civil, não é o representante do espólio em Juízo, uma vez que, em tal hipótese, 'todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte'".[17] Aplicando essa forma de pensar, do Superior Tribunal de Justiça, cabe colacionar: "No caso de inventariante dativo, o legislador entendeu que não haveria legitimidade para representação plena do espólio, razão pela qual todos os herdeiros e sucessores são chamados a compor a lide. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1053806/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.04.2009, *DJe* 06.05.2009).

Conforme anotam Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho, a jurisprudência dominante tem exigido que o *inventariante dativo* seja domiciliado na Comarca onde corre o inventário, o que facilita o seu processamento.[18] Na prática, assim como ocorre com a figura do inventariante judicial, o dativo tem nomeação nos casos em que existem grandes conflitos entre os herdeiros, ou seja, alta litigiosidade ou beligerância. Nessa linha, igualmente da jurisprudência:

"Civil e processual. Inventariança. Remoção. Nomeação de inventariante dativo. Beligerância entre as partes. Possibilidade de inviabilização do processo. Súmula 7-STJ. Controvérsia afeta em parte a competência do Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário não interposto. Súmula 126-STJ. I. A remoção do inventariante, substituindo-o por outro, dativo, pode ocorrer quando constatada a inviabilização do inventário pela animosidade manifestada pelas partes. II. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' – Súmula 7-STJ. III. Pretensão de reforma do julgado que ademais se sustenta na violação de dispositivos constitucionais sem que tenha sido interposto o recurso competente. IV. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 988.527/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 24.03.2009, *DJe* 11.05.2009).

"Inventariante. Remoção. Nomeação de dativo. Código de Processo Civil, arts. 995 e 990. A ordem de nomeação não é absoluta. O fato de não se observar a ordem não implica ofensa ao art. 990. Precedente do STJ: REsp 520, *DJ* 04.12.1989. Caso em que a nomeação do inventariante dativo se deveu 'a necessidade de eliminar as discórdias atuais e prevenir outras'. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 88.296/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. 03.11.1998, *DJ* 08.02.1999, p. 275).

Voltando à essência do quadro de confronto dos dois dispositivos processuais, são percebidas duas inclusões no art. 617 do CPC/2015, notadamente nos seus

incisos IV e VI.

O inciso IV do novo comando estabelece a viabilidade jurídica da nomeação, como inventariante, de herdeiro menor, por seu representante legal, caso dos pais ou tutores. Afasta-se, assim, o entendimento jurisprudencial em contrário, que não admitia essa possibilidade. Assim, por exemplo, do Superior Tribunal de Justiça, agora superado pela novel legislação instrumental:

"Herdeiro menor ou incapaz não pode ser nomeado inventariante, pois é impossibilitado de praticar ou receber diretamente atos processuais; sendo que para os quais não é possível o suprimento da incapacidade, uma vez que a função de inventariante é personalíssima. Os herdeiros testamentários, maiores e capazes, preferem ao testamenteiro na ordem para nomeação de inventariante. Existindo herdeiros maiores e capazes, viola o inciso III, do art. 990, do CPC, a nomeação de testamenteiro como inventariante" (STJ, REsp 658.831/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.12.2005, *DJ* 01.02.2006, p. 537).

Para o presente autor, a inovação segue a linha de redução de burocracias e de facilitação dos procedimentos, adotada pela novel legislação, merecendo elogios. Eventualmente, caso os interesses dos menores sejam violados, caberá a intervenção do Ministério Público, conforme os arts. 176 a 178 do Novo *Codex*.

Seguindo o estudo, o inciso VI do art. 617 do CPC/2015 reconhece a legitimidade do cessionário do herdeiro ou do legatário para figurar como inventariante, o que vem em boa hora, diante da possibilidade de cessão de direitos hereditários, admitida pelo art. 1.793 do Código Civil de 2002. De acordo com o *caput* do diploma material, o direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública. Aqui, a novidade segue a linha da anterior jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e não a contraria como no caso do inciso anterior, cabendo trazer à colação o seguinte aresto:

"Inventário. Nomeação de inventariante. Alegação de ofensa ao art. 990 do Código de Processo Civil. Impugnação formulada por um dos herdeiros do *de cujus* à pessoa nomeada, cessionário de direitos hereditários e dela credor por vultosa soma. Matéria fático-probatória. Recurso especial inadmissível. A ordem prevista no art. 990 do CPC não é absoluta, podendo ser alterada em situação de fato excepcional. Em sede de recurso especial não se reexamina matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 7/STJ. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 402.891/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 01.03.2005, *DJ* 02.05.2005, p. 353).

Consigne-se que alguns arestos estaduais seguiam essa mesma forma de julgar, podendo ser colacionado o seguinte, a ilustrar, do Tribunal Paulista: "Cessionário que também era inventariante. Inexistência de impedimento legal. Alegação de incapacidade da cedente que não restou comprovada. Hipóteses de

erro ou dolo igualmente não verificadas. Sentença mantida. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação 0217534-23.2007.8.26.0100, Acórdão 7395033, São Paulo, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 27.02.2014, *DJESP* 06.05.2014).

Expostas as duas inovações do art. 617 do CPC/2015, cabe pontuar que o entendimento majoritário da doutrina sempre foi no sentido de que o art. 990 do CPC/1973 traria uma ordem que deveria ser respeitada pelo magistrado, o que possivelmente será sustentado em relação ao Novo CPC.[19] Assim sendo, para essa corrente não caberia uma nomeação aleatória pelo juiz da causa, pois a lei presume que as pessoas constantes do dispositivo são, pela ordem, as mais indicadas para assumir a incumbência. Entretanto, dessa constatação surgem algumas dúvidas práticas.

A primeira delas refere-se, a saber, se essa ordem é absoluta. O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que não, conforme se retira do último aresto aqui colacionado, que reconheceu a legitimidade do cessionário do herdeiro, antes mesmo do Novo CPC (REsp 402.891/RJ). Destaque-se que a premissa foi confirmada em julgado mais recente, assim publicado no *Informativo* n. *373* do STJ, em caso envolvendo a nomeação de inventariante dativo:

"Nomeação. Inventariante dativo. Noticiam os autos que a justificativa para a nomeação de inventariante dativo foi a animosidade entre as partes: de um lado a viúva, casada sob regime de comunhão universal de bens e a, até então, única filha conhecida do falecido; do outro, o recém-descoberto filho menor, possível herdeiro, representado pela mãe. Apontam que tal animosidade é compreensível e até mesmo esperada, assim como o questionamento quanto à filiação do menor, uma vez que a esposa e a filha só souberam da existência do filho a partir de observação na certidão de óbito lançada em função da apresentação da certidão de nascimento do menor, em que o ora falecido anteriormente o reconhecera como filho. Questiona o REsp se houve violação à ordem legal de nomeação de inventariante conforme prevista no art. 990 do CPC. Isso posto, a Ministra Relatora observa que este Tribunal já definiu não ter caráter absoluto aquela ordem para nomeação de inventariante, podendo ser alterada em situação de fato excepcional, quando o juiz tiver fundadas razões para tanto, como no caso de existência de litigiosidade entre partes. Diante do exposto, a Turma não conheceu do recurso, pois a firme convicção do juízo formada a partir dos elementos fáticos do processo veda o reexame em REsp (Súm. 7/STJ). Precedentes citados: REsp 402.891/RJ, *DJ* 02.05.2005; REsp 283.994/SP, *DJ* 07.05.2001, e REsp 88.296/SP, DJ 08.02.1999" (STJ, REsp 1.055.633/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.10.2008).

A segunda dúvida é saber se a ordem do dispositivo pode ser quebrada por força de testamento que nomeia o inventariante. O presente autor entende que a previsão de cláusula que nomeia inventariante não obsta que o juiz siga a ordem estabelecida nas leis instrumentais, pois esta deve ser analisada de acordo com o caso concreto. Pode-se até defender que os dispositivos processuais, o antigo e o

novo, constituem preceitos cogentes, de ordem pública, que não podem ser contrariados pela última disposição de vontade do morto. De qualquer forma, como contraponto, vale repetir que a ordem não é absoluta, mesmo sendo as normas cogentes.

Como outra última questão controversa, reafirme-se que o presente autor segue a premissa de que o rol de nomeação do inventariante não é taxativo, mas exemplificativo. Nessa linha, vale relembrar os julgados do Superior Tribunal de Justiça que incluíam o companheiro como inventariante, antes da alteração legislativa realizada no CPC/1973 pela Lei 12.195/2010.

Por fim, quanto à confrontação dos dois preceitos, estabelece o parágrafo único do art. 617 do CPC/2015 que o inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de cinco dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhará *a função*. Neste ponto houve a substituição da palavra *cargo* pelo termo destacado, o que vem em boa hora, pois a expressão anterior poderia dar a impressão de uma atuação remunerada, o que não ocorre no exercício da inventariança (art. 990, parágrafo único, do CPC/1973).

No tocante às atribuições do inventariante, dispunha o art. 12, inciso V, do CPC/1973 que ele deve representar ativa e passivamente o espólio, o que foi totalmente mantido pelo art. 75, inciso VII, do CPC/2015. Também foi repetida a regra do antigo art. 991 do CPC/1973 pelo novo art. 618 do CPC/2015, tratando das incumbências do inventariante.

A primeira atribuição é a de representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, observando-se, quanto ao inventariante dativo, o disposto no art. 75, § 1.º, do CPC/2015, ou seja, no que concerne à necessidade de intimação dos herdeiros. O inventariante deve, como segunda incumbência, administrar o espólio, velando-lhe os bens com a mesma diligência como se seus fossem. Na visão atual do Direito Privado, pode-se associar a sua conduta à lealdade decorrente da boa-fé objetiva. O seu terceiro dever é o de prestar as primeiras e últimas declarações pessoalmente ou por procurador com poderes especiais. Deve ele, ainda, exibir em cartório, a qualquer tempo, para exame das partes, os documentos relativos ao espólio. Incumbe também ao inventariante o dever de juntar aos autos certidão do testamento, se houver. A sexta atribuição é a de trazer à colação no inventário os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído. O sétimo dever é o de prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz lhe determinar. Por fim, como oitava atribuição, incumbe ao administrador do inventário requerer a declaração de insolvência do falecido, se for o caso.

O art. 619 do CPC/2015 lista outras de suas incumbências, que necessitam, no entanto, de autorização do juiz da causa e da oitiva dos interessados, como fazia o art. 992 do CPC/1973, sob pena de nulidade absoluta do ato, como sustentado pela doutrina anterior.[20] Esses atos continuam sendo: *a)* a alienação de bens de qualquer espécie; *b)* a transação em juízo ou fora dele; *c)* o pagamento de dívidas do espólio; *d)* o pagamento das despesas necessárias para a

conservação e o melhoramento dos bens do espólio.

Seguindo na análise dos procedimentos relacionados com o inventário judicial, o Estatuto Processual continua a prever que dentro de vinte dias, contados da data em que prestou o compromisso, fará o inventariante as primeiras declarações, das quais se lavrará termo circunstanciado (art. 620 do CPC/2015, equivalente ao art. 993 do CPC/1973, sem modificação). O dispositivo determina, ainda, que no termo, assinado pelo juiz, escrivão e inventariante, serão exarados alguns dados.

No primeiro inciso há menção ao nome, ao estado, à idade e ao domicílio do autor da herança, dia e lugar em que faleceu o *de cujus*, bem ainda a expressão se deixou testamento. A segunda previsão diz respeito ao nome, ao estado, à idade e à residência dos herdeiros e, havendo cônjuge supérstite ou companheiro, ao regime de bens do casamento ou da união estável. Pontue-se que a referência à última entidade familiar é inovação do comando, na linha de equalização adotada pelo Novo CPC. Devem constar também a qualidade dos herdeiros e o grau de parentesco com o inventariado (art. 620, inciso III, do CPC/2015).

Quanto aos bens do espólio, inclusive aqueles que devem ser conferidos à colação, e dos bens alheios que nele forem encontrados, deve estar incluída relação completa, nos termos do inciso IV do art. 620 do CPC/2015 A norma estabelece a necessidade de descrição dos seguintes bens: *a)* os imóveis, com as suas especificações, nomeadamente local em que se encontram, extensão da área, limites, confrontações, benfeitorias, origem dos títulos, números das transcrições aquisitivas e ônus que os gravam; *b)* os móveis, com os sinais característicos; *c)* os semoventes, caso dos animais, seu número, espécies, marcas e sinais distintivos; *d)* o dinheiro, as joias, os objetos de ouro e prata, e as pedras preciosas, declarando-se-lhes especificadamente a qualidade, o peso e a importância; *e)* os títulos da dívida pública, bem como as ações, quotas e títulos de sociedade, mencionando-se-lhes o número, o valor e a data; *f)* as dívidas ativas e passivas, indicando-se-lhes as datas, títulos, origem da obrigação, bem como os nomes dos credores e dos devedores; *g)* direitos e ações; *h)* o valor corrente de cada um dos bens do espólio. Como se pode perceber, a relação, sem qualquer mudança perante a norma anterior, é bem detalhada pela lei, e deve ser respeitada para que o processamento do inventário tenha correto seguimento, sem qualquer nulidade processual.

O § 1º do art. 620 do Novo CPC estabelece que nesse procedimento o juiz determinará que se proceda: *a)* ao balanço do estabelecimento, se o autor da herança era empresário individual; e *b)* à apuração de haveres, se o autor da herança era sócio de sociedade que não anônima. Houve uma mudança de nomenclatura em confronto com o § 1º do art. 993 do CPC/1973, que mencionava o *comerciante em nome individual*. A alteração se deu tendo em vista a superação do Direito Comercial pelo Direito Empresarial. A título de exemplo de subsunção da última norma do preceito anterior, que não foi alterada, cabe trazer à nota recente aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo, com entendimento que vale para o novel diploma:

"Inventário. Impugnação de herdeiro ora agravado Nas primeiras declarações devem ser incluídos todos os bens do espólio e as dívidas ativas e passivas (CPC, art. 993, IV). Cotas da Padaria e Confeitaria devem ser incluídas, para que sejam partilhadas entre os herdeiros, na proporção da meação do autor da herança, a fim de que se proceda à apuração de haveres, mediante arbitramento por perito (CPC, art. 993, parágrafo único, inc. II). Dívidas passivas do espólio ressentem-se de demonstração convincente quanto à sua existência, devendo ser excluídas das primeiras declarações. Recurso provido em parte" (TJSP, Agravo de Instrumento 0090761-29.2013.8.26.0000, Acórdão 7111550, São Paulo, Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 15.10.2013, *DJESP* 08.11.2013).

Como novidade, o § 2º do art. 620 do CPC/2015 passou a enunciar expressamente que as primeiras declarações podem ser prestadas mediante petição, firmada por procurador com poderes especiais, à qual o termo se reportará. A nova regra segue a ideia de redução de burocracias e agilização, adotada pelo *Novo Codex*, na linha do que ocorria na prática sucessionista.

Seguindo no estudo da matéria, o Código de Processo Civil de 2015, na esteira do seu antecessor, continua a elencar algumas penalidades contra o inventariante. De início, no que concerne à *pena de sonegados*, expressa que só é possível argui-la ao inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar (art. 621 do CPC/2015 e art. 994 do CPC/1973, sem alteração).

Vale lembrar que a *pena de sonegados* é imposta ao herdeiro que deixa de informar o inventário sobre a existência de um bem a ser partilhado, caso daqueles recebidos em doação, sem a dispensa de colação. A penalidade é a perda do direito em relação a tal bem, como determina o art. 1.992 do Código Civil. Como se sabe, quando for citado, nos termos do art. 626 do CPC/2015 e art. 999 do CPC/1973, o inventariante herdeiro terá a oportunidade de informar e descrever quais os bens do falecido que estão na sua posse. Se assim não o fizer, estará sujeito a essa e a outras sanções legais.

A remoção do inventariante consta do art. 622 do Novo Estatuto Processual, equivalente ao art. 995 do CPC anterior. A primeira hipótese de remoção ocorre se não prestar, no prazo legal, as primeiras e as últimas declarações. A segunda se efetiva se não der ao inventário andamento regular, se suscitar dúvidas infundadas ou se praticar atos meramente protelatórios. O terceiro caso de remoção ocorre se, por culpa sua, se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem danos os bens do espólio, hipótese de responsabilidade subjetiva. Também será removido o inventariante que não defender o espólio nas ações em que for citado, deixar de cobrar dívidas ativas ou não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos. O quinto caso de remoção está presente quando o inventariante não presta contas ou se aquelas que prestar não forem julgadas boas. Por fim, haverá remoção do inventariante se ele sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio.

