

Sugestões ao PLS nº 166/2010

Nos termos do §2º, inciso II, do artigo 261 do Regimento Interno do Senado Federal, por determinação do Relator Geral, Senador Valter Pereira, foram juntadas as seguintes sugestões: ([Clique no número da página para ir ao início do documento](#))

| Número | Autor | |
|---------------|--|-------------------|
| 142 | Ada Pellegrini Grinover, Presidente Honorária do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP | Página 001 |
| 143 | Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB | Página 011 |
| 144 | Athos G. Carneiro, Humberto Theodoro Júnior e Cássio Scarpinella Bueno, Professores | Página 033 |
| 145 | Cícero João de Oliveira, Advogado | Página 055 |
| 146 | Francisco Wildo Lacerda Dantas, Desembargador do TRF da 5ª Região | Página 056 |
| 147 | Gajardoni | Página 064 |
| 148 | Heitor Vitor Mendonça Sica, Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP | Página 065 |
| 149 | Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM | Página 075 |
| 150 | José Rogério Cruz e Tucci, Advogado e Professor Titular da Faculdade de Direito da USP | Página 120 |
| 151 | Luis Guilherme Aidá Bondioli | Página 156 |
| 152 | Luiz A. Ferrari Neto, Advogado | Página 159 |
| 153 | Maria da Glória Perez Delgado Sanches | Página 161 |
| 154 | Procuradorias Gerais dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Mato Grosso do Sul | Página 162 |
| 155 | Ricardo de Barros Leonel, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo | Página 228 |
| 156 | Seminário em Mossoró | Página 243 |
| 157 | Sérgio S. Shimura, Anselmo P. Alvarez e Luiz Antônio Ferrari Neto | Página 245 |

**ADA PELLEGRINI GRINOVER
PRESIDENTE HONORÁRIA DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL - IBDP**

142

**PROPOSTAS DE EMENDAS AO PROJETO DE LEI
QUE INSTITUI O NOVO CPC**

**I - DA CONCILIAÇÃO, DA MEDIAÇÃO
E DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO**

EMENDA MODIFICATIVA N. 1

Art.134 – Cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação.

PROPOSTA DE EMENDA

Art. 134 – Cada tribunal poderá criar, por ato interno, um setor de conciliação e mediação.

JUSTIFICATIVA

Diversos tribunais brasileiros, inclusive o de São Paulo, criaram setores de conciliação e mediação por atos internos. Não há qualquer necessidade de burocratizar essa instituição, exigindo que conste de lei de organização judiciária.

EMENDA MODIFICATIVA N. 2

Art. 137, par. 1º – Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo tribunal, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.

PROPOSTA DE EMENDA

Art. 137, par. 1º – Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo tribunal, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.

JUSTIFICATIVA

Não tem sentido a inscrição do conciliador ou mediador na Ordem dos Advogados do Brasil. Não se deve exigir dele que seja advogado, podendo a função ser exercida por qualquer pessoa, devidamente capacitada. O projeto suscita dúvida sobre a qualificação profissional do candidato, contra a qual já se manifestou o CNJ, em Nota técnica, ao

examinar o Projeto de Lei de Mediação n. 94/2002, que reservava a função de mediador a advogados.

EMENDA MODIFICATIVA N. 3

Art. 138
I – tiver sua exclusão solicitada por qualquer órgão julgador do tribunal;
.....
Par. 1º . Os casos previstos nos incisos II a IV serão apurados em regular processo administrativo.
Par. 2º – O juiz da causa, verificando atuação inadequada do conciliador ou do mediador, poderá afastá-lo motivadamente de sua atividade no processo, informando ao tribunal e à Ordem dos Advogados do Brasil, para instauração do respectivo processo administrativo

PROPOSTA DE EMENDA

Art. 138 -
I – tiver sua exclusão solicitada, motivadamente, por qualquer órgão julgador do tribunal;
.....
Par. 1º - Os casos previstos no *caput* serão apurados em regular processo administrativos.
Par. 2º – O juiz da causa, verificando atuação inadequada do conciliador ou do mediador, poderá afastá-lo motivadamente de sua atividade no processo, informando ao tribunal, para instauração do respectivo processo administrativo

JUSTIFICATIVA

Todos os atos administrativos devem ser motivados. Não se justifica que a exclusão do registro de conciliadores e mediadores fique simplesmente a talante do órgão julgador. Ademais, os motivos de exclusão, em todas as hipóteses, devem ser apurados em processo administrativo. Suprimiu-se a informação à Ordem dos Advogados do Brasil, pela mesma razão invocada na Emenda Modificativa n. 3.

EMENDA MODIFICATIVA N. 4

Art. 333 -
Par. 1º – O juiz determinará a forma de atuação do mediador ou do conciliador, onde houver, observando o que dispõe a lei de organização judiciária.

PROPOSTA DE EMENDA

Art. 333 -

Par. 1º – O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação, observado o previsto nos artigos 134 e 135, bem como as disposições do tribunal.

JUSTIFICATIVA

O conciliador e o mediador, onde houver, devem atuar necessariamente na audiência de conciliação, com independência, sujeitos apenas às regras da lei e às determinações do tribunal. As prescrições da lei de organização judiciária foram suprimidas, conforme Proposta de Emenda ao art. 134.

EMENDA ADITIVA N. 1

Incluir um parágrafo 2 no art. 333, renumerando os seguintes, com a seguinte redação:

Art. 333

Par. 1º -

Par. 2º – O conciliador ou mediador, onde houver, poderão marcar com as partes as sessões que forem necessárias, até a eventual consecução da transação, pelo prazo máximo de 60 dias.

JUSTIFICATIVA

A audiência de conciliação pode se desdobrar nas sessões necessárias para a consecução da transação, fixando-se um prazo máximo de 60 dias

EMENDA MODIFICATIVA N. 5

Art. 334 – O réu poderá oferecer contestação em petição escrita, no prazo de quinze dias contados da audiência de conciliação

PROPOSTA DE EMENDA

Art. 334– O réu poderá oferecer contestação em petição escrita, no prazo de quinze dias contados da audiência de conciliação ou da última sessão de conciliação ou mediação (art. 333, par. 2º).

JUSTIFICATIVA

Como a audiência de conciliação pode desdobrar-se em várias sessões, é preciso prever que o prazo para contestação se inicie com o encerramento do procedimento de conciliação ou mediação.

EMENDA MODIFICATIVA N. 6

Art.333.....

Par. 7º – O juiz dispensará a audiência de conciliação quando as partes manifestarem expressamente sua disposição contrária ou quando, por outros motivos, constatar que a conciliação é inviável

PROPOSTA DE EMENDA

Art.333.....
.....

Par. 7º – O juiz dispensará a audiência de conciliação quando as partes manifestarem expressamente sua disposição contrária, no prazo de cinco dias a partir da intimação da audiência, ou quando, por outros motivos, entender, fundamentadamente, que a conciliação é inviável.

JUSTIFICATIVA

Deve-se fixar um prazo às partes para a manifestação contrária à audiência de conciliação, a fim de que se reorganize a pauta de audiências (cf. art. 333, par. 2). E a dispensa da audiência de conciliação pelo juiz há de ser motivada.

EMENDA MODIFICATIVA N. 7

Art. 335 – Não havendo audiência de conciliação, o prazo da contestação será computado a partir da juntada do mandado ou de outro instrumento de citação.

PROPOSTA DE EMENDA

Art. 335 – Não havendo audiência de conciliação, o prazo da contestação será computado a partir da intimação da decisão do juiz que a dispensar (art. 333, par. 7)

JUSTIFICATIVA

O réu não pode prever se haverá ou não audiência de conciliação, a partir da qual correrá o prazo para a contestação (art. 334). O disposto no art. 335 deve coadunar-se com o estabelecido no art. 334.

II - DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

EMENDA MODIFICATIVA N. 8

Art. 289 – Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de um mês ou em outro prazo que o juiz fixar.

Par. 1º - O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento da medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais.

PROPOSTA DE EMENDA

Art. 289 – Impugnada a medida liminar, por petição e sem necessidade de agravo, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de um mês ou em prazo maior que o juiz fixar.

Par. 1º .O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento da medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais e sem necessidade de nova citação.

JUSTIFICATIVA

O projeto suscita a dúvida sobre o meio hábil para impugnar a medida liminar, que poderia ser o agravo. A proposta simplifica o procedimento de impugnação. Por outro lado, o prazo legal de um mês não pode ser diminuído pelo juiz, sob pena de se sacrificar o direito de defesa.

A citação para responder ao pedido principal é dispensável, bastando a intimação.

EMENDA MODIFICATIVA N. 9

Art. 295 – Não se aplicam à medida requerida incidentalmente as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada.

PROPOSTA DE EMENDA

Art. 295 – Aplicam-se à medida requerida incidentalmente as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada. Havendo contestação, o processo prosseguirá.

JUSTIFICATIVA

Inexiste razão para não aplicarem à medida requerida incidentalmente as disposições do art. 293. Basta dizer que, havendo contestação, o processo prosseguirá.

III - DA AÇÃO RESCISÓRIA

EMENDA MODIFICATIVA N. 10

Art.884

VII – o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, obtiver documento novo, cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

PROPOSTA DE EMENDA

Art.884

VII – o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, obtiver prova nova, cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

JUSTIFICATIVA

Pretende-se, com a proposta, ampliar a previsão de documento novo para prova nova, uma vez que esta pode não ser documental, como, por exemplo, no caso de nova perícia.

EMENDA ADITIVA N. 2

Acrescente-se ao art. 893 um par. 2º (renumerando-se o atual parágrafo único como par. 1º) com a seguinte redação:

Art. 893

.....
Par. 2º – Se fundada no art. 884, VII, o termo inicial do prazo será computado a partir da descoberta da prova nova.

JUSTIFICATIVA

O termo inicial do prazo da rescisória, no caso de obtenção de prova nova, não pode coincidir com o trânsito em julgado da decisão rescindenda, devendo ser contado a partir da descoberta dessa prova. O ordenamento italiano estipula regra semelhante, chamando a rescisória, neste caso, de “extraordinária”.

A contagem do prazo diferenciada eliminará muitas dúvidas sobre a chamada “relativização da coisa julgada”.

IV - DO DIREITO A NÃO FAZER PROVA CONTRA SI MESMO

EMENDA SUPRESSIVA N. 1 –

Suprime-se o art. 269 com seus incisos:

Art. 269 – Além dos deveres previstos neste Código, compete à parte:

- I – comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
- II – colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;
- III – praticar o ato que lhe for determinado.

JUSTIFICATIVA

A parte não pode ser obrigada a fazer prova contra si mesma. Embora o princípio do “Nemo tenetur se detegere”, inscrito na Constituição como direito ao silêncio, tenha suas raízes no direito penal e processual penal, não se pode pretender da parte que colabore com o juiz, contra seu interesse. O máximo que se pode exigir da parte é que atue com lealdade, mas nunca que faça prova contra si mesmo ou que compareça

compulsoriamente em juízo. De seu não comparecimento poderão advir consequências processuais, mas jamais outras medidas indutivas ou coercitivas.

V - DAS PROVAS ILÍCITAS

EMENDA SUPRESSIVA N. 2

Suprime-se o parágrafo único do art. 257

Art. 257
Parágrafo único – A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos.

JUSTIFICATIVA

Em tema de provas obtidas por meios ilícitos, a Constituição estabelece peremptoriamente sua inadmissibilidade (art. 5, inc. LVI). A regra do projeto pretende adotar, na matéria, o princípio da proporcionalidade, que não vem sendo aceito sequer pelo Supremo Tribunal Federal. O dispositivo é de duvidosa constitucionalidade e, quando muito, a decisão sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ficar a critério exclusivo do juiz, mas jamais constar de dispositivo legal.

VI - DA EFICÁCIA DE SENTENÇA ESTRANGEIRA OU DE SENTENÇA ARBITRAL MERAMENTE DECLARATÓRIA

EMENDA ADITIVA N. 3

Acrescente-se, após o art. 883, um Capítulo VI, renumerando-se os Capítulos e artigos sucessivos, com a seguinte redação:

Art. 884 – As sentenças cíveis e os laudos arbitrais estrangeiros, de natureza meramente declaratória, não estão sujeitos a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Art. 885 - Os efeitos da sentença estrangeira e dos laudos arbitrais referidos no artigo 1º são automáticos e independem de reconhecimento judicial prévio.

Art. 886- A eficácia das decisões referidas no art. 1º dependerá da observância dos seguintes requisitos:

- I- não haver manifesta ofensa à ordem pública;
- II- haver sido proferida em processo em que tenham sido observadas as garantias do devido processo legal;
- III- haver sido proferida por tribunal internacionalmente competente segundo as regras da República Federativa do Brasil;
- IV- não estar pendente de recurso recebido no efeito suspensivo;
- V- não ser incompatível com outra decisão proferida, na República Federativa do Brasil, em ação idêntica ou, em outro Estado, em processo idêntico que reúna as condições para ter eficácia na República Federativa do Brasil.

Art. 887 - A eficácia da decisão estrangeira poderá ser aferida de ofício, pelo juiz que seria competente, pelas regras deste Código, para decidir a questão de mérito , em um processo em curso, observado o contraditório, ou mediante impugnação, nos termos dos artigos 888 e 889..

Art. 888 - A ação de impugnação da eficácia de decisão estrangeira será proposta por aquele que tenha interesse jurídico no afastamento de seus efeitos na República Federativa do Brasil.

Parágrafo único. A ação de impugnação é de competência do juízo competente para dar cumprimento à decisão estrangeira..

Art. 889- O procedimento da referida ação, de jurisdição contenciosa, assegurará às partes as garantias do devido processo legal.

Art. 890 - A impugnação estará adstrita à observância dos requisitos previstos no artigo 886 , não podendo a decisão estrangeira, em caso algum, ser objeto de revisão de mérito.

Art. 891 - Os efeitos da decisão que acolher a impugnação retroagirão à data do início de sua eficácia na República Federativa do Brasil.

Art. 892 - Observado o disposto nos artigos 888 e 889, cabe incidente de impugnação da eficácia de decisão estrangeira sempre que, invocada por uma das partes a coisa julgada estrangeira, a outra, ou o terceiro juridicamente interessado, quiser discutir a observância dos requisitos previstos no artigo 886..

Parágrafo 1º . Compete ao juízo do processo principal processar e julgar o incidente de impugnação.

Parágrafo 2º .O incidente de impugnação poderá ser instaurado em face daquele que for favorecido pela litispendência internacional.

Art. 893- A medida judicial de urgência, no interesse de processo em curso ou futuro no Estado requerente, será proposta perante o tribunal que, segundo as normas deste Código, seria competente para decidir a questão de fundo.

Art. 894 - É facultado ao demandado discutir os requisitos para o cabimento da medida de urgência em procedimento incidental, observadas as garantias do devido processo legal.

Parágrafo único. O juiz poderá conceder a medida de urgência sem ouvir a parte contrária, caso em que o contraditório previsto no caput deste artigo será diferido.

JUSTIFICATIVA

A Constituição anterior atribuía a competência para a homologação das sentenças estrangeiras ao STF. Atualmente, a Constituição deslocou essa competência para o

Superior Tribunal de Justiça, mas falando de homologação **de** sentenças estrangeiras, o que possibilita que algumas sentenças não necessitem de homologação, passando-se – como se propõe – à sua eficácia imediata e ao controle difuso, mediante lei.

A técnica da homologação de toda e qualquer sentença estrangeira pelo STJ está ultrapassada e contraria a forte tendência rumo à livre circulação das decisões estrangeiras, própria de um mundo globalizado, em que as relações interpessoais e internacionais se intensificam. A União Européia e a comunidade ibero-americana – esta por intermédio do Código Modelo de Cooperação Interjurisdiccional para Ibero-América – trilham o caminho da eficácia imediata e do controle difuso para toda e qualquer decisão estrangeira. No Brasil, o revogado parágrafo único do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942 – editada na vigência das Constituições de 1937, que, como a de 1934, se referia à homologação **de** sentenças estrangeiras pelo STF – previa a dispensa de homologação no caso em que a sentença estrangeira fosse meramente declaratória do estado das pessoas.

A proposta ora apresentada avança, para abranger todas as decisões de natureza meramente declaratória, que não dependem de *exequatur*.

A redação sugerida foi extraída do Código Modelo de Cooperação Interjurisdiccional para Ibero-América, no qual trabalharam juristas brasileiros (Ada Pellegrini Grinover e Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva), uruguaios, argentinos, colombianos, espanhóis e portugueses, e que foi aprovado em Assembléia Geral do Instituto Ibero-Americanano de Direito Processual, realizada em Lima, em outubro de 2008. Referências ao direito comparado podem ser encontradas na Exposição de Motivos de referido Código.

EMENDA MODIFICATIVA N. 11

Art. 878 – A homologação de decisões estrangeiras será requerida por carta rogatória ou por ação de homologação de decisão estrangeira.

.....

Art. 879 – As decisões estrangeiras somente terão eficácia no Brasil após homologadas.

.....

PROPOSTA DE EMENDA

Art. 878 – A homologação das decisões estrangeiras de natureza condenatória ou constitutiva será requerida por carta rogatória ou por ação de homologação de decisão estrangeira.

.....

Art. 879 – As decisões estrangeiras que não sejam de natureza meramente declaratória somente terão eficácia no Brasil após homologadas.

.....

JUSTIFICATIVA

Pode-se desafogar o STJ, passando à eficácia automática e difusa ao menos das decisões meramente declaratórias, Ver Justificativa da Emenda Aditiva supra.

VII - DA TÉCNICA SUBSTITUTIVA DOS EMBARGOS INFRINGENTES

PROPOSTA DE EMENDA ADITIVA N. 4

Incluir o art. 919, renumerando-se os sucessivos, com a seguinte redação:

Art. 919 - Quando o Acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito ou houver julgado procedente ação rescisória, o processo será automaticamente colocado em pauta para prosseguimento do julgamento, na sessão seguinte, convocando-se, nos termos do regimento interno, outros julgadores em número suficiente a garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial do julgamento.

JUSTIFICATIVA

A sugestão faz as vezes do recurso autônomo de embargos infringentes em incidente da apelação ou na ação rescisória, cujo julgamento não unânime haja reformado a sentença de mérito ou julgado procedente a ação rescisória, prosseguindo-se na sessão seguinte com a convocação de outros julgadores em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial do julgamento.

Não obstante a LOMAN preveja o recurso de embargos infringentes no art. 101, §1º, nesse ponto, por regular matéria processual, a sua natureza não é de lei complementar, mas sim de lei ordinária, que pode ser revogada por lei posterior.

São Paulo, setembro de 2010



5 NOV
2010
13:59

Ofício nº 562/AMB/Presi/10

Brasília, 04 de novembro de 2010

Ao
 Excelentíssimo Senhor
Senador Valter Pereira,
 Relator do Projeto de Lei do Senado Federal 166/2010 (Novo Código de Processo Civil)

Assunto: AMB apresenta sugestões para o PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 166 de 2010.

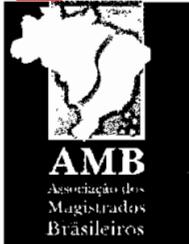
Excelentíssimo Senhor Senador,

A Associação dos Magistrados Brasileiros (“AMB”), entidade civil sem fins lucrativos, representativa dos interesses da magistratura em âmbito nacional, vem, respeitosamente, encaminhar as sugestões da Entidade para o PLS nº 166/2010 (Novo Código de Processo Civil).

Atenciosamente,

Paulo Henrique Moritz Martins da Silva
Desembargador Substituto
Membro da Comissão da AMB para o novo CPC

Thiago Brandão de Almeida
Juiz de Direito
Membro da Comissão da AMB para o novo CPC



SUGESTÕES SOBRE O TEXTO DO NOVO CPC:

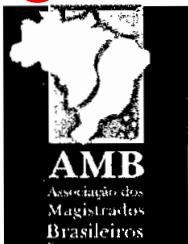
Norteada pelo ideário de contribuir pelo aprimoramento do texto do Projeto de Lei 166/2010 do Senado Federal (Novo CPC), a Associação de Magistrados Brasileiros vem formular sugestões que espelham o sentimento da magistratura nacional, visando o alcance de um processo civil justo e de resultados efetivos.

1. SUGESTÕES GERAIS SOBRE A SISTEMATIZAÇÃO DO CÓDIGO:

De início é imperioso elogiar a forma sistemática de subdivisão do texto em cinco livros (Parte Geral, Do Processo de Conhecimento, Do Processo de Execução, Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais e Das disposições Finais e Transitórias).

Em linhas gerais, sobre o estilo redacional e para que se alcance um processo civil mais simplificado, sugere-se:

a) extirpar ao máximo a lavratura de atos formais a cargo da serventia judicial, tais como termos de compromisso, outorgando-se tais atividades meramente formais às partes, evitando-se, assim, que se faça necessária a manutenção de diversos livros no âmbito da serventia. Destaca-se o conteúdo dos arts. 561, 577, 686, entre outros, eis que a eliminação de tal formalidade não compromete



a existência de deveres processuais pelo compromissário, podendo ser constituído o mister de pleno direito, assim que protocolizada a petição indicativa;

b) trocar a expressão “procedência da ação”, verificada em vários artigos, por “procedência do pedido”, a fim de se adequar a redação do texto à técnica processual contemporânea;

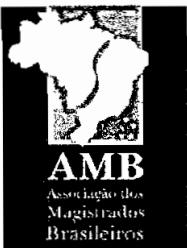
c) manter a previsão da ação monitória como procedimento especial, dada a sua utilidade em prol da busca mais rápida por um título executivo, quando haja prova escrita destituída de força executiva;

d) eliminar a previsão da homologação de penhor legal, dada a mínima incidência prática de tal ação;

e) suprimir a previsão do cabimento do recurso de apelação em face das sentenças proferidas nas ações com previsão de procedimento especial, eis que desnecessária, por já se aplicar a regra geral contida no art. 923;

f) substituir a referência a cartório por secretaria ou serventia, eis que são poucos os estados da Federação nos quais ainda existem cartórios extrajudiciais auxiliando no trâmite de ações judiciais, estando a imensa maioria com formação de secretarias de Varas;

g) evitar-se remissão a livro, capítulo e seção, substituindo-se para remissão a artigos, facilitando-



se o manuseio do Código (arts. 608, 643, 652, 664, entre outros);

h) eliminar toda a previsão acerca de separação judicial, adaptando-se à EC 66/2010 (arts. 38, I, 665, 666, 667, entre outros);

i) aproveitamento de todos os Projetos de Lei que visam reformar o CPC atual, desde que guardem sintonia com a exposição de motivos do Novo CPC;

j) previsão em capítulo único dos deveres processuais de todos que atuem no processo, bem como das consequências pelo descumprimento, de forma a dar maior sistemática ao texto e evitando-se freqüentes remissões;

k) criação, na parte geral, de capítulo para as sanções processuais (litigância de má-fé, ato atentatório à dignidade da justiça e à dignidade da jurisdição), sem tarifação, cabendo ao juiz, segundo prudente critério, estabelecer a pena adequada ao caso concreto. Na hipótese de manutenção de percentuais de sancionamento, niveler a litigância de má fé aos demais atos desleais (meros 2% não atendem à finalidade da pena)

l) previsão de validade de qualquer ato praticado eletronicamente mediante assinatura digital. Desnecessário repetir, em vários pontos do texto, que o referido documento pode ser assinado digitalmente (VG);



m) padronização dos prazos processuais em cinco e quinze dias, a depender da complexidade de cada um, evitando-se prazos de 24, 48 e 72 horas, 3 dias e 10 dias, o que causa confusão nos operadores jurídicos;

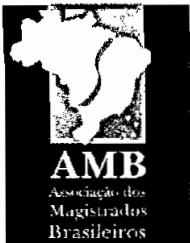
n) exclusão de textos de artigos que repetem a exigência de que o juiz pontualmente decida de forma fundamentada, e respeitando o contraditório, pois a parte geral nos seus artigos 9º e 10 já explicita a cogênciça de tal proceder, com amparo constitucional.

o) Previsão da sentença sumular, com fundamentação concisa, na qual o magistrado pode se limitar a respaldar sua posição mediante a aplicação de enunciado representativo de jurisprudência dominante de um tribunal.

2. SUGESTÕES ESPECÍFICAS (ARTIGO POR ARTIGO)

A par das sugestões gerais para melhoria do texto do Projeto, segue-se pontuando alguns dispositivos específicos:

Art. 10. A exigência de que o magistrado, ao se deparar com questão de ordem pública, deve somente decidir após manifestação das partes a respeito causará mais atraso no andamento da demanda. Neste particular, pode-se diferir o contraditório a respeito do ponto à fase recursal, como o Código faz em inúmeras outras situações. A manutenção da regra atual não ofende qualquer



garantia constitucional da parte inconformada, eis que tem nas mãos recurso para se insurgir contra a decisão.

Art. 24. “ Não cabem à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento das ações quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, arguida pelo réu na contestação.”

Sugere-se a rejeição da regra, adotando a advertência do Ministro Athos Gusmão Carneiro:

Isso atenta profundamente contra o princípio constitucional que garante o EFETIVO acesso ao Poder Judiciário em qualquer caso de lesão de direito, ou de ameaça de lesão (CF, art. 5º, XXXV). Só como exemplo: a empresa de origem multinacional, embora com sede regional em nosso país, poderá inserir em seus contratos, firmados no Brasil, a aludida cláusula, mesmo se o outro contratante for cidadão ou empresa brasileira, e os contratos disserem respeito a negócios a serem inteiramente cumpridos no Brasil. Nesses termos, o contratante prejudicado pelo inadimplemento contratual, ou que pretenda a execução do contrato, poderá ser obrigado a litigar (?) no foro de



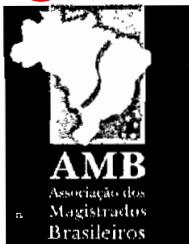
Xangai, ou de Genebra, ou de Nova Iorque, ou de Tóquio, ou de Dubai.

A ‘novidade’, trazida pelo art. 24, *data venia*, é inconstitucional e altamente nociva à efetividade da tutela jurídica, que o novo CPC pretende aperfeiçoar. Inclusive implica descrédito, *capitis deminutio* ao Poder Judiciário nacional.

Art. 26. Há necessidade de previsão acerca do que seja efetivamente auxílio direto, pois, por ser instituto processual novo, requer detalhamento.

Art. 47, parágrafo único. O prazo de trinta dias para ajuizamento da ação penal, quando haja prejudicial externa que possa ser dirimida no juízo criminal, parece ser deveras exíguo, eis que na grande maioria dos casos a titularidade da ação penal não é da parte interessada, mas do MP, que normalmente a exerce após procedimento investigativo. Assim, sugere-se o aumento do prazo para instauração do juízo criminal para seis meses, de forma a permitir que seja deflagrada a persecução penal que venha a elucidar questão prejudicial de importante deslinde para a demanda cível.

Art. 48. Sugere-se a previsão de possibilitar ao magistrado declarar nula cláusula de eleição de foro em contratos de adesão ou contrato de consumo,



como já previsto no atual art. 112, parágrafo único do vigente CPC.

Art. 50. Neste dispositivo, a bem da boa técnica que o Projeto espelha, sugere-se uma redação que não leve a se pensar que o réu alegue competência relativa, mas sim a incompetência. Como redação sugere-se: “Prorrogar-se-á a competência relativa, se o réu não alegar incompetência em preliminar de contestação. Verificar possibilidade de inserir a regra no âmbito do art. 49, acrescentando um parágrafo.

Arts. 52 a 54. A exemplo do sugerido quanto ao art. 26, há necessidade de previsão acerca do que seja efetivamente cooperação internacional, pois, por ser instituto processual novo, requer detalhamento.

ART. 62 a 65. Simplificar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, limitando-o à previo contraditório.

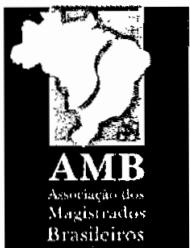
Art. 66, §1º. A bem da isonomia de tratamento de todos os agentes processuais, sugere-se a previsão no CPC de tratamento dos advogados privados e públicos acerca de sanções por descumprimento de deveres processuais, a exemplo que o que se fez com a magistratura, o MP e com os serventuários da justiça. Aparentemente, havendo tratamento sobre punições a todos os agentes processuais, à exceção dos profissionais da advocacia, constituiria indevida discriminação, eis que também a magistratura, o MP e os serventuários possuem regime próprio de



regramento normativo (LOMAN, LOMP e Leis de Organização Judiciária).

Art. 66, §2º. Sugere-se que haja previsão específica acerca da sanção processual à parte que incorra na multa por ato atentatório à dignidade da jurisdição (§1º) e que não deposite imediatamente a quantia em Juízo. Deslocando a sanção para compartimento único, como já sugerido.

Art. 70. Cotejando-se o disposto neste artigo com o previsto no art. 66, §1º, haveria aparente contradição: o terceiro ou parte que não cumpra com exatidão decisões de caráter executivo ou mandamental ou que crie embaraço à efetivação de pronunciamentos judiciais de natureza antecipatória ou final sujeita-se à multa de até 20% sobre o valor da causa; no entanto, o litigante de má-fé fica sujeito apenas à multa não excedente a 2% sobre o valor da causa. Nosso entendimento é de que a litigância de má fé seja punida apenas com multa no âmbito do CPC, a qual, por simetria, deve ser equivalente à do ato atentatório à dignidade da jurisdição (20%). Eventuais prejuízos causados pelo litigante de má fé devem ser buscados em ação própria, na forma da lei civil. O PLS 166 repete o mesmo equívoco do artigo 18 do atual CPC. Pensamos, diga-se mais uma vez, que não deveria haver tarficação para essas sanções, mas em sendo mantido tal entendimento, que se igualem os percentuais em 20% sobre o valor da causa, ou sobre o seu proveito econômico.



Art. 72. Sugere-se que seja modificada a forma de condenação por ônus sucumbenciais no tocante a cada incidente, sendo recomendável que na sentença, após análise de toda a atividade processual praticada pelas partes, seja definida uma sucumbência única.

Art. 73. Sugere-se ressalva para isentar as partes de condenação nos ônus sucumbenciais quando a perda do objeto da ação se dê por fato para o qual nenhuma delas concorreu.

Art. 83, §3º.

“ O valor da prova pericial requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça será fixado conforme tabela do Conselho Nacional de Justiça e pago ao final pelo Poder Público.”

A sugestão caminha no sentido de que a tarifação da remuneração da prova pericial requerida por detentor de gratuidade judiciária seja feita por cada Tribunal, para que se respeitem as peculiaridades de cada estado. Aparentemente é necessária ainda previsão específica sobre a forma do pagamento dos honorários pelo Poder Público, evitando-se a adoção de sistema de precatórios, utilizando-se como ferramenta norma específica editada pelo conselho da



Justiça Federal, ainda vigente naquela Justiça.

Os equívocos são perceptíveis.

Remuneração fixada em tabela do Conselho Nacional de Justiça. É impensável que o CNJ, sediado em Brasília, consiga fazer uma tabela adequada para todas as unidades da federação. A realidade orçamentária dos estados é totalmente dispare em nosso País. O mesmo valor pode ser muito alto em determinada região e irrisório em outra.

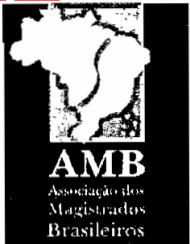
O CNJ pode até editar uma tabela, mas ela precisa atentar para as peculiaridades regionais.

Outro aspecto: Determinar o pagamento ao final do processo é deixar as coisas como estão.

Nossa ideia é trazer para o CPC o que a Justiça Federal adota.

Disponibilidade de verba para pagamento imediato ao perito, a ser determinado pelo Juiz. Parece razoável usar os patamares das Requisições de Pequeno Valor para saque imediato.

Ao final, se o beneficiário da justiça gratuita vencer a causa, o vencido



será condenado a ressarcir o Estado quanto ao adiantamento da verba pericial.

Se perder, não haverá pendência.

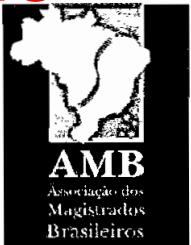
Art. 84. Neste particular sugere-se a não identificação da multa por má-fé processual como custas, já que revertem em favor da parte adversa, não para o Poder Público.

Art. 88. Sugere-se explicitar exigência de poderes especiais para que o advogado emita declaração de pobreza pela parte, já que serve de ferramenta para se eximir de pagar tributo.

Art. 90. Propõe-se prever em caráter geral o poder ao advogado constituído nos autos de declarar autenticidade de cópias extraídas, sob pena de responsabilidade.

Art. 93, §1º. Sugere-se que a intimação pessoal da parte para prática de ato quando requerido pela Defensoria Pública se dê em casos excepcionais e quando houver justo motivo para tal, a bem da celeridade processual.

Art. 103. Impende destacar neste dispositivo que a redação pode ser aprimorada de forma que a citação de litisconsortes não seja ordenada pelo juiz, mas sim que, como atualmente vigente, o juiz determine que o autor promova a citação da parte.



Art. 109. Concordamos com Marinoni – pela rejeição deste artigo, que inclusive colide com o art. 6º e com outros princípios do Projeto. (p. 71/72).

Art. 110, parágrafo único. Quanto a tal dispositivo, reafirma-se o dito a respeito da redação do art. 10.

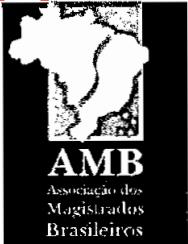
Art. 112. Extinção da regra da identidade física do juiz, em nada afetando o postulado do devido processo legal, notadamente pela gravação das instruções em audiovisual, em plena ascenção e de caráter irreversível.

Art. 113, § único. Neste dispositivo, a despeito de possuir redação que lembra a atual regra vigente, denota-se disparidade de tratamento da magistratura, prevendo responsabilização do juiz por perdas e danos quando não atende pedido da parte em dez dias depois de provocado, ao tempo em que cala quanto ao MP e nada prevê acerca de responsabilização por ato processual para a advocacia (arts. 150 e 113). Pela rejeição.

Art. 125, § 2º pela rejeição. Só burocratiza. Se alguém impugnar a especialidade do perito que se permita a contraprova, cabendo ao juiz decidir.

Art. 134 – Não há necessidade de lei para criar setor de conciliação ou mediação.

Art. 137, § 1º – Não há sentido em obrigar o conciliador ou mediador ter inscrição na OAB.



Art. 151, §1º. Neste particular, sugere-se a inclusão da expressão “se necessário”, remetendo-se às razões expostas quanto ao art. 10.

Art. 158, §1º. Neste dispositivo detecta-se erro material quanto a remissão de artigos (467 e 469), merecendo reparo.

Art. 160. Novo erro material, pois há previsão de parágrafo único e §§1º e 2º.

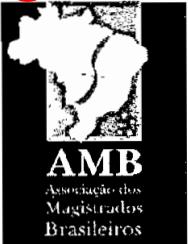
O § 1º volta a repetir a possibilidade de assinatura eletrônica. É desnecessária. Apenas uma regra deve tratar disso e que valha para todo Código.

O § 2º vai transformar os DJEs em documentos gigantes. A íntegra do pronunciamento deve estar disponível nos sistemas de dados do Judiciário, mas não no DJE, que deve conter apenas o dispositivo das decisões.

Art. 162 – Não só o escrivão pode numerar as folhas dos autos, mas qualquer servidor. Dispensar a rubrica.

Art. 174, parágrafo único. Visando simplificação, sugere-se que se troque a expressão “não serão intempestivos” por “são tempestivos”

Art. 184. Sugere-se a inclusão de um parágrafo único para prever ressalva para não cumprimento dos prazos a cargo do magistrado quando houver acúmulo de serviço não gerado por ele.



Art. 186. Neste ponto, sugere-se ressalvar o prazo dobrado aos advogados de litisconsortes quando pertençam ao mesmo escritório

Art. 190, §1º. Remete-se ao já ponderado no item 1. K, supra.

Art. 191. Novo tratamento discriminatório à magistratura, ao tempo em que há tarifação da multa por retardo na devolução de autos para Defensores Públicos, Ministério Público e advogados, havendo em contrapartida cláusula aberta ao magistrado por perdas e danos decorrentes de atraso em atividade processual.

Art. 192, §2º. Adequando-se às atribuições administrativas internas dos Tribunais, sugere-se que a representação contra o magistrado seja direcionada para o Corregedor da respectiva Corte, evitando-se delonga na apuração.

Art. 204, inciso V – proposta de redação: quando o autor, justificadamente, a requerer de outra forma.

Art. 212. Com vias a assegurar celeridade no cumprimento de decisões judiciais, sugere-se a extensão do cumprimento de atos em comarcas contíguas para qualquer ato processual a cargo do oficial de justiça.

Art. 216. Para dar notas de simplificação, sem prejuízo algum para segurança, propõe-se que a assinatura do juiz seja considerada indispensável



apenas nas cartas precatórias que visem constrição de patrimônio e de direitos.

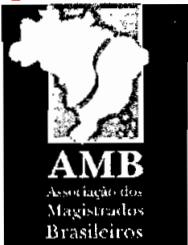
Art. 221. Sugere-se uma adaptação do texto importado do atual CPC, para que haja previsão de formas mais atuais de transmissão urgente de documentos, como o meio eletrônico ou FAX. A transmissão por telefone é totalmente defasada e inadequada.

Art. 234, parágrafo único. Propõe-se que seja requisito das certidões emitidas pelos oficiais de justiça a referência ao número de telefone e endereço eletrônico no qual possa ser encontrado, caso a pessoa possua. Além disso, sugere-se a retirada da condição contida no inciso II do parágrafo único, eis que o caput se refere a intimação, não de citação (contrafé)

Art. 238. A exemplo do sugerido quanto ao art. 26, há necessidade de previsão acerca do que seja efetivamente o procedimento edital e quais são os seus passos. Por ser instituto processual novo, requer detalhamento.

Art. 253. Visando adaptação à boa técnica processual, sugere-se a substituição da expressão “não for preparado” para “não forem pagas as custas e taxas de ingresso” evitando-se remissão a preparo quando não se tratar de pagamento de taxa necessária para interposição de recurso.

Art. 255, parágrafo único. A proposição neste particular consiste na retirada dos incisos, pois não



cabe ao juiz estipular valor da causa, sendo ato exclusivo da parte autora, ficando permitido ao magistrado corrigi-lo nos casos quando fixado em desrespeito às normas processuais.