Não houve alteração no tocante às hipóteses de remoção. No entanto, como novidade o Código de Processo Civil de 2015 passa a admitir a remoção do inventariante de ofício, como fazia a jurisprudência superior, por exemplo, no caso da seguinte ementa:

"Remoção de inventariante. Ausência de cerceamento de defesa. 1. Não se configura o cerceamento de defesa no caso de remoção de inventariante quando está presente o contraditório, e pode o Juiz, constatado qualquer dos vícios do art. 995 do Código de Processo Civil, promover de ofício a remoção. 2. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 539.898/MA (200300644088), 616051 Recurso Especial, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.03.2005, *DJ* 06.06.2005, p. 318).

Os procedimentos para essa remoção, antes previstos nos arts. 996 a 998, foram repetidos pelos arts. 623 a 625 do Novo *Codex*. Primeiramente, requerida a remoção com fundamento em quaisquer dos motivos elencados, o inventariante será intimado para, no prazo de cinco dias, defender-se e produzir provas. O incidente da remoção correrá em apenso aos autos do inventário. Decorrido o prazo, com ou sem a defesa do inventariante, o juiz decidirá. Se remover o inventariante, o juiz nomeará outro, observada a ordem antes analisada. Como não poderia ser diferente, o contraditório deve ser instituído no processo de remoção do inventariante. Até aqui (arts. 623 a 624 do CPC/2015), não houve qualquer alteração perante o sistema anterior.

Decidindo-se pela remoção, o inventariante entregará imediatamente ao substituto os bens do espólio. No entanto, se deixar de fazê-lo, será compelido mediante mandado de busca e apreensão, no caso de bens móveis, ou de imissão na posse, no caso de bens imóveis (art. 625 do CPC/2015, equivalente ao art. 998 do CPC/1973). O novo preceito traz um aditivo que não existia no sistema anterior, qual seja a aplicação de uma multa em caso de não devolução dos bens, a ser fixada pelo juiz, em montante não superior a três por cento do valor dos bens inventariados.

Na opinião deste autor, a multa pode eventualmente ser reduzida em casos de excessos, mesmo sendo fixada judicialmente, aplicando-se o art. 413 do Código Civil de 2002, que trata do controle equitativo da cláusula penal. É a redação desse importante diploma material: "A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio".

Dando continuidade ao estudo do procedimento de inventário judicial, apresentadas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e partilha, o cônjuge, o companheiro, os herdeiros, os legatários, a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamenteiro, se o finado deixou testamento (art. 626, *caput*, do CPC/2015). A inclusão do companheiro constitui novidade considerando o que estava no art. 999, *caput*, do CPC/1973, o que vem em boa hora, pela tutela constitucional da

união estável, conforme exaustivamente pontuado nesta obra.

A citação do cônjuge, do companheiro, do herdeiro ou do legatário, pelo novo sistema, dar-se-á pelo correio (art. 626, § 1º, do CPC/2015). Assim, não se dará mais a citação por oficial de justiça, nos casos de pessoas domiciliadas na Comarca por onde corria o inventário ou que aí fossem encontradas, e por edital, com prazo de 20 e 60 dias, para todas as demais, residentes no Brasil ou no estrangeiro (art. 999, § 1º, do CPC/1973). Sem dúvida que a mudança visa à agilização dos procedimentos, demorados em muitas situações concretas, o que até já entrou para o *folclore* da prática sucessionista. Visando a ampla publicidade dos atos de inventariança, o novo sistema determina que em todas as hipóteses do procedimento sejam publicados editais.

Consigne-se que em todas as situações concretas em que não há a manifestação do herdeiro, sem que se possa concluir pela aceitação ou recusa, a jurisprudência tem admitido a nomeação de um curador especial e provisório, o que deve ser mantido com a nova legislação. Assim, concluindo, por todos:

"Citação. Edital. Inventário. Ausência de manifestação das legatárias. Comunicação havida entre as duas legatárias e a advogada do antigo testamento que não permite concluir pela aceitação ou recusa do legado por não aceitação do encargo. Necessidade de nomeação de curador especial que deve ser estendida na espécie. Art. 9.º, II, do Código de Processo Civil. Recurso provido em parte, dispensada a expedição de carta rogatória, devendo ser nomeado curador especial às legatárias citadas por edital" (TJSP, Agravo de Instrumento 315.142-4/4-São Paulo, Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Elliot Akel, j. 02.03.2004, v.u.).

Cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal debateu a constitucionalidade da norma anterior (art. 999, § 1º, do CPC/1973), especialmente pela discrepância de tratamento de herdeiro, assim concluindo, conforme o seu *Informativo* n. *523*:

"O Tribunal, por maioria, desproveu recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, e declarou a constitucionalidade do art. 999, § 1º, do CPC ["Art. 999. 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. § 1.º Citar-se-ão, conforme o disposto nos arts. 224 a 230, somente as pessoas domiciliadas na comarca por onde corre o inventário ou que aí foram encontradas; e por edital, com o prazo de 20 (vinte) a 60 (sessenta) dias, todas as demais, residentes, assim no Brasil como no estrangeiro."]. O acórdão recorrido reputara válida a citação, por edital, de herdeiro e de seu cônjuge domiciliados em comarca diversa daquela em que processado o inventário. Os recorrentes alegavam que não deveriam ter sido citados por esse modo, haja vista possuírem endereço certo, e sustentavam ofensa aos princípios da isonomia, da ampla

defesa, do contraditório e do devido processo legal no reconhecimento da constitucionalidade do referido dispositivo – v. *Informativo* n. *521*. Salientando tratar-se de dispositivo vetusto, que já constava do Código de Processo Civil anterior, entendeu-se que a citação por edital em processo de inventário seria perfeitamente factível, até mesmo para se acelerar a prestação jurisdicional. Ressaltou-se, também, que qualquer irregularidade poderia ser enfrentada nas instâncias ordinárias. Vencido o Min. Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso e assentava a inconstitucionalidade do art. 999, § 1º, do CPC, ao fundamento de que o inventário se processa sob o ângulo da jurisdição voluntária, mas, a partir do momento em que a legislação indica o necessário conhecimento de herdeiros, sabendo-se quem eles são e onde estão, a ciência não poderia ser ficta, e sim realizada por meio de carta precatória, sob pena de se colocar em segundo plano a regra segundo a qual se deve, tanto quanto possível, promover a ciência de fato quanto ao curso do processo de inventário. Vencido, também, o Min. Celso de Mello, que acompanhava a divergência, e afirmava que a citação ficta, mediante edital, teria caráter excepcional e não viabilizaria o exercício pleno do direito ao contraditório" (STF, RE 552.598/RN, Rel. Min. Menezes Direito, 08.10.2008).

Como se nota, houve divergência no julgamento na Corte Suprema Brasileira e, talvez por isso, a mudança veio em boa hora, sem qualquer diferenciação quanto à forma de citação dos interessados no inventário.

Ainda no que interessa aos procedimentos de citação, preceitua o § 2.º do art. 626 do CPC/2015 que das primeiras declarações extrair-se-ão tantas cópias quantas forem as partes, na linha exata do que estava no mesmo parágrafo do antigo art. 999. Houve alteração no parágrafo seguinte, pois a citação por oficial de justiça não é mais a regra. Antes, mencionava-se que o oficial de justiça, ao proceder à citação, entregaria um exemplar a cada parte (art. 999, § 3.º, do CPC/1973). Agora apenas se expressa que a citação por carta será acompanhada de cópia das primeiras declarações, o que igualmente facilitou o procedimento (§ 3.º do art. 626 do CPC/2015).

No que tange à Fazenda Pública, ao Ministério Público e eventual testamenteiro, incumbe ao escrivão remeter cópias dos autos (art. 626, § 4º do CPC/2015, equivalente ao art. 999, § 4.º, do CPC/1973). A última regra do mesmo modo vale para o advogado da parte que já estiver representada nos autos, visando a dar mais agilidade ao processamento do inventário.

Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de quinze dias, para se manifestarem sobre as primeiras declarações (art. 627, *caput*, do CPC/2015). O prazo foi aumentado dos dez dias anteriores, como estava na cabeça do art. 1.000 do CPC/1973. Sem qualquer alteração, conforme os incisos dos dois comandos, em casos tais, cabe à parte do processo de inventário arguir erros e omissões, reclamar contra a nomeação do inventariante e contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

Havendo impugnação quanto a erros e omissões, e julgada esta procedente,

o juiz mandará retificar as primeiras declarações (art. 627, § 1º, do CPC/2015, correspondente ao art. 1.000, parágrafo único, do CPC/1973). Se o juiz acolher o pedido de reclamação da nomeação do inventariante, nomeará outro, observada a preferência legal (art. 627, § 2º, do CPC/2015, também correspondente ao art. 1.000 parágrafo único, do CPC/1973).

Por fim, verificando o magistrado que a disputa sobre a qualidade de herdeiro demanda *produção de provas que não a documental*, o juiz remeterá a parte para as *vias ordinárias* e sobrestará, até o julgamento da ação, a entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido (art. 627, § 3º, do CPC/2015). Aqui houve uma alteração relevante perante a parte final do antigo parágrafo único do art. 1.000 do CPC/1973, que fazia menção à *matéria de alta indagação*, expressão substituída pelo termo anteriormente destacado.

Em suma, um conceito legal indeterminado, com alto grau de subjetividade, foi substituído por uma construção mais objetiva, baseada na produção de prova documental. Para o presente autor, a substituição pode trazer mais certeza e segurança para o procedimento do inventário, cabendo elogios em tal aspecto. Entretanto, por outra via, um termo mais fechado retira a possibilidade de o juiz considerar novas situações no futuro, como é comum quando se utilizam conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais. Em tal ponto, a mudança pode ser desfavorável. Somente a prática poderá demonstrar se a alteração foi boa ou ruim, tendo este autor dúvidas neste momento.

De qualquer maneira, uma situação que encontrará maior estabilidade com a mudança apontada diz respeito ao reconhecimento da união estável e à inclusão da companheira ou convivente como herdeira no inventário. Nesse contexto, pontue-se que muitos arestos das Cortes Estaduais vinham entendendo que a existência dessa união livre e informal seria uma questão de alta indagação, que deveria ser resolvida no âmbito próprio, nas citadas vias ordinárias. Por todos, cabe colacionar:

"Inventário. O caso encerra típica hipótese de questão de alta indagação, a qual deve ser solucionada em ação própria, tal como decorre do artigo 984 do CPC. O fato de a agravante receber benefício previdenciário na qualidade de companheira do falecido é insuficiente para habilitá-la como herdeira nos autos do inventário, seja porque a união estável é objeto de impugnação consistente, seja pela necessidade de se definirem os termos inicial e final da convivência, o que é dado relevante para a partilha dos bens do autor da herança. Recurso provido em parte" (TJSP, Agravo de Instrumento 0157144-23.2012.8.26.0000, Acórdão 6847896, São Paulo, Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 25.06.2013, *DJESP* 18.07.2013).

"Agravo de instrumento. Ação de inventário. Reconhecimento incidental de união estável. Impossibilidade, no caso. Questão de alta indagação. Matéria remetida às vias ordinárias. Recurso conhecido e desprovido" (TJPR, Agravo de

Instrumento 0695525-1, Londrina, Décima Primeira Câmara Cível, Rel. Juiz Conv. Antonio Domingos Ramina Junior, *DJPR* 16.12.2010, p. 389).

"Inventário. Alegação de união estável. Necessidade de ação própria. Matéria de alta indagação. Recurso improvido" (TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.137818-3, Acórdão 4648928, Guarulhos, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 18.08.2010, *DJESP* 07.10.2010).

"Agravo de instrumento. Inventário. Reconhecimento de união estável. Questão de alta indagação. Remessa às vias ordinárias. 1. O inventário é um processo com contornos próprios, não havendo como nele serem discutidas questões de alta indagação. 2. Deve a pretensa ex-companheira ajuizar a ação própria para o reconhecimento da alegada união estável constituída com o falecido para ter reconhecido o seu direito, sendo aconselhável a suspensão do processo de inventário em razão de aparentemente não existirem ascendentes e descendentes do *de cujus*, caso em que, confirmada aquela união, terá a companheira direito à totalidade da herança (art. 2.º, inc. III, da Lei 8.971/1994). 3. Nega-se provimento ao recurso" (TJMG, Proc. 1.0515.05.014147-9/0001, Piumhi, Quarta Câmara Cível, Rel. Célio César Paduani, j. 06.04.2006, v.u.).

Em regra, o presente autor sempre se filiou a essa forma de julgar, pois os elementos caracterizadores da união estável previstos pelo art. 1.723 do CC/2002 podem levantar dúvidas concretas, sendo necessária uma ação específica para o seu reconhecimento e posterior dissolução. Em reforço, muitas vezes existem dificuldades para se determinarem o início e o fim da união estável, o que é fundamental para a questão sucessória. Como é notório, esse comando civil estabelece que são requisitos essenciais da união estável a existência de um relacionamento público, contínuo e duradouro, estabelecido com o objetivo de constituição de família. Os conceitos, como se notam, são abertos, havendo grande variação de interpretação na doutrina e na jurisprudência nacionais. O tema está devidamente aprofundado em outro capítulo deste livro, que trata do tratamento do companheiro no Novo Estatuto Processual (Capítulo 14).

Todavia, este autor sempre entendeu que, se a união estável estivesse devidamente provada no feito, tal forma de julgar ficaria em xeque. A concretizar, podem ser citadas as hipóteses de existência de uma escritura pública de união estável. Com a redação do Novo CPC, não restam dúvidas de que a inclusão da companheira deve ser imediata em situações tais, sem a necessidade de debate nas vias ordinárias. Seguindo esse entendimento, da jurisprudência anterior:

"Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que remete as partes às vias ordinárias para alcançar o reconhecimento de união estável havida com o *de cujus*. Inadequação. Farta prova documental da convivência e ausência de

contrariedade dos herdeiros. Questão que não se configura como de alta indagação. Inteligência do art. 984 do Código de Processo Civil. Decisão reformada. Recurso provido" (TJPR, Agravo de Instrumento 0790238-5, Londrina, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Clayton Camargo, *DJPR* 06.10.2011, p. 524).

"Agravo de instrumento. Inventário. Insurgência da agravante contra a decisão que houve por alta indagação os pedidos por ela formulados, de meação, participação na herança e direito real de habitação. União estável é fato e como tal satisfatoriamente comprovado nos autos, por escritura pública outorgada pelo falecido, pela sociedade igualitária na compra de imóvel, igualmente constante de escritura pública e pela declaração de óbito feita pela agravante junto ao cartório civil. Necessidade de interpretar a dicção alta indagação com o sentido voltado para os princípios jurídicos e a realidade da vida. Questões decorrentes, como meação, direito sucessório e direito real de moradia, devem, à evidência, ser resolvidas pelo juiz do inventário, por serem exclusivamente de direito. Agravo provido em parte para afastar a existência de questão de alta indagação e devolver a solução das questões jurídicas suscitadas ao juiz do inventário" (TJSP, Agravo de Instrumento 0124334-63.2010.8.26.0000, Acórdão 4938338, Nona Câmara de Direito Privado, São Paulo, Rel. Des. João Carlos Garcia, j. 24.08.2010, *DJESP* 01.03.2011).

"Agravo de instrumento. Inventário. Reconhecimento de união estável. Ausente questão de alta indagação. Situação incontroversa. Fartamente comprovada por documentos, a união estável havida entre a agravante e o falecido, não há razão para a remessa da discussão às vias ordinárias. Deram provimento" (TJRS, Agravo de Instrumento 70037325495, São Leopoldo, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. 28.10.2010, *DJERS* 08.11.2010).

Em outro exemplo que pode ser citado, para a devida confrontação prática entre o CPC/2015 e o CPC/1973, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que era questão de alta indagação a discussão a respeito da existência de dívidas com empregada do casal envolvido. Vejamos a ementa do julgado: "A dívida com a empregada não é do espólio, sendo que a cessão de crédito e as dívidas representadas por notas promissórias, bem como as decorrentes do fornecimento de alimentação, constituem questões de alta indagação, devendo tal discussão ter lugar nas vias ordinárias. Recurso provido em parte" (TJRS, Processo 70011748951, Lagoa Vermelha, Sétima Câmara Cível, Juiz Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 10.08.2005). Fez o mesmo aquele pioneiro Tribunal Gaúcho quanto às dívidas médicas relacionadas com o falecido e o seu funeral:

"Inventário. Habilitação de crédito. Despesas médicas com o inventariado. Discordância. 1. Basta que não se verifique a concordância de um dos herdeiros

apenas quanto ao crédito a ser habilitado, para que as partes sejam remetidas às vias ordinárias, mesmo que se trate de despesas médicas ou até funerárias com o inventariado. 2. A impugnação não necessita de maior fundamentação, pois a discussão deve ter lugar nas vias ordinárias, constituindo questão de alta indagação a ser solvida. Inteligência do art. 1.997, § 1.º, do CC, e art. 1.018 do CPC. Recurso do espólio provido em parte e desprovido o dos credores" (TJRS, Processo 70010714004, Porto Alegre, Sétima Câmara Cível, Juiz Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 18.05.2005).

Pela mudança do texto processual, nos casos expostos, basta a existência de uma dívida líquida – certa quanto à existência e determinada quanto ao valor –, que está vencida e provada documentalmente para que haja a inclusão como herdeiro ou interessado nos autos do inventário. A propósito, pontue-se que os dois últimos casos, como se pode perceber, envolvem habilitação de crédito no inventário, realizada por terceiro, o que é plenamente possível, sendo o caso típico o relacionado com o credor que deseja receber o que lhe é devido.

Partindo para outra concreção, como se extrai de aresto do Superior Tribunal de Justiça, "as questões de fato e de direito atinentes à herança devem ser resolvidas pelo juízo do inventário, salvo as exceções previstas em lei, como as matérias de 'alta indagação' referidas no art. 984, CPC, e as ações reais imobiliárias ou as em que o espólio for autor. Com essas ressalvas, o foro sucessório assume caráter universal, tal como o juízo falimentar, devendo, nele, ser solucionadas as pendências entre os herdeiros. O ajuizamento de ação de rito ordinário, por um herdeiro contra o outro, cobrando o aluguel pelo tempo de ocupação de um dos bens deixados em testamento pelo falecido, contraria o princípio da universalidade do juízo do inventário, afirmada no art. 984 do Código de Processo Civil, uma vez não se tratar de questão a demandar 'alta indagação' ou a depender de 'outras provas', mas de matéria típica do inventário, que, como cediço, é o procedimento apropriado para proceder-se à relação, descrição e avaliação dos bens deixados pelo falecido. Eventual crédito da herdeira pelo uso privativo da propriedade comum deve ser aventado nos autos do inventário, para compensar-se na posterior partilha do patrimônio líquido do espólio. O ajuizamento de ação autônoma para esse fim não tem necessidade para o autor, que se vê, assim, sem interesse de agir, uma das condições da ação, que se perfaz com a conjugação da utilidade e da necessidade" (STJ, REsp 190.436/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21.06.2001, *DJ* 10.09.2001, p. 392). Em todos os casos citados no *decisium*, agora, havendo prova documental, é plenamente possível a inclusão do interesse na inventariança.

A aludida habilitação de crédito daquele que foi preterido na herança consta do art. 628 do CPC/2015, dispositivo que deve ser confrontado com o art. 1.001 do CPC/1973, seu correspondente, conforme tabela a seguir:

Novo Código de Processo Civil	Código Process Civil Anteri
“Art. 628. Aquele que se julgar preterido poderá demandar sua admissão no inventário, requerendo-a antes da	“Art. 1.0(Aquele qu se julgar preterido poderá demandar sua admis

partilha.

§ 1º Ouvidas as partes no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz decidirá.

§ 2º Se para solução da questão for necessária a produção de provas que não a documental, o juiz

no inventário requerend antes da partilha. Ouvidas a partes no prazo de (dez) dias juiz decid Se não acolher o pedido, remeterá requerent para os meios ordinários

remeterá o requerente às vias ordinárias, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.”

mandando reservar, poder do inventaria o quinhão herdeiro excluído a que se decida o litígio.”

De início, nota-se que o novo comando é mais bem organizado, com dois parágrafos bem separados, e não mais com todas as regras concentradas em um mesmo preceito. Além disso, o prazo para a manifestação dos interessados sobre a habilitação de crédito, seguindo a linha de outros diplomas do mesmo Código de Processo Civil, foi aumentado de dez para quinze dias.

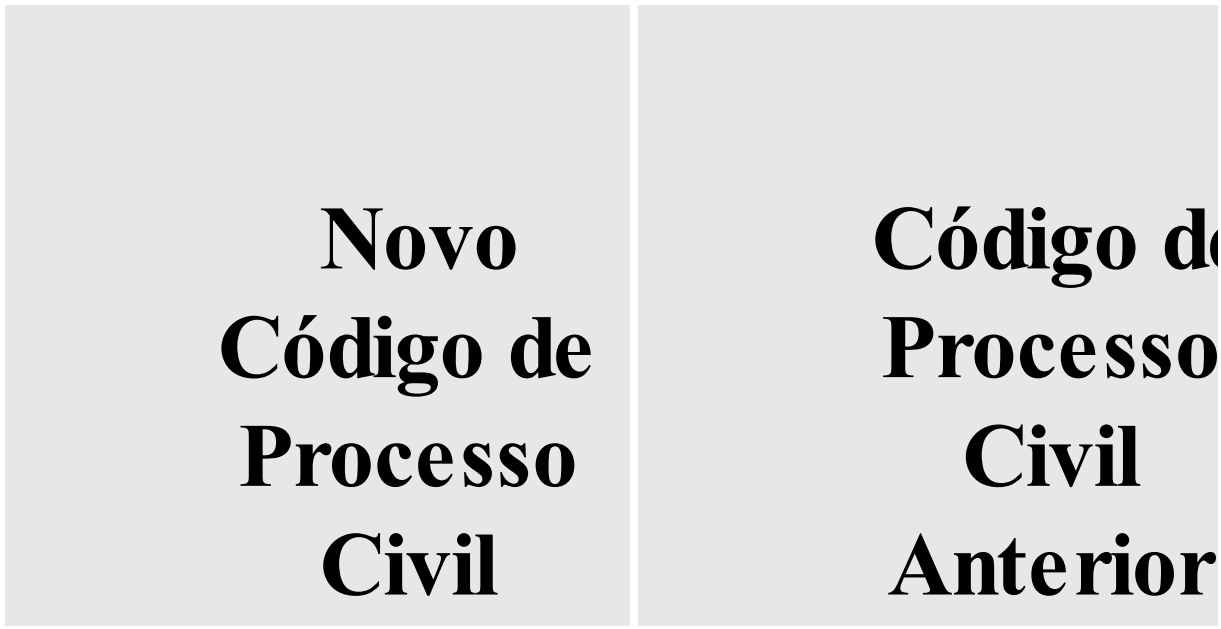
Ademais, anteriormente estabelecia a norma processual que, se o pedido de inclusão não fosse acolhido – e esse acolhimento ou não era atribuído aos

herdeiros –, a questão seria remetida para as vias ordinárias. Agora esse poder de impugnação foi praticamente retirado do sistema, prevendo a nova norma que, se para solução da questão for necessária a *produção de provas que não a documental*, o juiz remeterá o requerente para as vias ordinárias.

Sem qualquer alteração, em casos tais continua sendo possível que o juiz mande reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio remetido para as vias comuns.

Para o presente autor, o dispositivo continuará a ser aplicado para a companheira que não foi incluída no inventário, conforme apontava a doutrina especializada.[21] Consigne-se que esse também era o entendimento jurisprudencial, a ser mantido com o Novo CPC (ver, por todos: STJ, REsp 310.904/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini, j. 22.02.2005, *DJU* 28.03.2005, p. 258; TJRS, Agravo de Instrumento 501239-55.2012.8.21.7000, Porto Alegre, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 28.02.2013, *DJERS* 06.03.2013; TJMG, Agravo de Instrumento 1.0024.10.149948-1/001, Rel. Des. Sandra Fonseca, j. 31.07.2012, *DJEMG* 10/08/2012; e TJSP, Agravo de Instrumento 599.873.4/2, Acórdão 3364476, Socorro, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. 19.11.2008, *DJESP* 12.12.2008). O que muda é a análise da impugnação para a remessa às vias ordinárias. Havendo prova documental que ateste a existência da união estável, a habilitação deve ser deferida imediatamente.

Nesse ponto, cabe fazer mais uma confrontação entre os arts. 612 do CPC/2015 e o 984 do CPC/2015, para verificar como deve ser guiado o juiz no processo de inventário, presente outra alteração significativa:



“Art. 612. O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias

“Art. 984. O juiz decidi todas as questões de direito e também as questões de fato, quand este se achar provado po documento, só remetendo para os meios ordinários as que

ordinárias as questões que dependerem de outras provas.”

demandare alta indagação ou dependerer de outras provas.”

Como primeira mudança, nota-se que o texto inicial ficou mais claro, pois são mencionadas as *questões de direito com fatos relevantes que estejam provados por documentos*, e não mais *questões de direito e de fato provadas por documentos*, totalmente desconectadas. Em relação à remessa às vias ordinárias, agora isso somente ocorrerá se houver dependência de outras provas, que não a documental, caso da oitiva de testemunhas. Não há mais previsão quanto às questões de alta indagação, termo indeterminado que foi retirado do sistema processual. Reitere-se que somente a prática terá condão de demonstrar se a mudança foi boa ou não.

Encerrando essa fase, enuncia o art. 629 do Novo Código de Processo que a Fazenda Pública, no prazo de quinze dias, após a vista para a manifestação quanto às primeiras declarações, informará ao juízo, de acordo com os dados que constam de seu cadastro imobiliário, o valor dos bens de raiz descritos nas primeiras declarações. A única modificação, perante o art. 1.002 do CPC/1973, é a redução do prazo de vinte para quinze dias, em uniformidade com outros preceitos relativos ao processo de inventário.

Depois dessa previsão, o Novo Estatuto Processual continua a seguir o exemplo do anterior, trazendo regras quanto à avaliação dos bens e ao cálculo do imposto (arts. 630 a 638 do CPC/2015, equivalente aos arts. 1.003 a 1.013 do CPC/1973).

A primeira delas estatui que, findo o prazo de quinze dias para a manifestação quanto às primeiras declarações – prazo que era de dez dias no sistema anterior, repise-se –, e não havendo qualquer impugnação ou já decidida

a que tiver sido oposta, o juiz nomeará um perito para avaliar os bens do espólio se não houver na comarca avaliador judicial (art. 630, *caput*, do CPC/2015, corresponde ao art. 1.003, *caput*, do CPC/1973). Anotavam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, com razão, que essa avaliação seria dispensada, do ponto de vista fiscal, "quando já há prova do valor dos bens cadastrados pelo poder público municipal para fim de cobrança de IPTU".[22] Imaginamos que esse entendimento será mantido com o Novo CPC, que procurou agilizar os procedimentos judiciais.

Determina a norma, ainda, que, nos casos envolvendo estabelecimento empresarial, o juiz nomeará um perito para avaliação das quotas e apuração de haveres (art. 630, parágrafo único, do CPC/2015). Não há mais menção ao contador, como estava no parágrafo do antigo art. 1.003, pois o *expert* pode até ser de outra área do conhecimento. Também melhor tecnicamente, fala-se em *avaliação das quotas*, e não mais em *levantamento do balanço*.

No que diz respeito aos procedimentos da avaliação, o perito deve seguir, no que forem aplicáveis, as regras previstas nos atuais arts. 872 e 873 do CPC/2015. É o que determina o art. 631 do Novo Estatuto Processual, equivalente ao antigo art. 1.004 do antigo CPC, com referência aos seus arts. 681 a 683. Vejamos as regras mencionadas nesse último dispositivo processual, devidamente confrontadas com a norma anterior.

Conforme o novel art. 872, a avaliação realizada pelo oficial de justiça constará de vistoria e de laudo anexados ao auto de penhora ou, em caso de perícia efetuada por avaliador, de laudo apresentado no prazo fixado pelo juiz, devendo-se, em qualquer hipótese, especificar: *a)* os bens, com as suas características, e o estado em que se encontram; *b)* o valor dos bens. Insta verificar que a norma atual manda aplicar a regra relativa à avaliação feita por oficial de justiça, o que não ocorria no passado, pois esta estava prevista no antigo art. 680, que não era mencionado pelo anterior art. 1.004. Quanto aos requisitos do laudo, são os mesmos que já estavam no art. 681, *caput*, do CPC anterior.

O § 1º do art. 872 do CPC/2015 estabelece que, quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, a avaliação, tendo em conta o crédito reclamado, será realizada em partes, sugerindo-se, com a apresentação de memorial descritivo, os possíveis desmembramentos para alienação. A única mudança perante o art. 681, parágrafo único, do CPC/1973 é a expressão do memorial descritivo, que já era considerado anteriormente, na prática sucessionista. Efetivada a avaliação e, sendo o caso, apresentada a proposta de desmembramento, as partes serão ouvidas no prazo de cinco dias (art. 872, § 2º, do CPC/2015). A inclusão desse curto lapso é novidade no sistema, com os bons fins de agilizar o procedimento, mais uma vez.

Outra mudança a ser pontuada é que foi retirada a menção aos títulos da dívida pública, de ações de sociedades e de títulos de crédito negociáveis em bolsa. Previa o antigo art. 682 do CPC/1973 que o valor a ser fixado seria o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial. Essa

regra não se aplica mais ao inventário. Ademais, muito ao contrário, diante de dúvidas quanto ao seu valor real e para todos os casos, o Estatuto Processual emergente passou a dispor, em seu art. 871, inciso II, que não se procederá à avaliação quando se tratar de títulos ou de mercadorias que tenham cotação em bolsa, comprovada por certidão ou publicação no órgão oficial.

Como o perito-avaliador é dotado de fé pública, a regra é a não repetição da avaliação. Entretanto, essa premissa comporta exceções, pois o art. 873 do Novo CPC, equivalente ao art. 683 do CPC anterior, trata da possibilidade de reiteração do estudo quando: *a)* se provar erro ou dolo do avaliador; *b)* se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição do valor dos bens; *c)* houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem. Em sentido quase semelhante, aliás, era art. 1.010 do CPC/1973, quanto ao inventário, norma que não foi repetida, por desnecessidade.

Também não foi repetida a premissa fixada no art. 1.005 do CPC/1973, segundo o qual o herdeiro que requeresse, durante a avaliação, a presença do juiz e do escrivão, pagaria as despesas da diligência. Pela retirada da regra em questão, parece que não será mais possível ao herdeiro fazer essa exigência o que, aliás, nunca foi usual.

Não se expedirá carta precatória para a avaliação de bens situados fora da Comarca por onde corre o inventário, se eles forem de pequeno valor ou perfeitamente conhecidos do perito nomeado (art. 632 do CPC/2015, repetição do art. 1.006 do CPC/1973). A norma tem a sua razão de ser, visando a uma maior agilidade ao processo de inventário, eis que, na grande maioria das vezes, as partes ou herdeiros estão muito ansiosos pelo seu fim. Em razão do pequeno valor, a demorada expedição da precatória traria mais ônus que benefícios aos interessados. A análise do que seja bem de pequeno valor deve ser feita caso a caso, considerando também o patrimônio objeto da sucessão.

Também visando à facilitação e à agilidade do procedimento, preconiza o art. 633 do CPC/2015 – sem mudanças quanto ao art. 1.007 do CPC/1973 – que, sendo capazes todas as partes, não se procederá à avaliação se a Fazenda Pública concordar expressamente com o valor atribuído, nas primeiras declarações, aos bens do espólio. Se os herdeiros concordarem com o valor dos bens declarados pela Fazenda Pública, a avaliação cingir-se-á aos demais, no caso, aos bens móveis (art. 634 do CPC/2015, reprodução literal do art. 1.008 do CPC).

Entregue o laudo de avaliação, o juiz mandará que sobre ele se manifestem as partes no prazo de quinze dias, que correrá em cartório (art. 635, *caput*, do Novo CPC). Mais uma vez, o prazo foi aumentado, sendo de dez dias na *cabeça* do antigo art. 1.009 do CPC/1973. Consigne-se que é bem comum que as partes envolvidas com o inventário requeiram esclarecimentos ao perito avaliador. Os parágrafos do comando legal continuam a trazer outros detalhamentos importantes.

Em primeiro lugar, havendo impugnação quanto ao valor atribuído aos bens pelo perito, o juiz a decidirá de plano, à vista do que constar dos autos (art. 635, §

1º, do CPC/2015 e art. 1.009, § 1.º, do CPC/1973). Julgando procedente a impugnação, determinará o juiz que o perito retifique a avaliação, observando os fundamentos da decisão (art. 635, § 2º, do CPC/2015 art. 1.009, § 2.º, do CPC/1973). Em tais diplomas, também não houve qualquer mudança.

O mesmo deve ser dito quanto ao art. 636 do Novo Estatuto, segundo o qual, sendo aceito o laudo pelas partes, ou sendo resolvidas as impugnações suscitadas a seu respeito, lavrar-se-á em seguida o termo de últimas declarações, no qual o inventariante poderá emendar, aditar ou completar as primeiras. O comando equivale ao art. 1.011 do CPC/1973, igualmente sem alterações.