BIPARTIÇÃO DOS CAPÍTULOS DAS PROVAS – NOVA ORGANIZAÇÃO REUNINDO TUDO QUE DIZ RESPEITO À PROVA – correta a crítica de Marinoni p. 64

257 a 276

364 a 466

Art. 258, § único: repete-se a expressão “em decisão fundamentada” - totalmente desnecessária, em face do contido no art. 11.

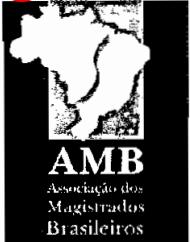
Art. 262 – idem ao art. 258.

TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA

Art. 279 – repete a inspiração do art. 11 – totalmente desnecessário.

Art. 285, III. As expressões “prova inequívoca” e “irrefutável” devem ser adequadas eis que não há prova nem inequívoca, nem irrefutável.

Art. 293. Neste ponto, para fins de simplificação e de segurança jurídica, propõe-se a previsão de consolidação da tutela de urgência quando não contestada, sem gerar direito a ajuizamento de ação anulatória, produzindo, assim, coisa julgada material quanto à tutela concedida. Há necessidade de adequar o art. 288, § 2º. **Apresentar o projeto do**



IBDP quanto à estabilização das tutelas de urgência no qual se aplica a técnica monitória

Art. 303, VII. Sugere-se a retirada do requerimento de citação do réu como requisito da inicial, por ser sucedâneo do ajuizamento da demanda e não acrescentar nada de conteúdo à inicial.

ART. 314 – PELA REJEIÇÃO, ADOTANDO-SE O SISTEMA DO CPC ATUAL – NO ART. 264

Art. 316. Sugere-se a retirada de previsão de prazo para retratação judicial em sentença que indefira liminarmente a inicial, podendo sê-lo feito até o envio dos autos ao tribunal

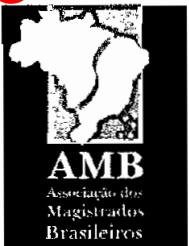
Art. 319. Reputa-se ser repetição desnecessária do art. 297

Art. 320. Visando melhoramento técnico, propõe-se a substituição da expressão “despacho irrecorrível” por “decisão irrecorrível”, por não haver conteúdo decisório nos despachos, sendo, portanto, todos eles irrecorríveis.

Art. 329. Sugere-se a troca da expressão “quota que tocar”, que gera cacofonia, por outra com mesmo significado.

Art. 333, §5º. Quanto à ausência das partes à audiência inaugural, duas sugestões:

a) a retirada de sanção ao réu, devendo-se continuar interpretando que sua ausência manifesta



tacitamente sua vontade de não compor a lide amigavelmente;

b) elencar como hipótese de extinção do feito sem resolução de mérito a falta injustificada do autor a qualquer audiência do processo.

Art. 352. Sugere-se seja este dispositivo reescrito para retirar a remissão ao art. 469, nas quais não há extinção do processo, que prosseguirá com o cumprimento da sentença se mérito.

Art. 354. Propõe-se a substituição “declarando saneado o processo” por “saneando o processo” ou, de forma mais analítica, “decidindo as questões processuais pendentes, delimitando os pontos controvertidos e deferindo as provas a serem produzidas”, para que não haja qualquer incentivo para que juízes emitam apenas declaração de saneamento, sem que o façam efetivamente, como se demonstra no cotidiano forense.

Art. 357, I. No nosso sentir, há aparente remissão equivocada, pois na verdade o dispositivo que o complementa é o art.458, parágrafo único.

Art. 364, §2º. Sugere-se a substituição da expressão “ser interrogada”, pela “prestar depoimento”, evitando-se confusão entre o depoimento pessoal e o interrogatório da parte, sendo esta de caráter nitidamente complementar à instrução já encerrada.

Art. 439, § 1º – Inaceitável a conversão de depoimentos eletrônicos para versão digitada –



degravação é retrocesso e gera retrabalho desnecessário.

§3º. A remissão a ser feita é quanto ao art. 151, §3º.

Art. 441 – prazo de 3 dias. Sugere-se passar para 5 dias.

Art. 468, §1º. Propõe-se a supressão deste dispositivo, eis que desnecessário, pois a repetição da ação com o vício corrigido se trata em verdade de nova ação, não de repetição da extinta. (Na verdade, este parágrafo peca pela falta de técnica. Em outros termos poderia ser mantido.)

Art. 469, § único repete os artigos 9º e 10. É desnecessário.

Art. 470. Sugere-se correção da redação: “sempre que puder julgá-lo”, por “sempre que puder decidi-lo”

Art. 471. Abolir o relatório da sentença. A narrativa das teses deve ser feita, objetivamente, quando de sua análise, na fundamentação

Art. 472, parágrafo único. Exclusão de tal parágrafo, eis que de redação confusa e destituído de conclusão lógica.

Art. 477. Propõe-se possibilitar a parte extrair certidão narrativa de sentença condenatória e postular inscrição no registro imobiliário, independentemente de “ordem judicial, na forma da lei”. Trata-se de simplificar a hipoteca judiciária, que



se dará por mera providência da parte perante o Registro Imobiliário.

Art. 491, §2º, III. Incluir a expressão “salvo se a dispensa puder causar ameaça de lesão irreparável ou de difícil reparação”, amoldando-se o dispositivo à lei processual atualmente vigente, fruto de recente onda reformista que rendeu bons frutos.

Art. 495. Sugere-se, militando em favor da celeridade processual, que a intimação do vencido para cumprimento da obrigação imposta na sentença seja feita na pessoa do advogado. Desta forma, seria eleita forma intermediária entre a atualmente vigente, fruto de entendimento sedimentado no STJ (sem qualquer intimação, fluindo o prazo a partir do trânsito em julgado) e a pretendida no Projeto 166/2010 (intimação pessoal), sem qualquer prejuízo às garantias processuais.

Art. 496, §1º. A defesa do executado em sede de cumprimento de sentença normalmente não é dotada de efeito suspensivo. Sugere-se a adoção da sistemática hoje vigente, com autuação em apenso para que se evite tumulto processual advindo da prática de atos executivos e cognitivos em paralelo, nos mesmos autos.

Art 496. §4º. Sugere-se a retirada da expressão “ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição da República”, dada a carga sua vaga, prejudicando a segurança



jurídica e desprestigiando a garantia constitucional da coisa julgada.

Art. 499. Propõe-se a inclusão da expressão “ou exerce representação empresarial, comercial ou industrial remunerada”, ao final do caput, com intuito de possibilitar a inclusão em folha de pagamento de pessoas que não possuem vínculo trabalhista, mas são remuneradas com habitualidade por prestação de serviços

PROJETO ALUSIVO AO LITISCONSÓRCIO E

À INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Altera disposições do Código de
Processo Civil alusivas ao litisconsórcio e à
intervenção de terceiros.

ART. 1º. O art. 47 do CPC passa a vigorar com a seguinte redação, acrescentado ao Código o artigo 47-A:

"Art. 47. Há litisconsórcio unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes litisconsorciadas, caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todas."

"Art. 47-A. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que promova a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

Parágrafo único. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão tinha de ser uniforme em relação à pessoa não chamada a integrar o processo;

II - ineficaz, nos demais casos, apenas para os que não foram citados."

ART. 2º - A Seção II do Cap. VI do Título II do Livro I do Código de Processo Civil, adota a epígrafe "Da nomeação", e seus artigos 62, 63, 65, 66, 68 e 69 passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 62. O simples detentor da coisa, sendo-lhe demandada como se dela fosse possuidor, deverá nomear como réu o proprietário ou o possuidor".

"Art. 63. A nomeação aplica-se também a quaisquer processos de conhecimento em que o réu alegue ser parte ilegítima para a causa, e indique outrem como parte legítima.

"Art. 65. Ao autor, caso aceite o nomeado, incumbirá promover-lhe a citação, podendo requerer que o nomeante permaneça em litisconsórcio passivo; recusando-o, a nomeação ficará sem efeito."

"Art. 66. Se o nomeado reconhecer a qualidade que lhe é atribuída, contra ele correrá o processo ; se a negar, o processo prosseguirá apenas contra o nomeante, mas o nomeado não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da sentença."

"Art. 68. Presume-se aceita a nomeação :

I - pelo autor, se este nada opuser no prazo previsto no art.

64;

II- pelo nomeado se este, citado, ficar revel ".

"Art. 69. Responderá por perdas e danos aquele a quem incumbia a nomeação:

I - deixando de efetuá-la, quando dela for caso;

II - nomeando pessoa diversa daquela que deveria indicar."

Parágrafo único. A indenização pelas perdas e danos pode ser cumulada com as penas pela litigância de má-fé.

ART. 3º. Os arts. 70, 73 e 75 do Código de Processo Civil passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 70. Cabe a denunciação da lide :

I - ao alienante imediato, ou a qualquer dos anteriores na cadeia dominial, na ação relativa à coisa cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

..... ."

"Art. 73. Para os fins do disposto no art. 70, I, o denunciado, por sua vez, poderá requerer a citação do alienante anterior, ou de outro na cadeia dominial, e assim sucessivamente, observando-se quanto aos prazos o disposto no artigo antecedente.

§ 1º. O juiz poderá indeferir as sucessivas denunciações da lide, quando sugerirem expediente protelatório ou importarem demasiada demora no andamento do processo, ficando resguardado o direito a autônomas ações de regresso.

§ 2º. As denunciações da lide poderão ser requeridas coletivamente, em caso de insolvência ou de ausência de algum dos antecessores na cadeia dominial."

"Art. 75. Feita a denunciação pelo réu:

I - se o denunciado contestar o pedido formulado na ação principal, esta ação prosseguirá entre o autor, de um lado, e do outro o denunciante e o denunciado, em litisconsórcio ;

II - se o denunciado for revel, sendo manifesta a procedência da ação de regresso, pode o denunciante deixar de oferecer contestação, ou abster-se de usar de recursos;

III- se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor na ação principal, o denunciante poderá prosseguir em sua defesa ou, aderindo a tal reconhecimento, pedir apenas a procedência da ação de regresso.

IV - procedente a ação principal, pode o autor, se for caso, executar a sentença também contra o denunciado, nos limites em que este foi condenado na ação regressiva."

"Art. 76. Sendo o denunciante vencido na ação principal, a sentença julgará a denunciação da lide; se vencedor, a ação de denunciação será declarada extinta, sem prejuízo das verbas de sucumbência."

ART. 4º. O art. 77 do Código de Processo Civil passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 77. É admissível o chamamento ao processo:

.....
IV - daqueles que, por lei ou contrato, são também obrigados à reparação do dano causado por outrem."

ART. 5º. São acrescentados ao Código de Processo Civil a Secção V do Capítulo VI do Título II do Livro I, sob a epígrafe 'Outras formas de intervenção', bem como os artigos 80-A e 80-B, com a seguinte redação:

"Art. 80-A. O legitimado para as ações coletivas poderá, como 'amicus curiae', intervir em causas pendentes, facultando-se-lhe juntar documentos, requerer provas, arrazoar e, se for caso, recorrer, desde que a intervenção se justifique para a defesa de relevante interesse de ordem pública e que busque favorecer uma das partes no processo.

Parágrafo único. Aplica-se à intervenção prevista neste artigo o disposto no parágrafo único do art. 50 e, no que couber, o disposto no art. 51."

"Art. 80-B. A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município poderão intervir nas causas em que forem parte autarquia, fundação de direito público, empresa pública e sociedade de economia mista a eles vinculadas, atuando os intervenientes na defesa do patrimônio público e sendo-lhes facultado, se for caso, recorrer.

Parágrafo único - Se o interesse ostentado for unicamente econômico, a intervenção da União não implicará deslocamento de competência para a Justiça Federal."

ART. 6º. São revogados:

I - o parágrafo único do art. 456 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil;

II - o art. 5º e seu parágrafo único da Lei 9.469, de 10 de julho de 1997.

ART. 7º . A presente lei entra em vigor decorridos 3 (três) meses da data de sua publicação.

=====

JUSTIFICATIVA -

Ocorre a intervenção de terceiro quando uma pessoa, comprovando legítimo interesse jurídico, ingressa em processo já pendente, nele assumindo a posição de 'parte' ou de 'assistente da parte' (ou, como alguns preferem, 'parte secundária'). E isso acontece porque os conflitos sociais não se limitam à divergência entre o titular da pretensão e o titular da resistência. Conforme bem expõe Sérgio Bermudes, "acabam, de algum modo, enredando terceiras pessoas, que, não sendo os contendores, são atingidas pela lide. Por isso mesmo, a prestação jurisdicional, muitas vezes, extravasa do universo dos vínculos exclusivos entre o autor e o réu e apanha outras pessoas. O direito admite, em consequência, que essas pessoas ingressem, voluntariamente, na relação processual, ou sejam convocadas a integrá-la, ou porque sofrerão, inevitavelmente, as consequências do que nela se decidir, ou porque a prevenção, ou a solução da lide só terá plena

utilidade e eficácia, se se estender a elas a prestação jurisdicional "(*Introdução ao Processo Civil*, Forense, 4ª ed., 2006, p. 89).

Vale constatar que as intervenções de terceiro ocorrem:

a) pela '*inserção*' do terceiro na relação jurídico processual pendente, como nos casos de assistência, de nomeação à autoria, de chamamento ao processo e de recurso de terceiro prejudicado; e

b) pela formação de *nova relação jurídica processual*, no mesmo processo, como na oposição e na denunciaçāo da lide (nosso *Intervenção de Terceiros*, Saraiva, 17ª. ed., 2008, n. 31).

O Código de Processo Civil apresenta na 'intervenção de terceiros' um dos temas mais detidamente regulamentados; assim, em mais de trinta anos de vigência, as diversas modalidades de intervenção foram mantidas sem mudanças legislativas, embora as ponderações, partidas de operadores do direito de notório saber, a respeito de equívocos de ordem técnica e da possibilidade e necessidade de serem modificadas certas normas diante de exigências e situações que a prática forense e/ou a análise doutrinária vieram a revelar.

Com este propósito, rogamos vénia para apresentar as propostas a seguir referidas.

I - Quanto à conceituação de litisconsórcio, conforme o art. 47 do CPC

Lei vigente

"Art. 47. Há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único - O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar,sob pena de declarar extinto o processo".

Redação proposta

"Art. 47. Há litisconsórcio unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de maneira uniforme para todas as partes litisconsorciadas, caso em que a validade e a eficácia da sentença dependerá da citação de todas.

Art. 47-A. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que promova a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

Parágrafo único. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão tinha de ser uniforme em relação à pessoa não chamada a integrar o processo;

II - ineficaz, nos demais casos, apenas para os que não foram citados.

No alusivo ao art. 47, a deficiente redação da norma tem merecido a crítica dos autores. Assim, o saudoso Agrícola Barbi afirmava que "*a fórmula legal é defeituosa por vários motivos*", sublinhando que nem sempre será 'necessário' o litisconsórcio 'unitário', e nem sempre será 'unitário' o litisconsórcio 'necessário' (*Comentários ao CPC*, Forense, 10^a ed., 1998, n. 301); e Barbosa Moreira ressaltou que "*uma das falhas mais graves do texto legal é a confusão, que ressalva no seu art. 47, entre duas questões distintas, que precisavam ser tratadas separadamente*", ou seja, o litisconsórcio necessário e o litisconsórcio unitário (*Comentários ao CPC*, Forense, 13^a. ed., 2006, n. 210), porquanto "*o conceito de litisconsórcio unitário não coincide com o de litisconsórcio necessário nem na compreensão nem na extensão*" (*Litisconsórcio Unitário*, Forense, 1^a ed., 1972, n. 75).

Como tivemos ocasião de escrever em sede doutrinária, o art. 47 do CPC pretendeu definir o litisconsórcio necessário, mas o seu 'caput' acabou por conceituar, confusamente, o litisconsórcio unitário (*Intervenção de Terceiros*, Saraiva, 17^a. ed., 2008, n. 2.2). O tema presta-se a mui largas controvérsias doutrinárias, das quais dá notícia, inclusive, Ovídio Baptista Da Silva, com acurado exame a respeito (*Comentários ao CPC*, Revista dos Tribunais, v. 1, 2^a. ed., 2006, pp. 208 e seguintes).

A redação ora sugerida para o art. 47, sem quebra dos princípios, afasta os equívocos do atual texto, conceituando apenas o litisconsórcio unitário, pois apenas este (necessário ou não) impõe a uniformidade de tratamento entre os litisconsortes, e isso ocorre "*sempre que incindível a relação jurídico-material que figura como res in iudicio deducta*" (Cândido Dinamarco, *Litisconsórcio*, Malheiros Ed., 5^a ed., 1997, n. 19.2, p. 69).

O atual parágrafo único do art. 47 passará, outrossim, a encabeçar o proposto art. 47-A, com redação mais precisa. Com efeito, a 'citação' dos litisconsortes necessários só terá lugar em se cuidando de litisconsórcio passivo; nos (raros) casos de litisconsórcio necessário ativo, a legitimação 'ad causam' somente pertencerá à totalidade dos titulares do (alegado) direito.

A redação sugerida para o parágrafo único do art. 47-A é fundada no texto proposto pela Comissão Revisora do Anteprojeto do

atual CPC, nos termos das precisas observações de Barbosa Moreira (vide *Litisconsórcio...* cit., n.147), e virá suprir lacuna deixada pelo Código à jurisprudência e doutrina.

I I - Da 'nomeação', visando a substituição da pessoa do réu

Em primeiro lugar, é sugerido que a denominação do instituto seja alterada: em lugar de 'nomeação à autoria', apenas 'nomeação'.

Com efeito, no atual texto a palavra 'autoría' é empregada em acepção clássica, com o sentido de 'garantia', de 'responsabilidade'. Entre os romanos, *auctor* era a pessoa que deu causa a algum evento; e *auctoritas* equivalia a garantia, responsabilidade (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, Malheiros Ed., v. II, n. 599, nota de rodapé 16). Mas, a rigor, a questão não é bem essa.

A nomeação impõe ao réu, que se considere parte ilegítima '*ad causam*' (por agir como mero detentor da coisa, ou como preposto), o dever de 'nomear' o terceiro, que afirme seu preponente, a fim de que este venha substituí-lo no pólo passivo da relação processual. Em última análise, é instituto que, em sua feição atual, visa a correção de ilegitimidade passiva, e isso por razões de ordem prática, assim superando com simplicidade processual os percalços decorrentes de haver o autor, com freqüência iludido pelas aparências, dirigido a ação contra quem não seja o verdadeiro legitimado passivo.

É vantajoso o instituto para o demandante, pois o isenta da contingência, custosa e demorada, de ajuizar nova demanda; e é vantajoso também para o réu, a quem é facultado afastar-se desde logo do processo

e dos ônus que este acarreta. Como escreve Dinamarco, "a utilidade da nomeação à autoria consiste em antecipar soluções para a questão da legitimidade passiva, mediante um incidente razoavelmente simples em que o autor, alertado, tem oportunidade de retificar a mira da demanda proposta" (*Instituições ...* cit., v. II, n. 599, p. 394).

Sua atual regulamentação apresenta, no entanto, vários pontos em que se alterações se apresentam convenientes, a benefício da eficiência do processo e superação de pontos criticados. Vejamos.

Lei vigente.

"Art. 62 . Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor."

Redação proposta.

"Art. 62. O simples detentor da coisa, sendo-lhe demandada como se dela fosse possuidor, deverá nomear como réu o proprietário ou o possuidor."

O Código vigente alude, com manifesta impropriedade, àquele 'que detiver a coisa em nome alheio'. No entanto, a mera detenção é sempre em nome alheio; quem dispõe de uma coisa em nome próprio será possuidor, e não detentor. A alteração visa, pois, adequar a redação da lei processual ao disposto no art. 1.198 do Código Civil (2002).

Lei vigente

Art. 63. Aplica-se também o disposto no artigo antecedente à ação de indenização, intentada pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa, toda vez que o responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro."

Redação proposta.

"Art. 63. A nomeação aplica-se também a quaisquer processos de conhecimento em que o réu alegue ser parte ilegítima para a causa, e indique outrem como parte legítima."

Em sua atual redação, o art. 63 prevê a 'correção da legitimidade passiva' em demandas indenizatórias, mas tão somente naqueles casos de dano causado na 'coisa' de alguém, que então promove a demanda contra o ostensivo causador do prejuízo; a este, pois, se for o caso, o dever de invocar sua qualidade de mero preposto e de indicar como legitimado passivo quem lhe ordenou a prática dos atos ditos lesivos.

A proposta de alteração quer ampliar a abrangência dessa modalidade de nomeação, para que atinja não apenas os casos em que o réu alegue que praticou o ato por 'determinação' de outrem - seu empregador ou proponente, como também compreenda as demais hipóteses, muito frequentes, em que a defesa do réu reside na alegação de sua ilegitimidade, arguindo, por exemplo, que *o causador material do dano foi outra pessoa*. Por que não permitir a nomeação dessa outra pessoa, desse terceiro, com todas as vantagens decorrentes da imediata substituição de um réu contra quem a demanda afigura-se

'improcedente', pela pessoa apontada como a verdadeira causadora do dano ?

Como vemos, a figura da nomeação alargar-se-á além do âmbito da correção da ilegitimidade passiva, para abranger igualmente casos vinculados ao mérito da demanda.

Lei vigente.

"Art. 65. Aceitando o nomeado, ao autor incumbirá promover-lhe a citação; recusando-o, ficará sem efeito a nomeação."

Redação proposta.

"Art. 65. Ao autor, caso aceite o nomeado, incumbirá promover-lhe a citação, podendo requerer que o nomeante permaneça em litisconsórcio passivo; recusando-o, a nomeação ficará sem efeito."

A nova redação, além de facilitar (no plano didático) a compreensão da norma, permite ao autor, posto em dúvida sobre qual o vero legitimado passivo (ou qual o vero causador do dano) - se o nomeante ou se o nomeado, requerer fiquem ambos como réus, em litisconsórcio; além disso, não serão poucos os casos em que, inclusive, a responsabilidade se apresente concorrente.

Essa faculdade harmoniza-se com a maior abrangência do instituto, tal como prevista no proposto art. 63.

Lei vigente.

"Art. 66. Se o nomeado reconhecer a qualidade que lhe é atribuída, contra ele correrá o processo; se a negar, o processo continuará contra o nomeante."

Redação proposta.

"Art. 66. Se o nomeado reconhecer a qualidade que lhe é atribuída, contra ele correrá o processo; se a negar, o processo prosseguirá apenas contra o nomeante, mas o nomeado não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da sentença".

A atual sistemática permite que o nomeado, mesmo ciente e consciente de ser ele o legitimado passivo, possa simplesmente 'negar a qualidade que lhe é atribuída' (v.g., negar que seja o possuidor da coisa

demandada, ou que o autor do dano seja seu preposto, ou que lhe haja dado as ordens ou instruções relativas aos atos ditos danosos); e, neste caso, simplesmente o autor, embora haja aceito a nomeação e esteja inclinado a considerá-la correta, ficará na contingência de assumir o risco de prosseguir na demanda contra o nomeante, ou terá de tomar a iniciativa de desde logo desistir da ação e arcar com os decorrentes ônus processuais.

Mas, e se estiver o nomeado de má-fé, se a sua recusa não tiver fundamento algum, *quid juris*? Agrícola Barbi, comentando o código vigente, referiu que o Código de 1939, em seu art. 99, parágrafo único, dera solução diferente, prevendo que o autor pudesse prosseguir contra o nomeante e o nomeado, contra ambos prevalecendo a sentença; e mencionava que o texto atual, embora inspirado no art. 323 do CPC de Portugal, deixara todavia de prever que a sentença constituísse coisa julgada também relação ao nomeado, com o que "evita o legislador luso que o nomeado se escuse falsamente, porque a sentença prevalecerá contra ele" (*Comentários ao CPC*, cit., n. 392).

Mantida a premissa de que o processo deva prosseguir apenas contra o nomeante, afigura-se inadequado, no sistema processual brasileiro, afirmar que a sentença, proferida entre autor e o nomeante (mantido como réu), possa estender eficácia de coisa julgada também contra o nomeado (que não ingressou como parte na relação processual). Conforme Arruda Alvim, "não sendo aceita a nomeação, o terceiro não será atingido pela eficácia da sentença e nem pela coisa julgada, podendo opor-se à decisão que venha a ser proferida no processo, se contra ele se pretender realizem-se tais efeitos" (*Manual de Direito Processual Civil*, RT, v. II, 10^a ed., 2006, n. 66).

A meu sentir, a melhor solução, consentânea com o sistema do Código, será limitar o arbítrio do nomeado em aceitar ou não a nomeação, o que se conseguirá vinculando-o à '*justiça da decisão*', nos moldes do previsto para o assistente no art. 55 do CPC.

A '*justiça da decisão*', escreveu Cassio Scarpinella Bueno, "significa que o assistente simples não poderá posteriormente pretender rediscutir os motivos que serviram de fundamento à sentença do processo onde interveio"....."a justiça da decisão, assim, vincula o assistente aos motivos da sentença, embora não fique ele sujeito à imutabilidade da parte dispositiva da sentença, campo próprio de atuação da coisa julgada" (*Intervenção de Terceiros- questões polêmicas*, 2001, p. 26). No magistério de Arruda Alvim, "a relevância da figura da '*justiça da decisão*', pois, é a de que, tendo havido processo anterior, tanto a prova, como os respectivos fatos, tais como provados e tidos por verídicos no processo em que houve a assistência, haverão de

ser respeitados pelo juiz deste segundo processo, salvo os casos dos incisos I e II do art. 55" (*Manual ...*, cit., n. 47).

Assim, nos termos ora propostos, o nomeado poderá recusar-se a substituir o nomeante, mas estará ciente de que sua recusa implica a aceitação, em eventual futuro processo que lhe seja movido, dos fatos tidos como provados e verídicos na anterior demanda.

Lei vigente.

"Art. 68. Presume-se aceita a nomeação se:

I - o autor nada requereu no prazo em que, a seu respeito, lhe competia manifestar-se;

II- o nomeado não comparecer ou, comparecendo, nada alegar.

Redação proposta.

"Art. 68. Presume-se aceita a nomeação :

I - pelo autor, se este nada opuser no prazo previsto no art. 64;

II - pelo nomeado se este, citado, ficar revel.

Neste passo busca-se maior clareza ao texto legal, inclusive evitando-se a perplexidade decorrente da menção ao 'comparecendo, nada alegar'.

Com efeito, em comparecendo o nomeado ao processo, ele :

a) ou aceita a qualidade que lhe foi atribuída, de legitimado passivo ante a pretensão exposta pelo demandante; ou

b) nega tal legitimação, caso em que o nomeante permanece como parte no pólo passivo, mas ele nomeado ficará, conforme aqui proposto, sujeito à 'justiça da decisão' ser proferida na causa.

Mas se o nomeado, citado, não comparece a juízo, a nomeação presume-se aceita, seguindo-se os efeitos da revelia relativamente ao 'novo' réu.

Lei vigente.

" Art. 69. Responderá por perdas e danos aquele a quem incumbia a nomeação:

I - deixando de nomear à autoria, quando lhe competir;

II - nomeando pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada."

Redação proposta.

"Art. 69. Responderá por perdas e danos aquele a quem incumbia a nomeação:

I - deixando de efetuá-la, quando dela for caso;

II- nomeando pessoa diversa daquela que deveria indicar.

Parágrafo único. A indenização pelas perdas e danos pode ser cumulada com as penas pela litigância de má-fé."

A proposta, pensamos, melhora a redação. É afastado, no inciso I, o verbo 'competir', pois a rigor não se cuida de 'competência' para nomear, e sim de perquirir se era ou não caso de operar a substituição no pólo passivo. E o inciso II é alterado de molde a abranger também os casos de nomeação em ações indenizatórias.

O parágrafo único reforça a defesa da boa-fé processual, ao expressamente permitir a cumulação das perdas e danos com as sanções pela litigância temerária.

III - Dos casos de denunciação da lide

A denunciação da lide, como tivemos ocasião de expor em sede doutrinária (*Intervenção de Terceiros*, Saraiva, 17^a ed., 2008, n. 41 e ss.), apresenta-se no direito brasileiro como uma antecipada ação regressiva, '*in simultaneus processus*', proponível tanto pelo autor (caso pouco freqüente) como pelo réu, sendo citado como denunciado aquele terceiro contra quem o denunciante terá uma pretensão indenizatória, pretensão 'de reembolso', caso ele, denunciante, venha a sucumbir na ação principal.

Teremos, pois, 'duas ações', duas relações jurídicas processuais; mas um só processo, uma mesma instrução, uma mesma sentença para ambas as ações, a principal e a resultante da denunciação.

Apresenta a denunciação duas finalidades:

a) o terceiro, porque juridicamente interessado, é convocado ao processo para colaborar na defesa dos interesses do denunciante;

b) o terceiro é convocado para indenizar os danos que a parte que o招ocou venha a sofrer, caso perca a demanda.

Em direito comparado, ora prepondera um desses objetivos, ora o outro. No direito pátrio, o instituto soma ambos os propósitos, mas é de convir que o objetivo principal é o de resarcimento; a denunciação "se converte na verdadeira propositura de uma ação de regresso antecipada, para a eventualidade da

sucumbência do denunciante "(Barbosa Moreira, *Estudos sobre o novo CPC*, Ed. Liber Juris, 1974, p. 87), ficando em "aspecto secundário o aspecto da obrigação ou do ônus da defesa em juízo" (Aroldo Plínio Gonçalves, *Da denunciação da lide*, Forense, 1983, pp. 165-170).

Vejamos as propostas, *de lege ferenda*.

Lei vigente.

"Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

..... ."

Redação proposta.

"Art. 70. Cabe a denunciação da lide:

I - ao alienante imediato, ou a qualquer dos anteriores na cadeia dominial, na ação relativa à coisa cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

..... ."

A atual redação do art. 70 ressente-se de manifestos equívocos, pelo teor "desatento à técnica processual", como escreveu Arruda Alvim (*Manual ...cit.*, v. 2, 10^a ed., n. 69, p. 164).

E esta desatenção se inicia pela referência, no art. 70, I, ao 'terceiro que reivindica a coisa', quando é certo que o 'terceiro', processualmente falando, será o 'alienante', que ingressará na relação processual como denunciado; a pessoa que reivindica a coisa é, isto sim, o 'autor' da demanda principal. A nova redação corrige tal equívoco.

Em segundo lugar, nem sempre a denunciação da lide é 'obrigatória', cumprindo fazer uma distinção: nos casos de *garantia própria*, derivada da transmissão de direitos (evicção), a não-denunciação irá ocasionar a perda da pretensão regressiva contra o alienante; já nos casos de *garantia imprópria*, vinculada à responsabilidade civil, a não-denunciação não impede a posterior propositura de autônoma ação de regresso (Aroldo Plínio Gonçalves, *Da denunciação da lide*, Forense, 1983, p. 223 e passim).

A doutrina inclinou-se decisivamente no sentido de que a 'obrigatoriedade' (*rectius*, o ônus) de denunciar, sob pena de perder "o

direito que da evicção lhe resulta", decorre da lei material e não da lei processual e, assim, só ocorre no caso do item I (Agrícola Barbi, *Comentários...cit.*, n. 407; Theodoro Junior, *Cursocit.*, v. I, 44^a ed., n. 116; Arruda Alvim, *Manualcit.*, v. 2, n. 68, p. 160).

Em terceiro lugar, a referência a 'ação reivindicatória' é substituída pela menção a 'ação relativa à coisa'. Com efeito, a limitação da denunciaçāo da lide às demandas reivindicatórias revela-se errônea, pois a coisa pode ser perdida, ou ter sua utilidade restrinida, em conseqüência de outras ações, como bem afirmou, em sede doutrinária, o Min. Sydney Sanches, aludindo a ações possessórias, anulatórias de título aquisitivo, confessórias de servidão, demarcatórias etc. (*Denunciaçāo da lide*, RePro, 34/51). No magistério de Agrícola Barbi: "Para que a garantia contra a evicção produza os resultados queridos pela lei civil, a denunciaçāo deve se admitida toda vez que houver ação do denunciante, ou contra ele, e de que possa resultar a perda da coisa por direito anterior à alienação" (*Comentários...cit.*, n. 403).

Em quarto lugar, a lei material já agora em vigor dispõe que a denunciaçāo não se fará exclusivamente ao 'alienante' imediato da coisa à parte denunciante (como estava no art. 1.116 do CC de 1916), mas sim poderá ser feita a 'qualquer' anterior transmitente na cadeia dominial, tal como consta do vigente Código Civil, 'verbis':

"Art. 456. 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.

Parágrafo único...(omissis)..."

Assim, a proposta de alteração do art. 70, I busca a necessária harmonização entre a lei processual e o novo regramento trazido pelo Código Civil vigente. A denunciaçāo da lide poderá ser feita não apenas a quem diretamente alienou a coisa ao denunciante, como a qualquer dos anteriores na cadeia dominial (o alienante imediato pode ter caído em insolvência, ou estar em lugar incerto etc.). Utilizando esta faculdade, o prejudicado pela evicção é favorecido pela escolha, que poderá agora fazer, daquele antecessor dominial que esteja em melhores condições de indenizá-lo na demanda regressiva (nossa *Intervenção de Terceiros*, Saraiva, 17^a ed., 2008, n. 53.1), assim surgindo uma solidariedade entre os anteriores titulares dominiais, perante aquele adquirente que veio a sofrer evicção (Theodoro Júnior, estudo na revista *Síntese*, 32/27).

Lei vigente

"Art. 73. Para os fins do disposto no art. 70, o denunciado, por sua vez, intimará do litígio o alienante, o proprietário, o possuidor indireto ou o responsável pela indenização e, assim, sucessivamente, observando-se, quanto aos prazos, o disposto no artigo antecedente."

Redação proposta:

"Art. 73. Para os fins do disposto no art. 70, I, o denunciado, por sua vez, requererá a citação do alienante anterior, ou de outro na cadeia dominial, e assim sucessivamente, observando-se quanto aos prazos o disposto no artigo antecedente.

§ 1º. O juiz poderá indeferir as sucessivas denunciações da lide, quando sugerirem expediente protelatório ou importarem demasiada demora no andamento do processo, ficando resguardado o direito a autônomas ações de regresso.

§ 2º. As denunciações da lide poderão ser requeridas coletivamente, em caso de insolvência ou de ausência de algum dos antecessores na cadeia dominial."

Estamos frente à questão das chamadas 'denunciações sucessivas', já admitidas pela doutrina e jurisprudência majoritárias, mas capazes de causar, quando utilizadas com propósito protelatório, os maiores prejuízos à efetividade do processo (Arruda Alvim, *Manual* ...cit, n. 68, p. 162).

Vejamos as alterações propostas. No inciso I, é prevista a 'citação', pelo denunciado, do alienante anterior, afastando-se a referência a 'intimação', fonte de equívocos e dúvidas da doutrina. E as denunciações sucessivas ficarão autorizadas apenas nos casos de 'evicção' - art. 70, I, eis que se cuida de expediente desaconselhado nos demais casos, mesmo porque permanecerá a possibilidade de o denunciado, mais tarde, ajuizar demanda regressiva autônoma.

Pelo parágrafo primeiro, é expressamente previsto que o magistrado indefira a denunciação sucessiva quando dela possa resultar demasiada demora no andamento do processo, com prejuízo ao demandante, como aliás decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, por sua 4ª Turma, em acórdão de que fomos relator (REsp. n. 9.876, de 1991).

Pelo parágrafo segundo, são previstos os casos de 'denunciação coletiva', aliás já preconizada, com excelentes fundamentos, por Moniz De Aragão (artigo na *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, 1979, n. 1; na revista AJURIS, 25/22).

Lei vigente.

"Art. 75. Feita a denunciação pelo réu:

I - se o denunciado a aceitar e contestar o pedido, o processo prosseguirá entre o autor, de um lado, e de outro, como litisconsortes, o denunciante e o denunciado;

II- se o denunciado for revel, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até final;

III - se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor, poderá o denunciante prosseguir na defesa ."

Redação proposta.

"Art. 75. Feita a denunciação pelo réu:

I - se o denunciado contestar o pedido formulado na ação principal, esta ação prosseguirá entre o autor, de um lado, e do outro o denunciante e o denunciado, em litisconsórcio;

II- se o denunciado for revel, sendo manifesta a procedência da ação de regresso, pode o denunciante deixar de oferecer contestação, ou abster-se de usar de recursos;

III - se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor na ação principal, o denunciante poderá prosseguir em sua defesa ou, aderindo a tal reconhecimento, pedir apenas a procedência da ação de regresso;

IV - procedente a ação principal, pode o autor, se for caso, executar a sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva. "

1. A nova redação, atribuída ao inciso I, inicialmente corrige imperfeição da lei atual, pois a expressão "se o denunciado a aceitar" dá a falsa impressão de que o denunciado poderia 'recusar-se' a figurar como réu na ação regressiva; entretanto, das duas uma:

a) ou o denunciado, citado, comparece aos autos e contesta, podendo inclusive arguir, em sua defesa, a prefacial de não ser caso de denunciação da lide, com a consequente extinção da demanda regressiva;

b) ou o denunciado, citado, não comparece aos autos, e então tornar-se-á revel, suportando os efeitos da revelia na ação regressiva.

Além disso, fica explicitado que a 'contestação do pedido' diz respeito ao pedido formulado *na ação principal*, tanto que, se o denunciado contestar tal pedido, tornar-se-á 'litisconsorte do réu nessa ação principal'. A redação sugerida irá aplacar, parece-nos, as muitas dúvidas sobre a posição processual do denunciado, nos termos do atual item I.

Assim, procedentes a ação principal e a denunciação, será sem dúvida possível ao autor promover o *cumprimento da sentença* não apenas contra o réu como também contra o denunciado, este na qualidade de litisconsorte na ação principal. Aliás, mesmo face à lei atual o Ministro Ruy Rosado, em decisão no STJ, já endossou esta orientação, afirmando que "o instituto da denunciação da lide, para servir de instrumento eficaz à melhor prestação jurisdicional, deveria permitir ao juiz proferir sentença favorável ao autor, quando fosse o caso, também e diretamente contra o denunciado, pois afinal ele ocupa a posição de litisconsorte do denunciante" (REsp. n. 77.590, ac. de 15.10.1996, julgamento unânime, RSTJ 93/320).