Ouvidas as partes sobre as últimas declarações no prazo comum de quinze dias, proceder-se-á ao cálculo do tributo, que varia de acordo com a legislação específica de cada Estado (art. 637 do CPC/2015). Duas foram as modificações, perante o art. 1.012 do CPC/1973. Primeiro, o prazo foi aumentado de dez para quinze dias. Segundo, substituiu-se a expressão *imposto* por *tributo*, melhor tecnicamente empregado, na nossa opinião.

Não se pode esquecer, o que ainda terá aplicação e na linha da Súmula 112 do Supremo Tribunal Federal, que o imposto de transmissão *causa mortis* é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão, ou seja, da morte do *de cujus*. Trata-se de decorrência natural do *droit de saisine*, regra segundo a qual, com a abertura da sucessão, transmitem-se os bens para os herdeiros do falecido.

A encerrar essa fase, feito o cálculo, sobre ele serão ouvidas todas as partes no prazo comum de cinco dias, que correrá em cartório e, em seguida, a Fazenda Pública (art. 638 do CPC/2015 e art. 1.013 do CPC/1973). Se houver impugnação julgada procedente, ordenará o juiz novamente a remessa dos autos ao contabilista ou contador, determinando as alterações que devam ser feitas no cálculo. Cumprido o despacho, o juiz julgará o cálculo do imposto. Após, seguem o recolhimento de imposto e das custas e a partilha, que ainda será estudada neste capítulo. Em relação aos dois comandos, não houve qualquer alteração, inclusive quanto ao prazo de cinco dias.

Para encerrar o estudo do inventário judicial pelo rito comum, note-se que, em razão de lei especial (art. 1.º da Lei n. 6.858/1980, e art. 1.º, parágrafo único, inciso I, do Decreto n. 85.845/1981), o pagamento dos valores devidos ao empregado é feito aos sucessores independentemente de inventário ou arrolamento. Em suma, tratando-se de verbas trabalhistas, os valores podem ser partilhados entre os herdeiros diretamente pelo juízo do Trabalho, independentemente do inventário na esfera cível. Não houve qualquer mudança quanto a tal regra em face do Novo CPC, continuando ela a ter plena subsunção.

b) Inventário judicial pelo rito sumário

Quanto ao *arrolamento sumário*, é primaz a confrontação entre o art. 659 do CPC/2015 e o art. 1.031 do CPC/1973, o último com a nova redação dada pela anterior Lei 11.441/2007. Vejamos a tabela comparativa:

Novo Código de Processo Civil	Código Proces Civil An
“Art. 659. A partilha amigável,	“Art. 1.0 A partilh amigável celebrad entre par capazes, termos d 2.015 da nº 10.40 10 de jar

celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 660 a 663.	de 2002 Código será homolog de plano juiz, med a prova quitação tributos relativos bens do espólio suas renc com observâr dos arts. 1.032 a desta Le

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, também, ao pedido de adjudicação, quando houver herdeiro único.	§ 1º O disposto artigo ap se, tambe ao pedid adjudica quando houver herdeiro único.
§ 2º Transitada em julgado a sentença de	

homologação de partilha ou de adjudicação, será lavrado o formal de partilha ou elaborada a carta de adjudicação e, em seguida, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e às rendas por ele abrangidos,

§ 2º Transitad julgado a sentença homolog de partil adjudica o respec formal, b como os alvarás referente bens por abrangid só serão expedid

intimando-se o fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária, nos termos do § 2º do art. 662.”

entregues partes ap comprov verificad pela Faz Pública, pagamen todos os tributos.’

Começando pelo dispositivo anterior, como o art. 1.031 fazia remissão ao art. 1.773 do Código Civil de 1916, a Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, apenas alterou sua redação para que se mencionasse o artigo correspondente, qual seja,

o art. 2.015 do Código Civil de 2002. Frise-se que não houve mudança no conteúdo da norma, mas simples adequação ao atual Código Civil. Estabelece o art. 2.015 do CC/2002 que, "Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz". No entanto, o Novo CPC não faz mais menção a esse dispositivo civil, o que não prejudica a sua incidência. No mais, os arts. 660 a 663 agora referidos, que tratam especificamente do arrolamento sumário, equivalem aos antigos arts. 1.032 a 1.035.

Como bem ensinam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, o *arrolamento sumário* é uma forma abreviada de inventário e partilha de bens, havendo concordância de todos os herdeiros, desde que maiores e capazes. Observam os juristas que, aqui, não importam os valores dos bens a serem partilhados.[23] Ainda em sede doutrinária, de acordo com Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho, trata-se de "um procedimento judicial simplificado de inventário e partilha e ocorre quando as partes são capazes e podem transigir, estiverem representadas e acordarem sobre a partilha dos bens, qualquer que seja o valor (arts. 1.031/1.035 do CPC). Os herdeiros apresentam o plano de partilha ao juiz que somente o homologa, em um procedimento de jurisdição voluntária, portanto não decide".[24] Em suma, pode-se dizer que o seu fator predominante é justamente o acordo entre as partes envolvidas e a sua capacidade plena.

Para encerrar a confrontação constante da última tabela, podem ser percebidas algumas alterações no § 2º do novo comando instrumental. O antigo art. 1.031 do CPC/1973 estabelecia que, transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só seriam expedidos e entregues às partes após a comprovação, constatada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos. Pelo novel diploma, transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, será lavrado o formal de partilha ou elaborada a carta de adjudicação.

Em seguida, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e rendas por ele abrangidos, intimando-se o fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária. Em suma, parece-nos que pela nova norma os documentos mencionados são expedidos antes mesmo da verificação pelo Fisco, cabendo a sua entrega se tudo estiver pago conforme a legislação tributária.

O procedimento, como o próprio nome já diz, é *sumário*, visando a uma maior celeridade na partilha de bens. Para o presente autor, a nomenclatura deve ser mantida com o Novo CPC, mesmo tendo sido abolido o procedimento sumário pela nova legislação instrumental. Tanto isso é verdade que o art. 660 utiliza a expressão destacada. Nos termos desse preceito, a demonstrar esse intuito célere, os herdeiros, na inicial: *a)* requererão ao juiz a nomeação do inventariante que designarem; *b)* declararão os títulos dos herdeiros e os bens do

espólio; *c)* atribuirão o valor dos bens do espólio, para fins de partilha. Não houve qualquer mudança perante o art. 1.032 do *Codex* anterior, seu correspondente.

Em regra, o arrolamento sumário não comporta a avaliação de bens do espólio para qualquer finalidade (art. 661 do CPC/2015 e art. 1.033 do CPC/1973). A única ressalva feita pelos dispositivos refere-se à avaliação da reserva de bens (art. 663 do CPC/2015 e art. 1.035 do CPC/1973). Aqui, novamente, tudo sem mudanças.

Também visando a uma maior simplicidade ou facilitação, no arrolamento sumário 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, o que é incompatível com a agilidade buscada pelo rito (art. 662, *caput*, do CPC/2015 e art. 1.034, *caput*, do CPC/1973).

A taxa judiciária, se devida, será calculada com base no valor atribuído pelos herdeiros, cabendo ao Fisco, se apurar em processo administrativo valor diverso do estimado, exigir a eventual diferença pelos meios adequados ao lançamento de créditos tributários em geral (art. 662, § 1º, do CPC/2015; art. 1.034, § 1º, do CPC/1973). 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 (art. 662, § 2º, do CPC/2015 e art. 1.034, § 2.º, do CPC/1973).

Por fim, encerrando os procedimentos, determina o art. 663 do Novo Estatuto Processual que a existência de credores do espólio não impedirá a homologação da partilha ou da adjudicação, se forem reservados bens suficientes para o pagamento da dívida. Essa *reserva de bens* será realizada pelo valor estimado pelas partes, salvo se o credor, regularmente notificado, impugnar a estimativa. Nesse último caso, é que deverá ser executada a única forma de avaliação admitida no arrolamento sumário. A exemplo de todas as outras regras, não houve qualquer mudança, perante o antigo art. 1.035 do antigo Código de Processo Civil.

c) Inventário judicial pelo rito do arrolamento comum

Assim como fizemos com o estudo da modalidade anterior de arrolamento, para a presente categoria é fundamental confrontar os arts. 664 do CPC/2015 e o art. 1.036 do CPC/1973:

Novo Código de	**Ant**

Processo Civil	Pr
“Art. 664. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos, o inventário processar-se-á na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante	“Art Qua dos espó ou i (dua Obr Tesc – O inve proc form arro cabe inve

nomeado, independentemente de assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição de valor aos bens do espólio e o plano da partilha.

nom
inde
da a
term
com
apre
suas
a atr
valo
espó
da p
(Rec
pela
de 3

§ 1º
das

§ 1º Se qualquer das partes ou o Ministério Público impugnar a estimativa, o juiz nomeará avaliador, que oferecerá laudo em 10 (dez) dias.

§ 2º Apresentado o laudo, o juiz, em audiência que designar,

Min
impu
estir
nom
aval
ofer
em 1
(Inc
nº 7.
31.8

§ 2º
o lau
audi
desi
delil

deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas.

part
de p
recl
man
as d
impu
(Inc
nº 7.
31.8

§ 3º Lavrar-se-á de tudo um só termo, assinado pelo juiz, pelo inventariante e pelas partes presentes ou por

§ 3º
de tu
term
pelo
part
(Inc
nº 7.

seus advogados.

§ 4º Aplicam-se a essa espécie de arrolamento, no que couber, as disposições do art. 672, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da

31.8

§ 4º
esta
arro
que
disp
1.03
pará
rela
lanç
paga
quit
judi
impo
trans
prop

propriedade dos bens do espólio.	bens (Incl nº 7. 31.8
§ 5º Provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha.”	§ 5º quita tribu aos espó rend julga (Incl nº 7. 31.8

Em relação ao parâmetro de valor dos bens para o *arrolamento comum*, reafirme-se que o Novo Código de Processo Civil constitui um notável avanço.

Isso porque a lei anterior utilizava o montante correspondente a 2.000 Obrigações do Tesouro Nacional (OTN). Cabia e continua cabendo ao inventariante nomeado, independentemente da assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano da partilha. Como se pode perceber, essa forma de arrolamento não leva em conta eventual acordo entre as partes interessadas capazes, como é no arrolamento sumário, mas sim o valor dos bens inventariados.

Sobre o *malfadado* valor de 2.000 OTN (Obrigações do Tesouro Nacional), tendo em vista a extinção do indexador pela Lei 7.730/1989, sua quantificação em moeda nacional corrente sempre foi conturbada. O índice anterior sempre se revelou inadequado e defasado, sendo praticamente impossível saber o valor exato, como pontuavam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, já propondo, anteriormente, a mudança desse parâmetro para 500 salários mínimos.[25] Para os juristas citados, no ano de 2009, se seguida a Tabela de atualização do Tribunal de Justiça de São Paulo, o valor de 2.000 OTN corresponderia a cerca de R$ 38.826,41 (trinta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e quarenta e um centavos).[26]

Com o fim de demonstrar a divergência anterior sobre tal intricado cálculo, Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho chegavam a outros montantes. Levando em conta as informações constantes do *site* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ponderavam que, "por simples operação aritmética, uma OTN, com inclusão dos expurgos, possui o valor de 35,305. Sem expurgos, valor 11,2314. Logo, 2.000 OTNS (que substituem as ORTNS) com inclusão dos expurgos inflacionários totalizam R$70.610,00 (setenta mil, seiscentos e dez reais), valores que devem ser considerados para autorizar o inventário na forma de arrolamento sumário, por melhor se aproximar da inflação real do período e dos valores que corresponderiam a duzentos salários mínimos, fixados antes das modificações promovidas pela Lei 7.019, de 31 de agosto de 1982. Considerando-se a OTN sem os expurgos inflacionários, o valor de 2.000 OTNs seria reduzido sensivelmente a R$22.462,80; valor insignificante para fins de direitos sucessórios".[27]

Diante das enormes dificuldades dos cálculos, em boa hora, o novo Código de Processo Civil corrigiu tal forma de cálculo, adotando o parâmetro de mil salários mínimos, conforme se depreende da tabela exposta. Diante desse grande avanço, espera-se que o arrolamento sumário atinja a efetividade prática não alcançada na prática do Direito das Sucessões no Brasil.

Aprofundando os procedimentos, se qualquer das partes ou o Ministério Público impugnar a estimativa anteriormente realizada pelo inventariante, o juiz nomeará avaliador que oferecerá laudo em dez dias (art. 664, § 1º, do CPC/2015 e art. 1.036, § 1.º, do CPC/1973). O que se percebe é que a elaboração desse laudo diferencia o arrolamento comum do arrolamento sumário.

Apresentado o laudo, o juiz, em audiência que designar, deliberará sobre a

partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas (art. 664, § 2º, do CPC/2015 e art. 1.036, § 2.º, do CPC/1973). Lavrar-se-á de tudo um só termo, assinado pelo juiz, pelo inventariante e pelas partes presentes (art. 664, § 3º, do CPC/2015). A menção à assinatura do inventariante é novidade, pois não constava do art. 1.036, § 2.º, do CPC/1973; formalidade que deve ser observada a partir da vigência do Novo CPC.

Podem ser aplicadas ao arrolamento comum, eventualmente, as disposições antes analisadas previstas no art. 672 do CPC/2015, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio. É o que preconiza o § 4º do art. 664 da novel norma instrumental, reproduzindo o mesmo parágrafo do antigo art. 1.036 do CPC/1973. As normas em questão aproximam as duas formas de arrolamento.

Por fim, quanto aos procedimentos, provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha (art. 664, § 5º, do CPC/2015 e art. 1.036, § 5.º, do CPC/1973). Como outra novidade a ser pontuada, o Novo CPC passa a dispor, em seu art. 665, que será possível o caminho do arrolamento comum para o inventário, ainda que haja incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público. O comando parece introduzir alternativa para um procedimento abreviado para casos de menores, caso seja seguida a literalidade de vedação para o inventário extrajudicial, tema que passa a ser analisado.

d) Inventário extrajudicial ou por via administrativa

Conforme ressaltado no início do presente capítulo, com a edição da Lei 11.441/2007, o art. 982 da antiga Norma Processual recebeu nova redação, atualizada posteriormente com a Lei 11.965/2009, com a introdução do inventário extrajudicial. O antigo comando foi repetido pelo art. 610 do CPC/2015, cuja transcrição é primaz, mais uma vez, para os devidos fins didáticos e de aprofundamento:

"Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial;
§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.
§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial".

Como visto, infelizmente, não há mais menção à possibilidade de gratuidade para o inventário, como estava no antigo § 2º do art. 982 do CPC/1973. Entretanto, reafirme-se a sua viabilidade, pelos argumentos aqui antes aduzidos, no início do capítulo.

Pois bem, os principais objetivos da Lei 11.441/2007 – reafirmados pelo Novo CPC – foram as reduções de burocracias e de formalidades para os atos de transmissão hereditária, bem como a celeridade, na linha da tendência atual de *desjudicialização* das contendas e dos pleitos. Assim como ocorreu com o divórcio extrajudicial, a lei de 2007 foi concisa e trouxe muito pouco a respeito do assunto, cabendo à doutrina e à jurisprudência sanar as dúvidas decorrentes desses institutos.

No sistema anterior, a ser mantido com o *Novo Codex*, com o intuito de facilitar a prática dos inventários extrajudiciais, a Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelou-se de grande importância para a compreensão desse novo instituto. Vejamos os seus aspectos principais, de forma detalhada.

De início, é livre a escolha do tabelião para lavrar a escritura de inventário, não havendo competência territorial para tanto (art. 1º da Resolução 35 do CNJ). E não poderia ser diferente, pelo fato de não existir a citada competência territorial para a lavratura de escrituras públicas no País. Esse entendimento, sem dúvida, deve ser mantido com o Novo CPC.

O inventário extrajudicial não é obrigatório, mas facultativo. Pode ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de trinta dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial (art. 2.º da Resolução 35 do CNJ). Concluindo pela não obrigatoriedade do inventário extrajudicial, cabe trazer à colação, da jurisprudência, na linha principiológica adotada pelo Novo Estatuto Processual:

"Apelação cível. Abertura de inventário. Presença do interesse de agir. Herdeiros necessários, capazes e concordes. Determinação do uso da via extrajudicial com extinção do processo por falta de interesse de agir. Faculdade dos interessados. Art. 1º da Lei 11.441/2007 do CPC. Sentença anulada. Recurso provido. A Lei 11.441/2007, que alterou o art. 982 do CPC, tão somente facultou a utilização do procedimento extrajudicial para o inventário, não tornando obrigatório o uso daquela via para o inventário quando todos forem capazes e concordes. A via administrativa é uma opção e uma faculdade dos interessados, não uma obrigação. Assim, não há falar em falta de interesse de agir quando todos os herdeiros, de comum acordo, optam pela via judicial para processamento do inventário, devendo o feito ter seu curso natural perante o juízo *a quo*. Recurso conhecido e provido para tornar insubsistente a sentença e determinar o prosseguimento do processo" (TJMS, Apelação Cível 2011.019812-7/0000-00, Paranaíba, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, *DJEMS* 21.07.2011, p. 31).