2. Pelo item II, em sendo o denunciado revel, o denunciante não mais estará obrigado a prosseguir em sua defesa 'até final', mesmo porque pode acontecer que não encontre ele argumentos razoáveis para impugnar a pretensão do autor . A redação agora proposta colocará, outrossim, a lei processual em consonância com a lei material, mesmo porque (no alusivo à evicção) o artigo 456 do Código Civil (2002) passou a dispor:

"Art. 456

.....
Parágrafo único. Não atendendo o alienante à denunciação da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar recursos."

Cassio Scarpinella Bueno, comentando a regra do atual inciso II, pergunta como, se o réu denunciante estiver convicto de que ao autor assiste razão, e o denunciado mantém-se revel, irá ele réu prosseguir 'na defesa até final' sem incorrer nas sanções previstas para o litigante de má-fé ? (*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, Saraiva, 2003, p. 254).

Diga-se que Fredie Didier Jr., com boa razão, sustenta que a revogação do parágrafo II do art. 70 terá sido total, e não apenas relativamente aos casos de evicção (artigo na revista *Dialética*, 14/31).

Tendo em vista o novo teor do art. 75, inciso II, deverá ser revogado o parágrafo único do art. 456 do CC, acima citado, mesmo porque a matéria é evidentemente de direito processual.

3. Pelo inciso III, coerentemente com as normas dos incisos anteriores, caso o denunciado venha a confessar os fatos alegados pelo autor na ação principal, o réu denunciante terá a opção :

a) caso entenda que os fatos não ocorreram, ou ocorreram de forma diversa, ou que deles não decorre a consequência jurídica pretendida pelo demandante, o réu prosseguirá em sua defesa;

b) caso concorde com a confissão, irá limitar-se a sustentar a procedência da denunciação da lide.

4. Pelo item IV, fica explicitada a possibilidade de o autor executar a sentença também contra o denunciado, nos limites em que foi este condenado na ação regressiva.

Neste passo lembremos que Humberto Theodoro Junior alude à exegese tradicional de que a parte autora na ação principal não teria legitimidade para executar o denunciado, por inexistir relação de direito material entre ambos; mas, com expressa referência à nossa posição doutrinária (*Intervenção de Terceiros*, 17^a ed., itens 56.1 a 56.4), vem ele a aceitar uma "moderna visão", atenta à "garantia de efetividade da prestação jurisdicional", sustentando então que "mesmo que não se veja uma relação creditícia direta entre o autor e o denunciado, não há razão para, funcionalmente, se lhe negar uma subrogação nos direitos do réu denunciante em face do terceiro denunciado, no que diz respeito à garantia a seu cargo" (*Curso...* cit., 44^a ed., n. 120-b, p. 150).

São interessantes, a respeito da 'execução direta' do denunciado, os estudos publicados por Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni (revista *Jurídica*, 325/63) e por Daniel Ustárroz (revista *Jurídica*, 323/56).

Lei vigente

" Art. 76. A sentença, que julgar procedente a ação, declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo."

Redação proposta

"Art. 76. Sendo o denunciante vencido na ação principal, a sentença julgará a denunciação da lide; se vencedor, a ação de

denunciação será declarada extinta, sem prejuízo das verbas de sucumbência.

Agrícola Barbi, dentre muitos, menciona as 'impropriedades' contidas no texto atual do art. 76 (*Comentários ao CPC*, cit., ns. 431, 432). Em primeiro lugar, a norma parte do (falso) pressuposto de que a denunciação é sempre promovida pelo réu, e assim a sucumbência deste leva às demais consequências; esquece, portanto, que a denunciação também pode partir do autor (art. 71; art. 74), caso em que a condenação do denunciado pressupõe a 'improcedência' da ação principal.

Além disso, o atual texto dispõe que a sentença 'declarará' o direito do evicto: ora, a sentença não é declaratória, mas condenatória, tanto que vale como título executivo; e nem sempre o caso será de evicção, pois não o é em hipóteses do art. 70, II e nas hipóteses do art. 70, III.

A redação proposta pretende superar tais equívocos, frisando o principal: ação e denunciaação devem ser apreciadas na mesma sentença - *in simultaneus processus*. A sucumbência do denunciante na ação principal implica o julgamento, em seu mérito, da ação regressiva; a vitória do denunciante faz com que não surja pretensão regressiva e, assim, o denunciante será julgado carecedor da ação de regresso.

V - Um novo caso de chamamento ao processo

Pelo chamamento ao processo, ao réu assiste a *faculdade* (não a obrigação) de, acionado pelo credor em ação de conhecimento sob rito ordinário, fazer citar os *coobrigados* a fim de que estes ingressem na relação jurídica processual como seus litisconsortes, ficando destarte abrangidos pela eficácia da coisa julgada material resultante da sentença.

Não se trata, aqui, de um direito regressivo, como no caso da denunciação da lide; com efeito, os 'chamados' devem ao credor comum, não ao 'chamante'. Cuida-se, isto sim, da instauração de um *litisconsórcio sucessivo facultativo*; o terceiro é convocado ao pólo passivo porque, consoante a relação de direito material em que se fundamenta a demanda, ele, terceiro, não deve ao chamante, mas sim deve ao autor, como credor comum. O chamamento provoca, assim, a inserção dos chamados no pólo passivo da relação processual já pendente.

Todavia, se a relação de direito material for unitária, a exigir a presença de todos os seus integrantes como partes, então a convocação da pessoa antes não citada representará, isto sim, a 'integração do contraditório' para a formação de litisconsórcio passivo necessário; não implicará, pois, chamamento ao processo.

Dois os pressupostos para o exercício do chamamento ao processo: em primeiro lugar, a relação de direito material deve pôr o chamado também como devedor, em caráter principal ou subsidiário, ao mesmo credor, que na demanda figura como autor; em segundo lugar, é preciso que, pela relação de direito material, o pagamento da dívida pelo chamante, em virtude de sentença condenatória, a ele confira o direito de, pelo mesmo processo, haver do chamado o reembolso, total ou parcial, do que pagou ao demandante.

Na opinião de Humberto Theodoro Júnior, deverá ser *acrescentado*, ao artigo 77 do CPC, mais um caso de chamamento ao processo, passando a ser admitida a intervenção de terceiros para casos que não serão propriamente de solidariedade, mas de co-responsabilidade, como as obrigações legais ou convencionais de reparar o dano causado por outrem.

O eminentíssimo mestre alvitrou o seguinte texto:

"Art. 77

.....
IV - daqueles a quem, por lei ou contrato, corresponder a obrigação de garantir a reparação do dano causado por outrem".

Com base nesta valiosa sugestão, chegamos à redação a seguir:

"Art. 77.

.....
IV - daqueles que, por lei ou contrato, são também obrigados à reparação do dano causado por outrem. "

Pensemos no dano provocado para evitar o perigo causado por outrem (Código Civil, art. 930), caso em que o prejudicado poderá promover a ação contra o causador material do dano, ou contra o causador do perigo, ou contra ambos; acionado apenas o causador material, a este será facultado o chamamento ao processo do causador do perigo. A norma abrange, por exemplo, também o chamamento previsto no Código de Defesa do Consumidor; o chamamento facultado no artigo 787, § 3º, do CC (seguro de responsabilidade civil como contrato de garantia); o chamamento ao processo previsto no art. 1.698 do CC (co-devedores de alimentos); o chamamento dos causadores de acidentes de trânsito com muitos responsáveis e assim por diante.

VI - Do 'amicus curiae'

Cassio Scarpinella Bueno propõe seja incluída no Código de Processo Civil a intervenção do '*amicus curiae*', na Seção dedicada à assistência. Considerando tal sugestão, e de certa forma simplificando os textos alternativamente sugeridos pelo ilustre jurista, opinamos no sentido de que deva ser aditada ao Capítulo VI uma Seção V, alusiva às '*Outras formas de intervenção*'.

Assim, o art. 80-A irá dispor quanto ao *amicus curiae*, cuja intervenção será aceita desde que, sendo entidade com representatividade adequada e suficiente, busque a defesa de relevante interesse de ordem pública, podendo então provar, arrazoar e recorrer.

Teremos, assim:

"*SEÇÃO V* *Outras formas de intervenção*

Art. 80-A. O legitimado para propor ações coletivas poderá, como 'amicus curiae', intervir em causas pendentes, facultando-se-lhe juntar documentos, requerer provas, arrazoar e, se for caso, recorrer, desde que a intervenção se justifique para a defesa de interesse de ordem pública e que favoreça uma das partes no processo."

Parece necessário disciplinar adequadamente a modalidade 'anômala' de intervenção da União prevista atualmente no artigo 5º da Lei 9.469, de 10 de julho de 1997, e que tantas críticas tem mui justamente merecido em sede doutrinária (Luiz Guilherme Marinoni *et alii, Manual do processo de conhecimento*, RT, 2ª ed., 2003, p. 221; nosso *Intervenção de Terceiros*, Saraiva, 18ª ed., 2009, n. 71-A).

A redação proposta ao novo artigo, com a revogação expressa da norma constante da aludida lei extravagante, é a seguinte:

"Art. 80-B. A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município poderão intervir na causas em que forem parte autarquias, fundações de direito público, empresas públicas e sociedades de economia mista a eles vinculadas, atuando os intervenientes na defesa do patrimônio público e cabendo-lhes, se for caso, recorrer.

Parágrafo único. Se o interesse ostentado for unicamente econômico, a intervenção da União não implicará deslocamento de competência para o Juízo federal.

Busca-se, assim, resguardar o interesse da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, permitindo-lhes intervir em causas em que forem parte entidades de direito público, atuando os intervenientes na defesa do patrimônio público.

V I I - Normas de encerramento.

As normas de encerramento disporão sobre a revogação do parágrafo único do art. 456 do Código Civil e do art. 5º e seu parágrafo único da lei 9.469, de 10 de julho de 1997, conforme já exposto.

Finalmente, é alvitrada *vacatio legis* de três meses.

=====

Porto Alegre, JUNHO de 2009
(Athos G. Carneiro, com sugestões dos professores Humberto Theodoro Júnior e Cassio Scarpinella Bueno).

Luiz Henrique Volpe Camargo**145****De:** Sen. Valter Pereira**Enviado em:** segunda-feira, 8 de novembro de 2010 12:25**Para:** Luiz Henrique Volpe Camargo**Assunto:** ENC: Reforma do CPC**De:** Cicero [mailto:ciceroadv@terra.com.br]**Enviada em:** domingo, 7 de novembro de 2010 13:43**Para:** Sen. Valter Pereira**Assunto:** Reforma do CPC

Senador:

Com as constantes notícias sobre corrupção e outras irregularidades no Judiciário, sugiro ao Nobre Senador, incluir no Estudo da Reforma do CPC, a mudança de competência para decisão quanto ao Juízo de Admissibilidade do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário para as Cortes Superiores. A admissão poderia ser decidida em departamento específico da corte destinatária.

É que com a decisão a cargo do Tribunal de origem, existe certa facilidade em dificultar que um julgamento eivado de irregularidade tenha acesso às Cortes Superiores.

É sabido o corporativismo que existe nos Tribunais, e ainda mais a dificuldade que se tem em "fazer subir" um Recurso Especial ou Extraordinário.

Com a mudança a Corte Superior destinatária do recurso teria como "tomar conhecimento" das eventuais decisões teratológicas, absurdas ou manifestamente ilegais. Seriam uma espécie de limitação ao "abafamento" de irregularidades, hoje possível nas Cortes inferiores, bastando negar seguimento ao reclamo da parte lesada, que, então passa a enfrentar um logo de demorado caminho através de Agravos nem sempre bem sucedido.

O benefício da mudança seria a possibilidade de, em um mesmo tempo, fiscalizar em tese, e facilitar o acesso às Cortes Superiores.

Cicero João de Oliveira
OAB MS 3316

ciceroadv@terra.com.br

Luiz Henrique Volpe Camargo**146**

De: Wander Magalhães Barros [wmbarros@trf5.jus.br]
Enviado em: terça-feira, 9 de novembro de 2010 15:32
Para: Luiz Henrique Volpe Camargo; luizhenrique@volpecarmargo.com.br
Assunto: Sugestões acerca do anteprojeto do novo CPC
Prioridade: Alta
Anexos: Sugestão Reforma do CPC.doc; Ofício 058.2010-GFW.doc

Prezado Dr. Luiz Henrique Volpe,

Conforme combinado em contato telefônico, encaminho, em anexo, o Ofício n.º 058/2010-GFW, do Desembargador Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas do TRF da 5ª Região, que elenca duas sugestões a respeito do anteprojeto do novo CPC.

Informo, ainda, que o original será enviado pelos correios juntamente com o exemplar do livro a que faz referência o documento anexo.

Atenciosamente,

Wander Magalhães
Chefe de Gabinete

----- Original Message -----

From: Wander Magalhães Barros
To: volpe@senado.gov.br
Sent: Tuesday, August 31, 2010 11:05 AM
Subject: Sugestões sobre o Projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, sobre a reforma do CPC.

Exmo. Sr. Senador Valter Pereira,

De ordem do Exmo. Desembargador Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas do TRF da 5ª Região,

E em atenção ao Ofício VP n.º 274/2010, encaminho, em anexo, as sugestões feitas pelo Des. Fed. Francisco Wildo sobre o Projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil na esperança que, nas palavras de Sua Excelência, "as modestas sugestões possam contribuir, de algum modo, para o aperfeiçoamento do já bem elaborado trabalho realizado pela douta Comissão de Juristas presidida pelo eminentíssimo Ministro Luiz Fux".

Respeitosamente,

Wander Magalhães
Chefe de Gabinete
Gab. Des. Fed. Francisco Wildo

Cumprimentando V. Exa,

Antes de apresentar a minha sugestão, faz-se necessário ressaltar que me pareceu louvável a intenção da comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux de elaborar-se uma nova lei baseada na experiência da prática judiciária brasileira, rompendo com o modelo de atrelar-se às matizes européias, anglo-americanas, etc., como afirmado pelo próprio Presidente da Comissão¹.

Nessas primeiras impressões, parece-me, também, que o trabalho já apresentado revela saudáveis modificações - que identifico como positivas – e apenas duas que não me parecem tão boas, por isso que apresentadas como negativas, como se exporá a seguir.

Muito se tem escrito e, certamente, muito mais se haverá de escrever ainda com posições doutrinárias contrárias às mudanças propostas.

As que se apresentarão em seguida são fruto de nossa experiência jurídica como professor da disciplina Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Alagoas, na UFAL, de cujo magistério já me aposentei, embora continue a ensinar a disciplina Constituição e Processo no Curso de Mestrado da mesma Faculdade, de alguns livros despretensiosos e de exercer a magistratura como Desembargador Federal na Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com sede no Recife.

Observo, por primeiro, que o art. 16 do Anteprojeto do novo CPC traz uma homenagem desnecessária à teoria da ação de Liebman, adotada expressamente pelo CPC que se pretende renovar, por demais criticada por nossos doutrinadores e que não se compadece, com a visão moderna que se tem da jurisdição e da ação.

Como se sabe, a doutrina moderna tem-se pacificado no entendimento de que a jurisdição é a atividade estatal soberana mercê da qual se resolvem os conflitos sociais, por aplicar-se o direito objetivo. Considera-se a jurisdição, no dizer da Ministra do STF CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, como um serviço público essencial a ser prestado monopolística e diretamente pelo Estado e, em consequência, o direito à jurisdição – que se identifica como um direito público constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. Em razão disso, se conclui que o direito à jurisdição é, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado².

¹ - Como se registrou na entrevista concedida pelo ministro do STF e Presidente da Comissão LUIZ FUX ao Informativo “Consultor Jurídico”, no site <http://www.conjur.ciom.br/2010-fev-24/anteprojeto-cpc-preve-recurso-único-fim-acao...>, acessado em 29.06.2010, p. 05 de 05.

² - Cf. “O Direito Constitucional à Jurisdição”, artigo que integra a obra “As Garantias do Cidadão na Justiça”, obra coletiva coordenada pelo Min. do STJ Sálvio Figueiredo Teixeira. Ed. Saraiva, São Paulo, 1993, p.31-51, mais precisamente p. 33.

Como reconhece a moderna doutrina européia, o direito à jurisdição, que se identifica como o direito constitucional de ação, é um dos direitos fundamentais com o máximo de plus de fundamentalidade, exatamente por caracterizar-se como o direito instrumental por excelência, por exercer a função de servir de garantia ou proteção dos demais direitos³.

Nesse mesmo sentido – e em obra de grande aceitação – o espanhol J. A. GONZALEZ CASANOVA observa que o primeiro direito fundamental dos cidadãos do Estado é, portanto, desde esta perspectiva, o direito à jurisdição que, por sua vez, pode subdividir-se em: a) livre acesso aos juízes e tribunais; b) proteção processual aos direitos humanos fundamentais; e c) garantias procedimentais e de execução das decisões judiciais⁴.

Como se sabe, as teorias engendradas a respeito da natureza jurídica do direito de ação, assentavam no grande equívoco de considerar-se a idéia básica de considerá-la um remédio heróico apto a corrigir uma lesão – ou, modernamente, uma ameaça de lesão – a um direito, tal como a considerou, originalmente, GIUSEPPE CHIOVENDA, na aula inaugural que proferiu na Universidade de Bolonha, em 3 de fevereiro de 1903⁵, quando se deveria examinar o fenômeno, com a atenção devida à observação de ENRICO PODETTI de que não se deve estudar nenhum dos institutos básicos da trilogia estrutura do processo – jurisdição, ação e processo – sem o auxílio dos demais⁶.

Superada essa superada visão, para admitir-se que a ação nada mais é do que o direito à jurisdição e que esse direito, de matriz constitucional, verdadeiro direito fundamental dotado de instrumentalidade com um plus de fundamentalidade, como muito bem observado pela doutrina espanhola, não pode ser limitado, condicionado a certas injunções que a melhor doutrina já identificou como preliminares de mérito⁷.

Submeter esse direito constitucional ao atendimento de condições quaisquer que sejam elas a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para agir, como originariamente a concebera LIEBMAN, ou com a modificação que ele próprio introduziria, limitadas ao interesse e a legitimidade, como afinal a consagraria o art. 3º do CPC atual, significa exibir uma contradição metodológica na estrutura do próprio CPC.

³ - Como explicou Javier Pérez Royo, em sua celebrada obra “Curso de Derecho Constitucional”, Ed. Marcial Pons, Madri, 1998, 5ª ed., p. 311.

⁴ - Cf. “Teoría del Estado y Derecho Constitucional”, Editorial Vicens-Vives. Barcelona, 1989, 3ª ed. Revista, p. 296.

⁵ - E que depois publicaria com o nome “La Acción em el Sistema de los Derechos”, no volume I do seu livro “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, na versão ao castelhano feita por Santiago Sentís Melendo, como se encontra reproduzido na coletânea “Acción, Pretensión y Demanda” – Fundamentos Doctrinarios del CPC – em compilação feita por Juan Morales Godo, Peru-Lima, Palestra Editores, 2000, p. 21-110.

⁶ - Cf. “Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil”, artigo publicado na “Revista de Derecho Procesal”, ano II (1944), Companhia Argentina de Editores, Buenos Aires, p. 115. Um resumo das críticas feitas a essa teoria se encontra em minha obra “Teoria Geral do Processo [Jurisdição – Ação (Defesa) – Processo]”, Ed. Método, São Paulo, 2007, 2ª ed., p. 286-290.

⁷ - Basta examinar-se, por todos, os argumentos expendidos por Galeno Lacerda, na obra “Despacho Saneador”, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, 3ª ed., p. 84.

De um lado, recomenda-se, logo no art. 1º – inicial – que se interprete o processo civil conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, em que se consagra, no art. 5º, XXXV da CF/88 de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, que se identifica com o direito à jurisdição, mas o art. 16 dessa mesma lei estabelece que Para propor a ação é necessário ter interesse e legitimidade. Eis a contradição, se não houver interesse ou legitimidade a pessoa não tem o direito constitucional de acesso à jurisdição? Com o se explica que a pessoa possa movimentar toda máquina jurisdicional, inclusive o STF, para, ao depois, ser reconhecido que não tinha o interesse de agir? Pelo que consta do art. 1º do Anteprojeto, não teria o direito de ação. Mas pergunta-se: agiu, então, em nome de que direito?

Embora a Comissão houvesse expressado o propósito de abandonar os modelos estrangeiros, com preferência pela experiência nacional, repete dispositivo anterior do CPC que se revoga, que, por sua vez, havia adotado entendimento doutrinário italiano e, portanto, estrangeiro, revolucionário à época, mas já superado, parecendo-me mais razoável que, em tema da teoria da ação, evoluísse para a concepção mais moderna, expressa no art. 30 do CPC francês, de 1975, que registra:

L'action est le droit, pours l'auter d'une prétention d'être entendue sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bine ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention.

Essa modificação traria a vantagem, de um lado, de consagrar-se em nossa lei a doutrina mais moderna, ajustando o novel CPC aos exatos termos da CF/88 e, de outro, revelaria que o direito de ação é reconhecido não só ao autor, como também ao réu, com o que se definira a natureza mesma do direito de defesa, que a melhor doutrina identifica com o direito de ação visto do ângulo do réu⁸.

Por fim, o anteprojeto parece ter sido elaborado para atender, especificamente, os reclamos dos advogados, sabido que essa profissão possui importante relevo no desenrolar do processo, tanto que o atual texto constitucional a considera – no art. 133 – como atuação indispensável à administração da justiça.

Penso que a criação de dispositivos que favorecem ao advogado e que, no caso específico, estabelecerá grande confusão, não se percebendo que benefício maior poderá trazer à administração da justiça, a nova regra de contagem de prazo introduzida no art. 174 do anteprojeto, que determina: Na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão, de forma contínua, somente os úteis. Ocorre que os dias não úteis, isto é, os feriados se apresentam como nas dimensões de nacionais, estaduais, municipais, encontrando-se, ainda, os feriados civis e religiosos. De qualquer modo, o

⁸ - Ou, como esclareceu Eduardo J. Couture, o primeiro autor que identificou a sede constitucional do direito de ação: "... la excepción es, en cierto modo, la acción del demandado". Cf. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", tercera edición (póstuma). Reimpresión inalterada, p. 96 e 89, respectivamente..

dispositivo soa contraditório ao considerar que os prazos serão computados de forma contínua e, logo em seguida, estabelece que isso se dá somente nos dias úteis, quando a essência do instituto, como bem observado por ANTÔNIO DALL'AGNOL é a de que o princípio da continuidade dos prazos imponha a sua contagem com inclusão dos dias não úteis, ou feriados⁹.

Recife, 31 de agosto de 2010.

Des. Fed. Francisco Wildo
Tribunal Regional Federal da 5^a Região

⁹ - Cf. "Comentários ao CPC" – Do Processo de Conhecimento – arts. 102 a 242 – Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 312.



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5^a REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO**

Ofício 058/2010-GFW

Recife, 08 de novembro de 2010.

Caro Sr. Dr. Luiz Henrique Volpe Camargo,

Gostaria de agradecê-lo por ter em breve e rápido contacto que mantivemos, ao cabo da importante palestra do Exmº. Senador Valter Pereira, a que V. Sa. o auxilia com tanta eficiência, haver recebido cópia do expediente que havia anteriormente encaminhado à Sua Excelência com duas sugestões a respeito do anteprojeto do novo CPC, de que o eminentíssimo Senador é relator.

Naquela ocasião, mais precisamente em Brasília, no Curso “O Novo Código de Processo Civil: Panorama e Perspectivas”, após a importante palestra denominada “Impressões do Relator Geral”, no dia 04.11.2010 – quinta feira – no período de 14:30h às 16:00h, já no momento da saída, apresentei-me ao douto Assessor, por não desejar incomodar o Senador no momento da saída e pedi ajuda para que se examinasse a sugestão que havia enviado – cuja cópia deixei com ele e que, novamente a envio através deste expediente.

Desculpe-me a insistência. Não me alongarei nem vou insistir a respeito do que havia sugerido: pretendo, tão somente, esclarecer a sugestão, complementá-la para que o douto assessor tenha informações suficientes para apresentá-las a S. Excelência, o Relator do projeto, para que este, com as informações que lhe serão passadas, examine-a, se a desejar, e conclua se ela deve ou não merecer sua atenção. Para isso, tomo a liberdade de encaminhar exemplar de modesta obra vide, às p. 295 e 296, defendendo à postura doutrinária constante da sugestão apresentada, que ora se renova.

Como ficou dito na sugestão cuja cópia segue em anexo, insisto que o art. 16 do anteprojeto, com a devida vénia, repete uma postura doutrinária já superada. Pretende-se agrilhoar o direito de ação à satisfação das condições da ação que, sabidamente, dizem respeito ao mérito. Argumentei que tal visão era contraditória com a postura da própria Comissão em respeito à interpretação do direito processual aos princípios constitucionais, por não poder harmonizar o dispositivo com o que estabelece o art. 5º, XXXV, da CF/88, como reconhecido exatamente por uma das ministras do STF, cujo escólio mencionei.

Observei, no entanto, durante as palestras – se não me engano naquela proferida pelo Desembargador JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, logo no dia seguinte – 05.11.2010 – sexta-feira – em excelente exposição, que essa medida tinha por objetivo contribuir para a celeridade da prestação jurisdicional, pelo que a Comissão, embora não desconhecesse o que entendeu – no entanto – tão somente como mera discussão a respeito das condições da ação, o que, data vénia, já me parece superado – considerou importante repetir nesse dispositivo o que constava no art. 3º do atual CPC: apenas para impedir, no nascedouro, a propositura de demandas que não podiam prosperar.

Embora não tivesse ousado indagar nada do palestrante – por inibição natural minha – meditei a respeito e concluí que a sugestão que havia encaminhado ao excellentíssimo relator estava incompleta: limitava-se a sugerir a substituição do dispositivo do art. 16 do anteprojeto por outro, completamente distinto – do art. 30 do CPC francês, cuja alteração continua me parecendo razoável, por contemplar postura doutrinária atual, que me parece correta: o direito de ação é constitucionalmente reconhecido tanto ao autor quanto ao réu.

O autor da ação o exerce primeiro apenas porque teve a primazia de movimentar a máquina jurisdicional. O réu, porém, continua com o mesmo direito constitucional de jurisdição – direito classificado como um dos direitos fundamentais, com o *plus de fundamentalidade*, como mencionei com base na doutrina espanhola – de ser ouvido por um Tribunal.

A sugestão que apresentei, que continua me parecendo correta, não contemplou, no entanto, uma solução para atender os desejos, também razoáveis, da douta Comissão e, somente por isso, ouso insistir com a complementação dela, para submetê-la, já agora por inteiro, à apreciação do douto relator.

Penso, eminent assessor, que se pode obter o mesmo efeito desejado – impedir a propositura de demandas exarcebadamente infundadas, porque sem legitimação ou sem interesse de agir – sem necessidade desse dispositivo constante da disciplina da ação e sem necessidade de mais nenhuma modificação no anteprojeto, tal como apresentado ao público em geral. É que o art. 317, que trata do indeferimento da petição inicial, já contempla essa hipótese quando autoriza o magistrado a indeferir a petição inicial quando a parte for manifestamente ilegítima ou o autor carecer de interesse processual, como consta dos incisos II e III do referido dispositivo. Parece-me desnecessário repetir esses dispositivos na disciplina própria do direito de ação, como o faz o atual art. 16 do Anteprojeto.

Perdoe-me, mas estou seguro que quando o autor dirigiu a petição inicial ao Poder Judiciário, já exerceu o direito fundamental de ação – constitucionalmente garantido – de ser ouvido perante o Tribunal. Reconheço que o Poder Judiciário pode, sem dúvida, examinar se a pretensão tem ou não as condições mínimas de bom êxito, mas isso é um exame que se realiza no processo e que, bem por isso, autoriza que se o extinga imediatamente, pelo indeferimento da inicial.

Nesse sentido, o magistério de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, na obra “Temas de Direito Processual”, quarta série, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, no artigo “Sobre Pressupostos Processuais”, p. 83-104, mais precisamente, p. 83-84, quando observou, com toda correção:

*“Tal sistematização (refere-se à distinção entre pressupostos processuais e condições da ação) é de corte italiano. Na processualística alemã, que o engendrou, o conceito de “pressupostos processuais” (*Prozessvoraus-setzungen*) tem maior amplitude e abrange os requisitos a que entre nós se costuma dar o nome de “condições da ação”: assim é, por exemplo, que no rol dos *Prozessvorassetzungen* se vê incluída a legitimação para a causa (*Prozessführunbefugnis*)”.*

Se puder merecer a atenção do douto assessor, que teve a paciência de me ouvir, ainda que brevemente, para que examine a sugestão, de cuja insistência rogo-lhe que me perdoe, informando-me que a examinou – mesmo que não a tenha encaminhado ao douto relator do PLS 166/2010 por não a considerar relevante – agradeço-lhe imensamente, pelo que lhe antecipo as minhas sinceras homenagens.

Des. Federal Francisco Wildo
Tribunal Regional Federal da 5^a Região

Ilmº. Sr.
Dr. Luiz Henrique Volpe Camargo
DD. Assessor do
Exmº. Sr. Senador Valter Pereira,
Relator Geral do PSL/166, Anteprojeto do novo CPC
Senado Federal - Praça dos Três Poderes –
CEP 70165-900 - Brasília DF

Caro Cássio

Tentei falar-lhe ao telefone na semana passada, a fim de pontuar as sugestões já alinhavadas sobre o NCPC.

Parece-me que o art. 107 do CPC poderia ter um parágrafo único com os seguintes dizeres:

art. 107....

Parágrafo único: A decisão proferida com fundamento no inciso V deste artigo é sujeita a agravo de instrumento.

Assim haveria menos resistências á possibilidade de flexibilizaçao do procedimento.

Além disso, assuntos relacionados ás provas, s.m.j., deveriam ser tratados em um único capítulo (seja na parte geral ou no processo de conhecimento).

Por fim, se me permite mais duas sugestões - estas não comentadas no seminário da AASP - aí vão elas:

1a) não tem sentido mínimo - a não ser abraçar o entendimento da Didi e do Medina sobre o tema - manter-se a intimação pessoal da parte no cumprimento de sentença, ainda mais agora que o STJ finalmente pacificou a questão. Posso lhe atestar, pela experiência do foro, que este foi um avanço muito importante e que, efetivamente, os devedores não enrolam para pagar quando condenados. Portanto, seria de bom alvitre pequena alteração no 490, § 1º - que tem grande impacto prático - para dizer que *a parte será intimada na pessoa de seu advogado, salvo se não houver, caso em que será intimada pessoalmente por carta.*

2a) o Art. 495 poderia ganhar um §, penso que o § 2º, renumerando o 2º para 3º, e o 3º para 4º, etc., a fim de indicar que "*poderá o juiz em caso de hipossuficiência do credor, bem como nas hipóteses em que tal providência se afigure mais razoável do ponto de vista da celeridade, determinar que o devedor apresente o demonstrativo de cálculo discriminado, na forma do caput deste dispositivo".*

Cordial abraço

F
Gajardoni

São Paulo, 19 de outubro de 2010.

À

Comissão Revisora do Projeto de novo Código de Processo Civil

At.: **Professor Cassio Scarpinella Bueno**

Ref.: **Sugestões para o projeto**

Prezados Senhores,

Com a finalidade de contribuir com os trabalhos de Vossas Senhorias, tomo a liberdade de lhes encaminhar, para análise, as anexas sugestões de alterações de dispositivos do projeto referido acima, acompanhadas das correspondentes justificativas.

Sem mais, com meus protestos de estima, subscrevo-me,

Cordialmente,

Heitor Vitor Mendonça Sica

LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO E INTERVENÇÃO IUSSU IUDICIS

| Texto original do projeto | Sugestão de alteração |
|--|--|
| <p>Art. 103. Nos casos de litisconsórcio necessário, se não figurar no processo algum dos litisconsortes, o juiz ordenará a respectiva citação, dentro do prazo que fixar, sob pena de ser proferida sentença sem resolução de mérito.</p> <p>Parágrafo único. A sentença definitiva, quando proferida sem integração do contraditório, nos termos deste artigo, será:</p> <p>I - nula, se a decisão deveria ter sido uniforme em relação a uma das partes e a todas as pessoas que, como seus litisconsortes, deveriam ter integrado o contraditório;</p> <p>II - ineficaz apenas para os que não foram citados, nos outros casos.</p> | <p>Art. 103. Nos casos de litisconsórcio necessário, se não figurar no processo algum dos litisconsortes, o juiz ordenará a respectiva citação, dentro do prazo que fixar, sob pena de ser proferida sentença sem resolução de mérito.</p> <p>Parágrafo único. §1º A sentença definitiva, quando proferida sem integração do contraditório <u>e for desfavorável ao litisconsorte necessário não citado</u>, nos termos deste artigo, será:</p> <p>I - nula, se a decisão deveria ter sido uniforme em relação a uma das partes e a todas as pessoas que, como seus litisconsortes, deveriam ter integrado o contraditório;</p> <p>II - ineficaz apenas para os que não foram citados, nos outros casos.</p> <p><u>§2º. Quando o juiz identificar terceiros que possam ser atingidos pela eficácia da sentença, mesmo que não se tratem de litisconsortes necessários, poderá ordenar sua citação para que integrem o contraditório, apresentando suas pretensões ou defesas em face do autor, do réu ou de ambos, no prazo de 15 dias (N.R.).</u></p> <p><u>§3º. O autor pode se opor à citação dos sujeitos ordenada pelo juiz nos termos dos parágrafos anteriores, hipótese em que o processo será extinto sem exame de mérito (N.R.).</u></p> |

Justificativa: A alteração do *caput* visa conferir maior agilidade à citação dos litisconsortes necessários, preservando-se, contudo, a possibilidade do autor se opor a ela, ensejando a extinção do processo sem resolução do mérito (tal como previsto no parágrafo único do art. 47 do CPC vigente). Por outro lado, o §2º sugerido, claramente inspirado no art. 91 do CPC de 1939 e no art. 107 do CPC italiano, visa reinserir no nosso sistema a “intervenção iussu iudicis”. Razões para tanto não faltam. Facultar a intervenção meramente voluntária é de todo insuficiente para adequada tutela daquele que não figura como parte no processo, mas

tem interesse jurídico na sua solução. Isso por uma dificuldade prática e outra técnica: a dificuldade de o terceiro descobrir a existência do processo e a obrigatoriedade de recebê-lo no estado em que se encontra. Ademais, a intervenção de terceiros, por ordem do juiz é meio de maximizar o contraditório, evitar a multiplicação de processos e manter a coerência decisória o que, em última análise, prestigia a economia processual.

PRECLUSÃO CONSUMATIVA

| Texto original do projeto | Sugestão de alteração |
|--|--|
| <p>Art. 179. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando assegurado, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.</p> <p>§ 1º Considera-se justa causa o evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.</p> <p>§ 2º Verificada a justa causa, o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.</p> <p>§ 3º O disposto no <i>caput</i> se aplica ao Ministério Público mesmo quando atuar como fiscal da lei.</p> | <p>Art. 179. <u>Decorrido</u>—Apenas após o decurso do prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar <u>ou emendar</u> o ato <u>processual</u>, ficando assegurado, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.</p> <p>§ 1º Considera-se justa causa o evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.</p> <p>§ 2º Verificada a justa causa, o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.</p> <p>§ 3º O disposto no <i>caput</i> se aplica ao Ministério Público mesmo quando atuar como fiscal da lei.</p> |
| <p>Art. 182. A parte poderá renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor.</p> | <p>Art. 182. A parte poderá renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor, <u>desde que o faça de maneira expressa</u>.</p> |

Justificativa: As alterações sugeridas visam eliminar do sistema quaisquer traços da chamada “preclusão consumativa”, deixando claro que é lícito emendar o ato processual, válida ou invalidamente praticado, dentro do prazo processual assinado à parte, salvo se a ele renunciar expressamente. Após o decurso do prazo, persiste o efeito de extinção do direito à prática do ato, próprio da preclusão temporal.

CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

| Texto original do projeto | Sugestão de alteração |
|---|--|
| <p>Art. 312. É lícita a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.</p> <p>§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:</p> <p>I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;</p> <p>II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;</p> <p>III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.</p> <p>§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação, se o autor empregar o procedimento comum e for este adequado à pretensão.</p> | <p>Art. 312. É lícita a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.</p> <p>§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:</p> <p>I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;</p> <p>II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;</p> <p>III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.</p> <p>§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação, se o autor empregar o procedimento comum e for este adequado à pretensão, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos e que não forem incompatíveis entre si.</p> |

Justificativa: O tema da cumulação de demandas que se sujeitam a procedimentos diversos merece atenção para se evitar problemas no dia-a-dia do foro. À guisa de exemplo, pense-se que a cumulação dos pedidos de consignação em pagamento e adjudicação compulsória ou revisão contratual são comumíssimos, mas não há como aplicar o procedimento comum, pois isso implica exclusão do manejo das técnicas relativas ao depósito judicial da prestação ou do levantamento de quantias controversas, próprias da ação de consignação em pagamento. Para lançar mão de exemplos obtido em lei extravagante, nada impediria que o pedido de despejo fosse cumulado ao de reparo dos danos no imóvel, ou que a ação de improbidade administrativa cumule pedido de declaração de nulidade de atos administrativos. Nos casos, contudo, em que o procedimento especial se conota por limitações horizontais à cognição judicial — como a ação de desapropriação, ou o mandado de segurança, por exemplo — a cumulação aqui alvitada não se aplicaria.

CHAMAMENTO AO PROCESSO

| Texto original do projeto | Sugestão de alteração |
|--|---|
| <p>Art. 327. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu:</p> <p>I - do afiançado, na ação em que o fiador for réu;</p> <p>II - dos demais fiadores, na ação proposta contra um ou alguns deles;</p> <p>III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum.</p> | <p>Art. 327. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu:</p> <p>I - do afiançado, na ação em que o fiador for réu;</p> <p>II - dos demais fiadores, na ação proposta contra um ou alguns deles;</p> <p>III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum.</p> <p><u>Parágrafo Único. Sob pena de indeferimento da providência, deverá o réu comprovar que os sujeitos chamados ao processo ostentam patrimônio livre e desembaraçado para responder por eventual condenação que lhes for imposta em favor do autor, (N.R.)</u></p> |
| <p>Justificativa: A utilidade do chamamento ao processo – que é a eventual formação de título executivo contra os sujeitos chamados – pode se esvaziar se esses não tiverem patrimônio para responder a execução. Daí porque a criação de um requisito de cabimento dessa modalidade de intervenção de terceiros evita que ela seja usada como mecanismo de inútil atraso processual.</p> | |

REVELIA

| Texto original do projeto | Sugestão de alteração |
|---|--|
| <p>Art. 343. A revelia não induz o efeito mencionado no art. 342, se:</p> <p>I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;</p> <p>II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;</p> <p>III - a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considere indispensável à prova do ato.</p> | <p>Art. 343. A revelia não induz o efeito mencionado no art. 342, se:</p> <p>I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;</p> <p>II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;</p> <p>III - a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considere indispensável à prova do ato.</p> <p><u>IV – a versão fática narrada pelo autor se demonstrar, segundo o livre convencimento</u></p> |

| | |
|--|--|
| | <u>motivado do juiz, inverossímil ou for desmentida por outros elementos constantes dos autos.</u> |
| Justificativa: A norma cuja inserção se propõe acha-se afinada com as regras atualmente em vigor para o procedimento sumário (CPC, art. 277, §2º) e summaríssimo (art. 20 da Lei 9.099/1995), bem como com o entendimento doutrinário e jurisprudencial pacífico. | |

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

| Texto original do projeto | Sugestão de alteração |
|--|--|
| <p>Art. 511. Alegada a insuficiência do depósito, é lícito ao autor completá-lo, em dez dias, salvo se corresponder a prestação cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.</p> <p>§ 1º No caso do <i>caput</i>, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.</p> <p>§ 2º A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido e valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe o cumprimento nos mesmos autos, após liquidação, se necessária.</p> | <p>Art. 511. Quando na contestação o réu se limitar a alegar a insuficiência do depósito, manifestando interesse na satisfação integral da obrigação objeto do processo e indicando o seu valor, o juiz declarará o autor parcialmente liberado da obrigação, determinará, de imediato, o levantamento da quantia depositada em favor do réu e intimará o autor para, querendo, consignar a parcela faltante no prazo de 10 (dez) dias. (N.R.).</p> <p>§ 1º. Havendo o depósito nos termos do <i>caput</i>, o juiz declarará o autor integralmente liberado da obrigação, reduzindo em cinqüenta por cento, os honorários advocatícios a que o réu teria direito. (N.R.)</p> <p>§ 2º. Caso não haja o depósito, o juiz colherá as provas, se necessárias, e proferirá sentença apontando a prestação devida, declarando-se o autor integralmente liberado da obrigação ou condenando-se o autor a pagar ao réu a diferença existente. (N.R.).</p> |

Justificativa: A redação proposta visa tornar a redação do dispositivo mais inteligível, evitando que se permita o levantamento de depósito fora da situação aqui descrita, ou seja, contestação unicamente baseada na alegação de insuficiência do depósito, acrescida da manifestação de interesse do réu-credor em haver o restante. Incentiva-se, outrossim, o depósito da diferença reclamada pelo réu pela redução da honorária advocatícia. Por outro lado, a fim de tornar o resultado do processo, nesse caso, mais efetivo, obriga-se o juiz a proferir sentença condenatória em favor do réu, não mais o autorizando a fazê-lo sempre que possível, de acordo com a redação atual do art.899, §2º.

EMBARGOS DE TERCEIRO

| Texto original do projeto | Sugestão de alteração |
|---|--|
| <p>Art. 615. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens ou direitos por ato de constrição judicial poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.</p> <p>§ 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor ou apenas possuidor.</p> <p>§ 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.</p> <p>§ 3º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens próprios, reservados ou de sua meação.</p> | <p>Art. 615. Quem, não sendo parte no processo, sofrer <u>constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, poderá requerer o seu desfazimento</u> por meio de embargos de terceiro.</p> <p><u>Parágrafo único. Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos: (N.R.)</u></p> <p><u>I – O cônjuge ou companheiro quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, salvo no caso do art. 767, parágrafo único (N.R.)</u></p> <p><u>II – O adquirente de bens que foram constritos em razão da decretação de fraude à execução. (N.R.)</u></p> <p><u>III – O sujeito que sofreu constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica e que não é parte no processo em que realizado o ato construtivo. (N.R.)</u></p> <p><u>IV – O credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos. (N.R.)</u></p> <p>Justificativa: o objetivo das alterações do <i>caput</i> é ampliar o cabimento dos embargos de terceiro, de modo a permitir que eles aleguem qualquer direito incompatível com o ato de constrição.</p> |

| Texto original do projeto | Sugestão de alteração |
|---|--|
| <p>Art. 616. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.</p> | <p>Art. 616. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.</p> <p><u>Parágrafo único. Caso seja possível identificar,</u></p> |

| | |
|-----------------------|---|
| | <u>quando da constrição judicial ou após a sua realização, que há terceiro titular de interesse em se opor ao ato, o juiz deverá notificá-lo pessoalmente para, querendo, apresentar embargos de terceiro no prazo preclusivo de 15 (quinze) dias.</u> |
| Justificativa: | O objetivo da norma inserida é permitir, desde logo, a convocação ao processo o terceiro que o juiz já tenha condições de identificar quando realizar o ato de constrição. Assim, o contraditório é mais efetivo (já que não há risco de o terceiro deixar de ter ciência do ato de constrição), e afasta-se a má-fé do terceiro que sabe do ato e espera até o último momento para apresentar os embargos. |

| Texto original do projeto | Sugestão de alteração |
|---|---|
| Art. 617. Os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juízo que ordenou a apreensão. | Art. 617. Os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juízo que ordenou a apreensão. <u>Parágrafo único. Nos casos de ato de constrição realizado por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se o bem constrito tiver sido determinado pelo juízo deprecante ou se a carta já tiver sido devolvida.</u> |
| Justificativa: A norma inserta visa preencher lacuna quanto à competência para embargos de terceiro contra ato de constrição determinado por carta precatória. | |

| Texto original do projeto | Sugestão de alteração |
|--|--|
| Art. 618. Na petição inicial, o embargante fará a prova sumária de sua posse e a qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas. § 1º É facultada a prova da posse em audiência preliminar designada pelo juiz. § 2º O possuidor direto pode alegar, com a sua posse, domínio alheio. § 3º A citação será pessoal, se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal. | Art. 618. Na petição inicial, o embargante fará a prova sumária de sua posse e a qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas. § 1º É facultada a prova da posse em audiência preliminar designada pelo juiz. § 2º O possuidor direto pode alegar, com a sua posse, domínio alheio. § 3º A citação será pessoal, se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal. |

| | |
|--|--|
| | <p><u>§ 4º Figurará no pólo passivo o sujeito a quem aproveita o ato de constrição e, eventualmente, seu adversário no processo principal, desde que esse tenha indicado o bem para a constrição judicial.</u> <u>(N.R.).</u></p> |
|--|--|

Justificativa: A norma inserta visa positivar entendimento jurisprudencial já consagrado.

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

| Texto original do projeto | Sugestão de alteração |
|--|---|
| <p>Art. 962. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogado o Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.</p> <p>§ 1º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.</p> <p>§ 2º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.</p> | <p>Art. 962. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogado o Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.</p> <p>§ 1º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.</p> <p>§ 2º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.</p> <p><u>§ 3º Permanecerão em vigor as normas relativas à ação monitória previstas no Código de Processo Civil revogado para os processos ajuizados sob esse procedimento até o início da vigência deste Código.</u> (N.R.)</p> <p><u>§ 4º Passarão a observar as normas do procedimento comum estabelecido neste Código os demais processos que tramitam sob procedimentos especiais revogados.</u> (N.R.)</p> |

Justificativa: O Projeto elimina alguns procedimentos especiais de jurisdição contenciosa previstos no CPC em vigor, tais como a ação de prestação de contas movida por quem tem o dever de prestá-las (art. 914, II), a ação de nunciaçāo de obra nova (arts. 934 e ss.) e a ação monitória (art. 1.102-A e ss.). Como desdobramento da regra prevista no *caput* do art. 962 do Projeto, convém deixar claro que os processos que adotam esses procedimentos passarão a

tramar segundo as regras do procedimento comum. Essa “conversão”, contudo, dificilmente se aplicaria à ação monitória, dadas as suas peculiaridades procedimentais, razão pela qual se sugere sejam mantidas em vigor as normas revogadas quanto aos processos pendentes ao tempo de início de vigência do novo Código.

Luiz Henrique Volpe Camargo

149

De: IBDFAM [ibdfam@ibdfam.org.br]

Enviado em: sexta-feira, 5 de novembro de 2010 14:24

Para: Luiz Henrique Volpe Camargo

Assunto: Artigos EC 66_2010

Anexos: Dra Maria Berenice Dias_EC 66_2010 E Agora.doc; Dr Pablo Stolze_A Nova Emenda do Divórcio.doc; Dr Paulo Lôbo_Alteração constitucional e consequências.doc; DR Rodrigo da Cunha Pereira_A EC 66_2010.doc; Dr Zeno Veloso_O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado.doc

Caro Luiz Henrique,

recebi hoje a notícia de que o senador Valter Pereira, relator do PLS 166/2010, está preocupado em adequar o novo CPC à EC 66/2010. Gentileza externar a ele a nossa satisfação e informá-lo que o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM está à disposição de vocês.

Aproveito a mensagem também para lhe remeter alguns artigos dos nossos juristas sobre a EC 166/2010.

Forte abraço,

Rodrigo da Cunha Pereira
Presidente do IBDFAM

O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado

13/08/2010 | Autor: Zeno Veloso

Para bem entender e compreender a Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, § 6º, da Constituição Federal, não basta fazer uma leitura simplesmente literal ou dar uma interpretação gramatical ao texto, sendo absolutamente necessário, neste caso, para alcançar e apreender a mens legis, fazer uma análise histórica da figura do divórcio no Brasil, buscar as razões políticas e sociológicas que inspiraram a mudança recentemente ocorrida.

Vigorava o art. 226, § 6º, da Constituição de 1988, com a redação seguinte: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos".

Em que contexto temos de inserir a norma acima transcrita? Ela é resultado, ainda, da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que incidiu sobre a Constituição de 1967/69, dando nova redação ao art. 175, § 1º, da mesma, dispondo: "O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos". Essa EC nº 9/1977 aboliu o vetusto e anacrônico princípio da indissolubilidade do casamento que, por décadas e décadas, vigorou em nosso país. No mesmo ano, em 26 de dezembro de 1977, foi promulgada a Lei nº 6.515, conhecida como Lei do Divórcio, que veio regulamentar a aludida EC nº 9/1977, tratando dos casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos.

Depois de uma luta que perdurou por longos anos, e que teve como paladino o grande e saudoso Senador Nélson Carneiro, o divórcio, finalmente, havia sido introduzido, entre nós. Porém, como afirmou diversas vezes Nélson Carneiro, para que se atingisse o objetivo e a vitória, algumas concessões tiveram que ser feitas. Assim sendo, o divórcio, em regra, não podia ser requerido, diretamente, pelos interessados, que tinham antes, de passar, digamos, por um "estágio probatório". Inicialmente, deviam os cônjuges, cujo casamento faliu ou acabou, que se separar de direito e, depois, passado um ano - que no caso deles era um tempo longuíssimo, que não acabava jamais - , de promover a conversão da separação em divórcio. A única hipótese para que o divórcio pudesse ser obtido, desde logo, era a comprovada separação de fato do casal por mais de dois anos.

Em razão daquele preceito estampado no art. 226, § 6º, da Carta Magna, o Código Civil dedicou um capítulo - arts. 1.571 a 1.582 - à dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, ficando estabelecido que a separação de direito terminava com a sociedade conjugal - e equivalia ao velho desquite - e que o divórcio dissolia o casamento, rompia o vínculo matrimonial.

Desde que admitido o divórcio, a separação de direito significa um meio, um caminho para obtê-lo, com vistas, afinal, a desfazer o casamento e permitir que os interessados se libertassem do laço que os prendia, formalmente, e partissem para nova experiência afetiva, na busca da felicidade, que é um direito natural.

E os juristas de ponta do Brasil sempre criticaram a manutenção dessa via dupla para a obtenção do divórcio, com multiplicação de processos, de burocracia, de despesas, com a reiteração de angústias e desencontros, até que se chegasse ao fim do caminho. Era um verdadeiro calvário.

A PEC (Projeto ou Proposta de Emenda Constitucional) nº 28, de 2009, que redundou na Emenda Constitucional nº 66/2010, teve o determinado e explícito objetivo de terminar com tudo isso e simplificar as coisas. Isso foi dito, com toda a franqueza e lealdade, sem deixar nenhuma dúvida ou entredúvida, na Justificativa da PEC, devidamente publicada no Diário Oficial, muitas vezes mencionada durante toda a fase de discussões, debates, até a votação. A imprensa - por todos os meios de comunicação - em vários momentos noticiou a matéria e, quase sempre, acentuando os objetivos da mudança. Tudo ocorreu às claras, com a finalidade bem definida, sem omitir nada e coisa alguma. O que sempre se pretendeu e queria era, realmente, imprimir uma notável alteração neste tema, atendendo a uma aspiração sentida no meio social.

Depois de aprovada e promulgada a EC nº 66/2010, jornais, rádios, televisão e outros meios informais de transmissão de notícias, pensamentos e opiniões disseram que um novo e importante momento da vida jurídica nacional havia sido inaugurado. Repetiu-se o que constava na Justificativa da PEC, nos pareceres dos Relatores, e que, ressalte-se, foi o que os congressistas votaram, e sabendo o que estavam votando, tantas discussões, debates e esclarecimentos ocorreram.

Não obstante, apareceram algumas opiniões, respeitáveis, mas minoritárias, dando uma extensão bem menor e uma eficácia muito limitada ao texto que, afinal, ficou constando no art. 226, § 6º, da Constituição.

Já transcrevi, acima, o que outrora dizia o dispositivo. Por força da EC nº 66/2010, o art. 226, § 6º, ficou com a seguinte redação: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

É óbvio que não se pode dar a este preceito uma interpretação angusta, miúda, acanhada, tomando por base, somente, a expressão verbal da norma. Evidentemente, a EC nº 66/2010, não quis, tão-somente, estabelecer que o

divórcio, agora, pode ser obtido sem mais prazo algum, sem que se tenha de alegar alguma causa, nem apontar qualquer motivo, e sem ter de ser antecedido de uma separação de direito, ou de uma separação de corpos que tenha durado mais de dois anos. Seria até importante, mas seria pouco e muito pouco se fosse só isso.

Quis o legislador constitucional - e deliberadamente, confessadamente quis - que a dissolução da sociedade conjugal e a extinção do vínculo matrimonial ocorram pelo divórcio, que passou a ser, então, o instituto jurídico único e bastante para resolver as questões matrimoniais que levam ao fim do relacionamento do casal. Sem dúvida, ocorreu a simplificação, a descomplicação do divórcio no Brasil, o que levou algumas pessoas a proclamar que chegara o fim do casamento. Exagero! Não é pelo fato de o divórcio estar facilitado que alguém que ama o seu cônjuge e que é feliz no casamento vai requerer o divórcio, só porque este ficou mais ágil, mais singelo.

Se a separação de direito persistia no sistema com o fim, o objetivo de viabilizar o divórcio, como um veículo, um meio, um caminho para tal, e se o divórcio, agora, pode ser obtido pura e simplesmente, a todo o tempo, sem qualquer restrição, que valor, razão, utilidade teria manter-se, paralelamente, a anacrônica figura da separação de direito?

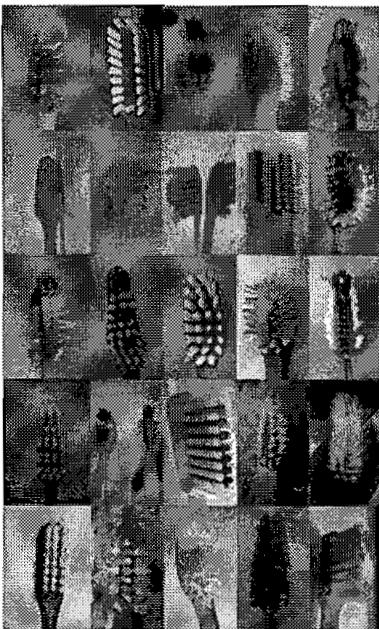
Tenho ouvido dois argumentos. O primeiro, de que a pessoa pode ser muito religiosa e, conforme a fé que professa, o casamento é indissolúvel, é um sacramento, como no caso dos católicos. Ora, o divórcio de que estou tratando é o que dissolve o casamento civil. A questão religiosa, embora extremamente respeitável e importante, é de outra esfera. Diz respeito aos crentes e aos padres, pastores, rabinos e outros religiosos. Analiso a questão como operador jurídico. Outro argumento é o de que a separação de direito deveria continuar no ordenamento, como alternativa, para que o casal pudesse melhor refletir, deixar passar algum tempo e resolver, afinal, se iria se reconciliar ou buscar o divórcio. O argumento prova demais, porque quem se divorcia não precisa ficar divorciado a vida inteira. Se se arrepender, basta casar, novamente, com a mesma pessoa de quem se divorciou, começar uma nova vida matrimonial. E casar é rápido, é fácil e, até, barato.

Em síntese: 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.

Zeno Veloso é Professor de Direito Civil e Direito Constitucional; doutor honoris causa da Universidade da Amazônia; notório saber reconhecido pela Universidade Federal do Pará; Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; Medalha do Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados; Voto de Louvor do Senado Federal; Diretor Regional do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal 1

20/07/2010 | Autor: Rodrigo da Cunha Pereira 2



Desde a Lei nº 6.515/1977 tem sido feita a distinção entre "terminar" e "dissolver" o casamento. Foi necessário este "jogo" de palavras para dar alguma coerência ao incoerente e inútil instituto da separação judicial. Como já dito, ele veio substituir o desquite para satisfazer àqueles cuja religião não permite o divórcio. Dissolver ou terminar um casamento tem o mesmo sentido: o casamento acabou. A diferença essencial é que não se pode casar quem apenas se separou judicialmente, enquanto com o divórcio é possível casar novamente. Este também é o pensamento de Maria Berenice Dias (4) :

(...) É um instituto que traz em suas entradas a marca de conservadorismo atualmente injustificável. É quase um limbo: a pessoa não está mais casada, mas não pode casar de novo. Se, em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e, quiçá, necessária, hoje inexiste razão para mantê-la (...). Portanto, de todo o inútil, desgastante e oneroso, tanto para o casal, como para o próprio poder Judiciário, impor uma duplicitade de procedimentos para manter, durante o breve período de um ano, uma união que não mais existe, uma sociedade conjugal "finda", mas não "extinta".

Há outras pequenas diferenças: se o cônjuge separado judicialmente morre, o estado civil do sobrevivo é viúvo, ao passo que o divorciado continua sendo divorciado; pela Lei nº 6.515/77 não era possível divorciar sem fazer a partilha dos bens, equívoco já corrigido pelo artigo 1.581 do CCB/2002; se os divorciados pretendem reatar o casamento, terão que fazer novo processo de

habilitação, como se estivessem casando pela primeira vez, enquanto os separados judicialmente podem voltar ao estado civil anterior por meio de uma simples petição ao juiz, conforme dispunha o artigo 1.577 do CCB/2002.

Os prazos para a separação judicial já haviam sofrido algumas alterações com o CCB 2002. Era necessário o prazo de dois anos de casamento para requerer uma separação judicial consensual. Obviamente não havia necessidade de nenhum lapso temporal se a separação fosse litigiosa. Os prazos para o divórcio estavam estabelecidos na Constituição, art. 226, § 6º, e reproduzidos no artigo 1.580 do CCB/2002. Para o divórcio direto era necessária uma separação de fato por mais de dois anos. Para o divórcio indireto, isto é, por conversão, o prazo era de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença que decreta a separação judicial ou da data da decisão liminar que houver concedido a separação judicial de corpos. A Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao artigo 226, § 6º, eliminou o requisito do lapso temporal para se requerer divórcio, seja na forma litigiosa ou consensual, além de ter extirpado também o requisito da prévia separação judicial para o divórcio.

2- Separação Judicial/Administrativa ainda Vigora no Brasil? A Emenda Constitucional nº 66/2010

O sistema dual para romper o vínculo legal do casamento, como já se disse, tem suas raízes e justificativas principalmente em uma moral religiosa. Não se justifica mais em um Estado laico manter esta duplicidade de tratamento legal. A tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos ocidentais é que o Estado interfira cada vez menos na vida privada e na intimidade dos cidadãos. Se não há intervenção do Estado na forma e no modo de as pessoas se casarem, por que ele interfere tanto quando o casamento termina? Os ordenamentos jurídicos de países cuja interferência religiosa é menor não têm em seu corpo normativo a previsão deste sistema dual.

A moral condutora da manutenção deste arcaico sistema, assim como a da não facilitação do divórcio, é a preservação da família. Pensa-se que se o Estado dificultar ou colocar empecilhos, os cônjuges poderão repensar e não se divorciarem; ou, se apenas se separarem, poderão se arrepender e restabelecerem o vínculo conjugal. Em 1977, o argumento usado para se manter na lei o instituto da separação judicial como alternativa ao divórcio era puramente religioso. Tinha-se a esperança de que os católicos não se divorciariam, apenas se separariam judicialmente. A realidade, diferente do que se temia, foi outra: católicos se divorciaram, não houve uma "avalanche" de divórcios, e as famílias não se desestruturaram por isso. Ao contrário, as pessoas passaram a ter mais liberdade e conquistaram o direito de não ficarem casadas. Ora, o verdadeiro sustento do laçoconjugal não são as fórmulas jurídicas. O que garante a existência dos vínculos conjugais é o DESEJO.

É preciso separar o "joio do trigo", para usar uma linguagem bíblica, isto é, se separarmos as razões jurídicas das razões e motivações religiosas, veremos claramente que não faz sentido a manutenção do instituto de separação judicial em nosso ordenamento jurídico. Ele significa mais gastos financeiros, mais desgastes emocionais e contribui para o emperramento do Judiciário, na medida em que significa mais processos desnecessários. Um dos maiores juristas brasileiros, o alagoano Paulo Luiz Netto Lôbo, mesmo antes da aprovação da referida Emenda Constitucional, já era enfático quanto à insustentabilidade dessa duplicidade de tratamento legal:

(...) A superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação (5) .

Os professores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, em livro escrito a quatro mãos, também já faziam ferrenha crítica ao sistema binário de dissolução do casamento. Exemplificando com os ordenamentos jurídicos da Áustria, Grã Bretanha e Alemanha, que adotam apenas o divórcio, realçam que é totalmente ilógica a manutenção da separação judicial:

É evidente a dificuldade conceitual existente em compreender, com precisão, o caráter dualista do sistema de dissolução matrimonial. Não há justificativa lógica em terminar e não dissolver um casamento. Escapa à razoabilidade e viola a própria operabilidade do sistema jurídico (6) .

Realmente não faz mais sentido a manutenção do instituto da Separação Judicial. Foi com este intuito que o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, apresentou Proposta de Emenda Constitucional - PEC, através do seu sócio, o DEPUTADO FEDERAL SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO (PT/BA), para dar nova redação ao parágrafo § 6º do artigo 226, que em Julho de 2010 se transformou na Emenda Constitucional nº 66 que diz:

§ 6º O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio

E assim foi abolido o texto:

(...) após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos

Portanto, o novo texto constitucional supriu a prévia separação como requisito para o divórcio, bem como eliminou qualquer prazo para se propor o

divórcio, seja judicial ou administrativo (Lei nº 11.441/07). Tendo suprimido tais prazos e o requisito da prévia separação para o divórcio, a Constituição joga por terra aquilo que a melhor doutrina e a mais consistente jurisprudência já vinha reafirmando há muitos anos, a discussão da culpa pelo fim do casamento, aliás, um grande sinal de atraso do ordenamento jurídico brasileiro.

É possível que haja resistência de alguns em entender que a separação judicial foi extinta de nossa organização jurídica. Mas, para estas possíveis resistências, basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção. Se alguém insistir em se separar judicialmente, após a Emenda Constitucional nº 66/2010, não poderá transformar mais tal separação em divórcio, se o quiser, terá que propor o divórcio direto. Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6º do artigo 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência. O sentido jurídico da manutenção da separação judicial era convertê-la em divórcio, repita-se. Paulo Lôbo, em assertivo e conclusivo texto para a Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, não deixa sombra de dúvidas sobre a extinção do antiquado instituto da separação judicial e das normas infraconstitucionais que a regulavam:

(...) a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal, que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal (7).

As outras possíveis argumentações são apenas de ordem moral e religiosa. Deve-se respeitar a religião, a crença e as convicções morais. Elas mais que fazem sentido, dão sentido à vida, ajudam a colocar limites, direcionam valores, alimentam esperanças e fé. Entretanto, não podemos misturar Direito com valores morais particulares e religiosos. A história do Direito de Família já nos mostrou todas as injustiças provocadas por esses valores, tais como a exclusão de determinadas categorias do laço social, ilegitimando filhos,

famílias, em nome de uma moral sexual civilizatória. Não podemos continuar repetindo essas injustiças. E é por isso que os argumentos de ordem moral-religiosa não podem prescrever as regras jurídicas.

O Direito Civil Constitucional tão bem sustentado pelos juristas Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, Paulo Lôbo, Maria Celina Bodin de Moraes, dentre outros, vem exatamente na direção que aqui se argumenta, ou seja, a legislação infraconstitucional não pode ter uma força normativa maior que a própria Constituição. Em outras palavras, se o novo texto do §6º do artigo 226 retirou de seu corpo a expressão separação judicial, como mantê-la na legislação infraconstitucional? É necessário que se compreenda, de uma vez por todas, que a hermenêutica Constitucional tem que ser colocada em prática, e isso comprehende suas contextualizações política e histórica.

A interpretação das normas secundárias, ou seja, da legislação infraconstitucional, deve ser compatível com o comando maior da Carta Política. O conflito com o texto constitucional atua no campo da não recepção. Essa é a posição de nossa Corte Constitucional, em julgamento de 2007, que traduz exatamente essa assertiva: "O conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não-recepção" (8). Vê-se, portanto, mais uma razão da desnecessidade de se manter o instituto da separação judicial, pois, ainda que se admitisse a sua sobrevivência, a norma constitucional permite que os cônjuges atinjam seu objetivo com muito mais simplicidade e vantagem. Ademais, em uma interpretação sistemática não se pode estender o que o comando constitucional restringiu. Toda legislação infraconstitucional deve apresentar compatibilidade e nunca conflito com o texto constitucional. Assim, estão automaticamente revogados os artigos 1.571, III, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.577 e 1.578 do Código Civil. Da mesma forma, e pelo mesmo motivo, os artigos da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) e da Lei nº 10.406/2002 (Divórcio por Escritura Pública), bem como os artigos adiante mencionados deverão ser lidos desconsiderando-se a expressão "separação judicial", à exceção daqueles que já detinham este estado civil anteriormente a EC nº 66/2010, mantendo seus efeitos para os demais aspectos: 10, I, 25, 27, I, 792, 793, 980, 1.562, 1.571, § 2º, 1.580, 1.583, 1.683, 1.775 e 1.831.

Como se não bastasse todos os princípios jurídicos e argumentativos da extirpação da anacrônica separação judicial, é necessário considerar a pretensão do legislador e o "espírito das leis", como dizia Montesquieu. Isso pode ser constatado na exposição de motivos da referida Emenda Constitucional, que se vê abaixo, ipsius literis, que contextualiza e traduz o real e verdadeiro sentido do novo comando constitucional.

Como corolário do sistema jurídico vigente, constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara e o pré-ludio necessário para a sua conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível revela-se natural para os cônjuges desavindos,

inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal.

(...)

Com efeito, se é verdade que não se sustenta a diferenciação, quanto aos prazos, entre a separação judicial e a separação de fato, tendo em vista a obtenção do divórcio, é verdade ainda mais cristalina que o próprio instituto da separação não se sustenta mais no ordenamento jurídico pátrio. De fato, deve-se ter em mente que o antigo desquite, hoje separação judicial, foi mantido no direito brasileiro possível a adoção do divórcio entre nós. Tratou-se de uma fórmula que agradasse àqueles frontalmente contrários à dissolução do vínculo matrimonial, e que, portanto, contentavam-se com a possibilidade de pôr termo, apenas e tão-somente, à sociedade conjugal.

Hoje, contudo, resta claro que a necessidade da separação dos cônjuges, seja judicial ou de fato, como pressuposto para o divórcio apenas protraí a solução definitiva de um casamento malsucedido.

Deve-se sublinhar que a necessidade de dois processos judiciais distintos apenas redunda em gastos maiores e também em maiores dissabores para os envolvidos, obrigados que se vêem a conviver por mais tempo com o assunto penoso da separação - penoso, inclusive, para toda a família, principalmente para os filhos.

Não menos importante é a constatação prática de que apenas uma parcela realmente ínfima das separações reverte para a reconciliação do casal.

(...)

Para esta relatoria, salta aos olhos que os representantes da advocacia, do Poder Judiciário e do Ministério Público foram unânimes em afirmar que o instituto da separação judicial deve ser suprimido do direito brasileiro. (Grifo nosso.) (9)

3- Direito intertemporal e as questões transitórias

O artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição da República (10) assegura e preserva o ato jurídico perfeito (11), o direito adquirido (12) e a coisa julgada (13). Portanto, as novas disposições sobre o divórcio têm sua força e eficácia a partir da entrada em vigor do novo texto constitucional. Como já se disse, a Emenda Constitucional nº 66/2010, ao revogar a maior parte da redação do parágrafo 6º do artigo 226, alterou não apenas as regras, mas, principalmente, os princípios constitucionais sobre o divórcio no Brasil.

Está ultrapassado, e não se discute mais, a eficácia imediata da norma constitucional (art. 5º, § 1º) (14), nem mesmo a ineficácia de todas as regras infraconstitucionais que contrariem os novos princípios instalados. Se assim não fosse, as normas constitucionais seriam transformadas em meros

enunciados e estariam despidas de seu conteúdo propositivo e de eficácia plena.

Por se tratar de uma nova redação da Constituição que eliminou expressamente prazos para o divórcio e instalou novas concepções sobre a dissolução do vínculo conjugal, é necessário examinarmos algumas situações especiais e transitórias, em nome da segurança das relações jurídicas. Afinal, não se pode obrigar alguém a se submeter a novas regras e princípios se já tinha uma situação jurídica consolidada pelas leis vigentes à época. Isso seria o mesmo que instalar a obrigatoriedade de submissão às leis que ainda não existem, isto é, tornar caótico o sistema jurídico (15).

O novo texto constitucional, além de acabar com todo e qualquer prazo para o divórcio, pelas razões aqui já expostas, tornou a separação judicial e as regras que a regiam incompatíveis com o sistema jurídico. Entretanto, há quatro situações transitórias que devem ser consideradas em relação à situação daqueles que já estavam separados judicialmente (ou administrativamente) na data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010: se continua existindo o estado civil de "separado judicialmente"/ administrativamente; se eles ainda podem converter a separação em divórcio; se poderiam restabelecer o casamento; e se os processos judiciais ou administrativos de separação poderão continuar tramitando para se alcançar o seu objetivo proposto.(16)

O estado civil daqueles que já eram separados judicialmente continua sendo o mesmo, pois não é possível simplesmente transformá-los em divorciados. Portanto, o estado civil "separado judicialmente/administrativamente" continua existindo para aqueles que já o detinham quando o novo texto constitucional entrou em vigor. É uma situação transitória, pois, com o passar do tempo, naturalmente, deixará de existir. Caso queiram transformá-lo em estado civil de divorciado poderão, excepcionalmente, converter tal separação em divórcio ou simplesmente propor Ação de Divórcio, o que na prática tem o mesmo resultado. São exceções, necessárias e justificáveis, para compatibilizar com o respeito aos princípios constitucionais da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Neste mesmo raciocínio poderão ainda usar a faculdade que lhes oferecia o artigo 1.577 e a Lei nº 11.441/2007: restabelecerem a sociedade conjugal. Obviamente que a partir daí já estarão submetidos às novas regras e princípios decorrentes da instalação da Emenda Constitucional nº 66/2010.

Os processos judiciais em andamento, sejam os consensuais ou litigiosos, ou os extrajudiciais, isto é, os administrativos (Lei nº 11.441/2007) deverão readequar seu objeto e objetivos às novas disposições legais vigentes, sob pena de arquivamento.

Rodrigo da Cunha Pereira, é Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, Doutor em Direito Civil (UFPR) e Advogado em Belo Horizonte.

1 (Título) Este artigo integra o livro "Divórcio - Teoria e prática de acordo com a EC nº 66/2010", publicado pela Editora GZ (<http://www.editoragz.com.br/produto.asp?prodId=56>)

2 (Autor) Advogado em Belo Horizonte, Presidente do IBDFAM, Doutor (UFPR) e Mestre (UFMG), autor de vários livros e trabalhos em Direito de Família (<http://www.rodrigodacunha.adv.br>)

3 Ilustração da artista plástica Adriana Silveira, que integra, juntamente com outras ilustrações da mesma artista, o referido livro sobre o Divórcio.

4 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, 5^a ed. revista e atualizada, São paulo: RT, 2009, p. 274.

5 LÔBO, Paulo. Direito Civil - Famílias, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

6 FARIA, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 282.

7 LÔBO, Paulo. "A PEC do Divórcio: consequências jurídicas imediatas". In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, vol. 11, pp. 05-17, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 8, ago./set. 2009.

8 STF, RE 387.271, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 08.08.2007, DJE 01.02.2008.

9 Parecer da Comissão Especial quando da análise da PEC 413/2005 e 33/2007 ministrado na Câmara dos Deputados, Diário da Câmara dos Deputados, quinta-feira, 29.11.2007.

10 Art. 5º, XXXVI: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

11 Art. 6º da LICC, § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

12 Art. 6º da LICC, § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

13 Art. 6º da LICC, § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

14 § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

15 A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, em situação semelhante, analisando as doutrinas brasileira e estrangeira, sobre aplicação de regras do CCB de 1916 e de 2002 a respeito do regime de bens, assim também se posicionou: "A doutrina fez uma distinção fecunda entre a retroatividade máxima, que alcança o direito adquirido e afeta negócios jurídicos findos; a retroatividade média, que alcança direitos já existentes, mas ainda não integrados no patrimônio do titular e a retroatividade mínima, que se confunde com o efeito imediato da lei e só implica sujeitar à lei nova consequências a ela posteriores de atos jurídicos praticados na vigência da lei anterior" (In: Curso de Direito Civil Brasileiro, 5ª ed., vol. I, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 82). Ainda, com base no Direito Comparado, elucidativas as palavras, respectivamente, dos mestres franceses Planiol e Roubier, verbis: "(...) a lei é retroativa quando ela se volta para o passado, seja para apreciar as 'condições de legalidade de um ato', seja para modificar ou suprimir os 'efeitos de um direito já realizado'. Fora daí, não há retroatividade, e a lei pode modificar os 'efeitos futuros' de fatos ou atos anteriores, sem ser retroativa" "(...) la loi est rétroactive quand elle revient sur le passé soit pour apprécier lès 'conditions de légalité d'un acte', soit pour modifier ou supprimer lès effets d'un droit déjà réalisés'. Hors de là il n'y a pas de rétroactivité, et la loi peut modifier lès 'effets futurs' de faits ou d'actes Memes antérieurs, sans êtres rétroactive"). (Traité Élémentaire de Droit Civil, vol. I, 4ª ed., nº 243, Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906, p. 95) Se a lei pretende aplicar-se aos fatos realizados ('facta praeterita'), é ela retroativa, se pretende aplicar-se a situações em curso ('facta pendentia'), convirá estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se ela deve aplicar-se, não terá senão efeito imediato; enfim, diante dos fatos a ocorrer ('facta futura'), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa ("Si la loi prétend s'appliquer à des faits accomplis ('facta praeterita'), elle est rétroactive; si elle prétend s'appliquer à des situations en cours ('facta pendentia'), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à separala date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et lès partis postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s'appliquer, n'aura jamais qu'un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir ('facta futura'), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive"). (Le Droit Transitoire - Conflits des Lois dans le Temps, 2ª ed., nº 38, Éditions Dalloz et Sirey, 1960, p. 177) Destarte, consoante a orientação doutrinária ora em apreço, quanto aos casamentos celebrados sob a égide do CC/1916, em curso quando da promulgação da nova disciplina jurídica civil, em razão da própria dinâmica do matrimônio, cujos efeitos, quanto ao regime de bens (contrato especial de Direito de Família de prestação contínua), não se exauriram sob a vigência deste, projetando-se, ao revés, sob a vigência do CC/2002, aplicam-se imediatamente as novas regras legais, perfazendo-se possível a alteração do regime patrimonial mediante decisão judicial" (...) (STJ, Resp nº 730.546-MG, Rel Min. Jorge Scartezzini, public. 03.10.2005, DJ).

16 O STF citando Vicente Rao, que em seu livro de 1952 *O Direito e a vida dos direitos* abordou o direito intertemporal sob o seguinte enfoque: "O autor primeiramente distinguiu os direitos pessoais puros, dos direitos pessoais relativos ou patrimoniais. Segundo ele, quanto aos primeiros, por envolverem normas de direito público, têm aplicação imediata (v.g. relações pessoais entre cônjuges, normas sobre pátrio poder, alimentos tutela, curatela). No que concerne à segunda categoria (Direitos pessoais relativos ou patrimoniais), mas vinculados ao direito de família ou dele decorrentes, biparte sua qualidade: uns, cuja constituição deixava ao livre arbítrio das partes, por predominarem os interesses individuais; outros, são direitos em que prepondera o interesse social. Aí apresenta a solução: "Os primeiros continuam submetidos à lei sob o qual nasceram, ao passo que os últimos são atingidos, em seus efeitos, pela lei nova, desde o momento em que esta entre em vigor. (STF. RE. Rel. Min. Moreira Alves, j. 24.11.88).

Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências

Paulo Luiz Netto Lobo¹

1. A Alteração Constitucional

A "PEC do Divórcio" (nº 413-C), aprovada pelo Congresso Nacional em 2009[1], protagoniza a mais simples e intensa regulamentação constitucional da dissolução do casamento por decisão livre dos cônjuges. Fecha o ciclo iniciado em 1977 com a Lei do Divórcio. O parágrafo 6º do art. 226 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação[2]:

"§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

Comparemos com a redação originária de 1988:

"§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos".