"Apelação cível. Inventário cumulado com adjudicação. Extinção do feito, por carência de ação. Lei 11.441/2007. Opção das partes, mediante requisitos, para realização do inventário na via judicial ou fora dele. A Lei 11.441, de 2007, que deu nova redação ao art. 982 do CPC, confere faculdade às partes de

promoverem o inventário na via judicial ou por escritura pública, se não houver testamento e interessado incapaz, estando todos herdeiros e interessados concordes e representados por advogado. Assim, não pode o juízo extinguir a ação proposta para determinar às partes a realização do inventário extrajudicial. Sentença desconstituída para prosseguimento do inventário. Apelação parcialmente provida" (TJRS, Apelação Cível 242983-40.2011.8.21.7000, Candelária, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 19.10.2011, *DJERS* 26.10.2011).

"Arrolamento de bens. Procedimento extrajudicial. Faculdade da parte. 1. O ordenamento jurídico faculta, às partes, realizarem inventário extrajudicial, desde que observados os requisitos estabelecidos em Lei. Todavia, não impõe sua observância e quiçá veda a realização do inventário judicial. Assim, tendo a parte escolhido a via judicial, impõe-se a cassação da sentença que extinguiu o feito. 2. Recurso provido" (TJMG, Apelação Cível 0034496-07.2010.8.13.0151, Cássia, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Vieira de Brito, j. 31.03.2011, *DJEMG* 20.07.2011).

Seguindo no estudo da Resolução 35 do CNJ, as escrituras públicas de inventário não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para a promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (art. 3º da Resolução 35 do CNJ). Nesse contexto, com a escritura pública é possível realizar a transferência dos imóveis do falecido, bem como de ações nominais, valores depositados em contas bancárias e veículos de sua propriedade. Sobre os bens móveis, o Colégio Notarial do Brasil aprovou claro enunciado em seu *XIX Congresso Brasileiro*, realizado em 2014, estabelecendo que "os arts. 982 do CPC e 3º da Resolução 35 do CNJ referem-se inclusive aos bens móveis, de forma que as instituições financeiras devem acatar as escrituras públicas para fins de levantamento de valores, bem como a solicitação dos tabeliães de notas para expedir extrato de contas correntes de titularidade do *de cujus*". Espera-se que todas essas premissas sejam mantidas no futuro, na vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Confirmando a desnecessidade de qualquer homologação judicial, aresto do Tribunal de Minas Gerais aduziu que, "com o advento da Lei Federal 11.441/2007, que alterou dispositivos do CPC, passou-se a admitir a realização de inventário e partilha por via administrativa, sede em que se prescinde da homologação judicial" (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0708.11.002240-5/001, Rel. Des. Corrêa Junior, j. 20.08.2013, *DJEMG* 30/08/2013). Ainda a título de exemplo, tratando da possibilidade de levantamento de quantias apenas com a escritura pública de inventário: "Redação da Lei 11.441/2007. Título hábil para levantamento de valores. Resolução CNJ 35/2007, art. 3º. Outorga de poderes a herdeiro para esse fim. Formação de litisconsórcio com os restantes sucessores, concordes no pedido de levantamento de saldo existente em conta-corrente

bancária. Retenção indevida" (TJSP, Apelação 0013594-34.2012.8.26.0011, Acórdão 6718257, São Paulo, Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Matheus Fontes, j. 25.04.2013, *DJESP* 21.05.2013).

A Resolução 35 também reconhece a gratuidade prevista para o inventário extrajudicial. Para a obtenção de tal benefício, sempre bastou a simples declaração dos interessados de que não possuíam condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estivessem assistidas por advogado constituído (arts. 6.º e 7.º da Resolução 35 do CNJ). Em suma, não houve maiores formalidades para tal declaração. Reafirme-se a nossa posição de manutenção dessa gratuidade, na linha da norma do Conselho Nacional de Justiça.

Nos termos da norma anterior e da nova – e também da resolução –, é sempre necessária a presença de advogado, dispensada a procuração, ou de defensor público na lavratura de escritura pública de inventário extrajudicial (art. 8.º da Resolução 35 do CNJ). De qualquer modo, a questão não é pacífica, pois pode ser encontrado aresto do Tribunal Gaúcho exigindo a procuração, também por escritura pública: "no inventário extrajudicial, há necessidade de a representação ser formalizada através de procuração por instrumento público, insuficiente a procuração apresentada para o fim pretendido. Recurso desprovido" (TJRS, Apelação Cível 75599-81.2013.8.21.7000, Cachoeira do Sul, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 27.08.2013, *DJERS* 04.09.2013). Com o devido respeito, não se filia ao acórdão, pois os principais objetivos da lei, ao instituir o inventário extrajudicial, foram de redução de burocracias e de formalidades.

Ato contínuo de estudo, é também obrigatória a nomeação de interessado, na escritura pública de inventário e partilha, para representar o espólio, com poderes de inventariante, no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes, sem necessidade de seguir a ordem prevista no CPC (art. 11 da Resolução 35 do CNJ).

Ademais, admitem-se o inventário e a partilha extrajudiciais com viúvo/viúva ou herdeiros capazes, inclusive por emancipação, representados por procuração formalizada por instrumento público com poderes (art. 12 da Resolução 35 do CNJ). A possibilidade de emancipação de menores para os fins de possibilitar a lavratura da escritura pública torna a categoria mais eficaz no plano prático. Se seguido esse entendimento, perde um pouco de eficácia prática a regra do art. 665 do Novo CPC, segundo o qual será possível o caminho do arrolamento comum para o inventário, ainda que haja incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público.

A escritura pública de inventário pode ser retificada desde que haja o consentimento de todos os interessados. Os erros materiais poderão ser corrigidos, de ofício ou mediante requerimento de qualquer das partes, ou de seu procurador, por averbação à margem do ato notarial ou, não havendo espaço, por escrituração própria lançada no livro das escrituras públicas e anotação remissiva (art. 13 da Resolução 35 do CNJ). Quanto ao recolhimento dos tributos

incidentes, este deve anteceder à lavratura da escritura de inventário (art. 15 da Resolução 35 do CNJ).

Além disso, é possível a promoção de inventário extrajudicial por cessionário de direitos hereditários, mesmo na hipótese de cessão de parte do acervo. Isso, desde que todos os herdeiros estejam presentes e concordes (art. 16 da Resolução 35 do CNJ). Esse entendimento ganhou reforço com o Novo CPC que, como visto, admite que o cessionário do herdeiro ou legatário seja inventariante. Aplicando essa norma da resolução, em caso de dúvida levantada por tabelião, do Tribunal de Justiça do Paraná, cabe trazer para a devida exemplificação:

"Apelação cível. Suscitação de dúvida. Registro de escritura pública de adjudicação. Cessão de parte do acervo hereditário. Parte ideal de imóvel. Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça. Ausência da presença e concordância dos herdeiros. Impossibilidade de registro como unidade autônoma. 1. Havendo condomínio decorrente de sucessão hereditária e considerando que a herança transmitida é indivisível até a efetiva partilha dos bens entre os herdeiros, a fração ideal não pode ser registrada como unidade autônoma. 2. A Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça autoriza a promoção de inventário extrajudicial, por cessionário de direitos hereditários na hipótese de cessão de parte do acervo, desde que todos os herdeiros estejam presentes e concordes. Recurso desprovido" (TJPR, Apelação Cível 0698224-1, Clevelândia, Décima Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Vilma Régia Ramos de Rezende, *DJPR* 16.12.2010, p. 390).

Os cônjuges dos herdeiros deverão comparecer ao ato de lavratura da escritura pública de inventário e partilha quando houver renúncia ou algum tipo de partilha que importe em transmissão, exceto se o casamento se der sob o regime da separação absoluta de bens, entendida como a separação convencional (art. 17 da Resolução 35 do CNJ).

Como não poderia ser diferente, diante da proteção constitucional da união estável, o companheiro ou companheira que tenha direito à sucessão é parte para a escritura de inventário, observada a necessidade de ação judicial, se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável (art. 18 da Resolução 35 do CNJ). Em casos tais, a meação do companheiro pode ser reconhecida na escritura pública, desde que todos os herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de acordo (art. 19 da Resolução 35 do CNJ). Diante da equalização da união estável ao casamento realizada pelo Novo CPC, acreditamos que essas duas normas administrativas serão integralmente mantidas no futuro.

As partes e respectivos cônjuges devem estar, na escritura pública de inventário ou partilha, nomeados e qualificados, constando: nacionalidade, profissão, idade, estado civil, regime de bens, data do casamento, pacto antenupcial e seu registro imobiliário, número do documento de identidade,

número de inscrição no CPF/MF, domicílio e residência (art. 20 da Resolução 35 do CNJ). A escritura pública de inventário e partilha conterá a qualificação completa do autor da herança; o regime de bens do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; dia e lugar em que faleceu o autor da herança; data da expedição da certidão de óbito; livro, folha, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito; e a menção ou declaração dos herdeiros de que o autor da herança não deixou testamento e outros herdeiros, sob as penas da lei (art. 21 da Resolução 35 do CNJ). Para que o ato seja plenamente válido e eficaz, na lavratura da escritura deverão ser apresentados os seguintes documentos: *a)* certidão de óbito do autor da herança; *b)* documento de identidade oficial e CPF das partes e do autor da herança; *c)* certidão comprobatória do vínculo de parentesco dos herdeiros; *d)* certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados e pacto antenupcial, se houver; *e)* certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; *f)* documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver; *g)* certidão negativa de tributos; e *h)* certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR), se houver imóvel rural a ser partilhado (art. 22 da Resolução 35 do CNJ). Acreditamos que todas essas exigências formais serão conservadas com a égide do Novo CPC.

O mesmo se diga quanto a outras exigências. Os documentos apresentados no ato da lavratura da escritura devem ser originais ou em cópias autenticadas, salvo os de identidade das partes, que sempre serão originais (art. 23 da Resolução 35 do CNJ). A escritura pública deverá fazer menção a tais documentos apresentados (art. 24 da Resolução 35 do CNJ). Seguindo, é admissível a sobrepartilha por escritura pública, ainda que referente a inventário e partilha judiciais já findos, mesmo que o herdeiro, hoje maior e capaz, fosse menor ou incapaz ao tempo do óbito ou do processo judicial (art. 25 da Resolução 35 do CNJ).

Havendo um só herdeiro, maior e capaz, com direito à totalidade da herança, não haverá partilha, lavrando-se a escritura de inventário e adjudicação dos bens (art. 26 da Resolução 35 do CNJ). A existência de credores do espólio não impedirá a realização do inventário e partilha, ou adjudicação, por escritura pública (art. 27 da Resolução 35 do CNJ).

O inventário negativo pode ser efetuado por escritura pública (art. 28 da Resolução 35 do CNJ). Cabe lembrar que o inventário negativo é feito para mostrar que o falecido e o cônjuge supérstite não tinham bens a partilhar, visando a afastar a imposição do regime da separação obrigatória de bens, diante da existência de causa suspensiva do casamento (arts. 1.523, inciso I, e 1.641, inciso I, do CC).

Diante da existência de uma norma de direito material e processual interno, é vedada a lavratura de escritura pública de inventário e partilha referente a bens localizados no exterior (art. 29 da Resolução 35 do CNJ). A Lei 11.441/2007 pode ser aplicada aos casos de óbitos ocorridos antes de sua vigência, lavrando-se escrituras de inventário para as pessoas falecidas antes da lei (art. 30 da

Resolução 35 do CNJ). Isso porque a sucessão está no plano da eficácia dos atos e negócios jurídicos, aplicando-se a norma do momento da produção dos efeitos, ou seja, a lei em vigor. Essa posição é reafirmada perante o Novo CPC.

A escritura pública de inventário e partilha pode ser lavrada a qualquer tempo, cabendo ao tabelião fiscalizar o recolhimento de eventual multa, conforme previsão em legislação tributária estadual e distrital específicas (art. 31 da Resolução 35 do CNJ). Eis outro preceito administrativo que não deve ser alterado no futuro.

Por fim, o tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de inventário ou partilha se houver fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de algum dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito (art. 32 da Resolução 35 do CNJ). Acredita-se na permanência de todos esses preceitos administrativos com a emergência do Novo Estatuto Processual. Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça, sem dúvidas, fará uma revisão da resolução nos próximos anos, diante da atualização do diploma processual.

e) Da partilha

Com é notório, a partilha é o instituto jurídico pelo qual cessam a indivisibilidade e a imobilidade da herança, uma vez que os bens são divididos entre os herdeiros do falecido. Trata-se do momento pelo qual os herdeiros aguardam ansiosamente, sendo certo que a partilha tem efeito declaratório e não constitutivo, como bem ensina Zeno Veloso.[28] Ou, ainda, é a "repartição ou distribuição dos bens do falecido. É o ponto culminante da liquidação da herança, pondo termo ao estado de indivisão, discriminando e especificando os quinhões hereditários. Fixa o momento em que o acervo deixa de ser uma coisa comum e se transforma em coisas particulares".[29]

Em relação à matéria, mais uma vez devem ser estudadas as regras previstas tanto no Código Civil (arts. 2.013 a 2.022) quanto no Código de Processo Civil. Na antiga norma instrumental, o tratamento estava entre os seus arts. 1.022 a 1.030. No Novo CPC, sem grandes modificações, devem ser observados os arts. 647 a 658.

De início, determina o Código Civil que o herdeiro pode sempre requerer a partilha, ainda que o testador o proíba, cabendo igual faculdade aos seus cessionários e credores (art. 2.013 do CC/2002). Percebe-se que o direito à partilha constitui um direito do herdeiro, inafastável pela vontade do testador; até pelo reconhecimento de que o direito à herança é um direito fundamental (art. 5º, inciso XXX, da CF/1988). A partir dos ensinamentos da melhor doutrina, e pelo que consta do Código Civil, podem ser apontadas três espécies de partilha: a *amigável (ou extrajudicial*), a *judicial* e a *partilha em vida*.[30]

Iniciando-se pela primeira categoria, a partilha será *amigável* na hipótese em que todos os herdeiros forem capazes, fazendo-se por escritura pública, por termo nos autos do inventário ou por escrito particular, homologado pelo juiz

(arts. 2.015 do CC/2002, 657 do CPC/2015 e 1.029 do CPC/1973). Nesse caso, não há qualquer conflito entre os herdeiros.

Cabe consignar que a Lei 11.411, de 4 de janeiro de 2007, que instituiu o inventário extrajudicial, alterou a redação do art. 1.031 do então Código de Processo Civil, para os devidos fins de adequação da remissão legislativa. Isso porque o CPC anterior fazia remissão ao art. 1.773 do Código Civil de 1916 e, com a alteração, a menção que passou a ser feita foi ao art. 2.015 do Código Civil de 2002. Frise-se que não houve alteração de conteúdo e, assim, tal mudança não produziu qualquer efeito prático. O Novo CPC não repetiu a referência ao dispositivo material no seu art. 659, mas é ele que deve guiar a modalidade, na opinião deste autor.

Aliás, a partir dessa constatação, conforme mensagem eletrônica enviada por Euclides de Oliveira a José Fernando Simão, então nosso coautor, pode-se dizer que o inventário extrajudicial feito por escritura pública não necessita de posterior homologação judicial.[31] Explica Euclides de Oliveira, nessa mensagem enviada em 19 de janeiro de 2007, que, com efeito, o art. 1º da Lei 11.441/2007, ao dar nova redação ao art. 982 do CPC/1973, "contém duas disposições separadas por ponto e vírgula: primeiro, mantém o inventário judicial, 'havendo testamento ou interessado incapaz'; depois, abre exceção para a hipótese de serem todos 'capazes e concordes', proclamando que poderão fazer o inventário e a partilha por escritura pública, 'a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário'. Nada fala sobre homologação judicial. Sucede que o art. 2º da nova lei, ao modificar o art. 1.031 do CPC, que cuida do arrolamento sumário, diz que a partilha amigável, celebrada por partes capazes, nos termos do art. 2.105 do CC, será 'homologada de plano pelo juiz'. Então, nesses termos, seria necessária a homologação de todas as partilhas amigáveis celebradas por pessoas capazes e concordes? Não. O art. 1.031 do CPC precisava ser reparado, e por isso a nova redação, mas apenas para substituir a antiga referência ao art. 1.773 do CC revogado, pondo, em seu lugar, o art. 2.015 do atual CC, que cuida da partilha amigável".