Ou com a redação da Constituição de 1967-69, introduzida em 1977 em relação ao art. 175:

"§ 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".

Assim, temos a seguinte evolução:

a) em 1977, a separação judicial era requisito necessário e prévio para o pedido de divórcio, que tinha de aguardar a consumação do prazo de três anos daquela; não havia, portanto, divórcio direto;

b) em 1988, a separação judicial deixou de ser requisito para o divórcio, passando a ser facultativa, tendo duas finalidades: 1. ser convertida em divórcio, após um ano da decisão da separação judicial (ou da separação de corpos), o que a tornava em requisito por decisão dos cônjuges; 2. permitir a reconciliação dos separados, antes do divórcio por conversão; o divórcio direto, por sua vez, dependia de requisito temporal (dois anos) da separação de fato;

c) em 2009, com a "PEC do Divórcio", a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição, inclusive na modalidade de requisito voluntário para conversão ao divórcio; desapareceu, igualmente, o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto por mútuo consentimento dos cônjuges, quanto litigioso.

2. Um pouco da história da "PEC do Divórcio"

A "PEC do Divórcio" resultou de proposta elaborada por grupo de juristas, sob patrocínio da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM, encampada, em 2005, pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/2005), e reapresentada em 2007 pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/2007). A redação proposta era a seguinte:

¹ Paulo Luiz Netto Lobo é diretor regional do IBDFAM Nordeste, advogado, ex-ministro conselheiro do CNJ, membro da International Society of Family Law e doutor em Direito Civil pela USP.

"§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio *consensual ou litigioso, na forma da lei*"

Em boa hora, a Câmara dos Deputados, durante a votação nos dois turnos em plenário, supriu as expressões em itálico. Por certo, o texto resultante ficou mais adequado ao espírito da proposta, particularmente no que concerne à remissão à lei infraconstitucional. A norma passou a ter eficácia imediata e direta - e não contida -, sem os riscos de limitações que poderiam advir de lei ordinária, inclusive com a reintrodução dos requisitos subjetivos (culpa) ou até mesmo de prévia separação judicial, o que configuraria verdadeira fraude à Constituição.

É certo que a interpretação histórica ou autêntica é sempre considerada com as cautelas devidas, pois, mais que a *mens legislatoris*, o direito se afirma com a *mens legis*. Mas não pode ser desconsiderada. A doutrina especializada confere-lhe importante papel, até mesmo como orientadora da própria *mens legis*, como procuraremos investigar a seguir. Daí ser imprescindível recordar o cerne da justificativa que fundamentou a decisão do legislador constituinte, contida na proposta de emenda constitucional:

"Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação".

Extraem-se daí duas significativas finalidades:

- I - A extinção da separação judicial;
- II - A extinção das causas subjetivas (culpa) e até mesmo de causas objetivas (tempo).

3. Extinção da separação judicial

É possível argumentar-se que a separação judicial permaneceria enquanto não revogados os artigos que dela tratam no Código Civil, porque a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição não a teria excluído expressamente. Mas esse entendimento somente poderia prosperar se arrancasse apenas da interpretação literal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma.

Como se demonstrou, a inserção constitucional do divórcio evoluiu da consideração como requisito prévio ao divórcio até sua total desconsideração. Em outras palavras, a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal.

No que respeita à interpretação sistemática, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente.

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.

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. Conseqüentemente, 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.

4. Extinção das causas subjetivas e objetivas

A nova redação da norma constitucional tem a virtude de por cobro à exigência de comprovação da culpa do outro cônjuge e de tempo mínimo. O divórcio, em que se convertia a separação judicial litigiosa, contaminava-se dos azedumes e ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, o que comprometia inevitavelmente o relacionamento pós-conjugal, em detrimento sobretudo da formação dos filhos comuns. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, como "absoluta prioridade" (art. 227 da Constituição), dificilmente consegue ser observado, quando a arena da disputa é alimentada pelas acusações recíprocas, que o regime de imputação de culpa propicia.

O divórcio sem culpa já tinha sido contemplado na redação originária do § 6º do art. 226, ainda que dependente do requisito temporal. A nova redação vai além, quando exclui a conversão da separação judicial, deixando para trás a judicialização das histórias pungentes dos desencontros sentimentais.

O direito deixa para a história da família brasileira essa experiência decepcionante de alimentação dos conflitos, além das soluções degradantes proporcionadas pelo requisito da culpa. Os direitos legítimos eram aviltados em razão da culpa do cônjuge pela separação: os filhos tinham limitado o direito à convivência com os pais considerados culpados; o poder familiar era reduzido em razão da culpa; os alimentos eram suprimidos ao culpado, ainda que deles necessitasse para sobreviver; a partilha dos bens comuns era condicionada à culpa ou à inocência.

O Código Civil de 2003 reduziu bastante esses efeitos, mas não conseguiu suprimi-los de todo: o culpado perde o direito ao sobrenome do outro (art. 1.578); os alimentos serão apenas o necessário à subsistência para o culpado (art. 1.694); o direito sucessório é afetado se o cônjuge sobrevivente for culpado da separação de fato (art. 1.830).

Frise-se que o direito brasileiro atual está a demonstrar que a culpa na separação conjugal gradativamente perdeu as consequências jurídicas que provocava: a guarda dos filhos não pode mais ser negada ao culpado pela separação, pois o melhor interesse deles é quem dirige a escolha judicial; a partilha dos bens independe da culpa de qualquer dos cônjuges; os alimentos devidos aos filhos não são calculados em razão da culpa de seus pais e até mesmo o cônjuge culpado tem direito a alimentos "índispensáveis à

subsistência"; a dissolução da união estável independe de culpa do companheiro[3].

A culpa permanecerá em seu âmbito próprio: o das hipóteses de anulabilidade do casamento, tais como os vícios de vontade aplicáveis ao casamento, a saber, a coação e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. A existência de culpa de um dos cônjuges pela anulação do casamento leva à perda das vantagens havidas do cônjuge inocente e ao cumprimento das promessas feitas no pacto antenupcial (art. 1.564 do Código Civil).

Também são extintas as causas objetivas, ou seja, aquelas que independem da vontade ou da culpa dos cônjuges. Para a separação judicial havia duas causas objetivas: a) a ruptura da vida em comum há mais de um ano; b) a doença mental de um dos cônjuges, deflagrada após o casamento. Para o divórcio direto, havia apenas uma: a separação de fato por mais de dois anos. Todas desapareceram. Não há mais qualquer causa, justificativa ou prazo para o divórcio.

Se houve erro sobre a pessoa do outro cônjuge, revelado após o casamento e utilizado como motivação do pedido, a hipótese é de anulação do casamento e não do divórcio. Portanto, não há espaço no pedido de divórcio para qualquer explicitação de causa subjetiva ou objetiva; simplesmente, os cônjuges resolvem se divorciar, guardando para si suas razões. E podem fazê-lo logo após o casamento, sem aguardar qualquer prazo. Essa circunstância levará certamente ao desuso a anulação do casamento, permanecendo apenas as hipóteses de nulidade, pois estas independem da vontade dos cônjuges. A anulação era utilizada logo após o casamento, principalmente porque não dependia de prazo de separação de fato, que eram requisitos da separação judicial e do divórcio direto.

5. Insubsistência do discrime entre dissolução da sociedade e do vínculo conjugal

Dado o princípio da indissolubilidade do casamento, de origem religiosa, o desquite, que vigorou até ao advento do divórcio no Brasil, em 1977, apenas gerava a dissolução da sociedade conjugal. O casamento ou o vínculo conjugal eram indissolúveis.

Com o fim da indissolubilidade do casamento, a Lei do Divórcio engendrou solução de compromisso entre os antidivorcistas e os divorcistas da época, convivendo, então, as duas modalidades: a dissolução da *sociedade conjugal* e a dissolução do *vínculo conjugal*. Como vimos, a Constituição de 1988 manteve essa duplidade, ainda que favorecendo a segunda.

Agora, com o desaparecimento da tutela constitucional da separação judicial, cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal, porque esta está absorvida inteiramente pela dissolução do vínculo, não restando qualquer hipótese autônoma. Por tais razões, perdeu sentido o *caput* do art. 1.571 do Código Civil de 2002, que disciplina as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal: morte, invalidade do casamento, separação

judicial e divórcio. Excluindo-se a separação judicial, as demais hipóteses alcançam diretamente a dissolução do vínculo conjugal ou casamento; a morte, a invalidação e o divórcio dissolvem o casamento e *a fortiori* a sociedade conjugal.

A invalidade do casamento (nulidade e anulabilidade) merece explicação adicional. Suas peculiaridades fazem com que se distancie das regras gerais da invalidade do negócio jurídico, máxime no que concerne à validade dos efeitos do casamento nulo ou anulado (por exemplo, a relação de parentesco entre filhos e pais permanece, após a declaração de nulidade do casamento). Também, o casamento anulável pode ser convalidado pelo tempo ou por vontade dos nubentes (por exemplo, mediante confirmação do que não tinha idade núbil ao se casar, quando atinge a maioridade), ou quando advier gravidez. Todavia, fora dessas hipóteses de convalidação, quando o casamento é declarado judicialmente nulo ou anulado não sobrevive o vínculo conjugal. Assim, a consequência da nulidade ou anulação do casamento não fica contida apenas na dissolução da sociedade conjugal. Incompleto, portanto, o § 1º do art. 1.571 do Código Civil que apenas se refere à morte e ao divórcio como hipóteses de dissolução do casamento.

6. Legislação remanescente sobre o divórcio e seus efeitos essenciais

Pode-se indagar se a nova norma constitucional provocou um vazio legislativo, que exija imediata regulamentação legal, tendo em vista que ela revogou todas as normas infraconstitucionais, principalmente as do Código Civil, relativas à dissolução da sociedade conjugal e seu instrumento, a separação judicial.

Entendemos que o ordenamento jurídico brasileiro, suprimindo-se todas as normas relativas à separação judicial, contempla a disciplina necessária ao divórcio e a seus essenciais efeitos: quem pode promover, como promover, guarda e proteção dos filhos menores, obrigação alimentar, manutenção do nome conjugal, partilha dos bens comuns. Não há qualquer vazio, nem necessidade de lei para regulamentar o que já está regulamentado, a saber (os artigos sem indicação são referentes ao Código Civil):

I - O art. 1.582 estabelece que o divórcio somente competirá aos cônjuges, o que significa dizer que terceiros não o podem fazer, exceto se aqueles forem incapazes para propor ação ou se defender, quando serão substituídos por curador, ascendente ou irmão. Por sua vez, o art. 24 da Lei 6.515, de 1977, estabelece que o divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do casamento religioso.

II - O art. 1.579 estabelece que o divórcio não modificará os direitos e deveres do pais em relação aos filhos, ou seja, o poder familiar de cada genitor permanece, independentemente do tipo de guarda (unilateral ou compartilhada) ou de nova união (casamento ou união estável). Do mesmo modo, o art. 9º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, com força de lei no Brasil, assegura o direito da criança de manter relações afetivas e contato direto com o genitor divorciado, com quem não resida.

III - Os arts. 1.583 a 1.589 e os arts. 1.689 a 1.693 tratam sobre as modalidades de guarda e proteção dos filhos menores dos pais divorciados, além da administração, alienação e oneração dos bens daqueles;

IV - O § 2º do art. 1.571, primeira parte, assegura o direito ao cônjuge divorciado de manter o nome de casado, ou seja, é sua a decisão, não podendo estar subordinada a qualquer requisito de inocência ou culpa, pois esta não prevalece no divórcio;

V - Quanto aos alimentos, o art. 1.694 prevê o direito ao cônjuge de pedir alimentos ao outro, desaparecendo a modalidade de alimentos de subsistência, pois estava vinculado à culpa pela separação. Já o art. 1.709 estabelece que o novo casamento do devedor não extingue a obrigação alimentar constante da sentença do divórcio. O direito dos filhos aos alimentos está previsto nos arts. 1.696 e seguintes.

VI - O art. 1581 estabelece que o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens. Os arts. 1.639 a 1.688 disciplinam os tipos de regimes de bens matrimoniais, que condicionam a partilha dos bens comuns.

VII - Na forma do art. 33 da Lei 6.515, de 1977, se os cônjuges divorciados quiserem restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento, não sendo possível reconciliação para fins de restabelecer a sociedade conjugal, como ocorria com a separação judicial.

Portanto, o advento da nova norma constitucional não necessita de nova regulamentação infraconstitucional, pois as questões essenciais do divórcio estão suficientemente contempladas na legislação civil existente e nenhuma norma destinada à separação judicial ou à dissolução da sociedade conjugal podem ser aproveitadas, porque foram revogadas, em virtude de sua incompatibilidade com a dissolução do casamento pelo divórcio.

De lege ferenda, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2285/2007 ("Estatuto das Famílias"), cuidando de todas as matérias relativas ao direito de família, com visão inovadora e contemporânea, apontando para melhor regulamentação dessas matérias, ordenando de modo sistemático o divórcio e suas dimensões.

7. Tipos de divórcio e suas características

Em razão da emenda constitucional, com o desaparecimento do divórcio por conversão, temos três tipos de divórcios: a) divórcio judicial litigioso; b) divórcio judicial consensual; c) divórcio extrajudicial consensual. Em todos os tipos, exige-se apenas a exibição da certidão de casamento e que as questões essenciais sejam definidas: guarda (preferencialmente compartilhada, por força da Lei 11.648, de 2008) e proteção dos filhos, sobrenome utilizado, alimentos e partilha dos bens. Permanece a regra do art. 1.581 que permite aos cônjuges deixar a partilha dos bens comuns, no divórcio judicial, para outra ocasião, sem prejuízo deste.

O divórcio judicial litigioso se caracteriza pela ausência de acordo dos cônjuges sobre a própria separação (um quer, outro não) ou sobre alguma ou todas as questões essenciais, que são potencialmente conflituosas. Ora divergem sobre o montante dos alimentos, ora sobre quem terá a guarda dos filhos comuns (ou até mesmo o local da residência, na guarda compartilhada) e o compartilhamento da convivência com eles, ora sobre a partilha dos bens, que tem sido o principal fator. Se a divergência resumir-se apenas à partilha, poderão os cônjuges submetê-la a processo autônomo. Somente sobre as questões essenciais pode haver contestação ao pedido, sendo incabíveis argumentos relacionados às causas da separação.

Se tiver havido ofensas ou danos morais ou materiais, os cônjuges devem discuti-los em processo próprio, segundo as regras comuns da responsabilidade civil, mas nunca em razão do divórcio. Se algum cônjuge sentir-se enganado pelo outro e ficar caracterizado o erro essencial sobre a pessoa deste, então será a hipótese de ação de anulação do casamento.

O divórcio judicial litigioso é a única via possível, quando houver filhos menores, ainda que os cônjuges estejam de acordo sobre todas as questões essenciais. Justifica-se pelo fato de os interesses das crianças e adolescentes serem considerados como indisponíveis, inclusive em relação aos pais, merecendo a vigilância do Ministério Público.

O divórcio judicial consensual continua como opção para os cônjuges que não desejem a via extrajudicial. Tem por fito obter a homologação judicial. O juiz apenas verifica se o acordo resolve adequadamente as questões essenciais.

O divórcio extrajudicial consensual é realizado mediante escritura pública lavrada por notário, desde que os cônjuges estejam assistidos por advogado ou defensor público, quando forem cumpridos dois outros requisitos fundamentais: a) inexistência de filhos menores; b) acordo sobre todas as questões essenciais. A Lei 11.411, de 2007, inclui a exigência de acordo sobre a partilha dos bens, não podendo ser deixada para outra ocasião. Se houver qualquer discordância sobre esta ou outra questão essencial (manutenção ou não do sobrenome do outro cônjuge, alimentos quando devidos ao outro cônjuge), o notário não poderá lavrar a escritura. As regras da Resolução 35/2007 do CNJ, relativamente à comprovação dos requisitos temporais (principalmente os arts. 47, 52 e 53) também foram alcançadas pela revogação.

8. Situação dos separados judicialmente e ainda não divorciados

As normas relativas à separação judicial não podem ser interpretadas em conformidade com a Constituição, para as situações supervenientes à emenda constitucional decorrente da PEC do Divórcio, porque não foram por esta recepcionadas.

Sua utilidade radica, apenas, nas situações transitórias, no que interessar aos judicialmente separados, como a prevista no art. 1.577, que lhes faculta

restabelecer a sociedade conjugal, por ato regular em juízo (ou mediante escritura pública, como facultam a Lei 11.441, de 2007, e a Res. 35/2007 do CNJ).

Os separados judicialmente (ou extrajudicialmente) continuam nessa qualidade, até que promovam o divórcio (direto), por iniciativa de um ou de ambos, mantidas as condições acordadas ou judicialmente decididas.

Como deixa de existir o divórcio por conversão, o pedido de divórcio (ou o divórcio consensual extrajudicial) deverá reproduzir todas condições estipuladas ou decididas na separação judicial, como se esta não tivesse existido, se assim desejarem os cônjuges separados, ou alterá-las livremente.

Não há direito adquirido a instituto jurídico, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal. Qualifica-se como instituto jurídico a separação judicial e seus efeitos, que podem ser revistos quando a nova norma dele não mais trata, ou seja com ela incompatíveis, como a restrição de direitos em decorrência de culpa pela separação. Conseqüentemente, as condições estipuladas ou decididas na separação judicial não são imutáveis e se não houver consenso dos cônjuges separados para mantê-las no pedido de divórcio, pode o juiz decidir de modo diferente, desde que observe o melhor interesse dos filhos menores.

9. Normas revogadas do código civil

A Constituição revoga a legislação infraconstitucional antecedente, tanto a Constituição originária quanto a emenda constitucional. Diz-se, igualmente, que a norma constitucional não recepcionou as normas infraconstitucionais com ela incompatíveis. Essa é a orientação que a experiência constitucional brasileira adotou, na jurisprudência e na doutrina especializada majoritárias. Em outros sistemas jurídicos (por exemplo, em Portugal) admite-se a inconstitucionalidade em razão de norma constitucional superveniente, voltando-se para invalidar as normas anteriores. No Brasil, a inconstitucionalidade apenas se volta contra normas infraconstitucionais posteriores. A revogação, em virtude de emenda constitucional, é ordinariamente implícita, o que abre campo para controvérsias.

A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição importa revogação das seguintes normas do Código Civil, com efeitos *ex nunc*:

I - *Caput* do art. 1.571, conforme já demonstramos, por indicar as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal sem dissolução do vínculoconjugal, única via que a nova redação tutela. Igualmente revogada está a segunda parte do § 2º desse artigo, que alude ao divórcio por conversão, cuja referência na primeira parte também não sobrevive.

II - Arts. 1.572 e 1.573, que regulam as causas da separação judicial.

III - Arts. 1.574 a 1.576, que dispõem sobre os tipos e efeitos da separação judicial.

IV - Art. 1.578, que estabelece a perda do direito do cônjuge considerado culpado ao sobrenome do outro.

V - Art. 1.580, que regulamenta o divórcio por conversão da separação judicial.

VI - Arts. 1.702 e 1.704, que dispõem sobre os alimentos devidos por um cônjuge ao outro, em razão de culpa pela separação judicial; para o divórcio, a matéria está suficiente e objetivamente regulada no art. 1.694.

Por fim, consideram-se revogadas as expressões "separação judicial" contidas nas demais normas do Código Civil, notadamente quando associadas ao divórcio.

Algumas normas do Código Civil permanecem, apesar de desprovidas de sanção jurídica, que era remetida à separação judicial. É a hipótese do art. 1.566, que enuncia os deveres conjugais, ficando contido em sua matriz ética.

A alusão feita em algumas normas do Código Civil à dissolução da sociedade conjugal deve ser entendida como referente à dissolução do vínculoconjugal, abrangente do divórcio, da morte do cônjuge e da invalidade do casamento. Nessas hipóteses, é apropriada e até necessária a interpretação em conformidade com a Constituição (nova redação do § 6º do art. 226). Exemplifique-se com a presunção legal do art. 1.597, II, de concepção na constância do casamento do filho nascido nos trezentos dias subsequentes à "dissolução da sociedade conjugal", que deve ser lida e interpretada como dissolução do vínculoconjugal. Do mesmo modo, o art. 1.721 quando estabelece que o bem de família não se extingue com a "dissolução da sociedade conjugal".

10. Procedimentos do divórcio judicial e da separação de corpos

O divórcio consensual segue o procedimento previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, por força do § 2º do art. 40 da Lei 6.515, de 1977, excluídos os incisos I, sobre a comprovação da separação de fato, e III, sobre a produção de prova testemunhal e audiência de ratificação, porque incompatíveis com a supressão das causas subjetivas e objetivas decorrente da nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição. O art. 1.124-A, acrescentado pela Lei 11.441, de 2007, relativo ao divórcio consensual, permanece íntegro, exceto quanto à alusão à separação consensual.

O divórcio judicial litigioso deve observar o procedimento ordinário, de acordo com a regra do § 3º do art. 40 da Lei 6.515, de 1977, mas a instrução probatória será restrita às questões essenciais do cabimento e do *quantum* dos alimentos; de quem é mais apto à guarda unilateral dos filhos, se a guarda compartilhada não consultar o melhor interesse destes; e da existência e partilha dos bens comuns. Neste último caso, os cônjuges podem optar pelo procedimento autônomo de partilha, após o divórcio (art. 1.581 do Código Civil).

A sentença definitiva do divórcio judicial consensual ou litigioso apenas produz efeitos depois de registrada no registro público competente, como determina o art. 32 da Lei 6.515, de 1977.

Antes de mover a ação de divórcio judicial litigioso, poderá qualquer dos cônjuges, comprovando a necessidade, requerer a separação de corpos (art. 1.562 do Código Civil). Em virtude do desaparecimento das causas culposas e temporais, por força da nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição, o pedido de separação de corpos não mais tem a finalidade de legitimar a saída do cônjuge do lar conjugal, ou para os fins de contagem do tempo para separação consensual (um ano) ou para o divórcio direto (dois anos). Doravante, assume sua característica essencial como providência inevitável quando há ameaça ou consumação de violência física, psicológica ou social de um cônjuge contra o outro ou contra os filhos, para afastá-lo do lar conjugal, por via cautelar. E de acordo com o art. 888, VI, do CPC, a medida também pode ser autorizada pelo juiz na pendência da ação principal, para o fim do afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

Paulo Luiz Netto Lobo é diretor regional do IBDFAM Nordeste, advogado, ex-ministro conselheiro do CNJ, membro da International Society of Family Law e doutor em Direito Civil pela USP.

[1] No primeiro turno, na Câmara dos Deputados a PEC contou com a votação favorável de 315 Deputados. Apenas 15 votaram contrariamente.

[2] Este estudo, provocado pelas inquietações de membros do IBDFAM, partiu da expectativa da promulgação da emenda constitucional. Sua considerações dirigem-se às consequências posteriores ao início de vigência da emenda. Quando de sua elaboração (julho de 2009), a PEC já tinha sido aprovada em dois turnos na Câmara dos Deputados e na CCJ do Senado Federal.

[3] LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões

15/07/2010 | Autor: Pablo Stolze Gagliano

1. Introdução

O incremento do divórcio é fenômeno observado, há tempos, não apenas no Brasil, mas em outros Estados no mundo.

Em fecundo estudo, CONSTANCE AHRONS e ROY RODGERS, debruçados nas alterações sociais experimentadas no século passado, observavam que, somente nas últimas três décadas, a idealizada noção "sagrada" da tradicional família norte-americana havia sido seriamente desafiada. Fatores de variada ordem como o movimento feminista, o aumento da força de trabalho da mulher e a revolução sexual, freqüentemente eram citados como responsáveis pelo número crescente de divórcios:

"It is only in the last three decades that this idealized notion of the sanctity of the traditional American family has been seriously challenged. The contemporary feminist movement, the increase of women in the workforce, and the sexual revolution are often cited as contributing to the rapid increase in divorce rates".

Surgiriam, nesse contexto, e a virada do século confirmaria esta previsão, famílias recombinadas, de segundas, terceiras ou quartas núpcias (ou mais), alterando com isso, significativamente, o panorama tradicional da família.

A família, sob o prisma jurídico, portanto, seria reconstruída com base no afeto, noção decorrente da "valorização constante da dignidade da pessoa humana", no erudito dizer de FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO.

O acesso mais facilitado ao divórcio, pois, consolidaria esses arranjos familiares recombinados (blended or mixed families), alterando profundamente o cenário social em que vicejam.

Observamos, com isso, que o inexorável processo de reabertura do conceito tradicional de família - fruto de fatores diversos, de variados matizes (social, econômico, político, antropológico, cultural) - desembocaria no aumento do número de casais divorciados em todo o mundo.

E o Brasil, nesse diapasão, acompanhou esta tendência, conforme podemos constatar em recente pesquisa feita pelo IBGE:

"Em 2006, o número de separações judiciais concedidas foi 1,4% maior do que em 2005, somando um total de 101.820. Neste período, a análise por regiões mostra distribuição diferenciada com a mesma tendência de crescimento: Norte (14%), o Nordeste (5,1%), o Sul (2,6%) e o Centro-Oeste (9,9%). Somente no Sudeste houve decréscimo de 1,3%. Os divórcios concedidos tiveram acréscimo de 7,7% em relação ao ano anterior, passando de 150.714 para 162.244 em todo o país. O comportamento dos divórcios mostrou tendência de crescimento em todas as regiões, sendo de 16,6% para o Norte, 5,3% para o Nordeste, 6,5% para o Sudeste, 10,4% para o Sul e 9,3%, no Centro-Oeste. Em 2006, as taxas gerais de separações judiciais e de divórcios, medidas para a população com 20 anos ou mais de idade, tiveram comportamentos

diferenciados. Enquanto as separações judiciais mantiveram-se estáveis em relação a 2005, com taxa de 0,9%, os divórcios cresceram 1,4%. Esse resultado revela uma gradual mudança de comportamento na sociedade brasileira, que passou a aceitar o divórcio com maior naturalidade, além da agilidade na exigência legal, que para iniciar o processo exige pelo menos um ano de separação judicial ou dois anos de separação de fato. De 1996 a 2006, a pesquisa mostrou que a separação judicial manteve o patamar mais freqüente e o divórcio atingiu a maior taxa dos últimos dez anos. Em 2006, os divórcios diretos foram 70,1% do total concedido no país. Os divórcios indiretos representaram 29,9% do total. As regiões Norte e Nordeste, com 86,4% e 87,4%, foram as que obtiveram maiores percentuais de divórcios diretos.

As informações da pesquisa de Registro Civil referente à faixa etária dos casais nas separações judiciais e nos divórcios mostram que as médias de idade eram mais altas para os divórcios. Para os homens, as idades médias foram de 38,6 anos, na separação judicial, e de 43,1 anos, no divórcio. As idades médias das mulheres foram de 35,2 e 39,8 anos, respectivamente, na separação e no divórcio. A análise das dissoluções dos casamentos, por divórcio, segundo o tipo de família, mostrou que, em 2006, a proporção dos casais que tinham somente filhos menores de 18 anos de idade foi de 38,8%, seguida dos casais sem filhos com 31,1%" .

Em 2007, vale acrescentar, ano em que se completaram os 30 anos da Lei do Divórcio (Lei n. 6515 de 1977), os números mantiveram a tendência de crescimento, conforme podemos ler na notícia abaixo, baseada também em estudo do IBGE:

"A taxa de divórcios no Brasil subiu 200% entre 1984 e 2007, segundo dados da pesquisa "Estatísticas do Registro Civil 2007", divulgada nesta quinta-feira (4) pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). No período, o índice passou de 0,46 divórcio para cada grupo de mil habitantes para 1,49 divórcio por mil habitantes. Em números absolutos, os divórcios concedidos passaram de 30.847, em 1984, para 179.342, em 2007" .

Toda essa projeção matemática de crescimento demonstra a inegável alteração do matiz ideológico do conceito moderno de família - na perspectiva da busca da felicidade pessoal de seus integrantes em novos relacionamentos - reforçando ainda mais a importância da facilitação jurídica do divórcio, o que, sob o viés civil-constitucional, cristalizou-se, atualmente, na aprovação desta importante Emenda Constitucional.

E não se conclua, a partir disso, que se esteja fortalecendo uma política inconseqüente de banalização do casamento.



De forma alguma.

O que se quis, em verdade, por meio da aprovação da recente Emenda do Divórcio, é permitir a obtenção menos burocrática da dissolução do casamento, facultando, assim, que outros arranjos familiares fossem formados, na

perspectiva da felicidade de cada um.

Pois sem amor e felicidade não há porque se manter um casamento.

2. Compreendendo o Contexto Jurídico do Projeto de Emenda do Divórcio

Em 05 de dezembro de 2002, o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 467.184 de São Paulo, sendo relator o culto Min. Ruy Rosado de Aguiar, tendo assentado que, em sede de separação, "evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes".

Este acórdão, proferido em uma época em que sequer estava em vigor o novo Código Civil, sempre nos chamou a atenção.

Isso porque, como se pode notar, os ministros decretaram a separação do casal, desconsiderando a exigência legal no sentido de se imputar causa para o fim da sociedade conjugal (violação de dever matrimonial ou cometimento de conduta desonrosa), atendo-se, simplesmente, ao desamor para o fim de dissolver a sociedade entre os cônjuges.

Merece aplausos este aresto.

Em sua nova e moderna perspectiva, o Direito de Família, segundo o princípio da intervenção mínima, desapega-se de amarras anacrônicas do passado, para cunhar um sistema aberto e inclusivo, facilitador do reconhecimento de outras formas de arranjo familiar, incluindo-se as famílias recombinaadas (de segundas, terceiras núpcias etc.).

Nesse diapasão, portanto, detectado o fim do afeto que unia o casal, não há sentido em se tentar forçar uma relação que não se sustentaria mais.

Segundo CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD:

"Infere-se, pois, com tranqüilidade que, tendo em mira o realce na proteção avançada da pessoa humana, o ato de casar e o de não permanecer casado constituem, por certo, o verso e o reverso da mesma moeda: a liberdade de auto-determinação afetiva".

Ademais, não caberia à lei nem à religião estabelecer condições ou requisitos necessários ao fim do casamento, pois apenas aos cônjuges, e a ninguém mais, é dado tomar esta decisão.

Por isso, tanto para a separação, quanto para o divórcio, a tendência deve ser sempre a sua facilitação, e não o contrário.

E quando nos referimos a uma "facilitação" não estamos querendo dizer, com isso, conforme já anunciamos no tópico anterior, que somos entusiastas do fim do casamento.

Não.

O que estamos a defender é que o ordenamento jurídico, numa perspectiva de promoção da dignidade da pessoa humana, garanta meios diretos, eficazes e não-burocráticos para que, diante da derrocada emocional do matrimônio, os seus partícipes possam se libertar do vínculo falido, partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida.

Um primeiro passo já havia sido dado por meio da aprovação da Lei n. 11.441 de 2007, que regulou a separação e o divórcio administrativos em nosso País, permitindo que os casais, sem filhos menores ou incapazes, pudessem, consensualmente, lavrar escritura pública de separação ou divórcio, em qualquer Tabelionato de Notas do País.

Outro significativo passo vem a ser dado, agora, por meio da aprovação desta importante Emenda, que modificou o art. 226, § 6º da CF.

A referida proposta de emenda resultou de iniciativa de juristas do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, abraçada pelo deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/05) e reapresentada posteriormente pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/07).

Vamos então compreender o seu objeto.

3. O Objeto da Emenda do Divórcio

3.1. O Teor da Emenda

O texto de sua proposta de redação original era o seguinte:

"§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei".

Supriu-se, posteriormente, a expressão "na forma da lei", constante na parte final do dispositivo sugerido.

Esta supressão, aparentemente desimportante, revestiu-se de grande significado jurídico.

Caso fosse aprovada em sua redação original, correríamos o sério risco de minimizar a mudança pretendida, ou, o que é pior, torná-la sem efeito, pelo demasiado espaço de liberdade legislativa que a jurisprudência poderia reconhecer estar contida na suprimida expressão.

Vale dizer, aprovar uma emenda simplificadora do divórcio com o adendo "na forma da lei" poderia resultar em um indevido espaço de liberdade normativa infraconstitucional, permitindo interpretações equivocadas e retrógradas, justamente o que a proposta quer impedir.

Melhor, portanto, a sintética redação atual, aprovada em segunda e última votação pelo Senado Federal:

"O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

Da sua leitura, constatamos duas modificações de impacto: acaba-se com a separação judicial (de forma que a única medida juridicamente possível para o descasamento seria o divórcio) e extingue-se também o prazo mínimo para a dissolução do vínculo matrimonial (eis que não há mais referência à separação de fato do casal há mais de dois anos).

Vale a pena lermos a justificativa apresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, quando da apresentação da referida proposta, pois, assim, é possível se ter uma idéia das razões da sua propositura, e, também, do contexto social e histórico da sua apresentação:

"A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro). Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial (PEC 33/07. Dep. Sérgio Barradas Carneiro)".

Em síntese, a Emenda aprovada pretende facilitar a implementação do divórcio no Brasil e apresenta dois pontos fundamentais:

- a) extingue a separação judicial;

b) extingue a exigência de prazo de separação de fato para a dissolução do vínculo matrimonial.

Cuidemos de ambos os aspectos separadamente, para a sua melhor compreensão.

3.2. Extinção da Separação Judicial

A extinção da separação judicial é medida das mais salutares.

Como sabemos, a separação judicial é instituto menos profundo do que o divórcio.

Com ela, dissolve-se, tão-somente, a sociedade conjugal, ou seja, põe-se fim a determinados deveres decorrentes do casamento como o de coabitação e o de fidelidade recíproca, facultando-se também, em seu bojo, realizar-se a partilha patrimonial.

Nesse sentido, o art. 1576 do Código Civil:

Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

Mas note-se que o vínculo matrimonial persiste.

Pessoas separadas não podem se casar novamente, pois o laço matrimonial ainda não foi desfeito, o que somente será possível em caso de morte de um dos cônjuges ou de decretação do divórcio.

Assim, é de clareza meridiana, estimado leitor, que o divórcio é infinitamente mais vantajoso do que a simples medida de separação.

Sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos - e o strepitus fori - porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, pois, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos.

E o fato de a separação admitir a reconciliação do casal - o que não seria possível após o divórcio, pois, uma vez decretado, se os ex-consortes pretendessem reatar precisariam se casar de novo - não serve para justificar a persistência do instituto, pois as suas desvantagens são, como vimos acima, muito maiores.

Nessa linha, a partir da promulgação da Emenda, desapareceria de nosso sistema o instituto da separação judicial e toda a legislação, que o regulava, sucumbiria, por consequência, sem eficácia, por conta de uma inequívoca não-recepção ou constitucionalidade superveniente .

Note-se, no entanto, que as pessoas já separadas ao tempo da promulgação da Emenda não podem ser consideradas automaticamente divorciadas.

Não haveria sentido algum.

Aliás, este entendimento, a par de gerar grave insegurança jurídica, resultaria no desagradável equívoco de se pretender modificar uma situação jurídica consolidada segundo as normas vigentes à época da sua constituição, sem que tivesse havido manifestação de qualquer das partes envolvidas.

Ademais, é de bom alvitre lembrar que uma modificação assim pretendida - caída do céu - culminaria por transformar o próprio estado civil da pessoa até então separada.

Como ficariam, por exemplo, as relações jurídicas travadas com terceiros pela pessoa até então judicialmente separada?

À vista do exposto, portanto, a alteração da norma constitucional não teria o condão de modificar uma situação jurídica perfeitamente consolidada segundo as regras vigentes ao tempo de sua constituição, sob pena de se gerar, como dito, perigosa e indesejável insegurança jurídica.

Em outras palavras: a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, as pessoas judicialmente separadas (por meio de sentença proferida ou escritura pública lavrada) não se tornariam imediatamente divorciadas, exigindo-se-lhes o necessário pedido de decretação do divórcio para o que, por óbvio, não haveria mais a necessidade de cómputo de qualquer prazo.

Respeita-se, com isso, o próprio ato jurídico perfeito.

E o que dizer dos processos judiciais de separação em curso, ainda sem prolação de sentença?

Neste caso, a solução, em nosso sentir, é simples.

Deverá o juiz oportunizar à parte autora (no procedimento contencioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária), mediante concessão de prazo, a adaptação do seu pedido ao novo sistema constitucional, convertendo-o em requerimento de divórcio.

Nesse particular, não deverá incidir a vedação constante no art. 264 do CPC, segundo o qual, "feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo".

Isso porque não se trata de uma simples inovação de pedido ou da causa de pedir no curso do processo, em desrespeito aos princípios da boa-fé objetiva e da cooperatividade, que impedem seja uma das partes colhida de surpresa ao longo da demanda.

De modo algum.

O que sucede, em verdade, é uma alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, exigindo-se, com isso, adaptação ao novo sistema, sob pena de afronta ao próprio princípio do devido processo civil constitucional.

Caso se recusem, ou deixem transcorrer o prazo concedido *in albis*, deverá o magistrado extinguir o processo, sem enfrentamento do mérito, por perda de interesse processual superveniente (art. 264, VI, CPC).

Se, entretanto, dentro no prazo concedido, realizarem a devida adaptação do pedido, recategorizando-o, à luz do princípio da conversibilidade, como de divórcio, o processo seguirá o seu rumo normal, com vistas à decretação do fim do próprio vínculo matrimonial, na forma do novo sistema constitucional inaugurado a partir da promulgação da Emenda.

No âmbito dos divórcios e separações consensuais administrativos, disciplinados pela Lei n. 11.441 de 2007, os tabeliões precisarão ficar atentos ao novo sistema, pois não deverão mais lavrar escrituras públicas de separação, mantendo-se, obviamente, pelas razões expostas, aquelas já formalizadas antes do advento da Emenda.

Faculta-se, outrossim, lavrarem atos de conversão de separação em divórcio, nos termos da Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça:

"Art. 52. A Lei nº 11.441/07 permite, na forma extrajudicial, tanto o divórcio direto como a conversão da separação em divórcio. Neste caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento de casamento".

Se, por equívoco ou desconhecimento, após o advento da nova Emenda, um tabelião lavrar escritura de separação, esta não terá validade jurídica, por conta da supressão do instituto em nosso ordenamento, configurando nítida hipótese de nulidade absoluta do acordo por impossibilidade jurídica do objeto (art. 166, II, CC).