Vai além o jurista, pontuando que "o procedimento judicial, para tais casos, permanece, mas fica reservado aos casos de exigência dessa via, quando haja testamento, ou quando as partes optem pela abertura do inventário em Juízo. Por outras palavras, mantém-se o art. 1.031 do CPC, com arrolamento sumário pela via judicial, mas só para as hipóteses em que seja necessária essa forma procedimental ou que essa seja escolhida pelas partes. Nos outros casos, quando não haja testamento e as partes maiores e capazes optem pela via administrativa, será bastante a escritura pública, como título hábil para o registro imobiliário, nos precisos termos da nova redação dada pelo art. 1º da nova lei ao art. 982 do CPC. Não fosse assim, teríamos retornado à estaca zero do sistema legal anterior que sempre admitiu partilhas amigáveis por escritura pública nos inventários e arrolamentos sob homologação judicial. E a lei, nessa absurda situação, somente teria inovado com relação aos processos de separação e divórcio consensuais, fazendo tábula rasa da extensão ao inventário e partilha, constante da própria

ementa que explicita o objetivo da norma inovadora. Anoto que os notários já estão praticando escrituras de inventário e partilha com plenos efeitos, independente de homologação judicial, e sem maiores questionamentos a esse respeito".[32]

Como os principais objetivos da Lei 11.441/2007 foram a celeridade e a diminuição da burocracia, deve-se concordar plenamente com as palavras de Euclides de Oliveira, na linha da tendência atual de desjudicialização das contendas civis. Esse entendimento deve ser mantido integralmente com a vigência do Novo CPC, mesmo não havendo mais menção ao art. 2.015 do CC/2002 no atual art. 659 do CPC/2015, equivalente ao antigo art. 1.031 do CPC/1973.

Partindo para a *partilha judicial*, esta é obrigatória para os casos em que há divergência entre os herdeiros ou quando algum deles for incapaz (art. 2.016 do CC/2002). O Novo Estatuto Processual continua a trazer procedimentos específicos. De início, dispõe o art. 647 do CPC/2015, correspondente ao antigo art. 1.022 do CPC/1973, que, separados os bens para pagamento dos credores para a respectiva praça ou leilão, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de quinze dias, formulem o pedido de quinhão. Mais uma vez houve aumento de prazo, que antes era de dez dias. Pela mesma norma, em seguida o juiz proferirá a decisão de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devem constituir quinhão de cada herdeiro e legatário. No trecho final do diploma foram feitas duas alterações. Primeiro, não há mais menção ao prazo de dez dias para decisão do juiz, o que causa estranheza, pois o Novo CPC procurou agilizar os procedimentos. Segundo, houve a substituição do termo *despacho* por *decisão* que, de fato, parece ser melhor tecnicamente.

O parágrafo único do art. 647 do CPC/2015 traz regra que não existia no sistema anterior, estabelecendo que o juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e fruir de determinado bem. Todavia, a norma estabelece a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro. Em continuidade, enuncia-se que, desde o deferimento do exercício dos direitos de usar e fruir do bem, cabem ao herdeiro beneficiado todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos. Como se nota, o objetivo do novo preceito é que o herdeiro possa fruir plenamente do que tem direito, concretizando-se a herança como direito fundamental. Em suplemento, há a efetivação do *droit de saisine*, retirado do art. 1.784 do Código Civil, pelo qual, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Fernanda Tartuce e Rodrigo Mazzei levantam polêmica sobre a incidência do comando para o legatário, pois a norma em questão utiliza o termo *herdeiros*. Ademais, pontuam que o legatário não tem a posse imediata da herança, que somente é concretizada com a partilha, mas apenas o domínio do bem, o que é retirado do art. 1.923 do Código Civil, especialmente do seu § 1º. De acordo com esse preceito civil, "Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva. § 1º

Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria".[33]

O presente autor segue as mesmas conclusões dos juristas citados, constantes de enunciados aprovados no Fórum Permanente de Processualistas Civis, com números 182 e 181. Para eles, a norma em comento é aplicável aos legatários quando ficar evidenciado que os pagamentos do espólio não irão reduzir os legados. Em outras palavras, incide o direito de fruição sobre os bens ao legatário quando não houver prejuízo e herdeiros e credores. Como consequência natural, o mesmo direito deve ser assegurado quando a herança for toda dividida em legados, o que gera a legitimidade para o legatário manifestar acerca das dívidas do espólio, segundo o mesmo Estatuto Processual.[34]

Feitas tais considerações, observa-se que o art. 648 do Novo CPC inaugura, no sistema processual, regras de interpretação para a partilha, o que não constava da legislação instrumental anterior. Acredita-se que tais máximas representarão uma grande revolução no tratamento do tema, instituindo definitivamente a colaboração e a boa-fé processual e material no instituto em questão, na linha do que foi desenvolvido no Capítulo 1 deste livro.

A primeira regra a ser considerada é a de máxima igualdade possível na divisão, seja quanto ao valor, seja quanto à natureza e à qualidade dos bens. Na verdade, essa premissa já constava do art. 2.017 do Código Civil de 2002, segundo o qual, "no partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível".

Trata-se do *princípio da igualdade da partilha*, regramento importantíssimo para o instituto em estudo, aplicando no seguinte julgado, que serve como exemplo: "Observada a existência de omissão na sentença recorrida quanto a caderneta de poupança, a aplicação do art. 2.017 do Código Civil se impõe, para integrar aos quinhões partilhados o equivalente a 1/4 (um quarto) cada, do saldo existente em depósito junto a Caixa Econômica federal, também ressalvados erros, omissões e direitos de terceiros para uma eventual sobrepartilha" (TJMT, Apelação 5455/2014, Capital, Rel. Des. Cleuci Terezinha Chagas, j. 15.10.2014, *DJMT* 23.10.2014, p. 44).

A propósito da confrontação entre os dispositivos, civil e processual civil, Fernanda Tartuce e Rodrigo Mazzei indagam se a novidade instrumental irá causar algum impacto no sistema. E concluem: "a resposta parece positiva, na medida em que faz ressurgir discussão sobre o âmbito de aplicação da regra legal: é ela aplicável a qualquer tipo de partilha (amigável ou 'judicial') ou apenas quando o juiz tiver que decidir sobre a partilha ('judicial')? Pensamos que a regra legal – reafirmada pelo art. 663 do texto proposto – tem aplicação restrita às partilhas efetuadas de forma judicial em que não há consenso entre os herdeiros (e até meeiros) capazes e/ou quando tratar de partilha que envolva incapaz. Em outras palavras, tratando-se de partilha amigável entre pessoas capazes, os arts. 2.017 do Código Civil e 663 do Projeto de novo CPC devem ser recepcionados como *orientações* e não *imposições* aos interessados, tendo, em tal

situação, *natureza dispositiva* a permitir que a divisão não se dê de forma desenhada nos dispositivos, notadamente no que tange 'a maior igualdade possível' (seja quanto ao valor, seja quanto à natureza, seja quanto à qualidade dos bens). Embora a assertiva possa parecer óbvia para alguns, não há consenso geral quanto ao tema – tanto assim que o enunciado sobre o tema, apesar de aprovado de forma unânime no Grupo de Procedimentos Especiais, restou vetado quando da votação Plenária (que reúne todos os participantes do encontro) no III Fórum Permanente sobre o novo Código de Processo Civil (Rio de Janeiro, abril de 2014, IDP)". [35]

Salientam os doutrinadores que a proposta vetada tinha a seguinte redação: "Art. 663. As regras do art. 663 têm natureza dispositiva na partilha amigável celebrada entre as partes". O presente autor concorda com o seu teor e com as palavras transcritas, mais adequadas com um sistema aberto e dialogal adotada pela nova legislação processual, nos termos do que está desenvolvido no capítulo inaugural desta obra.

A segunda regra de interpretação da partilha, constante do inciso II do art. 648 do Novo CPC, é a de prevenção de litígios futuros, seguindo a linha de diminuição de conflitos adotada pela nova norma instrumental (*cultura de paz*). Em casos tais, a mediação e a conciliação sempre poderão ser utilizadas para os fins de facilitar a partilha.

Como terceira premissa para a interpretação de como se dá a partilha, fixa-se a máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro (art. 648, inciso III, do Novo CPC). A propósito dessa *comodidade*, estabelece o art. 649 da Norma Instrumental que os bens insuscetíveis de divisão cômoda que não couberem na parte do cônjuge ou companheiro supérstite ou no quinhão de um só herdeiro serão licitados entre os interessados ou vendidos judicialmente. Em casos tais, será partilhado o valor apurado, a não ser que haja acordo para serem adjudicados a todos. O objetivo da norma é o de afastar um indesejado condomínio comum entre herdeiros, especialmente aqueles que não têm uma boa convivência.

Em verdade, a solução já estava no art. 2.019 do Código Civil de 2002, *in verbis*: "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 da licitação". Como se pode perceber, o Novo CPC avança ao incluir a menção ao companheiro, na linha de outros de seus preceitos.

Consigne-se que, como não houve revogação expressa, continuam tendo aplicação os parágrafos do art. 2.019 do Código Civil, que tratam de um direito de preferência em relação aos herdeiros. Ora, as regras não são incompatíveis com

o Novo CPC, não se cogitando a revogação tácita, nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Muito ao contrário, os parágrafos expostos complementam o sentido do art. 649 do novel *Codex* Processual, em um sadio *diálogo entre as fontes*. De toda sorte, opinamos que também deve ser considerado o direito de preferência do companheiro no § 1º do art. 2.019 do CC/2002, assim como está na última norma processual.

Para concretizar o que passa a constar expressamente do Novo CPC, vejamos alguns julgados aplicando o art. 2.019 do Código Civil, com os cabíveis fins práticos:

"Inventário. Pedido de alvará judicial para venda de imóvel pertencente ao espólio. Possibilidade. 1. O inventário é o processo judicial destinado a apurar o acervo hereditário e verificar as dívidas deixadas pelo *de cujus*, bem como as contraídas pelo espólio para, após o pagamento do passivo, estabelecer a divisão dos bens deixados entre os herdeiros, consistindo, assim, no procedimento destinado a entregar os bens herdados aos seus titulares, fazendo-os ingressar efetivamente no patrimônio individual dos herdeiros. 2. Tratando-se de um estado de administração patrimonial transitório, cabível liberar a venda do imóvel postulada, quando existem vários herdeiros e um único bem imóvel, que não comporta divisão cômoda, é cabível autorizar a sua alienação, mormente quando se trata de um imóvel antigo e que demanda gastos com sua conservação. Inteligência do art. 2.019 do Código Civil. 4. Para que o bem seja alienado é imprescindível que seja feita a avaliação judicial do bem, a fim de ser apurado o seu valor real e o valor deverá ser depositado em conta judicial, somente sendo admitida a liberação dos quinhões hereditários após a exibição das certidões negativas fiscais. Recurso provido" (TJRS, Agravo de Instrumento 287570-45.2014.8.21.7000, Caxias do Sul, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 24.09.2014, *DJERS* 01.10.2014).

"Art. 2.019 do Código Civil. Alienação judicial no próprio inventário. Possibilidade. Reforma da decisão. Se para a instituição de condomínio das quotas-partes que caberão aos herdeiros, havendo mais de um bem imóvel, não concordarem os herdeiros comodamente com a divisão, haverá ofensa ao art. 2.019 do Código Civil, a determinação judicial que reconhece a impossibilidade de hasta pública no próprio inventário, mesmo que o magistrado possibilite a alienação através de hasta pública a ser providenciada pelos próprios herdeiros, com a extração de alvará para tal, devendo a venda ser judicial, no próprio inventário, não concordando os herdeiros com a venda extrajudicial" (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0657.07.000953-2/001, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 29.01.2013, *DJEMG* 07.02.2013).

Tutelando os direitos do nascituro, aquele que foi concebido e ainda não nasceu, o art. 650 do Novo CPC estabelece que, se um dos interessados estiver nessa condição, o quinhão que lhe caberá será reservado em poder do

inventariante até o seu nascimento. A norma, outra novidade, acaba especializando, no campo processual, o que consta do art. 1.798 do Código Civil, segundo o qual "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão".

Existe profundo debate sobre a atribuição desses bens se o nascituro não nascer ou se nascer morto (natimorto). Em casos tais os bens devem ser destinados aos herdeiros do nascituro ou aos herdeiros do autor da herança? Sobre o art. 1.798 do Código Civil, são relevantes as lições de Zeno Veloso para o debate que se expõe: "A lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2º, segunda parte). Assim sendo, o *conceptus* (nascituro) é chamado à sucessão, mas o direito sucessório só estará definido e consolidado se nascer com vida, quando adquire personalidade civil ou capacidade de direito (art. 2º, primeira parte). O nascituro é um ente em formação (*spes hominis*), um ser humano que ainda não nasceu. Se o concebido nascer morto, a sucessão é ineficaz".[36]

Não é diferente a conclusão de Maria Helena Diniz, para quem a capacidade sucessória do nascituro é *excepcional*, somente sucedendo se nascer com vida, "havendo um estado de pendência da transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva. O já concebido no momento da abertura da sucessão e chamado a suceder adquire desde logo o domínio e a posse da herança como se já fosse nascido, porém, em estado potencial, como lhe falta personalidade jurídica material, nomeia-se um curador de ventre. Se nascer morto, será tido como se nunca tivesse existido, logo, a sucessão é ineficaz. Se nascer com vida, terá capacidade ou legitimação para suceder".[37] Seguindo essa forma de pensar, majoritária, na indagação formulada, os bens devem ser destinados para os outros herdeiros do autor da herança.

O presente autor sempre se filiou aos ensinamentos da Professora Titular da PUCSP. Ressalvava, assim, que o nascituro é pessoa humana, tendo a *personalidade jurídica formal*, relativa aos direitos da personalidade (*teoria concepcionista*). Faltar-lhe-ia, porém, a personalidade jurídica material, relacionada aos direitos patrimoniais, caso do direito à herança.

Todavia, o autor desta obra tende a mudar sua posição. Isso porque, a partir da leitura dos trabalhos de Diogo Leite de Campos e Silmara Chinellato, está inclinado a entender que ao nascituro devem ser reconhecidos direitos sucessórios desde a concepção, o que representa a atribuição de uma *personalidade civil plena* a tal sujeito de direito.[38]

Na mesma esteira, pondera Luiz Paulo Vieira de Carvalho que: "temos para nós que, se o nascituro nascer com vida, apenas confirma o direito sucessório preexistente, não sendo o nascimento com vida condição legal para que a personalidade exista, mas sim para que esta se consolide".[39] Cabe esclarecer, a propósito, que, apesar da transcrição anterior das palavras de Zeno Veloso, o jurista também parece que tende a mudar de posicionamento, conforme palestra

proferida no *I Congresso Jurídico do Instituto Brasileiro de Direito Civil* (IBDCivil), em agosto de 2013, na cidade do Rio de Janeiro, sem prejuízo de outros eventos que foram compartilhados nos últimos tempos com este autor. Então, seguindo essa corrente, os bens devem ser destinados aos herdeiros do nascituro na hipótese antes descrita.

De fato, pensar o contrário parece representar um resquício da *teoria natalista*, que nega personalidade ao nascituro. De qualquer modo, pontue-se que o entendimento majoritário permanece no sentido de que o nascituro somente terá direitos sucessórios se nascer com vida, pendendo uma condição para tal reconhecimento. Eis um tema que ainda pende de grande debate no futuro.

Outro aspecto tormentoso tem relação com a extensão da regra sucessória do Código Civil – e agora também do Novo CPC –, aos embriões havidos das técnicas de reprodução assistida. Respondendo positivamente, o Enunciado n. 267 CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, de autoria do jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama: "A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança".

O enunciado doutrinário não conta com o apoio de vários juristas, que entendem que o embrião está em situação jurídica diferente em relação ao nascituro, não merecendo tratamento equânime. Essa é a opinião, por exemplo, de Francisco José Cahali,[40] Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado.[41]

O presente autor compartilhava da última corrente, tida até como majoritária, conforme constava de obra escrita em coautoria com José Fernando Simão.[42] Isso porque acreditava que o embrião, a exemplo do nascituro, apesar de ter personalidade formal (direitos da personalidade), não teria a personalidade jurídica material (direitos patrimoniais), e só seria herdeiro por força de disposição testamentária, conforme se verá logo a seguir.