3.3. Fim do Prazo de Separação de Fato para o Divórcio

Outra inovação é o fim do prazo de separação de fato para o divórcio direto.

Com a mudança determinada pela Emenda, não temos dúvida de que o Direito Brasileiro converter-se-á em um dos mais liberais do mundo, para efeito de se permitir, com mais imediatidade, a dissolução do vínculo matrimonial.

Só para se ter uma idéia, vejamos o que se dá no Direito Alemão.

A legislação alemã estabelece duas condições para o divórcio:

- a) o casal estar separado de fato há pelo menos um ano, situação em que deverá haver pedido conjunto dos cônjuges ou, ainda que o pedido seja formulado por apenas um dos consortes, o outro consinta ou
- b) estarem os cônjuges separados de fato há, pelo menos, três anos.

Afora essas situações, o casal somente poderá se divorciar se o fracasso da relação for devidamente verificado pelo Tribunal.

Além disso, este sistema europeu ainda mantém cláusula de dureza (Härteklausel): excepcionalmente, posto fracassado o casamento, não ocorrerá o divórcio, enquanto a manutenção do casamento for necessária à preservação do interesse das crianças (prejuízo evidente ao bem estar da criança). Também, por razões especiais, se o divórcio representar para o outro cônjuge dificuldade extraordinária, por conta de grave doença ou situação econômica, tiver o proponente de desistir da medida.

Em Portugal, escreve ANTUNES VARELA:

"O direito português é hoje dos direitos europeus que, com maior amplitude, permite a dissolução do casamento, tanto civil, como canônico, pelo divórcio. Além de admitir a separação judicial de pessoas e bens, quer litigiosa, quer consensual, ao lado do divórcio, o Código Civil faculta tanto o divórcio litigioso (art. 1779), com grande largueza de fundamentação, como o divórcio por mútuo consentimento, hoje quase sem nenhuns entraves à vontade comum dos cônjuges (art. 1175)".

E, quanto ao prazo do divórcio no direito lusitano, assevera JORGE PINHEIRO:

"O divórcio fundado em ruptura da vida em comum pode ter como causa a separação de facto por três anos consecutivos (art. 1781, al. a) ou a separação de facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem a oposição do outro (art. 1781, al. b)".

Ora, com o advento da nova Emenda, estaremos à frente dos alemães e também dos portugueses.

No sistema inaugurado, pois, não só inexiste causa específica para a decretação do divórcio (decurso de separação de fato ou qualquer outra) como também não atua mais nenhuma condição impeditiva da decretação do fim do vínculo, tradicionalmente conhecida como "cláusula de dureza".

Aliás, quanto a esta última cláusula, o próprio Código Civil de 2002 não havia mais repetido o dispositivo constante no revogado art. 6 da Lei do Divórcio.

Em síntese: com a entrada em vigor da nova Emenda, é suficiente instruir o pedido de divórcio com a certidão de casamento, não havendo mais espaço para a discussão de lapso temporal de separação fática do casal ou, como dito, de qualquer outra causa específica de descasamento.

Vigora, mais do que nunca, agora, o princípio da ruptura do afeto - o qual busca inspiração no "Zerrüttungsprinzip" do Direito alemão (princípio da desarticulação ou da ruína da relação de afeto) - como simples fundamento para o divórcio.

Neste ponto, entretanto, uma pergunta poderá ser feita: é razoável não haver um prazo mínimo de reflexão para que o casal amadureça o pedido de descasamento, impedindo assim que uma simples briga, motivada por uma explosão emocional de momento, possa por fim ao enlace conjugal?

Seria justa a solução da Emenda, no sentido de considerar o divórcio como o simples exercício de um direito potestativo, não-condicionado, sem causa específica para o seu deferimento?

Certamente, muitos dos nossos leitores concluirão pelo desacerto da Emenda, uma vez que não se afiguraria justo admitir-se o divórcio sem que se fixasse um período mínimo de separação de fato, dentro do qual os consortes pudessem amadurecer a decisão de ruptura.

Mas, neste ponto, caberia uma outra pergunta: é mesmo dever do Estado estabelecer um prazo de reflexão?

Se a decisão de divórcio é estritamente do casal, não violaria o princípio da intervenção mínima do Direito de Família, o estabelecimento coercitivo de um período mínimo de separação de fato? E que período seria este? Um ano? Por que dois?

Em nosso sentir, é correta a solução da Emenda, pois, como dito, a decisão de divórcio insere-se em uma seara personalíssima, de penetração vedada por parte do Estado, ao qual não cabe determinar tempo algum de reflexão.

Se o próprio casal resolve, no dizer comum, "dar um tempo" ou "acabar", a opção é deles e deriva da sua autonomia privada.

Hoje, então, com o novo sistema, temos o seguinte.

Se JOÃO REGINO se casa com DIVA e, dois meses depois, descobre que ela não é o amor de sua vida (e isso acontece...), poderá pedir o divórcio.

Sem causa específica.

Sem prazo determinado.

Pede, simplesmente, porque não gosta mais.

E há motivo mais forte do que este?

O que não convence é o argumento contrário à solução da Emenda, no sentido de que o não estabelecimento de prazo conduziria a divórcios impensados, e, consequentemente, à impossibilidade de retomarem o mesmo casamento.

Tais argumentos não convencem, primeiro, como já dito, pelo fato de que, se a decisão é impensada ou não, ela é do casal, e não do Estado.

E, segundo, porque, se o casal, divorciado, resolve reatar, poderá, querendo, casar-se novamente.

Afinal, não existe, na lei, o estabelecimento de um número mínimo de vezes em que o mesmo casal possa se unir em matrimônio...

4. Conclusões

Nessas breves linhas, cuidamos de passar em revista alguns aspectos fundamentais da nova Emenda do Divórcio, a qual, fundamentalmente, suprime o instituto da separação judicial no Brasil e extingue também o prazo de separação de fato para a concessão do divórcio.

Com isso, o divórcio converter-se-á na única medida dissolutória do vínculo e da sociedade conjugal, não persistindo mais a tradicional dualidade tipológica em divórcio direto e indireto.

Haverá apenas o divórcio: direito potestativo não-condicionado que visa à extinção do vínculo matrimonial sem a imputação de causa específica.

Anotamos, ainda, que as pessoas separadas judicialmente, quando da entrada em vigor da Emenda não se converterão, por um passe de mágica, em divorciadas. E aquelas, cujo processo de separação esteja em curso, terão a opção de adaptarem o seu pedido ao novo sistema do divórcio, conforme, fundamentadamente, discorremos acima.

Diante de todo o exposto, temos que a nova Emenda abraça, mais do que nunca, a perspectiva socioafetiva e eudemonista do Direito de Família, para permitir que os integrantes de uma relação frustrada possam partir para outros projetos de vida.

Ademais, não é papel do Estado criar obstáculos indesejados ou burocracias inúteis na eterna busca da felicidade a que se lança todo ser humano em sua jornada terrena.

A não-intervenção do Estado, aliás, em questões atinentes ao matrimônio, fora sentida inclusive em Estados socialistas, como observa ANTON MENGER, na monumental obra *O Direito Civil e os Pobres*, com a qual concluímos:

"Esta imparcialidad de la legislación ante El matrimonio, ha hecho que semejante institución haya ido relativamente poco combatido por el socialismo. Dado el modo de juzgar las cosas, propio del socialismo, que se dirige á una radical transformación de la propiedad privada, á primera vista parecía que debía esperarse que rechazase también la segunda institución fundamental del Derecho Privado: el matrimonio. Realmente, de las tres instituciones fundamentales de nuestra sociedad civil: propiedad privada, religión y matrimonio, llamadas por Robert Owen la Trinidad de la desgracia (Trinity of Curse), la más combatida por la corriente socialista es la propiedad; la religión es menos, y el matrimonio menos todavía. Este hecho puede servir para confirmar la verdad antes indicada, de que los antagonismos sociales del presente, no han sido provocados sólo por las idéias fundamentales de nuestro orden del derecho privado, sino también, en la misma medida, por su carácter

unilateral y parcial aplicación, lo cual es obra casi exclusivamente de los jurisconsultos".

Deixemos, pois, as questões do coração serem julgadas pelas próprias pessoas envolvidas na relação de afeto.

E não pelo Estado.

Pablo Stolze Gagliano é Juiz de Direito. Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia e da Rede de Ensino LFG.. Co-autor das obras "Novo Curso de Direito Civil" e "O Novo Divórcio" (Saraiva)

NOTAS

1 O aprofundamento deste tema é feito na obra "O Novo Divórcio" (São Paulo: Saraiva, 2010), que escrevemos em co-autoria com Rodolfo Pamplona Filho.

2 AHRONS, Constance R. e RODGERS, Roy H. Divorced Families - A Multidisciplinary Development View. New York: Norton, 1987, pág. 13.

3 TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. Direito Civil - Direito de Família, vol. 5. 2. Ed. São Paulo: Método, 2007, pág. 39.

4 Fonte:
http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=1046 acessado em 30 de outubro de 2009.

5 Notícia Extraída do Portal de Notícias da Globo, disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MRP909873-5598,00.html>, acessada em 30 de outubro de 2009.

6 CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 277.

7 Imaginar-se que a separação judicial permaneceria em vigor, após a aprovação da Emenda, seria a consagração de um pensamento não apenas absurdo, mas, inclusive, com nítido desprezo "às exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma" (Paulo Lôbo - Divórcio: Alteração Constitucional e suas Conseqüências, disponível no <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>). Até porque sentido algum haveria em a Emenda expressamente dizer que as normas da separação estariam revogadas. Além de ser conclusão óbvia, se tal (desnecessária) inserção fosse feita, a proposta de alteração constitucional padeceria de grave impropriedade redacional. Aliás, abrindo-se a via do divórcio, queda-se completamente vazio o instituto da separação.

8 PAULO LÔBO foi um dos primeiros juristas a analisar o impacto da nova Emenda em face de dispositivos do Código Civil: "A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição importa revogação das seguintes normas do Código Civil, com efeitos ex nunc: I - Caput do art. 1.571, conforme já demonstramos, por indicar as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal sem dissolução do vínculoconjugal, única via que a nova redação tutela. Igualmente revogada

está a segunda parte do § 2º desse artigo, que alude ao divórcio por conversão, cuja referência na primeira parte também não sobrevive. II - Arts. 1.572 e 1.573, que regulam as causas da separação judicial. III - Arts. 1.574 a 1.576, que dispõem sobre os tipos e efeitos da separação judicial. IV - Art. 1.578, que estabelece a perda do direito do cônjuge considerado culpado ao sobrenome do outro. V - Art. 1.580, que regulamenta o divórcio por conversão da separação judicial. VI - Arts. 1.702 e 1.704, que dispõem sobre os alimentos devidos por um cônjuge ao outro, em razão de culpa pela separação judicial; para o divórcio, a matéria está suficiente e objetivamente regulada no art. 1.694. Por fim, consideram-se revogadas as expressões "separação judicial" contidas nas demais normas do Código Civil, notadamente quando associadas ao divórcio. Algumas normas do Código Civil permanecem, apesar de desprovidas de sanção jurídica, que era remetida à separação judicial. É a hipótese do art. 1.566, que enuncia os deveres conjugais, ficando contido em sua matriz ética. A alusão feita em algumas normas do Código Civil à dissolução da sociedade conjugal deve ser entendida como referente à dissolução do vínculoconjugal, abrangente do divórcio, da morte do cônjuge e da invalidade do casamento. Nessas hipóteses, é apropriada e até necessária a interpretação em conformidade com a Constituição (nova redação do § 6º do art. 226). Exemplifique-se com a presunção legal do art. 1.597, II, de concepção na constância do casamento do filho nascido nos trezentos dias subsequentes à 'dissolução da sociedade conjugal', que deve ser lida e interpretada como dissolução do vínculoconjugal. Do mesmo modo, o art. 1.721 quando estabelece que o bem de família não se extingue com a 'dissolução da sociedade conjugal'. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: Alteração Constitucional e suas Consequências, disponível no <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570> acessado em 22 de dezembro de 2009).

9 Independentemente do seu trânsito em julgado, pois, com a prolação da sentença, esgota-se o ofício jurisdicional, nos limites do pedido e do thema decidendum.

10 Neste último caso, nos termos da Lei 11.441 de 2007 (separação consensual administrativa).

11 Em sentido contrário, a querida MARIA BERENICE DIAS escreve: "O avanço é significativo e para lá de salutar, pois atende aos princípios da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Afinal, se não há prazo para casar nada justifica a imposição de prazos para o casamento acabar. Com a alteração, acaba o instituto da separação. As pessoas que eram separadas judicialmente passam ao estado civil de divorciadas. Além disso, a medida produzirá significativo desafogo do Poder Judiciário, pois todos os processos de separação automaticamente se transformarão em ação de divórcio" (Até que enfim..., texto disponível no: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=513>, acessado em 22 de dezembro de 2009). Na mesma linha do pensamento que defendemos, outrossim, PAULO LÔBO: "Os separados judicialmente (ou extrajudicialmente) continuam nessa qualidade, até que promovam o divórcio (direto), por iniciativa de um ou de ambos, mantidas as condições acordadas ou judicialmente decididas" (texto citado).

12 Certamente haverá os que defendam a extinção do feito, neste caso, por impossibilidade jurídica do pedido (de separação). Mas, por coerência com o

nosso pensamento anterior, no sentido da manutenção do status quo daqueles já separados judicialmente, reputamos mais lógico e razoável compreendermos, na hipótese, a ocorrência de uma perda superveniente de interesse processual. Até porque, quando da formulação do pedido, existia a sua possibilidade jurídica. Mas, sob um fundamento ou outro - pouco importa - o processo será extinto sem resolução do mérito.

13 Informações colhidas, segundo o original alemão, em tradução livre: "Um zu vermeiden, daß das Gericht in jedem Fall - ggf im Wege einer Beweisaufnahme - in die Interna der Ehe eindringen muß, wird § 1565 Abs 1 durch zwei unwiderlegliche Vermutungen hinsichtlich des Scheiterns der Ehe ergänzt, nämlich zum einen dann, wenn die Eheleute seit mindestens einem Jahr getrennt leben und beide die Scheidung beantragen bzw der eine Ehegatte dem Antrag des anderen zustimmt (§ 1566 Abs 1), zum anderen dann, wenn die Eheleute seit mindestens drei Jahren getrennt leben (§ 1565 Abs 2). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, kann die Ehe nur geschieden werden, wenn das Scheitern positiv festgestellt worden ist". (VOPPEL, Reinhard, in Kommentar, Zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Eckpfeiler des Zivilrechts (J. Von Staudinger). Berlin: Sellier, 2008, pág. 1091)

14 "Auch dann, wenn die Ehe gescheitert ist, darf eine Scheidung nicht erfolgen, wenn und solange die Aufrechterhaltung der Ehe ausnahmweise im Interesse minderjähriger Kinder der Ehegatten notwendig ist (deutliche Beeinträchtigung des Kindeswohls); dasselbe gilt aus, wenn die Scheidung aus besonderen Gründen für den sie ablehnenden sheidungswilligen Ehegatten ausnahmsweise zurücktreten müssen (schwere Krankheit eines Ehegatten, besondere wirtschaftliche Härte), § 1568 (idem).

15 VARELA, João de Mattos Antunes, Direito de Família, citado, págs. 487-488.

16 PINHEIRO, Jorge. O Direito da Família Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, Lisboa, 2008, pág. 620.

17 MENGER, Anton. El Derecho Civil y Los Pobres. Granada: Editorial Comares, 1998, págs. 160-161.

BIBLIOGRAFIA

- AHRONS, Constance R. e RODGERS, Roy H. Divorced Families - A Multidisciplinary Development View. New York: Norton, 1987, pág. 13.
- CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 277.
- DIAS, Maria Berenice. Até que enfim..., texto disponível no: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=513>, acessado em 22 de dezembro de 2009
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: Alteração Constitucional e suas Conseqüências, disponível no <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570> acessado em 22 de dezembro de 2009
- MENGER, Anton. El Derecho Civil y Los Pobres. Granada: Editorial Comares, 1998, págs. 160-161.

- PINHEIRO, Jorge. O Direito da Família Contemporâneo. Lisboa: AAFDL, Lisboa, 2008, pág. 620.
- TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. Direito Civil - Direito de Família, vol. 5. 2. Ed. São Paulo: Método, 2007.
- VARELA, João de Mattos Antunes, Direito de Família, citado, págs. 487-488.
- VOPPEL, Reinhard, in Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Eckpfeiler des Zivilrechts (J. Von Staudinger). Berlin: Sellier, 2008.

EC 66/10 — e agora?

23/07/2010 | Autor: Maria Berenice Dias

Em face da recente Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal,[1] um sem número de interpretação, posições e críticas floresceram. Há opiniões para todos os lados. Conclusão, ninguém sabe o que fazer.

No entanto, não é possível deixar de ler o novo texto constitucional sem atentar ao que antes estava escrito. A redação anterior dizia: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Ou seja, eram impostas restrições à concessão do divórcio: (a) ter ocorrido a separação judicial há mais de um ano; ou (b) estarem os cônjuges separados de fato há pelo menos dois anos.

Ao ser excluída a parte final do indigitado dispositivo constitucional, desapareceu toda e qualquer restrição para a concessão do divórcio, que cabe ser concedido sem prévia separação e sem o implemento de prazos. A partir de agora a única ação dissolutória do casamento é o divórcio que não mais exige a indicação da causa de pedir. Eventuais controvérsias referentes a causa, culpa ou prazos deixam de integrar o objeto da demanda.

No entanto, como foi mantido o verbo "pode" há quem sustente que não desapareceu o instituto da separação, persistindo a possibilidade de os cônjuges buscarem sua concessão pelo só fato de continuar na lei civil dispositivos regulando a separação.

A conclusão é para lá de absurda, pois vai de encontro ao significativo avanço levado a efeito: afastou a interferência estatal que, de modo injustificado, impunha que as pessoas se mantivessem casadas. O instituto da separação foi eliminado. Todos os dispositivos da legislação infraconstitucional a ele referente restaram derrogados e não mais integram o sistema jurídico. Via de consequência, não é possível buscar em juízo a decretação do rompimento da sociedade conjugal.

Outra tentativa de não ver o novo, é sustentar a necessidade de manter a odiosa identificação de um culpado para a separação, porque a quantificação do valor dos alimentos está condicionada à culpa de quem os pleiteia (CC 1.694, § 2º). No entanto, tal redutor está restrito ao âmbito dos alimentos e de forma alguma pode condicionar a concessão do divórcio, até porque caiu por terra o art. 1.702 da lei civil.

Um argumento derradeiro de quem quer assegurar sobrevida à separação. Havendo arrependimento, a necessidade de ocorrer novo casamento obrigaría a partilha dos bens do casamento anterior ou a adoção do regime da separação obrigatória (CC 1.523, III e 1.641, I).

Mais uma vez a resistência não convence. Havendo dúvidas ou a necessidade de um prazo de reflexão, tanto a separação de fato como a separação de corpos preservam o interesse do casal. Qualquer uma dessas providências suspende aos deveres do casamento e termina com a comunicabilidade dos bens. A separação de corpos, inclusive, pode ser levada a efeito de modo consensual por meio de escritura pública. E, ocorrendo a reconciliação tudo volta a ser como era antes. Sequer há a necessidade de ser extinta a separação de corpos. O único efeito - aliás, bastante salutar - é que bens adquiridos e as dívidas contraídas durante o período da separação é de cada um, a não ser que convencionem de modo diferente.

Ao que se vê, a resistência que ainda se percebe é muito mais uma tentativa de alguns advogados e notários de garantirem reserva de mercado de trabalho. Mantida a separação, persistiria a necessidade de um duplo procedimento, a contratação por duas vezes de um procurador e a lavratura de duas escrituras.

Parece que não atentam ao prevalente interesse das partes: a significativa economia de tempo, dinheiro e desgaste emocional não só dos cônjuges, mas principalmente de sua prole. E mais, não se pode desprezar a significativa redução do volume de processos no âmbito do Poder Judiciário, a permitir que juízes deem mais atenção ao invencível número de demandas que exigem rápidas soluções.

É necessário alertar que a novidade atinge as ações em andamento. Todos os processos de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido (CPC 267, inc. VI). Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico.

No entanto, como a pretensão do autor, ao propor a ação, era pôr um fim ao casamento, e a única forma disponível no sistema legal pretérito era a prévia separação judicial, no momento em que tal instituto deixa de existir, ao invés de extinguir a ação cabe transformá-la em ação de divórcio. Eventualmente cabe continuar sendo objeto de discussão as demandas cumuladas, como alimentos, guarda, partilha de bens, etc. Mas o divórcio cabe ser decretado de imediato.

De um modo geral, nas ações de separação não há inconformidade de nenhuma das partes quanto a dissolução da sociedade conjugal. Somente era utilizado dito procedimento por determinação legal, que impunha a indicação de uma causa de pedir: decurso do prazo da separação ou imputação da culpa ao réu. Como o fundamento do pedido não cabe mais ser questionada, deixa de ser necessária qualquer motivação para o decreto da dissolução do casamento.

Como o pedido de separação tornou-se juridicamente impossível, ocorreu a superveniência de fato extintivo ao direito objeto da ação, o que precisa ser reconhecido de ofício pelo juiz (CPC 462). Deste modo seque há a necessidade de a alteração ser requerida pelas partes. Somente na hipótese de haver expressa oposição de ambos os separandos à concessão divórcio deve o juiz decretar a extinção do processo.

Do mesmo modo, encontrando-se o processo de separação em grau de recurso, descabe ser julgado. Sequer é necessário o retorno dos autos à origem, para que o divórcio seja decretado pelo juízo singular. Deve o relator decretar o divórcio, o que não fere o princípio do grupo grau de jurisdição.

A verdade é uma só: a única forma de dissolução do casamento é o divórcio, eis que o instituto da separação foi banido - e em boa hora - do sistema jurídico pátrio. Qualquer outra conclusão transformaria a alteração em letra morta.

A nova ordem constitucional veio para atender ao anseio de todos e acabar com uma excrescência que só se manteve durante anos pela histórica resistência à adoção do divórcio. Mas, passados mais de 30 anos nada, absolutamente nada justifica manter uma dupla via para assegurar o direito à felicidade, que nem sempre está na manutenção coacta de um casamento já roto.

Maria Berenice Dias é Advogada especializada em Direito das Famílias e Sucessões. Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça-RS. Vice-Presidenta Nacional do IBDFAM

[1] Emenda Constitucional nº 66 de 13.07.2010 - DOU 14.07.2010. Art. 1º: O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO NO PROJETO DO CPC (análise e proposta)

José Rogério Cruz e Tucci

- Advogado em São Paulo. Ex-Presidente da AASP. Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Ex-Presidente da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP. Assessor *ad hoc* da FAPESP.

Sumário: 1. Princípio do contraditório: noções introdutórias. 2. Princípio do contraditório no Projeto do CPC: objetivo declarado. 3. Aprimoramento do princípio do contraditório. 4. Proposta de aperfeiçoamento. 5. Nota conclusiva.

1. Princípio do contraditório: noções introdutórias

A princípio constitucional do contraditório - e o seu desdobramento na garantia do direito de defesa¹ - corresponde a um postulado considerado “eterno” e, mais do que qualquer outro, “encarna no seio das mais diferentes culturas jurídicas, dois mil anos de história processual”.² Realmente, nenhuma restrição de direitos pode ser admitida sem quem se propicie à pessoa interessada a produção de *ampla defesa* (*nemo inauditus damnari potest*), e, consequentemente, esta só poderá efetivar-se em sua *plenitude* com o estabelecimento da *participação ativa e contraditória* dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo.

¹. Como já tive oportunidade de frisar (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 106), a doutrina processual mais recente traça distinção entre contraditório e ampla defesa. Enquanto o contraditório é considerado um fenômeno estrutural e objetivo do processo, que se materializa no procedimento, pela participação das partes na formação da decisão judicial, o direito de defesa exprime a necessidade de uma defesa técnica (v., a respeito, Andolina e Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, n. 2, p. 153-154; *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, p. 173-175; e, na literatura pátria, por último, Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, n. 19, p. 478-479).

². Cf. Habscheid, *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, § 20, p. 151.

É o que, aliás, ampliando, explicitamente, tradicional regra de nosso ordenamento jurídico³, a atual Constituição Federal reitera no inc. LV do art. 5º: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O processo judicial, como instituição eminentemente dialética, em qualquer de suas vertentes, encontra-se sob a égide do princípio do contraditório. Não se faz possível conceber um processo unilateral, no qual atue somente uma parte, visando à obtenção de vantagem em detrimento do adversário, sem que se lhe conceda oportunidade para apresentar as suas razões. Se não deduzi-las, a despeito de ter sido convocado, sofrerá os ônus da inatividade, situação que lhe poderá ser fatal, embora não obrigatoriamente, como resultado inevitável. O contraditório, ademais, deve igualmente ser observado no desenvolvimento do processo, para que ambos os protagonistas, em franca colaboração com o juiz, possam efetivamente participar e influir no provimento final.⁴

Acrescente-se, com Tarzia⁵, que, garantindo aos sujeitos parciais uma equivalência nas respectivas posições, por eles assumidas, o contraditório sedimenta-se na possibilidade de atuação, não em momentos episódicos, mas traduzindo-se numa série sucessiva de opções, estratégias e reações, que tornam efetiva a mútua e ampla defesa.

³. A garantia do contraditório foi elevada ao plano constitucional, no Brasil, pela Constituição de 1946 (art. 141, § 25), tendo sido conservada na Carta de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda n. 1, de 1969 (art. 153, § 16). Cf., a respeito, Tucci e Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, n. 16, p. 60 ss.

⁴. V., nesse sentido, a precisa exposição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Garantia do contraditório, Garantias constitucionais do processo civil*, p. 132 ss; *O juiz e o princípio do contraditório*, Revista do Advogado da AASP, n. 40, 1993, p. 37, com a observação, lastreada em moderna orientação doutrinária alemã e italiana, de que a liberdade outorgada ao órgão jurisdicional de eleger a norma a ser aplicada, até mesmo independentemente de sua invocação pelo interessado, não dispensa a colheita de prévia manifestação das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem à regra do contraditório. No mesmo sentido: Bedaque, *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*, Causa de pedir e pedido no processo civil (obra coletiva), coord. Cruz e Tucci e Bedaque, n. 1.2, p. 21-22.

⁵. *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, Rivista di diritto processuale, 2001, n. 7, p. 11. V., expondo opinião análoga, Vittorio Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, Rivista di diritto processuale, 1975, p. 583; Sergio Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, Rivista di diritto processuale, 2000, n. 5, p. 1.020-1.021.

É por essa razão que Fazzalari adverte: quando se consegue a participação no *iter* de formação de um provimento decisório daqueles que serão os seus destinatários, obtém-se uma evidente vantagem em termos de liberdade e de tutela dos interesses.⁶

Revelando-se, enfim, no *direito de audiência*, a regra do contraditório faz-se ínsita à administração de uma justiça bem organizada, e exaltada, com razão, como a mais destacada dentre as garantias processuais, porque é aquela que permite a manifestação das duas partes (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*): “Absolutamente inseparável da administração da justiça organizada, encontra igualmente expressão no preceito romano: *audiatur et altera pars* e no provérbio alemão de época medieval: ‘*Eines mannes red ist keine red, der richter soll die deel verhoeren beed*’ (‘a alegação de um só homem não é alegação, o juiz deve ouvir ambas as partes’)”.⁷

O traço distintivo que realmente conota o processo judicial é o contraditório, cujo pressuposto básico é que ele se desenvolva num plano de absoluta paridade entre as partes. Paridade tem o significado de que todas as partes que atuam no processo devem dispor de oportunidades processuais preordenadas e simétricas. Segundo escreveu Vincenzo Caianiello, presidente emérito da Corte Constitucional italiana, “na teoria do processo judicial, a paridade das partes constitui preconditione do contraditório, que, por sua vez, é a essência do processo”.⁸

E esse raciocínio é válido, inclusive e obviamente, para as situações que comportam decisões *inaudita altera parte*, uma vez que, como explica Giuseppe Martinetto, elas ostentam o caráter de provisoriade, abrindo-se ao outro sujeito parcial do processo, antes que se tornem definitivas, a possibilidade de pronta defesa. Na verdade, como já tive oportunidade de esclarecer, em tais hipóteses, de “contraddittorio posticipato” ou “diferito”, a garantia da audiência bilateral não se delineia violada, mas, por certo, tão-só adiada para um momento imediatamente sucessivo à formação do provimento judicial

⁶. *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, La sentenza in Europa (obra coletiva), p. 316.

⁷. Cf. Robert Wyness Millar, *The Formative Principles of Civil Procedure*, A History of Continental Civil Procedure, p. 6. V., nesse sentido, Tucci e Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, n. 18, p. 67-68.

⁸. *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, Rivista di diritto processuale, 2001, n. 2, p. 48.

liminar, restaurando-se, com a eventual reação do destinatário da decisão, a garantia da defesa.⁹

2. Princípio do contraditório no Projeto do CPC: objetivo declarado

É, sem dúvida, empenho hercúleo a construção de nova codificação, qualquer que seja o seu objeto.

No tocante ao processo civil, colocando em destaque essa evidente dificuldade, Carnelutti chamava a atenção para a diferença entre a arquitetura científica e a arquitetura legislativa, sendo certo que esta não deve desprezar os valores conquistados pela ciência processual.¹⁰

A tal propósito, nota-se, de logo, que o Projeto do CPC (*Projeto de lei 166/2010*) não descurou da moderna linha principiologia que advém do texto constitucional. Pelo contrário, destacam-se em sua redação inúmeras regras que, a todo o momento, procuram assegurar o devido processo legal. Até porque, os fundamentos de um Código de Processo Civil devem se nortear, em primeiro lugar, nas diretrizes traçadas pela Constituição Federal.¹¹

E, assim, nesse contexto particular, devo dizer que a legislação processual projetada merece os maiores encômios.

No que concerne ao contraditório, o objetivo precípua da Comissão de Juristas encarregada da respectiva redação já é revelado na própria exposição de motivos, ao ser enfatizado, com todas as letras, que: “*A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluissem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como,*

⁹. Martinetto, *Contraddittorio (principio del)*, Novissimo digesto italiano, 4, p. 459. Cf. Cruz e Tucci, *Ação monitória*, 3^a ed., § 8º, p. 58.

¹⁰. Francesco Carnelutti, *Intorno al progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, p. 7.

¹¹. V., nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *O Projeto do CPC – críticas e propostas*, p. 15

por exemplo, as que prevêem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou às ‘avessas’. Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório...” (sic).

Verifica-se, pois, que em perfeita simetria com o princípio da publicidade e com o denominado princípio da cooperação entre os protagonistas do processo, a garantia do contraditório vem expressamente contemplada, ou, ainda, de algum modo relacionada com os seguintes dispositivos do Projeto: arts. 9º, 10, 17, 19, 64, 97, § 3º, 110, 262, 314, 348, 349, 359, *caput* e § 2º, 416, 469, par. ún., 475, par. ún., 487 e 891.

Vejamos, assim, em imediata seqüência, quais as regras projetadas que apresentam avanço em relação à legislação em vigor.

3. Aprimoramento do princípio do contraditório

Art. 9º

Segundo a ordem topológica das apontadas normas processuais, sob a rubrica *Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil*, o art. 9º preconiza que: “*Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento do direito*”.

A despeito da clareza desse enunciado, cabe aqui uma rápida observação. Excepciona-se o prévio contraditório naquelas situações de urgência ou que possam ocasionar a frustração do direito do requerente. Lembre-se, no entanto, que há outras hipóteses, além destas duas exceções, nas quais o contraditório irrompe “postcipato”, como, e. g., a técnica do procedimento monitório, em que o pronunciamento jurisdicional

perseguido é proferido *inaudita altera parte*, diferindo-se para um momento ulterior a possibilidade de contraditório.¹²

Arts. 10, 110, par. ún., 469, par. ún., e 475, par. ún.

No mesmo cap. I do lib. I (*Parte Geral*), o Projeto estabelece no art. 10, que: “*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício*”.

Essa regra encontra-se coordenada com o disposto no parágrafo único do art. 110, que tem a seguinte redação: “*As partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias de que deve o juiz conhecer de ofício*”.

Igualmente, conexos com a mesma *mens legislatoris*, determinam o parágrafo único do art. 469 que: “*A prescrição e a decadência não serão decretadas sem que antes seja dada às partes oportunidade de se manifestar*”; e o parágrafo único do art. 475 que: “*Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir*”.¹³

¹². Não obstante, como bem ressalta, Marinoni, no “*procedimento monitório* é oportunizada a ampla defesa, e isso é o suficiente para que não seja possível a sua inclusão na classe dos procedimentos de cognição sumária. O *procedimento monitório* pode ser classificado como procedimento formalmente sumário, assim como o procedimento do mandado de segurança, mas jamais como procedimento materialmente sumário, classe a que pertence o procedimento cautelar” (*Novas linhas do processo civil*, 2^a ed., p. 139).

¹³. À luz da legislação em vigor, procurei traçar a distinção entre *fato superveniente* e *fato novo* (A causa petendi no processo civil, 3^a ed., p. 190-191): “O *fato superveniente*, nos termos do art. 462 do CPC, só pode ser aquele apto a constituir, modificar ou extinguir a fundamentação fático-jurídica apontada na petição inicial. Caso contrário, isto é, se o fato sucessivo ao aforamento da ação (portanto, *superveniente*) não for capaz de produzir uma transformação jurídica desta natureza, deixará de ‘influir no julgamento da lide’. O *fato novo*, pelo contrário, apresentando-se como exceção ao dogma da estabilização, pode ser descoberto na fase probatória. E, neste ponto, sendo possível a dilação probatória, sem tumultuar a marcha processual, deverá ser dada oportunidade à parte (a quem a prova prejudica) produzir contraprova. Não obstante, em outras situações, para não reabrir indesejada, e até incabível, ‘nova instrução’, impõe-se ao juiz o exame da dimensão do contraditório”. No Projeto, a redação do art. 475 e de seu par. ún. não se descortina suficientemente clara, podendo gerar, na sua respectiva exegese, indesejada confusão.

Fácil é verificar que estes quatro importantes preceitos estão definitivamente afinados com a moderna ótica da ciência processual, que não admite, em hipótese alguma, a surpresa aos litigantes, decorrente de decisão escudada em ponto jurídico fundamental por eles não alvitrado. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo encontra-se exposto ao risco, aproveitando apenas os fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição. Dessa forma, os litigantes estarão melhor aparelhados para defender o seu direito e influir na decisão judicial. Nessa linha de raciocínio, assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em primoroso estudo, que: "... a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocado *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem, ainda aqui, ao princípio do contraditório. A hipótese não é pouco comum porque são freqüentes os empecilhos enfrentados pelo aplicador do direito, nem sempre de fácil solução, dificuldade geralmente agravada pela posição necessariamente parcializada do litigante, a contribuir para empêcer visão clara a respeito dos rumos futuros do processo. Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça. O diálogo judicial e a cooperação, acima preconizada, tornam-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso".¹⁴

Assim sendo, conclui-se que a inserção destas regras no aludido Projeto representa inequívoco avanço da legislação processual civil.

Art. 64

¹⁴. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa, v. 44, 2003, p. 194.

De idêntico modo, merece elogio a exigência de contraditório no âmbito do denominado *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. Dispõe, com efeito, o art. 64 que: “*Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão intimados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis*”.

Este era mesmo um tema que merecia tratamento legislativo. A existência de duas categorias bem nítidas de “terceiros” impõe diferente solução na aferição da respectiva responsabilidade patrimonial. A situação na qual o sócio continua na administração da pessoa jurídica executada não é análoga àquela em que o sócio há muito tempo retirou-se do quadro social. A surpresa da desconsideração da personalidade jurídica para este último, supostamente responsável, recomenda a amplitude da defesa, centrada na sua participação efetiva no mencionado incidente processual.

Art. 262, § 1º

Aduza-se, já sob outro enfoque, que o art. 262, § 1º, atinente ao *onus probandi*, determina: “*Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído*”.

Finalmente, a legislação projetada, aqui também, procura evitar a surpresa consistente na abrupta (e descabida) inversão do ônus subjetivo da prova ao ensejo da sentença.

Em antigo escrito, sustentei que a excepcional distribuição, preconizada, em particular, no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, deve ser determinada, normalmente na decisão declaratória de saneamento do processo, no momento em que deferidas as provas a serem produzidas pelas partes.¹⁵ E isso, porque, em razão da percepção de que tal oportunidade é mais adequada para a verificação, pelo juiz, dos fatos controvertidos e para o deferimento dos meios probatórios que em torno deles hão de se

¹⁵. *Técnica processual civil do Código de Defesa do Consumidor*, Devido processo legal e tutela jurisdicional, p. 116-117.

produzir. Como aduz Fábio Tabosa, “teoricamente, todavia, não há diferença em ser a inversão deliberada no próprio saneador ou antes dele, e mesmo depois, mas antes de encerrada a instrução”.¹⁶

Esta, de resto, é a posição que granjeou adeptos, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, como se extrai, v. g., do julgamento proferido pela 4ª Turma, no *Recurso Especial n. 881.651-BA*, de relatoria do Min. Hélio Quaglia Barbosa, *textual*: “*A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do art. 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida*”.

Art. 314

Importante e polêmica novidade encontra-se proposta no art. 314 do Projeto, cuja redação é a seguinte: “*O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar*”.

Nota-se que esta regra é condizente com o próprio Projeto e com os modelos processuais governados por um sistema flexível de preclusões, ao permitir a construção escalonada do objeto litigioso. Em termos de comparação jurídica, é possível afirmar que a mitigação do princípio da eventualidade para o autor da demanda tem sido prestigiada pela doutrina e por inúmeras legislações processuais modernas.