Todavia, aqui também há uma tendência de mudança de nossa opinião, pois ao embrião igualmente deve ser reconhecida uma personalidade civil plena, inclusive no tocante à tutela sucessória, assim como ocorre com o nascituro. De toda sorte, esclareça-se que o assunto ainda está em estudo por este autor. Reafirme-se que Zeno Veloso também parece ter uma inclinação a mudar sua posição anterior, aqui antes citada, conforme palestras ministradas em vários eventos no ano de 2013.

Voltando ao âmago das regras relativas à partilha, estabelece o novo art. 651 do CPC/2015, correspondente ao antigo art. 1.023 do CPC/1973, que o *partidor* – denominação dada ao agente do órgão do Poder Judiciário responsável pela organização da partilha – organizará o esboço da partilha de acordo com a decisão judicial, observando no pagamento a seguinte ordem: 1º) dívidas atendidas; 2º) meação do cônjuge; 3º) meação disponível; 4º) quinhões hereditários, a começar pelo coerdeiro mais velho. Feito o esboço, dirão sobre

ele as partes no prazo comum de quinze dias. Resolvidas as reclamações, será a partilha lançada nos autos (art. 652 do CPC/2015 e art. 1.024 do CPC/1973). Houve alteração no prazo comum para manifestação das partes, aumentado de cinco para 15 dias.

Enuncia o art. 653 do CPC/2015 que a partilha constará de: I) um auto de orçamento, que mencionará: *a)* os nomes do autor da herança, do inventariante, do cônjuge ou companheiro, dos herdeiros, dos legatários e dos credores admitidos; *b)* o ativo, o passivo e o líquido partível, com as necessárias especificações; *c)* o valor de cada quinhão; e II) de uma folha de pagamento para cada parte, declarando a quota a pagar-lhe, a razão do pagamento e a relação dos bens que lhe compõem o quinhão, as características que os individualizam e os ônus que os gravam. O auto e cada uma das folhas serão assinados pelo juiz e pelo escrivão. A única alteração, diante do art. 1.025 do CPC anterior é a inclusão do companheiro ou convivente, na festejada linha de equalização adotada pela nova norma instrumental.

Pago o imposto de transmissão a título de morte e juntada aos autos a certidão ou a informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha (art. 654, *caput*, do CPC/2015 e art. 1.026 do CPC/1973). Trata-se da sentença homologatória da partilha, que é passível de recurso de apelação. Consigne-se que, como novidade, o parágrafo único do novo art. 654 passou a estabelecer que a existência de dívida para com a Fazenda Pública não impedirá o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido. Trata-se de mais uma norma que visa a agilizar os procedimentos de inventário e partilha, mas que parece atribuir excesso de poder à Fazenda Pública.

A propósito, o presente autor concorda com a posição segundo a qual, havendo herdeiros hipossuficientes, sem condições de pagar os impostos, a norma deve ser afastada, conforme consta do Enunciado n. 71 do *Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Esse também é o pensamento de Fernanda Tartuce e Rodrigo Mazzei, que criticam duramente o novo diploma:

"Contudo, ao ainda revelar preocupações com a garantia do pagamento, o legislador revela condicionar a resposta processual final à Fazenda de um modo servil e injustificável. Afinal, dúvida não há que a Fazenda tem plenas condições de executar o valor devido por meio do eficiente sistema executivo de que é titular. Como já terá ciência do processo de inventário, o que impedirá de executar o herdeiro que porventura deixou de pagar os tributos sucessórios?
Nada justifica deixar o bem em nome do morto e causar graves prejuízos à eficiência do acesso à justiça, à segurança jurídica e à transparência nas relações jurídicas por uma pendência tributária cuja superação poderá ser buscada pela Fazenda posteriormente.
É forçoso considerar que os litigantes hipossuficientes, não tendo condições econômicas, poderão deixar de conseguir a almejada partilha. Viola a isonomia considerar que, por não terem como garantir o feito, os litigantes marcados por

precariedade econômica deixem de ter acesso à justiça com eficiência.
Da mesma forma que o sistema prevê facilitações para aquele que pode apresentar em juízo valores significativos, cria óbices ilegítimos a quem, a despeito da pobreza, possa ter razão quanto ao direito material; é, pois, de suma importância que o juiz coteja a impossibilidade financeira e considere outros elementos para decidir".[43]

Transitada em julgado essa sentença, receberá o herdeiro os bens que lhe tocarem e um formal de partilha, que serve de prova da divisão dos bens, do qual constarão as seguintes peças: I) termo de inventariante e título de herdeiros; II) avaliação dos bens que constituíram o quinhão do herdeiro; III) pagamento do quinhão hereditário; IV) quitação dos impostos; V) sentença (art. 655 do CPC/2015, equivalente ao art. 1.027 do CPC/1973, sem modificações). Vale dizer que o formal de partilha é fundamental para o registro da aquisição da propriedade imóvel, visando prová-la.

Se for o caso, o formal de partilha poderá ser substituído por certidão de pagamento do quinhão hereditário, quando este não exceder cinco vezes o salário mínimo. Nesse caso, se transcreverá na certidão a sentença de partilha transitada em julgado. Esse é o parágrafo único do art. 655 do Novo CPC, reprodução do antigo art. 1.027, parágrafo único, do CPC revogado.

A partilha, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, poderá ser emendada nos mesmos autos do inventário, convindo todas as partes, quando tenha havido erro de fato na descrição dos bens (art. 656 do Novo CPC, com pequenas alterações de redação, e não de conteúdo perante o art. 1.028 do CPC). Sem prejuízo disso, preconiza o mesmo comando legal que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, poderá, a qualquer tempo, corrigir-lhe as inexatidões materiais.

Abordadas as regras sobre a *partilha judicial*, a última modalidade a ser estudada é a *partilha em vida*, que somente tem tratamento no Código Civil, e não no Código de Processo Civil. Essa constitui a forma de partilha feita por ascendente a descendentes, por ato *inter vivos* ou de última vontade, abrangendo os seus bens de forma total ou parcial, desde que respeitados os parâmetros legais, caso da reserva da legítima (art. 2.018 do CC/2002). Cite-se, ainda, a tutela do mínimo para que o estipulante viva com dignidade, na linha da tese do estatuto jurídico do patrimônio mínimo, que pode ser retirada, por exemplo, do art. 548 do Código Civil, dispositivo que veda a doação universal, de todos os bens, sem a reserva do mínimo para a sobrevivência do doador.

Nesse sentido, também pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários (art. 2.014 do CC). Mais especificamente, determina tal dispositivo que pode o testador deliberar o procedimento da partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas. Segundo Maria Helena Diniz, essa forma de partilha facilita a fase de liquidação do inventário no processo de partilha, "homologando-se a vontade

do testador que propôs uma divisão legal e razoável".[44] Em complemento, como explica Zeno Veloso, a partilha em vida pode se realizar de duas maneiras. A primeira equivale a uma doação, e a divisão dos bens entre os herdeiros tem efeito imediato, antecipando o que estes iriam receber somente após a morte do ascendente (partilha-doação). A segunda é a partilha-testamento, feita no ato *mortis causa*, que só produz efeitos com a morte do ascendente e deve seguir a forma de testamento.[45] Tratando da primeira modalidade, a ilustrar, da jurisprudência superior:

"Recurso especial. Sucessões. Inventário. Partilha em vida. Negócio formal. Doação. Adiantamento de legítima. Dever de colação. Irrelevância da condição dos herdeiros. Dispensa. Expressa manifestação do doador. Todo ato de liberalidade, inclusive doação, feito a descendente e/ou herdeiro necessário nada mais é que adiantamento de legítima, impondo, portanto, o dever de trazer à colação, sendo irrelevante a condição dos demais herdeiros: se supervenientes ao ato de liberalidade, se irmãos germanos ou unilaterais. É necessária a expressa aceitação de todos os herdeiros e a consideração de quinhão de herdeira necessária, de modo que a inexistência da formalidade, que o negócio jurídico exige, não o caracteriza como partilha em vida. A dispensa do dever de colação só se opera por expressa e formal manifestação do doador, determinando que a doação ou ato de liberalidade recaia sobre a parcela disponível de seu patrimônio. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 730.483/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.05.2005, *DJ* 20.06.2005, p. 287).

Como outro exemplo de *partilha em vida*, cite-se, ainda, a corriqueira forma de *planejamento sucessório*, em que um dos ascendentes – principalmente nos casos de falecimento de seu cônjuge – realiza a doação de todos os seus bens aos descendentes, mantendo-se a igualdade de quinhões e a proteção da legítima. É comum, em caso tais, a reserva para o doador do usufruto dos bens, que será extinto quando da sua morte, consolidando a propriedade plena em favor dos herdeiros antes beneficiados.

A encerrar o presente capítulo, interessante tecer algumas palavras sobre uma alteração efetuada pelo Novo Código de Processo, em dispositivo relativo à anulação da partilha. Vejamos a modificação que foi realizada pelo art. 1.068 do CPC/2015 em relação ao art. 2.027 do Código Civil de 2002:

Civil de 2002. Redação dada pelo Novo CPC	Código Civil de 2002. Redação anterior
“Art. 2.027. A partilha é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam,	“Art. 2.027. A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que

em geral, os negócios jurídicos.	invalidam, em geral, os negócios jurídicos.
Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha”.	Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha”.

O regramento civil era completado pelo art. 1.029 do CPC anterior, que foi substituído pelo art. 657 do CPC emergente. Atente-se para os seus parágrafos únicos, que tratam dos vícios e defeitos do negócio jurídico com mais detalhes. Vejamos também em quadro de confrontação:

Novo Código de Processo Civil	Códig Proc Civil A
“Art. 657. A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de	“Art. 1. partilha amigáv lavrada instrum público reduzid termo n autos d inventá constan escrito

escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, observado o disposto no § 4º do art. 966.

particul homolo pelo jui pode se anulada dolo, co erro ess ou interver de inca (Redaçã dada pe nº 5.92 1º.10.1

Parágra único. (

Parágrafo único. O direito à anulação de partilha amigável extingue-se em 1 (um) ano, contado esse prazo:

direito
propor
anulató
partilha
amigáv
prescre
1 (um)
contadc
prazo:
(Redaç
dada pe
nº 5.92
1º.10.1

I – no caso de

I – no c
coação,
dia em

coação, do dia em que ela cessou;

ela cess
(Redaçã
dada pe
nº 5.92
1º.10.1

II – no caso de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;

II – no c
ou dolo
dia em
realizou
(Redaçã
dada pe
nº 5.92
1º.10.1

III – qu

III – quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.”

ao incap
do dia e
cessar a
incapac
(Redaçã
dada pe
nº 5.92
1º.10.1

Na confrontação das normas processuais, nota-se que o Novo CPC não menciona mais a existência de *prescrição*, pois os prazos são claramente decadenciais, tratando de anulação do negócio jurídico. De acordo com o Código Civil de 2002 e na linha dos critérios científicos de Agnelo Amorim Filho, tratando-se de ação desconstitutiva, ou constitutiva negativa de ato ou negócio, o prazo é de decadência. Os prazos prescricionais, por seu turno, são próprios das ações condenatórias, caso da cobrança e da reparação de danos. No mais, não houve alteração substancial nos preceitos adjetivos.

Constata-se, ademais, que o Novo CPC alterou apenas o *caput* do dispositivo material, permanecendo o prazo decadencial de um ano para anular a partilha, constante do parágrafo único do art. 2.027 do CC/2002. O último dispositivo é completado pelo art. 657 do Novo CPC, no tocante aos inícios dos lapsos temporais.

Permanece viva uma polêmica instigante, pois o dispositivo civil menciona *todos* os vícios ou defeitos do negócio jurídico para se anular qualquer partilha, enquanto o Código de Processo Civil emergente apenas alguns para a anulação da partilha amigável, na linha do seu antecessor.

Em outras palavras, haverá anulação da partilha amigável nos casos de lesão, estado de perigo e fraude contra credores? Pontuava-se que o estado de perigo e a lesão não constavam do Código de Processo de 1973, pois a lei processual revogada era anterior ao Código Civil de 2002, que introduziu essas duas novas modalidades de vícios da vontade no negócio jurídico. De qualquer

forma, este autor sempre entendeu possível anular a partilha pela presença desses defeitos, desde que estes ocorressem na vigência do atual Código Civil, o que é outra aplicação do art. 2.035, *caput*, do CC. Em relação à fraude contra credores, deve-se compreender que esta pode gerar a anulação da partilha que não seja amigável, por incidência do art. 2.027 do Código Civil.

A nossa posição é mantida mesmo com a emergência do Código de Processo Civil de 2015, que teve a chance de resolver o dilema, mas, infelizmente, não o fez. Muito ao contrário, pode-se dizer que até aprofundou o debate, pois surgirá o argumento de que o Código de Processo é posterior ao Código Civil e mais especial que o último por estar relacionado com a partilha amigável, sem a menção a respeito dos dois vícios do consentimento que não estavam na codificação de 1916.

A respeito de se anular a partilha por estado de perigo ou lesão, as situações até podem ser raras, mas não são impossíveis. Quanto à possibilidade de lesão na partilha, adverte Silvio de Salvo Venosa que "não resta a menor dúvida de que a partilha pode ser anulada por lesão, vício que foi reintroduzido no ordenamento".[46] Nesses casos, o aplicador do direito deve procurar socorro em uma regra analógica, ou seja, incidente em hipótese próxima. Nessa seara, utilizando-se o art. 657 do CPC/2015 (art. 1.029 do CPC/1973), o prazo a ser considerado é de natureza decadencial e é de um ano, contado da data em que se realizou o ato (partilha). Essa é a opinião do presente autor. De todo modo, vejamos como a doutrina e a jurisprudência se posicionarão a respeito desse assunto no futuro.

Além dos casos de anulação da partilha analisados, o art. 658 do CPC/2015 repete o art. 1.030 do CPC/1973 e trata da rescisão da partilha julgada por sentença, por motivo posterior, a saber: *a)* nos casos de anulação, expressos no comando anterior: *b)* se a partilha for feita com preterição de formalidades legais; e *c)* se a partilha preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja. Aqui não houve alteração substancial. Relativamente ao prazo para essa rescisão, a doutrina apontava a aplicação do prazo decadencial de dois anos que era previsto para o ajuizamento de ação rescisória (art. 485 e seguintes do CPC/1973), contados do trânsito em julgado da homologação da partilha.[47] Esse prazo foi mantido pelo art. 975 do CPC/2015 e continuará sendo aplicado, pelo menos em uma primeira análise.

Interessante perceber que a lei silencia quanto à nulidade absoluta da partilha. Por óbvio, aqui devem ser aplicadas as regras de nulidade do negócio jurídico, que envolvem ordem pública, previstas nos arts. 166 e 167 do Código Civil. Além do próprio Silvio de Salvo Venosa, assim concluem Maria Helena Diniz,[48] Carlos Roberto Gonçalves[49] e Zeno Veloso,[50] que sintetizam a posição majoritária. Como os casos de nulidade absoluta não convalescem com o tempo (art. 169 do CC), mais uma vez, o presente autor entende que a ação de nulidade não está sujeita à prescrição ou decadência.

Em relação ao último doutrinador, é sempre citado o seu convencimento de que, independentemente da forma como foi feita a partilha, se amigável ou judicial, havendo exclusão do herdeiro, a hipótese é de nulidade absoluta, "e o herdeiro prejudicado não fica adstrito à ação de anulação nem à rescisória, e seus respectivos prazos de decadência, podendo utilizar da *querela nullitatis*, da ação de nulidade ou de petição de herança, existindo decisões do STF (RE 97.546-2) e do STJ (REsp 45.693-2) que afirmam estar sujeita a prazo de prescrição *longi temporis*, de vinte anos, devendo ser observado que, por este Código, o prazo máximo de prescrição é de dez anos (art. 205)".[51]

A única ressalva que deve ser feita é que o jurista, ao lado de outros e da posição largamente prevalecente, defende a aplicação da regra geral dos prazos de prescrição, que antes era de vinte anos (art. 177 do CC/1916), e agora é de dez anos (art. 205 do CC/2002). Nessa linha, aliás, do Superior Tribunal de Justiça e por todos: "Regimental. Inventário. Partilha. Anulação. Vintenário. Precedentes. Súmula 07. É de vinte anos o prazo para o herdeiro que não participou da partilha pedir sua anulação em juízo" (STJ, AgRg no Ag 719.924/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20.04.2006, *DJ* 15.05.2006, p. 205).

Como antes sustentado, para o presente autor não há prazo para se requerer a nulidade absoluta da partilha, pela dicção do art. 169 da codificação material vigente e pelo fato de ser a matéria de ordem pública.

[1] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6, p. 368.

[2] VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.657.