Na verdade, na antiga, pioneira e clássica monografia sobre a ação declaratória, Adolf Wach já havia exortado que, na esfera do processo alemão, no qual prevalece o princípio da disposição, “o titular do direito não está impedido de molestar o seu adversário com sucessivas ações parciais. Que pague o adversário a dívida total se preferir não se

¹⁶. *Código de Processo Civil interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcato, 3ª ed., p. 1.063.

submeter a vários processos, ou se pretender uma decisão integral, que deduza a totalidade da lide mediante reconvenção".¹⁷

Examinando essa importante questão e partindo da original distinção entre *processo integral* e *processo parcial*, Carnelutti asseverava que sempre foi mais aconselhável, sob vários aspectos, dirimir em um único processo - *processo integral* - todo o litígio porventura existente entre as partes, mesmo que para isso fosse exigido um tempo suplementar na tramitação perante o juízo de primeiro grau. A pacificação social atingida com a solução de toda a lide existente entre as partes compensava a eventual demora.¹⁸

Mais recentemente, Cerino Canova ponderou que a aceleração da marcha do procedimento possivelmente atingida com a adoção de um sistema rígido de preclusões corria sério risco de se circunscrever apenas ao processo e não à solução de toda a controvérsia, que poderia ser ulteriormente reaberta com base em fato ou fatos que não foram deduzidos *in limine litis* na precedente demanda, o que acarreta não só a proliferação de processos, como também prejudica a própria celeridade.¹⁹

Na análise que tive oportunidade de realizar sobre essa instigante questão, observei que, na Itália, o art. 183 do *Codice di Procedura Civile*, desde 1950, permitia que as partes, na primeira audiência de debates, formulassem novas alegações, novos pedidos e novas exceções. Todavia, a Lei 353/90 alterou a redação dos arts. 183 e 184, impondo a eventualidade tanto para o autor quanto para o réu.²⁰

A esse propósito, Tarzia explica que eventuais exceções à regra da imutabilidade da demanda a partir da audiência encontram supedâneo na necessidade de ser respeitado o contraditório, na exigência de garantir a utilidade do interrogatório livre e, enfim, da discussão preliminar da causa, para uma precisa determinação do objeto

¹⁷. *Der Feststellungsanspruch - La pretensión de declaración*, p. 120.

¹⁸. *Istituzioni del processo civile italiano*, 5^a ed., v. 1, p. 255.

¹⁹. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 136.

²⁰. Cf. Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, 3^a ed., p. 136 ss., contendo parte da pesquisa ora referida no texto.

litigioso.²¹ Procurando estabelecer a abrangência da apontada alteração do antigo regime, Consolo, Luiso e Sassani confessam secundar a doutrina mais moderna, ao admitirem que, em muitas hipóteses, mesmo que se esteja diante de uma única situação substancial, o objeto do processo se projeta sobre fatos jurídicos não explicitamente deduzidos pelo autor.²²

Por fim, Fazzalari lembra que escapam da preclusão, ditada pela atual redação do art. 183 do Código italiano, *fatos supervenientes* que tenham relevância para o deslinde da controvérsia.²³

Sem questionar qual o sistema mais perfeito – o anterior, caracterizado pela possibilidade de amplo contraditório, ou o atual, marcado pela imutabilidade dos elementos objetivos da demanda –, os processualistas peninsulares, diante da excessiva duração do litígio, afirmam que o regime da legislação em vigor corresponde ao esforço de restituir ao processo a sua vocação de realizar justiça tempestiva.²⁴

Passado o tempo, Cinzia Gamba, em recente obra específica sobre o assunto em tela, critica o “modelo formal clássico”, em vigor na Itália, que obsta a alteração da causa de pedir e do pedido, porque conspira ele contra a racionalidade, a exigência de economia e a justiça da decisão. Afirma, assim, que: “os elementos objetivos de identificação da demanda devem ser concebidos de modo flexível e relativo; devem, pois, permitir, ainda que dentro de certos limites, uma evolução progressiva da demanda coligada a uma sucessiva versão dos fatos mais próxima da realidade ou mais aderente à dimensão real do conflito... Dessa forma, torna-se possível redefinir os horizontes do *ius variandi*, de modo a redesenhar a modificação da demanda como um instrumento que possa favorecer o alcance de uma decisão conforme os cânones de justiça”.²⁵

²¹. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, p. 66-68.

²². *La riforma del processo civile – commentario*, p. 96.

²³. *Il processo ordinario di cognizione e la Novella del 1990*, p. 20.

²⁴. V., e.g., Edoardo Ricci, *Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile*, *Rivista di diritto processuale*, 1987(3):630.

²⁵. *Domande senza risposte. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, p. 225. V., por último, criticando o mais novo regime instituído no processo italiano, Rosario Maccarrone,

Já quanto à experiência processual portuguesa, esclarece, a propósito, Abrantes Geraldes que a estabilidade do processo decorre do enunciado do art. 268 do Código de Processo Civil, para evitar que os elementos subjetivos e objetivos possam ser livremente modificados pelas partes em prejuízo do regular andamento da causa e da celeridade da administração da justiça pelos tribunais. Com a citação do réu “estabiliza-se a instância quanto às pessoas e quanto ao objecto (pedido e causa de pedir), apenas se admitindo as alterações que a própria lei preveja. Daí resulta que, antes da citação do réu, qualquer daqueles elementos é livremente modificável, nada impedindo que entre o momento da apresentação da petição e o acto de citação o autor altere a causa de pedir ou o pedido ou demande novos réus, v.g., para assegurar a legitimidade passiva”.²⁶

Não obstante, bem é de ver que a última reforma do processo alargou sensivelmente a possibilidade, mesmo após a citação do demandado, de complementação da causa de pedir e do pedido no decorrer do procedimento.

A lei distingue para tanto duas hipóteses, quais sejam alteração por acordo das partes e alteração sem que haja tal concerto de vontades.

Pelo art. 272 do atual Código de Processo Civil português, mediante consenso dos litigantes, quer o pedido quer a causa de pedir podem ser livremente modificados, “*em 1.ª ou 2.ª instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito*”.

Na Espanha, transcorridos 10 anos da promulgação da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, a doutrina moderna tem enaltecido as qualidades do diploma em vigor, aliás, afinado com os escopos sociais e políticos da ciência processual.²⁷

A análise do texto legal demonstra, de logo, que o tema relativo o objeto do processo sofreu significativo progresso. Com efeito, o atual modelo processual civil

Contraddittorio e modelli di trattazione fondati sul principio di preclusione, Studi in onore di Carmine Punzi, 1, p. 669 ss.

²⁶. António Santos Abrantes Geraldes, *Fase inicial do processo declarativo*, Temas da reforma do processo civil, p. 88-9.

²⁷. Cf., amplamente, e. g., Montero Aroca e outros, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, *passim*.

espanhol seguiu a tendência moderna de flexibilizar a rigidez das preclusões que dominava a fase postulatória e que caracterizava o antigo diploma processual de 1881.

O art. 399, 3 e 4, da atual *Ley de Enjuiciamiento Civil*, sob a rubrica *La demanda y su contenido*, determina que o autor deduza, na petição inicial, os fatos, de forma ordenada e clara, e os fundamentos de direito. Os subsequentes arts. 400 e 401 dispõem sobre a preclusão, após a contestação, para o autor complementar a alegação de fatos e fundamentos concernentes ao objeto do litígio.

Preceitua, ademais, o art. 412 (*Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles*) que: “1. *Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, e la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente.* 2. *Lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley*”.

Informa, acerca desse tema, Isabel Tapia Fernández, que: “una vez que las partes en sus escritos iniciales de alegaciones han fijado da res de qua agitur, ésta ha de permanecer inalterable a lo largo del proceso. Es lo que doctrinal y jurisprudencialmente se conoce como prohibición del cambio de demanda (o prohibición de la *mutatio libelli*) establecido en nuestro sistema procesal como una de las manifestaciones que produce la ‘litispendencia’”.²⁸

Tal orientação confirma a preocupação do regime processual espanhol com a economia e com a efetividade do exercício do direito de defesa.

Art. 359, *caput* e § 2º

Sob outra perspectiva, dispõe o art. 359 do Projeto: “*Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de vinte minutos para cada um, prorrogável por dez minutos, a critério do juiz... § 2º Quando a causa*

²⁸. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 67.

apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, que serão apresentados pelo autor e pelo réu, nessa ordem, em prazos sucessivos de quinze dias, assegurada vista dos autos”.

Tal proposta, a rigor, desponta desnecessária, até porque o réu sempre fala depois de conhecer a manifestação do demandante!

E, por essa razão, tenho entendido, há muitos anos, que a praxe, já arraigada, de “apresentação simultânea” de memoriais, vulnera o contraditório.

Com efeito, em anterior pesquisa, escrita em co-autoria²⁹, seguindo a estrutura procedural traçada pelo direito reinol, especialmente pelas Ordenações Filipinas, o Regulamento 737/1850, destinado a disciplinar o processo das causas de natureza comercial, e que, após a proclamação da República, *ex vi* do disposto no Dec. 763/1890, passou a ser igualmente observado nos processos atinentes às questões cíveis, preceituava no art. 223, *in verbis*: “*Na mesma audiência em que se derem por findas as delações a requerimento das partes, se assignarão dez dias a cada uma delas para dizerem afinal por seu advogado, dizendo primeiro o autor e depois o réo*”.

Explicava, a propósito, Paula Baptista que: “*findas as delações probatórias* seguem-se as *razões finais*, que são uma dissertação que cada uma das partes faz, sustentando seu direito com argumentos fundados nas provas dos autos e na lei, e refutando as provas e argumentos *contrários*. São um ótimo meio de discussão; mas não ato substancial... Deve o autor arrazoar primeiro que o réu, guardada a regra: *Reus in exceptione actor est*”.

Tempos depois, sob a égide do regime denominado da dualidade processual, instituído pelo permissivo do art. 34, n. 23, da Constituição Republicana de 1891, vários Códigos reproduziram, praticamente com as mesmas palavras, o transcrito art. 223 do antigo Regulamento, que culminou por servir de paradigma para a elaboração dos novos diplomas processuais.

²⁹. Tucci e Cruz e Tucci, *Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais*, Devido processo legal e tutela jurisdicional, p. 87 ss.

Assim, à guisa de exemplo, rezava o art. 179 do Código de Processo Civil e Comercial do Distrito Federal (Dec. 8.332, de 3.11.10), *verbis*: “*Certificando o escrivão estar finda a dilação ou produzida a prova dentro della requerida, serão os autos feitos com vista, independentemente de despacho, a cada uma das partes, para dizerem afinal por seu advogado, falando primeiro o autor e depois o réu dentro do prazo de dez dias para cada um*”. O art. 325 do Código de Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo (Lei 2.421, de 14.1.30): “*Finda a dilação probatória, ou no momento prescripto por este Código, e independentemente de despacho de despacho, arrazoarão as partes, falando em primeiro lugar o autor*”.

Note-se, outrossim, que, influenciado pela disciplina imposta pelo Código do Estado da Bahia (arts. 288 e 293), o qual, por sua vez, já sentira os ventos da oralidade que sopraram do Velho Continente, o diploma do Estado de Minas Gerais (Lei 830, de 7.9.22), além de conter dispositivo quase idêntico (art. 368), assegurando a possibilidade da apresentação de “razões finais”, sucessivas e escritas, no prazo de dez dias para cada uma das partes, institui, no art. 371, o debate oral: “*Devolvidos a cartório e preparados os autos para julgamento, designará o juiz, si o requerer das partes e com a intimação dos respectivos advogados, a audiência destinada ao debate oral, que se effectuará dentro dos dez dias seguintes*”.

A regra da oralidade vinha, então, defendida de modo obstinado por Artur Ribeiro, autor do projeto do Código mineiro, ao salientar, na discussão que procedeu a sua promulgação, que, “na exposição de motivos já dei a razão por que entendi introduzir na economia do nosso Direito Judiciário o instituto do debate oral, nos termos em que, com melhores resultados, foi estabelecido na legislação bahiana...”.

Dispunha, ainda o art. 372 que: “*Na audiência do debate oral, presentes os advogados das partes e o representante do Ministério Público, se tiver intervindo no processo, o juiz dará a palavra sucessivamente a cada um para que deduzam o seu direito, podendo ainda cada parte apresentar breves alegações escriptas, que lerá, si o requerer a parte contrária*”.

Conclui-se, pois, à luz da tradição jurídica brasileira, que as “razões finais”, por escrito ou em forma de debate oral, sempre foram apresentadas, como é curial, *sucessivamente*, isto é, ensejando-se a que o réu se manifestasse após conhecer o teor das alegações do autor, em estrita observância das regras do contraditório e da publicidade dos atos processuais.

Com o restabelecimento da unidade legislativa em matéria processual (art. 16, XVI, da CF/1937), vem editado o nosso primeiro Código de Processo Civil, de abrangência nacional, aprovado pelo Dec.-lei 1.608, de 18.9.39, e introduzindo importantes novidades que já integravam a cultura jurídica de vários países europeus.

No que refere ao assunto ora examinado, dispunha o art. 269 que: “*Terminada a instrução, o juiz fixará os pontos a que deverá limitar-se o debate oral. Em seguida, será dada a palavra ao procurador do autor e ao réu e ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de vinte (20) minutos para cada um, prorrogável por dez (10), a critério do juiz*”.

Todavia, a regra da oralidade, então integralmente acatada no diploma de 1939, passou a ser inobservada na prática nas hipóteses de incidência do parágrafo único do art. 271 que, a seu turno, preceituava o seguinte: “*Se não se julgar habilitado a decidir a causa, designará, desde logo, outra audiência, que se realizará dentro de dez (10) dias, a fim de publicar a sentença*”.

Consoante lúcido esclarecimento de Frederico Marques, quando a decisão não era prolatada na audiência de debates, a oralidade vinha desvirtuada, uma vez que os “memoriais escritos substituíram, quase que totalmente, a discussão oral da causa”.³⁰

É bem de ver, por outro lado, que, em tais casos, não era só a oralidade que se delineava comprometida, como também infringidos restavam o contraditório e a publicidade do debate, porquanto os memoriais, à guisa de razões finais, passaram a ser apresentados em cartório *simultaneamente*.

³⁰. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 507.

Como bem vaticinara Gabriel de Rezende Filho, em decorrência do procedimento adotado pelo Código, acontecerá, na prática, aquilo a que, com chiste se referiu ilustre comentador do projeto nas colunas do ‘Estado de São Paulo’: ‘... o debate escrito, posto fora pela porta da sala de audiências, voltará aos autos pela porta dos cartórios...’.³¹

O Código de Processo Civil em vigor, seguindo a melhor tradição de nosso direito, estabelece no art. 454 e § 3º que: “*Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autos e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) a critério do juiz... § 3º. Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento*”.

Como é notório, a redação do transcrito § 3º decorre de emenda apresentada pelo Relator-Geral do Projeto, Sen. Accioly Filho, ao então § 3º do art. 458, substituindo a locução “designará audiência para o seu oferecimento”, por “designará dia e hora para o seu oferecimento”, justificando a sugestão nos seguintes termos: “Um único juiz não fará ‘audiência’ para receber os memoriais. A fim de uma das partes não poder ver o memorial da outra, que o entregará antes, marcando-se dia e hora para todos resolve-se o assunto”.

Nota-se, de logo, que, desde a tramitação legislativa, a letra e o espírito do dispositivo focado vinham mal interpretados (alvitre de inusitado sigilo – repita-se!), com a agravante da prática de entrega simultânea de memoriais que se formara sob a égide do Código revogado.

Não obstante, os mais comezinhos princípios de hermenêutica jurídica evidenciam que o parágrafo de um dispositivo legal não pode ser interpretado isoladamente, isto é, sem se considerar o seu *caput*.

³¹. *A reforma processual*, Processo oral, p. 204.

Assim, como os debates são realizados *sucessivamente*, a substituição destes por memoriais, na hipótese de a causa apresentar questões fáticas ou jurídicas intrincadas, também *deverá ser sucessiva*, e não simultânea!

É, com efeito, de Pereira e Sousa a vetusta e irrepreensível afirmação de que: “O privilégio do Réo, ou de quem faz as vezes de Réo, é sempre dizer em último lugar”.

Acrescente-se que essa é regra de caráter universal, não apenas no âmbito do processo penal (art. 500 do CPP), como, igualmente, na esfera do processo civil.

A doutrina pátria, contudo, influenciada pela praxe do regime anterior, geralmente interpreta o aludido § 3º, como se o legislador tivesse imposto, quando o juiz reputasse necessário, o oferecimento “contemporâneo” de razões escritas. Como fácil de perceber, os doutrinadores mais autorizados acomodaram-se à praxe, deixando de vislumbrar o óbvio!

Diante do costume equivocado, andou bem o Projeto ao estabelecer, definitivamente, no supra transcrito art. 359, § 2º, a ordem sucessiva da apresentação dos memoriais e o respectivo prazo concedido a cada uma das partes.

Art. 891

De aduzir-se, outrossim, que o mesmo raciocínio deve ser aplicado na exegese da primeira parte do projetado art. 891: “*Concluída a instrução, será aberta vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de dez dias, para razões finais...*”.

Assim, dúvida não pode haver de que no procedimento reservado à ação rescisória, encerrada a instrução, cada uma das partes deve *manifestar-se nos autos do processo*, nos quais deverão ser encartadas, *sucessivamente*, as respectivas alegações.

4. Proposta de aperfeiçoamento

A despeito do inequívoco progresso alcançado pela redação do Projeto no que concerne, em particular, ao transcendental cânones do contraditório, é certo que a minha

percepção ainda encontra alguns anacronismos, que atritam com os ditames da ciência processual contemporânea e com o próprio objetivo perseguido pela Comissão de Juristas, no que toca à referida garantia do contraditório. Estas “falhas”, contudo, podem perfeitamente ser corrigidas.

Desse modo, com a única finalidade de procurar contribuir com a revisão do texto final, que ora se busca aperfeiçoar no Congresso Nacional, formulo as seguintes propostas:

Art. 17

Verifica-se que o Projeto continua, de certo modo, prestigiando o ultrapassado instituto da substituição processual, ao preceituar, no art. 17, que: “*Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado por lei*”.

Redação proposta: “Art. 17. *Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado por lei.*

Parágrafo único. *Tratando-se de substituição processual, o juiz deverá determinar que seja dada ciência ao substituído da pendência do processo”.*

Discorrendo sobre os limites subjetivos da coisa julgada, salientei ser generalizado o entendimento no sentido de que o substituído, qualquer que seja o resultado do processo, fica adstrito à coisa julgada. Como explica Allorio, o fenômeno da substituição processual nem mesmo enseja uma expansão da eficácia da coisa julgada, visto que o substituído, sujeito da lide, não é estranho à sentença; é ele o principal destinatário do julgado.³² Liebman também admite que o substituído não é “verdadeiro terceiro”. Attardi esclarece que é a lei que autoriza a substituição e, consequentemente, nada há de ilegal na

³². Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 226-227; Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 153, p. 261.

extensão da *res iudicata* ao substituído. Gian Franco Ricci considera o substituído “parte substancial do processo”.³³

Na doutrina nacional, analisando a questão, Araújo Cintra, firme nesse difundido ensinamento, esclarece que o vocábulo *partes*, na moldura do art. 472, não está empregado no sentido de sujeitos do contraditório no processo, mas designa os sujeitos da relação litigiosa. Em outras palavras, o entendimento correto do aludido texto legal decorre da distinção formulada por Carnelutti entre parte em sentido material e parte em sentido formal, o que nada tem de surpreendente, diante da influência exercida pelo renomado processualista italiano na elaboração do anteprojeto de nosso Código de Processo Civil. Tal perspectiva autoriza a aplicação, sem maiores dificuldades, da regra explicitada pelo art. 472, à coisa julgada formada tanto nos casos de legitimação ordinária quanto naqueles de legitimação extraordinária. Assim, com efeito, explica-se porque, nos casos de substituição processual, o substituído sujeita-se à coisa julgada formada em processo de que não participou.³⁴

Como claramente se observa, a própria doutrina envida grande esforço retórico para justificar a posição do substituído, atingido pela coisa julgada.

Assim, ao examinar tal tema, arrisquei-me a sustentar que esse verdadeiro dogma necessita urgentemente ser submetido ao crivo das garantias do devido processo legal, em particular do contraditório. Só então, após essa indispensável verificação, é que será possível dizer, se ainda hoje, merece ou não ser prestigiado o instituto da substituição processual.

O problema, posto dessa forma, exige que se tenha presente, mais uma vez, o postulado – até elementar, diga-se de passagem – de que não se decide a relação litigiosa,

³³. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 30, p. 74 (= *Eficácia e autoridade da sentença*, 2^a ed., n. 30, p. 97); Attardi, *Diritto processuale civile*, v. 1, n. 31, p. 505; Gian Franco Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, n. 5, p. 242.

³⁴. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, n. 267, p. 305; Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro, Revista dos Tribunais, v. 438, 1972, p. 32.

objeto central do processo, sem que os interessados se manifestem, ou melhor, sem a prévia oportunidade de defesa e participação daqueles que serão afetados pelo provimento judicial.

Colhe-se, na literatura processual italiana, pioneira manifestação crítica que se coloca em flagrante contraste à tradicional orientação. Proto Pisani examinou as raras hipóteses de substituição processual autorizadas pela legislação peninsular, cotejou-as com inúmeros precedentes da Corte Constitucional, e chegou à conclusão de que o sistema processual italiano atinente ao ponto ora analisado encontra-se superado.³⁵

Em estudo mais recente, anota o citado autor que, hoje em dia, diante das garantias constitucionais, especialmente da ampla defesa, no caso de o processo ser iniciado por um “falso” legitimado extraordinário, como, por exemplo, o usufrutuário, na ação negatória de servidão (art. 1.012, 2^a al., CC), ou qualquer sujeito interessado, na ação de anulação de um contrato (art. 1.421 CC), impõe-se a aplicação das regras do litisconsórcio necessário. Afirmado que esse ponto de vista goza do aval da doutrina e da jurisprudência atuais, conclui Proto Pisani que, de duas, uma: ou o substituído não foi citado, e aí a sentença que lhe for contrária deverá ser considerada *inutiliter data*, ou então o substituído foi citado (providência que soluciona qualquer problema quanto à extensão da coisa julgada) e, já agora como parte, poderá deduzir a defesa que bem entender.³⁶

Mais radical, acerca desse assunto, é Girolamo Monteleone, ao frisar que as disposições legais sobre a legitimação extraordinária devem ser respeitadas. No entanto, diante de novas perspectivas, mesmo que possa parecer paradoxal, é possível conceber que todos os casos de substituição processual são, na verdade, hipóteses de litisconsórcio necessário entre o substituto e o substituído, exatamente porque o direito deduzido no

³⁵. *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1971, ns. 4-7, p. 1.230-1.236, nt. 33.

³⁶. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, ns. 1.1 e 2.2, p. 319-320 e 402. Esclareça-se que o “falso” legitimado extraordinário, segundo se pode inferir, é aquele que ostenta legitimação concorrente e que, portanto, tem interesse direto na causa. A tal propósito, Proto Pisani faz importante ressalva no sentido de que as únicas duas situações em que, no direito italiano, não se verifica a imposição de o substituído também participar do contraditório, são aquelas previstas nos arts. 108 (extromissão do afiançado pelo ingresso do fiador no processo) e 111 (sucessão a título particular) do CPC italiano.

processo pelo substituto processual pertence ao substituído, e ainda porque a coisa julgada vincula ambos.

Subsistindo ainda hoje na legislação processual italiana hipóteses de legitimação extraordinária, “deve-se categoricamente afirmar, em obséquio à correta aplicação do princípio do contraditório, das regras que governam a legitimação para agir e da disciplina relativa aos limites subjetivos da coisa julgada, que o substituído terá de ser sempre *necessariamente* chamado ao processo”. Portanto, “todas as situações de substituição processual, ou se preferir, de legitimação extraordinária, são casos de litisconsórcio necessário, visto que, nestes, não se pode, *não se deve*, absolutamente prescindir da participação em juízo do titular do direito sobre o qual se controverte...”.³⁷

Secundando de certo modo essa tendência, válida para o direito brasileiro, Moniz de Aragão³⁸ asseverou que submeter o titular da relação de direito material à coisa julgada, gerada em processo, no qual não lhe foi concedida a oportunidade de participar e defender o *seu* próprio interesse, significa tolher-lhe o acesso ao Judiciário, “o que nem a lei nem ninguém pode fazê-lo”. Diferente, porém, é a situação em que se assegura a possibilidade de intervenção do substituído no processo, a tempo de produzir defesa adequada. Em suma: ou é garantida a participação no processo a todos aqueles que futuramente ficarão sujeitos à *auctoritas rei iudicatae*, ou então esta, de modo algum, poderá atingi-los.

Esta correta premissa, traçada pelo ilustre conterrâneo, inspirou Talamini a debruçar-se sobre a questão. Com a indispensável cautela, procurou ele estabelecer

³⁷. Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n.10, p. 118-119.

³⁸. *Sentença e coisa julgada*, n. 208, II, p. 302. Marcelo Abelha Rodrigues aponta a inconstitucionalidade da substituição processual (“exclusiva inicial”), uma vez que colide com o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF (*Limites subjetivos da coisa julgada*, Incijur Informativo jurídico, 3, 1999, p. 6, nt. 6). Araken de Assis, pelo contrário, em recente artigo, refuta expressamente a opinião de Moniz de Aragão, porque, “prescindindo o substituído de intervir no processo, a única solução técnica concebível reside na análise da qualidade jurídica dos figurantes da relação processual que originou a coisa julgada. Deste ponto de vista, o substituído somente revela-se terceiro formalmente; na verdade, é parte no sentido material (*rectius*: sujeito da lide), porque titular do direito litigioso, e, em virtude dessa inconcussa qualidade, atingido pela eficácia própria do provimento” (*Substituição processual*, ADV-Seleções Jurídicas, set./2005, n. 6, p. 8).

determinados critérios norteados pelas garantias constitucionais do processo, que permitem a sujeição do substituído à coisa julgada: “(i) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído. Afinal, se a lei poderia até prever a perda do direito ou da pretensão, pelo decurso do tempo, não há o que impeça essa outra solução, menos grave; ou (ii) se o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros de razoável diligência, *deveria ter*) ciência do processo em que ocorria sua substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja; (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada [*rectius*: da eficácia da intervenção] ao substituído fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente”³⁹

Parece-me que mesmo nos raros casos de legitimação exclusiva do substituto, nos quais é vedada a participação do substituído no processo como parte principal (v. g.: os debenturistas que são substituídos pelo agente fiduciário – art. 68 da Lei 6.404/76), a intervenção por meio da assistência será sempre possível.

Ressalve-se que em outras situações nas quais se verifica a falta desses requisitos mínimos, deve-se vedar a comunicação da coisa julgada ao substituído. Reconhecendo que, em tais casos, a extensão subjetiva da coisa julgada não é absolutamente imune a qualquer suspeita de inconstitucionalidade, Dinamarco admite que essa temática, no âmbito do direito brasileiro, é ainda despida de suficiente maturação na doutrina e nos tribunais.⁴⁰

³⁹. *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.5.7, p. 115, com a observação de que se inserem, ainda, nesses critérios: a) a substituição processual do sucessor pelo alienante (art. 42); b) a substituição processual admitida no art. 3º da Lei 1.533/51; e c) a substituição processual da sociedade pelo sócio (art. 159, §§ 3º e 4º, da Lei 6.404/76).

⁴⁰. *Instituições de direito processual civil*, 3, 2ª ed., n. 965, p. 323. Acompanhando a tendência que predomina nas legislações modernas, no sentido de restringir a figura da substituição processual (cf., por ex., a nova LEC espanhola), andou bem a nossa recente lei de recuperação de empresas e falência (Lei 11.101/2005), ao eliminar hipótese de legitimação extraordinária, então prevista no art. 55 do Decreto-lei 7.661/45. O art. 132 do novel diploma estabelece agora legitimação ativa concorrente (administrador judicial, qualquer credor ou MP) para o ajuizamento da denominada ação revocatória.

Daí, porque, diante de tais argumentos, sugiro que, na redação do art. 17, seja acrescentado um parágrafo, com o seguinte teor: “*Tratando-se de substituição processual, o juiz deverá determinar que seja dada ciência ao substituído da pendência do processo*”.

Art. 97, § 3º

A rubrica *Da sucessão das partes e dos procuradores* corrigiu o equívoco que o Código de Processo Civil em vigor contém, ao baralhar sucessão com substituição processual.

Na mesma ordem de idéias que acabei de desenvolver, o § 3º do art. 97, do Projeto (que constitui mera repetição do art. 42, § 3º, do CPC vigente), continua encerrando inominada violência contra a garantia do contraditório, ao dispor: “*A sentença proferida entre as partes originárias estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário*”.

Redação proposta: “*A sentença proferida entre as partes originárias estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário, desde que razoavelmente possível o conhecimento, por estes, da pendência do processo*”.

Continuando a tratar dos limites subjetivos da coisa julgada, afirmei que a estrutura formal do processo judicial pressupõe sempre a existência de duas partes contrapostas. É famosa a máxima medieval, cuja paternidade é atribuída a Bulgarus: “*iudicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*”. Assim como ocorre com os elementos objetivos da demanda (*causa petendi* e *petitum*), que permanecem em regra inalterados até a sentença, as partes que se encontram presentes no início da ação conduzirão o processo até o seu final.⁴¹

É possível, no entanto, haver modificação superveniente do elemento subjetivo da demanda durante a tramitação do processo, quando uma das partes falece ou, então, tratando-se de pessoa jurídica, é ela sucedida ou incorporada por outra. Nestes casos, havendo sucessão a título universal, aplicam-se as disposições dos arts. 43, 265 e 1.055 do

⁴¹. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 212-213.

Código de Processo Civil, procedendo-se à substituição da parte pelo seu sucessor legal, a quem são transferidas todas as posições jurídicas atinentes ao objeto da sucessão, inclusive as de natureza processual. O art. 42 do atual diploma processual, por outro lado, disciplina as repercussões processuais da sucessão *inter vivos*. Infere-se que a pendência do processo não é óbice – e nem poderia ser – à fluência normal do comércio jurídico, inclusive no que concerne ao bem ou ao direito litigioso.

O adquirente poderá ingressar no processo e substituir o autor ou o réu, dependendo de quem tenha sido o transmitente, desde que a parte contrária manifeste o seu consentimento (art. 42, § 1º, CPC – art. 97, § 1º, Projeto). Extrometida a parte substituída ou figurando apenas como assistente simples, o sucessor, passando a atuar como parte, fica obviamente sujeito à coisa julgada.

O adquirente ou cessionário também poderá intervir no processo, assumindo a posição de “parte” e não de assistente litisconsorcial do alienante ou cedente (art. 42, § 2º, CPC – art. 97, § 2º - Projeto).⁴²

Todavia, não ocorrendo qualquer destas hipóteses, consoante os termos da norma legal projetada supra transcrita, os efeitos da sentença se estendem ao adquirente ou ao cessionário.

Assim, tendo havido alienação da coisa ou do direito litigioso, se o processo continuar entre as partes originárias, qual seria o fundamento jurídico da vinculação do adquirente à autoridade da coisa julgada?

A doutrina contemporânea considera o alienante substituto processual do sucessor que não ingressa no processo.⁴³

Procurando equacionar o problema pelo prisma da garantia do direito de defesa, Proto Pisani entende que, apesar de franqueado o ingresso do sucessor no processo, poderá

⁴². Parece-me definitiva a tese de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., ns. 5 e 6, p. 177 ss.), ao sustentar, com apoio na lição de Carlo Maria De Marini, que o sucessor intervém no processo na condição de *parte* e não na de terceiro, porque, dentre outros importantes aspectos, o sucessor participa na defesa direta de um direito próprio, enquanto o assistente litisconsorcial defende de modo direto um direito alheio e só indiretamente seu.

⁴³. Cf., v. g., Corrado Ferri, *Le parti. Il giudizio con pluralità di parti*, Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, n. 6.2., p. 361; Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, 4ª ed., § 11, p. 291.

ele sofrer efetivo prejuízo quando desconhecer a pendência da lide. Para assegurar adequada observância da garantia de defesa ao adquirente, propõe Proto Pisani que ele seja cientificado pessoalmente da sentença, mas admite que tal providência poderá agravar injustamente a situação da parte estranha à sucessão, sobretudo quando desconhecer o negócio celebrado.

Depois de considerar as dificuldades que decorrem desse problema, o Professor de Firenze formula equilibrada sugestão, que pode ser resumida na seguinte equação: o conflito de interesses gerado entre o sucessor e a parte contraposta ao alienante deve ser resolvido a favor do sucessor toda vez que este não tomou ciência do processo e a outra parte teve conhecimento da sucessão; e, pelo contrário, a favor da contraparte toda vez que esta não teve ciência da sucessão e o sucessor teve ou poderia ter tido conhecimento do processo.⁴⁴

Acrescente-se que a doutrina italiana não apresenta solução para a hipótese, rara é verdade, na qual o sucessor e a contraparte não tomaram conhecimento, respectivamente, do processo e da sucessão; ou mesmo quando ambos tiveram ciência...

O art. 271, 3, do atual Código de Processo Civil português, cuja redação não foi alterada pela reforma processual de 1995, contém regra muito semelhante à da legislação italiana e brasileira, ao dispor que: “A sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo...”.

Abordando o tema em época contemporânea, Paula Costa e Silva, depois de passar em revista as várias teorias, pondera que se o sujeito da relação material controvertida ficasse imune aos efeitos da coisa julgada, nada o impediria de demandar a parte estranha à transmissão, sem que esta pudesse opor-lhe o resultado favorável obtido na precedente ação. Parece-me que o mesmo raciocínio é válido para obstar a que a contraparte, que experimentou derrota, demande, em seguida, o sucessor.

⁴⁴. Cf. Proto Pisani, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1971, n. 4, p. 1.234.

Diante de tais premissas, Paula Costa e Silva conclui que o fundamento da expansão da coisa julgada ao sucessor decorre da legitimação extraordinária “atribuída” pela lei ao transmitente, em prol “da necessidade de proteção da parte estranha à transmissão e do princípio da economia processual”. Esclarece, ainda, que o adquirente, como é o verdadeiro titular da relação de direito material, submete-se diretamente aos efeitos da sentença e à autoridade da coisa julgada.⁴⁵

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, na importante monografia que escreveu sobre a alienação da coisa litigiosa, nega qualquer subordinação entre a posição do alienante ou cedente e a do adquirente ou cessionário. Afirma, a propósito, que se trata de uma única posição ocupada, sucessivamente, por dois diferentes sujeitos em distintos momentos de tempo; poderia haver, quando muito, subordinação temporal.⁴⁶

Tudo leva a crer que o ilustre processualista esteja se referindo à hipótese em que efetivamente o sucessor ingressa no processo e passa a ostentar a condição de parte. Aí realmente seria equivocado falar-se em substituição processual, porque, ocorrendo efetiva sucessão de uma das partes, passa a haver absoluta coincidência entre quem está no processo e o titular do bem litigioso na órbita do direito material.

Tem também razão Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ao esclarecer que o adquirente passa a ser titular da posição jurídica, uma vez que a transferência do direito no curso do processo desponta válida, existente e eficaz, e, por essa razão, não pode ser ele considerado terceiro, tanto que intervém no processo na qualidade de parte. Decorre dessa conclusão “que o adquirente do direito litigioso é parte no sentido do art. 472, com todas as consequências”.⁴⁷

⁴⁵. *A transmissão da coisa ou direito em litígio*, n. 3.2.1.1.7, p. 278-279 e 281.

⁴⁶. *Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., § 29, p. 231.

⁴⁷. *Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., § 29, p. 238-239. Pondere-se, no entanto, que, em determinadas hipóteses, o alienante, a despeito do negócio celebrado com terceiro, continua tendo necessidade + interesse na tutela jurisdicional que demandou. Imagine-se, por ex., a ação na qual o autor pleiteia a posse da propriedade que adquiriu. No caso de sucessiva alienação, já na pendência do processo, tendo de cumprir o contrato, o autor-transmitente continua titular do direito a que lhe seja transferida a posse. Age também, já agora, defendendo direito alheio.

Todavia, a outra situação, ou seja, aquela em que o adquirente fica à margem do processo, é que gera toda a problemática sobre a qual, como acima observado, muito se discute. Entendo que, para a solução dela, a melhor doutrina, em perfeita simetria com a regra do art. 6º do Código de Processo Civil, é a que reconhece o transmitente legitimado extraordinário, que atua como substituto processual do adquirente ou cessionário, estranho do processo. E por essa razão – repita-se – o sucessor não escapa da “zona” de eficácia direta da sentença e da autoridade da coisa julgada.

Quanto ao transmitente, suportará ele, consequentemente, como parte formal, apenas os efeitos processuais da sentença.

Esclareça-se, ainda, que se impõe, como pressuposto da extensão da coisa julgada ao sucessor, o conhecimento da litispendência.

Na doutrina brasileira, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira procurou demonstrar que existem situações nas quais o direito material ressalva a boa-fé do terceiro adquirente, podendo este se furtar à eficácia da sentença por meio de remédio processual próprio. Sim, porque se escusável o não conhecimento da litispendência, fica o adquirente, em consequência, obstado a participar do processo. Nesse caso, não se afigura admissível sujeitá-lo à autoridade da coisa julgada.⁴⁸

Assim, dada esta inofismável realidade, entendo que deve ser acrescentada uma ressalva no projetado art. 97, § 3º, passando então a ter a seguinte redação: “*A sentença proferida entre as partes originárias estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário, desde que razoavelmente possível o conhecimento, por estes, da pendência do processo*”.

Art. 487

Por fim, relacionada ainda com o princípio do contraditório é a clássica regra inserida no art. 487 do Projeto: “*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros*”.

⁴⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., § 31, 1, p. 244 ss.).

Redação proposta: “*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*”.

Repetindo os termos da primeira parte do art. 472 do Código Buzaid, esse dispositivo contém manifesto equívoco histórico.⁴⁹

Em primeiro lugar, deve ser dito que é a *eficácia* da sentença transitada em julgado que não pode prejudicar terceiros.

Não se afasta a possibilidade da repercussão menos ou mais intensa da eficácia da sentença a um terceiro. Esse fenômeno, de todo excepcional, poderá acarretar prejuízo de fato a algumas pessoas (*terceiros titulares de um interesse de fato*). Assim, credores do réu derrotado na ação reivindicatória não poderão insurgir-se contra a sentença que reconheceu o domínio ao demandante, porque a decisão não lhes trouxe senão prejuízo prático ou meramente econômico. Não se descortina qualquer incompatibilidade entre o direito dos credores e o direito de propriedade declarado na sentença.⁵⁰

Todavia, há outros sujeitos que sofrem prejuízo jurídico decorrente da eficácia da sentença *inter alios*, quando são titulares de um interesse incompatível com o objeto da decisão (*terceiros juridicamente interessados*), como, por exemplo, os verdadeiros proprietários de um imóvel, Antonio e Luiz, diante do trânsito em julgado da sentença que reconhece o domínio de João, sobre o mesmo bem, na ação que promoveu contra Pedro. Ou, ainda, para ficar no exemplo clássico, o sócio que tem interesse na validade de deliberação societária anulada por provimento judicial. Não há dúvida de que foi ele prejudicado pela eficácia da sentença que decretou a anulação do ato social.