[3] AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas*. 22. ed. São Paulo: Leud, 2009. p. 299.

[4] CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 357.

[5] CARVALHO, Dimas Messias; CARVALHO, Dimas Daniel. *Direito das Sucessões*: Inventário e Partilha. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. v. VIII, p. 215-216.

[6] TARTUCE, Fernanda. Gratuidade em Divórcio e Inventário Extrajudiciais. In: REGIS, Mario Luiz Delgado; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Org.). *Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1, p. 127.

[7] AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas*. 22. ed. São Paulo: Leud, 2009. p. 388.

[8] AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas*. 22. ed. São Paulo: Leud, 2009. p. 328-329.

[9] ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. III, p. 793.

[10] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Direito das Sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6, p. 415.

[11] AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas*. 22. ed. São Paulo: Leud, 2009. p. 344-345.

[12] VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 2.023.

[13] LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

[14] Polêmica exposta no nosso: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 8. ed. São Paulo: GEN, 2015. v. 6, Capítulo 2.

[15] CARVALHO, Dimas Messias; CARVALHO, Dimas Daniel. *Direito das Sucessões*: Inventário e Partilha. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. v. VIII, p. 220.

16 AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas*. 18. ed. São Paulo: Leud, 2004. p. 344.

17 AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas*. 20. ed. São Paulo: Leud, 2006. p. 345.

18 CARVALHO, Dimas Messias; CARVALHO, Dimas Daniel. *Direito das Sucessões*: Inventário e Partilha. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. v. VIII, p. 220.

19 Por todos, podem ser citados: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 1017; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6, p. 371.

20 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 1.016.

21 AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas*. 20. ed. São Paulo: Leud, 2006, p. 366.

22 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 1.021.

23 AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas*. 20. ed. São Paulo: Leud, 2006, p. 457.

24 CARVALHO, Dimas Messias; CARVALHO, Dimas Daniel. *Direito das Sucessões*: Inventário e Partilha. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. v. VIII, p. 225.

25 AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas*. 22. ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 523-524.

26 AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas*. 22. ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 523-524.

27 CARVALHO, Dimas Messias; CARVALHO, Dimas Daniel. *Direito das Sucessões*: Inventário e Partilha. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. v. VIII, p. 233-234.

28 VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, p. 1.870.

29 CARVALHO, Dimas Messias; CARVALHO, Dimas Daniel. *Direito das Sucessões*: Inventário e Partilha. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. v.

VIII, p. 291.

30 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6, p. 412.

31 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6. ed. São Paulo: GEN/Método, 2013. v. 6, p. 486.

32 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6. ed. São Paulo: GEN/Método, 2013. v. 6, p. 486. Trecho de mensagem eletrônica enviada por Euclides de Oliveira.

33 TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo Reis. Inventário e Partilha no Projeto de Novo CPC: Pontos de Destaque na Relação entre os Direitos Material e Processual. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Lex Magister, n. 1, p. 92-94, jul.-ago. 2014.

34 TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo Reis. Inventário e Partilha no Projeto de Novo CPC: Pontos de Destaque na Relação entre os Direitos Material e Processual. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Lex Magister, n. 1, p. 94, jul.-ago. 2014.

35 TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo Reis. Inventário e Partilha no Projeto de Novo CPC: Pontos de Destaque na Relação entre os Direitos Material e Processual. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Lex Magister, n. 1, p. 87, jul.-ago. 2014.

36 VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.971-1.972.

37 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.276.

38 CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009. A obra é coordenada pelos dois juristas, destacando os artigos de ambos. De Diogo Leite de Campos, o texto intitulado *A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a Crise do Positivismo Legalista)*. De Silmara Chinellato, ver: *Estatuto Jurídico Nascituro. A Evolução do Direito do Direito Brasileiro*.

39 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 165.

40 CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 104.

41 ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mario Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 918.

[42] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 45.

[43] TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo Reis. Inventário e Partilha no Projeto de Novo CPC: Pontos de Destaque na Relação entre os Direitos Material e Processual. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Lex Magister, n. 1, p. 91, jul.-ago. 2014.

[44] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6, p. 415.

[45] VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21. p. 437.

[46] VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.087.

[47] Por todos, novamente: VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.087.

[48] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 7, p. 479.

[49] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7, p. 573-574.

[50] VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 2.226.

[51] VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 2.226.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e Interdição Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AGUIAR, Mônica. Direito à Intimidade Genética em Face do Art. 232 do Código Civil e sua Defesa pela Criação de um *Habeas Genoma*. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Prova, Exame Médico e Presunção. O Art. 232 do Código Civil*. Salvador: Juspodivm, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Jones Figueirêdo Alves; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005.

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo de Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas*. 18. ed. São Paulo: Leud, 2004.

———; ———. *Inventários e Partilhas*. 20. ed. São Paulo: Leud, 2006.

———; ———. *Inventários e Partilhas*. 22. ed. São Paulo: Leud, 2009.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis. *RT* 300/7 e

744/725.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Código Civil Comentado*. Coordenação: Ricardo Fiuza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2013.

———. Emenda Constitucional do Divórcio. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/villaca_emenda.doc>. Acesso em: 10 jan. 2011.

———. *Teoria Geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*. Existência, Validade e Eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Solidariedade Ativa: Efeitos da Sentença e Coisa Julgada na Ação de Cobrança Proposta por um Único Credor. *Revista do Advogado da AASP*. Homenagem ao Professor José Ignácio Botelho de Mesquita. São Paulo: AASP, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. t. I.

———. *Comentários ao Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1972. v. 1.

BOULOS, Daniel M. *Abuso do Direito no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de Bens no Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Compromisso de Compra e Venda e as Regras de Equilíbrio Contratual do CC/2002. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). *Atualidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, n. 5, 2004.

BUSSATTA, Eduardo. *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o Novo Código Civil e a Mutabilidade do Regime de Bens. *Revista do Advogado*, Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004.

———. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Da Evicção – Aspectos Materiais e Processuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito Contratual*. Temas Atuais. São Paulo: Método, 2008.

———. *Lições de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II.

———. *Lições de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. III.

———. Reconhecimento de Ofício da Prescrição: uma Reforma Descabeçada e Inócua. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 18 jan. 2015.

CAMPOS, Diogo Leite de. *A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a Crise do Positivismo Legalista)*.

———; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

CHINELLATO, Silmara. Estatuto Jurídico Nascituro. A Evolução do Direito do Direito Brasileiro. *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almeida, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina.

———. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARVALHO, Dimas Messias; CARVALHO, Dimas Daniel. *Direito das Sucessões*: Inventário e Partilha. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. v. VIII.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2006. v. I,

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHALHUB, Melhim Namen. Usucapião Administrativa. Disponível em: <http://www.melhimchalhub.com.br/noticia/detalhe/20>. Acesso em: 24 set. 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

———. *Curso de Direito Comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

DELGADO, Mário Luiz. A Nova Redação do § 6º do Art. 226 da CF/1988: Por Que a Separação de Direito Continua a Vigorar no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Separação, divórcio, partilha e inventários extrajudiciais*. Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. 2. ed. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltor e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

———. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

———. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

———. Síndrome da Alienação Parental: O Que é Isso? Disponível em: <www.intelligentiajuridica.com.br>, ano IV, n. 64, out. 2006. Acesso em: 27 mar. 2007.

DIDIER JR., Fredie. A Participação das Pessoas Casadas no Processo. In: MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). *Questões Processuais no Novo Código Civil*. São Paulo: Manole, 2006.

———. *Curso de Direito Processual*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 1.

———. Editorial 45. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>. Acesso em: 24 jan. 2015.

———. Multa Coercitiva, Boa-fé Processual e *Supressio*: Aplicação do *Duty to*

Mitigate the Loss no Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 34, 1. 171, maio 2009.

———. *Regras Processuais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

———; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DÍEZ-PICAZO, Luís; DE LEÓN, Ponce. *La Doctrina de los Propios Actos*. Barcelona: Bosch, 1963.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

———. *Código Civil Anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

———. *Conflito de Normas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

———. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Coisas. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4.

———. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

———. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

———. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6.

———. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 7.

———. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*.8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUARTE, Nestor. *Código Civil Comentado*. Coord. Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

DUARTE, Ronnie Preuss. A Cláusula Geral da Boa-Fé no novo Código Civil Brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

EHRHARDT JR., Marcos. Temos um Novo tipo de Usucapião Criado pela Lei 12.424/2011. Problemas à Vista. Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog>. Acesso em: 1.º jul. 2011.

ENGISCH, Karl. *Introdução do Pensamento Jurídico*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil*. Sentidos, Transformações e Fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

———. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

———; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Reais. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 5.

———; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil*. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

———; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Ricardo Fiuza. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRADERA, Vera Jacob. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 19, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 60.

———. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

———. *Princípios Gerais do Direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1971.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Controvérsias Constitucionais Acerca do Usucapião

Coletivo. *Jus Navigandi*, ano 10, n. 1.063, Teresina, 30 maio 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8318>. Acesso em: 21 jul. 2010.

———; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

———; ———. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I.

———; ———. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

———; ———. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II.

———; ———. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. De acordo com o Novo Código Civil. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

———. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

———. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

———. *Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7.

———. Prescrição: Questões Relevantes e Polêmicas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões Controvertidas do Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. v. I.

GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2007.

GUMERATO RAMOS, Glauco. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 Anos e 20 Anos. *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. Alexandre de Moraes (Coord.). São Paulo: Atlas, 2009.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. III.

LAGRASTA NETO, Caetano. Carga Dinâmica da Prova. A Parte Vulnerável. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família. Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

———. Inserção do nome do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família*. *Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Parte General. Tradução e Notas de Miguel Izquierdo y Mácias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. Direito de Família. São Paulo: RT, 2005. v. 5.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. *Comentários ao Código Civil*. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio. São Paulo: RT, 2006.

———. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: RT, 2001.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

———. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

———. *Direito Civil*. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013.

———. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: Alteração Constitucional e suas

Consequências. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 12 fev. 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da Decisão Judicial*. Trad. Bruno Miragem, com notas e revisão de Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

MADALENO, Rolf. A União (Ins)Estável. Relações Paralelas. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Rolf_uniaoestavel.doc>. Acesso em: 21 jun. 2010.

———. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

———. *Direito de Família*. Aspectos Polêmicos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil Comentado*. 2. ed. Coordenador: Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2004.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. A Coisa Julgada e sua Recepção no Código Civil. *O Código Civil e sua Interdisciplinaridade: os Reflexos do Código Civil nos Demais Ramos do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003.

———. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

———. *Manual de Direito do Consumidor*. Coordenadores: Antonio Herman V. Benjamim, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: RT, 2007.

———; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999.

———. O Novo Código Civil Brasileiro: Em Busca da "Ética da Situação". In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A Prescrição e a sua Pronúncia de Ofício. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6.

———. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013.

MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve Diálogo entre os Negócios Jurídicos Processuais e Arbitragem. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 39, n. 237, nov. 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil Anotado*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MENGER, Antonio. *El Derecho Civil y los Pobres*. Tradução de Adolfo Posada. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Coisas. 37. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

———. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 2ª Parte. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Manual de Direito Civil*. Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade. In: BARRETO, Vicente. *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

———; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 1.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – A Invasão da Constituição*.São Paulo: Método, 2008. v. 7. Coleção Professor Gilmar Mendes.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. O Ministério Público nas Ações de Separação e Divórcio. *Revista DE JURE – Ministério Público de Minas Gerais*. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/242/er sequence=1>. Acesso em: 23 dez. 2014. NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

———; GOUVÊA, José Roberto F. *Código Civil Anotado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

———;———. *Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

———; ———. *Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

———; ———. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

———; ———. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

NICOLAU, Gustavo Rene. Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. *Arte Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006. v. III.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais*. Análise dos Provimentos Judiciais como Atos Negociais. 2011. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf Acesso em: 22 jan. 2015.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do Regime de Bens no Casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. v. 1.

———. Decisão Comentada. Ministério Público na Interdição. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*, Porto Alegre: IBDFAM-Magister, n. 00, out.-nov. 2007.

———. *União Estável* – Do Concubinato ao Casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I.

———. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. São Paulo: Forense, 2012. v. V.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX.

———. *Divórcio*. Teoria e Prática. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PODESTÁ, Fábio Henrique. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*.4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. II, III, IV e V.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

———. *Teoria Tridimensional do Direito*. Situação atual. 5. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. Um Artigo-Chave do Código Civil. *História do Novo Código Civil*. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005. v. 1.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

———. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

———. *Direito Civil*. Direito de Família. 28. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

SANTOS, Antonio Jeová. *Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>. Acesso em: 15 dez. 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. A *Proibição* de *Comportamento Contraditório*. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

———. *A Proibição do Comportamento Contraditório*. Tutela de Confiança e *Venire Contra Factum Proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

———. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHÜTZER DEL NERO, João Alberto. *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista A. da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 1.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentário ao Art. 1.567 do Código Civil de 2002. In: FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SIMÃO, José Fernando. A PEC do Divórcio: A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>. Acesso em: 19 nov. 2010.

———. *Direito Civil. Contratos*.3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. Série Leituras Jurídicas.

———. Efeitos Patrimoniais da União Estável. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina. *Direito de Família no Novo Milênio*. Estudos em Homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

———. Prescrição e sua Alegação – Lei 11.280 e a Revogação do Art. 194 do Código Civil. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, n. 34, abr. 2006.

———. *Tempo e Direito Civil*. Prescrição e decadência. Tese de Livre-Docência em Direito Civil – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de Normas no novo CPC? É o Caos. Presidente Dilma, por favor, Veta!. Coluna Senso Incomum. *Consultor Jurídico*. Publicada em 8 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>. Acesso em: 24 jan. 2015.

———. Por Que é Inconstitucional "Repristinar" a Separação Judicial no Brasil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>. Acesso em: 21 dez. 2014.

TARTUCE, Fernanda. Gratuidade em Divórcio e Inventário Extrajudiciais. In: REGIS, Mario Luiz Delgado; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Org.). *Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

———. Meios de Prova no Código de Processo Civil e no Código Civil. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil*. Direito Patrimonial. Direito Existencial. São Paulo: Método, 2006.

———. *Processo Civil Aplicado ao Direito de Família*. São Paulo: Método, 2012.

———. Prova nos Processos de Família e no Projeto do CPC: Ônus da Prova, Provas Ilícitas e Ata Notarial. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões* Porto Alegre: Lex Magister, n. 2, set.-out. 2014.

———; MAZZEI, Rodrigo Reis. Inventário e Partilha no Projeto de Novo CPC: Pontos de Destaque na Relação entre os Direitos Material e Processual. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Lex Magister, n. 1, jul.-ago. 2014.

———; TARTUCE, Flávio. Lei nº 11.441/2007. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1478, 19 jul. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10168>. Acesso em: 26 jan. 2015.

TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o Abuso de Direito ou Ato Emulativo Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

———. *Direito Civil*. Lei de Introdução e Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 1.

———. *Direito Civil*. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 2.

———. *Direito Civil*. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 3.

———. *Direito Civil*. Direito das Coisas. 7. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 4.

———. *Direito Civil*. Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. v. 5.

———. *Direito Civil*. Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 5.

———. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 8. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 6.

———. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

———. Separados pelo Casamento. Um Ensaio sobre o Concubinato, a Separação de Fato e a União Estável. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, n. 08, fev.-mar. 2009.

———; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito do Consumidor*. Direito Material e Processual. 4. ed. São Paulo: Método, 2015.

———; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5.

———; ———. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 6.

———; ———. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. II.

———. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

———; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.

———; ———; ———. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. IV.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. I, v. III.

———. *Curso de Direito Processual Civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III.

———. *Fraude Contra Credores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

———; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*. Fundamentos e Sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. 6. ed. Coordenação de Ricardo Fiuza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.

———. *Código Civil Comentado*. 8. ed. Coordenação de Ricardo Fiuza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012.

———. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

———. *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

———. *Invalidade do Negócio Jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

———. O Novo Divórcio e o que Restou do Passado. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>. Acesso em: 14 ago. 2010.

VENOSA, Sílvio. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XII.

———. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

———. *Direito Civil*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

———. *Direito Civil*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

———. *Direito Civil*. Contratos em Espécie. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 4.

———. *Direito Civil*. Direitos Reais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 5.

———. *Direito Civil*. Teoria Geral do Direito Civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

VILLELA, João Baptista. Emenda do Divórcio. Outras Impressões. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=6075>. Acesso em: 15 dez. 2010.

YARSHELL, Flávio Luiz. A Interrupção da Prescrição pela Citação: Confronto entre o Novo Código Civil e o Código de Processo Civil. *Síntese Jornal*, Porto Alegre: Síntese, n. 75, maio 2003.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2001.