Saliente-se, por outro lado, que alguém, estranho ao processo, pode ser beneficiado pelo resultado nele determinado. E aqui também há de fazer-se a distinção entre os *terceiros beneficiados de fato*, que, de forma indireta, acabam sendo favorecidos, e.

⁴⁹. Foi, na verdade, da recepção do direito romano-canônico que as fontes jurídicas da Península Ibérica (incluídas aí as Ordenações do Reino Lusitano) interpretaram erroneamente o direito romano. Os textos de época clássica não admitiam que a coisa julgada prejudicasse aquele que não tinha participado do processo; nada dispunham sobre o possível benefício ao terceiro.

⁵⁰. Consulte-se, em senso análogo, Menchini, *Il giudicato civile*, n. 4, p. 159-160.

g., os credores, pela vitória do devedor comum numa ação reivindicatória; e os *terceiros juridicamente beneficiados*, que se subordinam à autoridade da coisa julgada. Nessa derradeira situação, a extensão *ultra partes* geralmente ocorre porque o terceiro, no plano do direito material, situa-se na mesma posição jurídica de um dos demandantes ou então é titular de relação conexa com a *res de qua agitur*.

É mais do que suficiente, para esclarecer tal hipótese, o enunciado do art. 274 do Código Civil: “*O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes...*”.

Conclui-se, assim, que enquanto a eficácia da sentença pode trazer prejuízo ao terceiro a imutabilidade da decisão vincula-o tão-somente quando lhe propiciar benefício.

Esse fenômeno ocorre toda vez que a situação subjetiva do terceiro for favorecida pela sentença proferida em processo *inter alios*. A coisa julgada, em tais casos, fulmina o potencial interesse de agir de alguém que, embora não tenha integrado o contraditório travado num determinado processo, acabou sendo privilegiado pelo respectivo desfecho.

Nessas condições, com o trânsito em julgado da sentença e a consequente imutabilidade do comando que dela emerge, não se vislumbra, em relação ao terceiro, qualquer violação, necessidade de modificação ou estado de incerteza atual, que possa gerar-lhe interesse processual para agir contra a coisa julgada que o favorece. Em suma: não se configura aí a possibilidade de o terceiro pleitear em juízo o reconhecimento de direito algum.

O litisconsórcio facultativo, que se caracteriza pela reunião de duas ou mais pessoas no lado ativo e/ou no lado passivo da relação que se materializa no processo, tem a sua razão de ser na exigência de economia processual. A coexistência de sujeitos que aí se verifica é absolutamente voluntária e, em regra, concerne a relações jurídicas litigiosas que demandam tutela declaratória ou condenatória de natureza resarcitória. Abstração feita de algumas raras exceções, nessa espécie de litisconsórcio, a regra do art. 472 sempre

prevalece. Aqueles que não figuraram como parte não são atingidos pela eficácia da sentença e muito menos pela imutabilidade do comando da decisão.

Há situações, pelo contrário, em que é a própria lei, *propter opportunitatem*, que impõe o litisconsórcio, sobretudo para preservar a harmonia de julgados e por isso resta “vedada” a legitimidade de um só sujeito para, isoladamente, demandar ou ser demandado. E existem ainda hipóteses nas quais, pela natureza da relação jurídica debatida, que geralmente reclama tutela constitutiva, é exigida a participação de mais de um réu ou mais de um autor no processo, ou seja, de todos que são titulares de um mesmo direito subjetivo ou ligados por um único vínculo jurídico, sendo a obrigatoriedade do litisconsórcio definida, não pelo direito processual, mas pelo direito material controvertido (*secundum tenorem rationis*). Nesses casos, sobrepondo-se à autonomia da vontade dos litigantes, o litisconsórcio desponta necessário (art. 47 CPC).

Se o litisconsórcio for necessário, seja por força da lei, seja pela natureza incindível da relação jurídica, toda vez que o processo não for integrado pela totalidade dos sujeitos da relação de direito material litigiosa haverá ilegitimidade de parte.

Sendo hipótese de litisconsórcio passivo necessário, a teor do disposto no parágrafo único do art. 47 do Código de Processo Civil, não sanado o defeito que contamina o processo no prazo determinado, porque não providenciada a citação de todos os litisconsortes, o processo será extinto por carência da ação, pela flagrante ilegitimidade passiva. Como bem destacou Ovídio Baptista da Silva, a incompleta formação do litisconsórcio necessário e unitário constitui uma questão de *legitimatio ad causam*, sob a consideração de que, sendo única a relação litigiosa, a presença de todos os seus protagonistas é condição prévia para que se possa sobre ela controverter, pela simples razão de que a lide é igualmente uma e única.⁵¹

⁵¹. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1, p. 214. Cf. Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, p. 6: “In tutti questi casi il giudice non può provvedere sulla domanda (azione-pretesa) se non in quanto tutti i soggetti attivi e passivi dell'azione-pretesa partecipino o siano stati chiamati a partecipare al processo” (...) “questa è una conseguenza logica, naturale, necessaria e di tutta evidenza del principio del contradditorio”.

No entanto, se apenas no momento da sentença vem detectado o vício, nada impede que o julgamento seja de improcedência, superando-se, assim, a falta de condição de admissibilidade da ação e a nulidade daí originada, até porque o resultado do processo favorece o terceiro cuja presença era obrigatória. A ausência deste no processo me parece irrelevante, visto que alcançado o resultado pretendido pela parte que foi demandada isoladamente.⁵²

Procurando superar o formalismo, José Roberto dos Santos Bedaque, ao debruçar-se sobre essa mesma questão, desenvolve detido exame das variantes que ela oferece. Coerente com a proposta formulada no início de seu já clássico estudo, voltado, de modo obstinado, mas seguro, à adequação da técnica a serviço da efetividade do processo, Bedaque, como logo se observa, rompe com o dogma da ineficácia absoluta em tema de preterição de litisconsorte necessário. Para tanto, inicia o seu raciocínio partindo da circunstância de que, num suposto caso concreto, o juiz não se deu conta do vício na formação do litisconsórcio passivo e proferiu julgamento de improcedência do pedido. Assevera, com razão, Bedaque, que essa sentença é válida, porque, observado o resultado do processo, o defeito tornou-se irrelevante, e, portanto, também apta a produzir todos os seus efeitos em relação às partes e aos terceiros.⁵³

Visando a mostrar a coerência do raciocínio desenvolvido, fornece ele, como exemplo, a situação, aliás, bem plausível, na qual um devedor, entendendo nulo negócio jurídico celebrado com dois co-credores, afora demanda de natureza declaratória apenas em face de um deles. O processo prossegue normalmente, a despeito do vício, e sobrevém julgamento de improcedência do pedido. Descoberto o vício quando não mais possível a desconstituição da decisão, irrompe ela plenamente eficaz, até porque a incidência cega da

⁵². V., nesse sentido, Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, n. 38, p. 378-379.

⁵³. *Efetividade do processo e técnica processual*, n. 38, p. 378-379; com o esclarecimento, igualmente convincente, de que a mesma conclusão aplica-se à hipótese na qual o vício é flagrado em grau recursal. “Julgado improcedente o pedido, o autor apela e o tribunal verifica a ausência de litisconsorte necessário. Só deverá reconhecer a nulidade do processo ou a carência da ação se o resultado de mérito for favorável ao apelante. Caso contrário melhor será negar provimento ao recurso, ignorando as falhas de natureza processual”. Segue-se aqui trecho de precedente pesquisa que desenvolvi no livro *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 241 ss.

regra do par. único do art. 47 afrontaria não só o princípio da economia processual, mas ainda a própria instrumentalidade do processo.⁵⁴

É bem de ver que, nessa hipótese, mesmo *antes* do transcurso do biênio para a ação rescisória, a sentença é hígida e eficaz para todos, porque somente o beneficiado, ou seja, o litisconsorte preterido, é que teria interesse de agir em busca da rescisão daquele provimento judicial. Esse terceiro nem mesmo terá necessidade de manifestar expressa aquiescência ao julgado. A sua sujeição, não apenas aos efeitos, mas à própria *auctoritas rei iudicatae* decorre do sistema, porquanto, ainda que em tese possível a sua irresignação, carece ele de interesse processual para discutir o *decisum*.

Ademais, impende esclarecer que, com o trânsito em julgado da decisão de improcedência, o autor não poderá ajuizar, com expectativa de sucesso, nova demanda em face do litisconsorte necessário ausente, uma vez que teria de inserir, no pólo passivo, o outro ou outros que, por terem participado do precedente processo, poderiam opor exceção de coisa julgada. “Como o processo não pode prosseguir sem a presença de todos os litisconsortes necessários, não há alternativa senão sua extinção sem exame do mérito”⁵⁵.

Nessa perspectiva, além de não haver qualquer atrito com o valor constitucional do direito de defesa, o importante escopo – preconizado e muito caro à ciência processual contemporânea – da máxima eficiência processual (*processo de resultados*) irrompe preservado, porquanto a sentença – é lícito dizer – pode perfeitamente ser considerada *utiliter data*. Nem se argumente que o litisconsórcio necessário é instituído para atender ao interesse do autor, no sentido de coarctar decisão inútil... Afinal, a sentença lhe foi desfavorável!

Proponho, portanto, que o novel art. 487 tenha a seguinte redação: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

⁵⁴. *Efetividade do processo e técnica processual*, n. 38, p. 380-381.

⁵⁵. Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, n. 38, p. 379-380.

Imagino que esse texto agora proposto representa um passo importante, prestando-se, a um só tempo, para resgatar a verdade histórica e atender à própria evolução da ciência processual!

5. Nota conclusiva

Para finalizar, destaco o privilégio de poder contribuir, ainda que pontualmente, para o aperfeiçoamento da legislação processual civil projetada, formulando votos para que ela possa ser devida e necessariamente aprimorada nas sucessivas etapas do processo legislativo, sem que sua respectiva estrutura – didática e moderna - seja mutilada...

Bibliografia

- Allorio, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, rist., Milano, Giuffrè, 1992.
- Andolina, Italo e Vignera, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, Giappichelli, 1997.
- o--. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, Giappichelli, 1990.
- Assis, Araken de. *Substituição processual*, ADV-Seleções Jurídicas, set./2005.
- Attardi, Aldo. *Diritto processuale civile*, v. 1 – parte generale, Padova, Cedam, 1994.
- Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, 3^a ed., São Paulo, Malheiros, 2010.
- o--. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*, Causa de pedir e pedido no processo civil (obra coletiva), coord. Cruz e Tucci e Bedaque, São Paulo, Ed. RT, 2002.
- Caianiello, Vincenzo. *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, Rivista di diritto processuale, 2001.
- Carnelutti, Francesco. *Intorno al progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1937.
- o--. *Istituzioni del processo civile italiano*, 5^a ed., v. 1, Roma, Foro Italiano, 1956.
- Cerino Canova, Augusto. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, Commentario del Codice di Procedura Civile, l. 2, t. 1, Torino, Utet, 1980.
- Chiarloni, Sergio. *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, Rivista di diritto processuale, 2000, n. 5.
- Cintra, Antonio Carlos de Araújo. *Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, v. 438, 1972.
- o--. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- Colesanti, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, Rivista di diritto processuale, 1975.

- Consolo, Claudio, Sassani, Bruno e Luiso, Francesco. *La riforma del processo civile – commentario*, Milano, Giuffrè, 1991.
- Cruz e Tucci, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*, 3^a ed., São Paulo, Ed. RT, 2009.
- o--. *Ação monitoria*, 3^a ed., São Paulo, Ed. RT, 2001.
- o--. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, São Paulo, Ed. RT, 2006.
- o--. *Técnica processual civil do Código de Defesa do Consumidor*, Devido processo legal e tutela jurisdicional, São Paulo, Ed. RT, 1993.
- Dinamarco, Candido R. *Instituições de direito processual civil*, 3, 2^a ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- Fazzalari, Elio. *Il processo ordinario di cognizione e la Novella del 1990*, Torino, Utet, 1991.
- o--. *Istituzioni di diritto processuale*, 4^a ed., Padova, Cedam, 1986.
- o--. *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, La sentenza in Europa (obra coletiva),
- Ferri, Corrado, Comoglio, Luigi Paolo e Taruffo, Michele. *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- Gamba, Cinzia. *Domande senza risposte. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, Cedam, 2008.
- Geraldes, António Santos Abrantes. Fase inicial do processo declarativo, *Temas da reforma do processo civil*, Coimbra, Almedina, 1997.
- Habscheid, Walter J. *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, Rimini, Maggioli, 1985.
- Liebman, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., Milano, Giuffrè, 1962 (= *Eficácia e autoridade da sentença*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981).
- Maccarrone, Rosario. *Contraddittorio e modelli di trattazione fondati sul principio di preclusione*, Studi in onore di Carmine Punzi, 1, Torino, Giappichelli, 2008.
- Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel. *O Projeto do CPC – críticas e propostas*, São Paulo, Ed. RT, 2010.
- Marinoni, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 2^a ed., São Paulo : Malheiros, 1996.
- Marques, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, Rio de Janeiro, Forense, 1959.
- Martinetto, Giuseppe. *Contraddittorio (principio del)*, Novissimo digesto italiano, 4, 1959.
- Menchini, Sergio *Il giudicato civile*, Torino, Utet, 1988.
- Millar, Robert Wyness. *The Formative Principles of Civil Procedure, A History of Continental Civil Procedure*, New York, A. Kelley, 1969.
- Moniz de Aragão, Egas Dirceu. Sentença e coisa julgada, Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475), Rio de Janeiro, Aide, 1992.
- Monteleone, Girolamo. *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, Cedam, 1978.
- Montero Aroca, Juan e outros. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2000.
- Oliveira, Carlo Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório*, Garantias constitucionais do processo civil, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, Ed. RT, 1999.

- o--. *O juiz e o princípio do contraditório*, Revista do Advogado da AASP, n. 40, 1993,
- o--. *Alienação da coisa litigiosa*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- o--. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa, v. 44, 2003.
- Proto Pisani, Andrea. *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1971.
- o--. *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994.
- Redenti, Enrico. *Il giudizio civile con pluralità di parti*, rist., Milano, Giuffrè, 1960.
- Rezende Filho, Gabriel de. *A reforma processual*, Processo oral, Rio de Janeiro, Forense, 1940.
- Ricci, Edoardo. *Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile*, Rivista di diritto processuale, 1987, n. 3.
- Ricci, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*, Torino, Giappichelli, 1995.
- Rodrigues, Marcelo Abelha. *Limites subjetivos da coisa julgada*, Incijur Informativo jurídico, 3, 1999.
- Silva, Ovídio B. da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, São Paulo, Ed. RT, 2000.
- Silva, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual*, Coimbra, Coimbra Ed., 1992.
- Tabosa, Fábio. *Código de Processo Civil interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcato, 3^a ed., São Paulo, Atlas, 2008.
- Talamini, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo, Ed. RT, 2005.
- Tapia Fernández, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, La Ley, 2000.
- Tarzia, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, Giuffrè, 1996.
- o--. *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, Rivista di diritto processuale, 2001, n. 7.
- Tucci, Rogério Lauria e Cruz e Tucci, José Rogério. *Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais*, Devido processo legal e tutela jurisdicional, São Paulo, Ed. RT, 1993.
- o--. *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- Wach, Adolf. *Der Feststellungsanspruch – La pretensión de declaración*, tr. cast. de Juan M. Semon, Buenos Aires, EJEA, 1962.

SUGESTÕES PARA A DISCIPLINA LEGAL DA RECONVENÇÃO NO NOVO CPC

Luis Guilherme Aidar Bondioli

- 1) Alterar o nome do capítulo VII (“Da Contestação”) que antecede o art. 334 para “Da Resposta”.**
- 2) Substituir a expressão “pedido contraposto” por reconvenção em todos os dispositivos legais:**

Art. 307 Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção.

Art. 314 Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção.

Justificativa: preservar o nome *reconvenção*. Tudo que é demanda do réu ofertada em processo pendente deve receber o rótulo de reconvenção. Esse é o nome pelo qual o instituto é conhecido há mais de mil anos, em todos os países. Não há razões para inventar um novo nome. Aproveitar a oportunidade para acabar com a dicotomia “pedido contraposto” (no singular, e não no plural) x reconvenção. Se possível, estender a inovação legislativa para a LJE, art. 31. Preservar a expressão “pedidos contrapostos” da LJE, art. 17, pois, aqui, o fenômeno é diferente e não pode ser rotulado como reconvenção.

- 3) Dar a seguinte disciplina legal para a reconvenção:**

Art. 337. Na mesma peça da contestação, o réu pode reconvir ao autor, desde que a reconvenção seja residualmente conexa com os fatos objeto da demanda inicial ou da contestação.

§ 1º. Exige-se que as partes se apresentem com coincidentes qualidades jurídicas nas demandas inicial e reconvencional para a admissão da reconvenção.

§ 2º. A reconvenção é admissível mesmo quando não tenha como parte todos os réus e todos os autores que são partes na demanda inicial.

§ 3º. Podem ser litisconsortes do réu reconvinte ou do autor reconvindo na reconvenção pessoas que não são parte na demanda inicial. A reconvenção subjetivamente ampliativa é admissível tanto no caso de litisconsórcio necessário quanto no caso de litisconsórcio facultativo.

§ 4º. A reconvenção é inadmissível nos casos em que o juízo competente para a demanda inicial for absolutamente incompetente para o julgamento da reconvenção.

§ 5º. É requisito para a admissão da reconvenção a compatibilidade entre os procedimentos programados para as demandas inicial e reconvencional (art. 312, § 1º, III, e § 2º). Pode o juiz, conforme o caso e desde que possível, fazer as necessárias adaptações ao procedimento para viabilizar a inserção da reconvenção no processo.

Justificativa: aprimorar a disciplina legal da reconvenção. Consagrar a idéia da reconvenção subjetivamente restritiva e da reconvenção subjetivamente ampliativa, mesmo nos casos de litisconsórcio facultativo. Trazer o requisito da competência absoluta e da compatibilidade procedural para o texto da lei. Expressar a idéia de que a compatibilidade procedural é compatível com a flexibilização do procedimento.

Art. 338. A oferta da reconvenção deve observar, no que couber, os requisitos exigidos para a propositura da demanda inicial (arts. 303 e 304). Não se admite reconvenção implícita.

Justificativa: colocar em evidência a condição de demanda da reconvenção.

Art. 339. Distribuída a reconvenção por dependência, o autor reconvindo será intimado, na pessoa do seu procurador, para respondê-la no prazo de quinze dias.

§ 1º. O réu reconvindo que se encontrar revel e o réu da reconvenção que não for parte na demanda inicial serão comunicados da oferta da demanda reconvencional e intimados a respondê-la na forma estabelecida no Título VIII, Capítulo IV, Seção II, deste Livro.

§ 2º. A reconvenção da reconvenção é admissível, desde que residualmente conexa com os fatos objeto da reconvenção ou da contestação a esta.

Justificativa: colocar em evidência o cabimento de outras modalidades de resposta diante da reconvenção. Disciplinar a integração ao processo de pessoas que ainda não foram efetivamente integradas a ele. Regular a reconvenção da reconvenção.

Art. 340. A desistência da demanda inicial ou da reconvenção, ou a existência de qualquer causa que extinga uma dessas demandas, não obsta o prosseguimento da outra.

Justificativa: Implementar leitura dúplice para o dispositivo legal.

Art. 341. Julgar-se-ão na mesma sentença a demanda inicial e a reconvenção (art. 469, I e IV).

Justificativa: Colocar em evidência a idéia de que, exceto nos casos de sentenças fundadas nos incisos I e IV do art. 469, demanda inicial e reconvenção podem ser julgadas separadamente. **Nota:** o art. 341 somente deve ser levado adiante se for mantida a idéia de concentração do exame do mérito. Caso se adote como regra geral a cindibilidade do julgamento do mérito, o art. 341 deve ser descartado.

4) Eliminar o parágrafo único do art. 348, na medida em que a disciplina do tema fica deslocada para o art. 339.

Professor Cassio, boa tarde!

Conforme comentado, segue a redação atual do art. 716 do PLS 166/2010 e a redação do art. 593 do atual CPC, além das considerações sobre o instituto:

Art. 716. Considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bens:

- I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real ou obrigação reipersecutória, **desde que haja registro público** ou prova da má-fé do terceiro adquirente;
- II - quando **houver registro público** da constrição do bem objeto de ação pendente ou prova da má-fé do terceiro adquirente;
- III - nos demais casos expressos em lei.

Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

- I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
- II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;
- III - nos demais casos expressos em lei.

Proposta:

Acrescentar um parágrafo, descrevendo que deverá haver a inversão do ônus da prova, cabendo ao adquirente comprovar que é terceiro de boa-fé.

Justificativa:

A redação do PLS esta em conformidade com a Súmula 375 do STJ ("O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente") Ocorre que os precedentes que deram origem a essa súmula, baseados em julgados anteriores cuidam de assunto pouco diverso, trazendo uma distorção ao instituto, fazendo haver uma certa confusão entre fraude contra credores e fraude à execução, esvaziando a importância desta.

A situação é um tanto quanto complexa. Da forma como a doutrina tratava o instituto uma alienação de automóvel capaz de tornar o devedor insolvente seria fraude à execução (se ocorresse após a citação para o processo). Todavia, na prática de mercado ninguém se atenta a requerer certidão dos distribuidores cíveis para adquirir um automóvel.

Já na prática imobiliária a realidade (pelo menos nos grandes centros) é outra: Tem-se a prática de retirar certidões dos distribuidores cíveis antes de se adquirir um imóvel.

Da forma como a redação do art. 716 está disposta, muitos bens poderão ser alienados (ou melhor, todo o patrimônio do executado) poderá ser alienado, desde que não haja registro da penhora, trazendo consequências desastrosas para o andamento das execuções/cumprimentos de sentença.

Dessa forma, visando a um meio termo, proporia um parágrafo descrevendo que caberia ao terceiro adquirente provar sua boa-fé (ou seja, provar que agiu com diligência ao adquirir o bem, ou que agiu de acordo com a prática de mercado).

Segue anexo um comentário de jurisprudência sobre o tema que havia feito justamente em função da edição da Súmula 375 do STJ.

Atenciosamente.

L. A. Ferrari Neto

OAB/SP 199.431

<mailto:ferrari.neto@uol.com.br>

Professor Cássio, boa noite!

Segue a proposta para apreciação.

Parágrafo único. Caberá ao terceiro adquirente comprovar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição do bem.

Em paralelo e reanalisando a questão, penso que ainda está faltando um inciso IV com redação semelhante ao atual inciso II do art. 593:

Redação atual:

II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

Redação sugerida:

IV - quando ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, devendo haver prova de má-fé do terceiro adquirente;

Atenciosamente.

Luiz A. Ferrari Neto

OK

Luiz Henrique Volpe Camargo**153.**

De: Sen. Valter Pereira
Enviado em: segunda-feira, 8 de novembro de 2010 12:20
Para: Luiz Henrique Volpe Camargo
Assunto: ENC: novo código de processo civil

De: mg-perez [mailto:mg-perez@bol.com.br]
Enviada em: segunda-feira, 8 de novembro de 2010 08:51
Para: Sen. Valter Pereira
Assunto: novo código de processo civil

Prezado e ilustre Senador

Antes de mais, renovo minhas felicitações pela nova - e merecida - eleição.
Reporto-me, aqui, ao projeto do novo código de processo civil, que está para ser aprovado pelo Congresso.
O artigo 808 do novel diploma, no seu inciso III, textualmente, elimina a possibilidade de escreventes e serventuários da justiça (além de juízes e promotores) adquirirem bens leiloados judicialmente.
O problema é que essa seria uma possibilidade de funcionários adquirirem o imóvel próprio, muitas vezes o primeiro de suas vidas, a ser alijada pelo novo código.
O código de processo atual não impede a aquisição, mas apenas a limita, àqueles funcionários que possam atuar no processo e, por consequência, ter alguma influência na arrematação do bem.

Não é justo que um escrevente - ou auxiliar-, trabalhando em uma vara, seja impedido de adquirir um bem a ser leiloadado em outra, na qual não tenho qualquer influência.
Peço, pois, humildemente, mas com a certeza de que serei ouvida, que promova a nova redação do dispositivo, limitando a possibilidade de arrematação apenas àqueles envolvidos no processo de execução.
Com os votos de sucesso em sua candidatura, no nobre mister que à frente se apresenta,

Maria da Glória Perez Delgado Sanches.

Luiz Henrique Volpe Camargo

De: Luiz Henrique Volpe Camargo [luizhenrique@volpecamargo.com.br]
Enviado em: domingo, 24 de outubro de 2010 17:32
Para: Luiz Henrique Volpe Camargo
Assunto: ENC: Versão revisada das propostas PGE'S MS, RJ, SP

Anexos: anteprojeto CPC Alterações Revisadas por Mato Grosso do Sul- compilacão sugestões anteprojeto cpc MS, SP, RJ - revisado .doc



anteprojeto CPC
Alterações Re...

-----Mensagem original-----

De: aagarcia@pge.ms.gov.br [mailto:aagarcia@pge.ms.gov.br] Enviada em: terça-feira, 14 de setembro de 2010 12:04
Para: luizhenrique@volpecamargo.com.br
Assunto: Versão revisada das propostas PGE'S MS, RJ, SP

De ordem, reencaminho as propostas das PGE'S de MS, RJ e SP, revisadas.

Nenhum vírus encontrado nessa mensagem recebida.

Verificado por AVG - www.avgbrasil.com.br

Versão: 9.0.851 / Banco de dados de vírus: 271.1.1/3130 - Data de

Lançamento: 09/12/10 02:34:00

**PROPOSTAS DE EMENDAS AO PROJETO N. 166/2010 -
PROCURADORIA GERAL DOS ESTADOS DE SÃO PAULO, RIO DE JANEIRO E MATO GROSSO DO SUL**

Art. 28 - Rio de Janeiro

Redação do Projeto:

Art. 28. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

Parágrafo único. Para evitar perecimento de direito, as medidas urgentes poderão ser concedidas por juízo incompetente.

Sugestão:

Art. 28. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

Parágrafo único. Para evitar perecimento de direito, as medidas urgentes poderão ser concedidas por juízo incompetente, salvo erro grosseiro no direcionamento do pedido.

Justificativa

No art. 28, sugere-se retirar o parágrafo único, que permite a concessão de medida de urgência por juízo incompetente, o que pode ensejar a violação ao princípio do juiz natural. Pela redação do dispositivo, o risco de violação intencional é significativo, vez que permite que qualquer julgador decida qualquer medida de urgência, tornando-se absolutamente temerária a manutenção do dispositivo. Além disso, a garantia de que a decisão urgente proferida por juízo incompetente produzirá efeitos já se encontra prevista no art. 49, §3º. Não sendo possível a retirada do parágrafo único, sugere-se, ao menos, sua reformulação, para minimizar o risco de violação intencional ao princípio constitucional do juiz natural.

Rio de Janeiro - art. 39

Redação do Projeto:

Art. 39. A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção.

Sugestão:

Art. 39. A conexão ou continência podem modificar a competência, observado o disposto nesta Seção, e nos termos em que autorizado pelo art. 48 deste Código.

Justificativa

No art. 39, sugere-se modificação de redação, para melhor sistematização do tema.

Rio de Janeiro - art. 62

Redação do Projeto:

Art. 62. Em caso de abuso da personalidade jurídica, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica.

Sugestão:

Art. 62. Verificada as hipóteses do art. 50 da Lei nº 10.406/02 ou do art. 28 da Lei nº 8.078/90, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica.

Justificativa

No art. 62, sugere-se modificação de redação, para melhor sistematização do tema.

Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

Art. 63 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

Art. 63. A desconsideração da personalidade jurídica obedecerá ao procedimento previsto nesta Seção.

Sugestão:

Art. 63. A desconsideração da personalidade jurídica, ressalvados os casos em que a responsabilidade pessoal dos sócios é prevista em lei especial, obedecerá ao procedimento previsto nesta Seção.

Justificativa

Considerando que a responsabilidade tributária dos sócios, na execução fiscal, é presumida, sendo redirecionada automaticamente aos sócios nos casos arrolados nos artigos 134 e 135 do CTN, necessário se faz ressalvar os casos em que a responsabilidade do sócio se presume, visto que o incidente tal como previsto no Projeto tumultuará o procedimento de excussão de bens em detrimento da celeridade e eficiência tão almejada pelo Projeto.

Artigo 66 - São Paulo

**Reprodução de texto declarado constitucional pelo STF em ADIN
Dos Deveres das Partes e dos seus Procuradores**

Redação do Projeto:

Art. 66. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

...

§ 1º. Ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.

Sugestão:

Eliminação do seguinte trecho - “que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil”.

Justificativa

A parte da ressalva destacada foi objeto de Adin julgada procedente, para sem redução de texto, dar interpretação conforme, *in verbis*:

EMENTA: [...] 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos. (ADI 2652, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julg. em 08/05/2003, DJ 14-11-2003 PP-00012 EMENT VOL-02132-13 PP-02491)

Assim, a exclusão da ressalva no novo CPC estará em conformidade com o que entende o STF - de que a ressalva prevista no parágrafo atinge todos os advogados, independentemente de estarem sujeitos a outros regimes jurídicos.

Art. 66 - Rio de Janeiro (Mato Grosso do Sul apóia também a sugestão)

Redação do Projeto:

§1º Ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, a violação do disposto no inciso V deste art. constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.

Sugestão:

§1º Ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, e a Advocacia Pública, a violação do disposto no inciso V deste art. constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.

Justificativa

No art. 66, sugere-se alteração do parágrafo 1º do texto, explicitando que a Advocacia Pública se inclui na ressalva de não-aplicação da hipótese prevista no inciso V da Sugestão, para se adequar aos termos da decisão do STF na ADIn 2.652-6.

Art. 73 - São Paulo**Várias e sucessivas condenações honorárias ocasionando excessiva oneração do processo para as partes****Redação do Projeto:**

Art. 73. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, salvo se houver perda do objeto, hipótese em que serão imputados à parte que lhe tiver dado causa.

§ 1º A verba honorária de que trata o caput será devida também no cumprimento de sentença, na execução embargada ou não e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, conforme o caso, atendidos:

- I - o grau de zelo do profissional;
- II - o lugar de prestação do serviço;
- III - a natureza e a importância da causa;
- IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

...

§ 6º Quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitir ou negar, por unanimidade, provimento a recurso interposto contra sentença ou acórdão, a instância recursal, de ofício ou a requerimento 29 da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto no § 2º e o limite total de vinte e cinco por cento.

§ 8º Em caso de provimento de recurso extraordinário ou especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça afastará a incidência dos honorários de sucumbência recursal.

§ 9º O disposto no § 6º não se aplica quando a questão jurídica discutida no recurso for objeto de divergência jurisprudencial.

Art. 922. Se o tribunal, por unanimidade, não admitir ou negar provimento ao recurso, o acórdão fixará novos honorários de sucumbência em favor do

recorrido, observado o artigo 73.

Par. Único. Os honorários de que trata o caput são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive a do art. 66.

Sugestão

Exclusão dos §§ 1º, 6º., 8º., 9º., do art. 73, bem como do artigo 922 e outros que tratam de nova combinação honorária, no Projeto.

Justificativa

A nova modalidade de cobrança dos honorários advocatícios em cada decisão, nos parâmetros fixados no anterior código para o julgamento de toda a ação acabará onerando demasiadamente o processo e quiçá provocando uma lucratividade demasiada do advogado.

A possibilidade de enriquecimento do advogado não é questionada, mas as consequências do encarecimento do trâmite processual poderá vir a intimidar as partes de questionarem em juízo.

Suponha-se que o demandante questione a aquisição de um imóvel de R\$500.000,00 em razão de vício no contrato (por exemplo, vendido por estelionato). O valor da causa é o valor da aquisição e a previsão do Projeto não dá lugar a grande discricionariedade ao julgador, de modo que a sentença terá que fixar entre 10 e 20% do valor da ação.

Se interposto recurso de apelação que não venha a ser bem sucedido, terá que arcar novamente com novos honorários no montante entre 10 e 20% do valor da ação; se interpostos recursos especial e extraordinários estará sujeito a novos honorários fixados deste limite.

Suponha-se que o demandante somente venha a obter êxito em recurso extraordinário, de forma que até essa ocasião, terá despendido em razão das sucumbências processuais anteriores, algo em torno de R\$ 125.000,00 somente a título de honorários advocatícios, se observada a regra do § 6º., do Projeto. Esses valores certamente não lhe serão resarcidos, ainda que ao final tenha êxito na ação, por serem considerados de caráter alimentar para o advogado, conforme exposto no § 11 do mesmo artigo do Projeto¹.

Constata-se que o Projeto prevê a remuneração do profissional a partir de cada ato recursal, além da propositura da ação. Ora, se houve o desmembramento da remuneração honorária, os critérios para fixação também devem ser igualmente distribuídos, sob pena de oneração excessiva das partes.

Além disso, ao contrário de inibir a atividade recursal, sendo natural o exercício do inconformismo que resulta do direito ao duplo grau de jurisdição, o Projeto acaba por incentivar o acesso às Cortes Superiores, o que não

¹ § 11. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, tendo os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

coaduna com a tendência reformista.

O critério de cominação da verba honorária no Projeto tem potencial de afetar diretamente e com grande dano os cofres públicos, pois em geral as ações de maior repercussão financeira e que envolvem grandes somas de dinheiro, como obras públicas ou as que visam implementação ou questionamento das políticas públicas são movidas contra os entes públicos, com a agravante de que não raras vezes são concedidos os benefícios da assistência judiciária à parte demandante.

Propõe-se a manutenção da regra existente no atual Código de Processo Civil, de uma condenação única em verba honorária para toda a ação.

Fixação de verba honorária contra a Fazenda Pública em percentual sobre o valor da condenação

São Paulo

Redação do Projeto:

Art. 73. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, salvo se houver perda do objeto, hipótese em que serão imputados à parte que lhe tiver dado causa.

...

§ 3º Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados entre o mínimo de cinco por cento e o máximo de dez por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, observados os parâmetros do § 2º.

Sugestão:

Manutenção da regra do CPC vigente.

Justificativa

O disposto no parágrafo 4º do art. 20 do CPC atual deve subsistir no ordenamento, uma vez que tem por desígnio não onerar em demasia os cofres públicos, o que importaria em prejuízo à coletividade em benefício do particular.

A sua supressão da regra, ademais, resultaria flagrante ofensa ao princípio de igualdade de tratamento das partes em juízo e ao princípio do equilíbrio processual. De fato, como admitir que quando a Fazenda é a parte vencida seja condenada ao pagamento de percentual sobre o valor da condenação e, por outro lado, quando o poder público é vencedor, seja a parte adversa condenada ao pagamento de percentual sobre os valores ínfimos dados às causas?

O legislador, entre as exceções do parágrafo 4º, deu à Fazenda Pública um tratamento especial, porque ela não é um ente concreto, mas a própria comunidade, representada pelo governante que é o administrador e preposto.

Não raras vezes as ações judiciais contra o Poder Público envolvem discussão de políticas públicas, como concessão de rodovias, construção de grandes obras, cujo valor da causa não raras vezes é bilionária, havendo sério dissenso jurisprudencial sobre o tema, não obstante venha a ser vencida apenas ocasionalmente em determinada demanda e com isso vindo a suportar, em detrimento do interesse público, elevada verba.

A estipulação fixa de honorários em percentual sobre o valor da demanda poderá implicar em demasiada onerosidade ao erário em prejuízo da própria população o que poderá comprometer, inclusive, programas sociais, dada a enormidade da atuação judicial, mercê do gigantismo estatal.

Cumpre ressaltar que em grande parte das ações, os autores são beneficiários da gratuidade, de forma que a oneração somente se dá, de ordinário, contra os cofres públicos.

A norma atualmente vigente, que considera a aplicação equitativa do juiz, com fixação em valor fixo se mostra mais ajustada e em consonância com o direito da sociedade, conferindo-se valor de verba ao advogado de forma justa, em conformidade com os parâmetros fixados no § 2º., do referido artigo no Projeto.

Não se justifica, portanto, a Sugestão constante no Projeto, a qual tem potencial de onerar sobremaneira os cofres públicos em razão de elevadas condenações.

Esse o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça, conforme inserto no Informativo n. 0425:

EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Trata-se de REsp em que a questão cinge-se à possibilidade de fixar os honorários advocatícios como forma de punição à parte por atos procrastinatórios praticados no processo. Inicialmente, observou-se ser cediço, consoante a doutrina, que os honorários advocatícios são, em si mesmos, a remuneração devida aos profissionais da advocacia pela parte que os constitui. Na disciplina legal do custo do processo, essa locução designa a verba que uma das partes deve entregar à outra pelas despesas suportadas ao remunerar seu próprio patrono na causa. Fala-se também em honorários da sucumbência, porque, ordinariamente, quem os paga é o sucumbente, ou seja, o vencido. Dessa forma, concluiu-se que tais honorários não devem ser excessivamente fixados com o escopo de punir o litigante em decorrência de atos protelatórios que, porventura, tenha praticado no decorrer do processo. Destacou-se que a prática de atos processuais em prejuízo da celeridade atinge, de forma imediata, a própria parte e, mediata, seu patrono, sendo certo que a fixação excessiva de honorários com propósito punitivo apenas a este beneficia. Por outro lado, os mencionados honorários, nas ações em que a Fazenda Pública fica vencida, devem ser fixados à luz do art. 20, 4º, do CPC. Consequentemente, a conjugação com o 3º do mesmo artigo é servil para a aferição equitativa do juiz, conforme as alíneas a, b e c do referido dispositivo legal. Desse modo, pretendesse o legislador aplicar às causas em que fosse vencida a Fazenda Pública a norma do 3º do art. 20 do CPC, não haveria razão para a norma specialis consubstanciada no 4º do mesmo dispositivo. Com esse entendimento, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento.

REsp 1.164.543-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/3/2010. (destacou-se).

Fixação de verba honorária em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes, bem como em fase de cumprimento de sentença, acrescido do valor do débito principal

São Paulo

Redação do Projeto:

Art. 73. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, salvo se houver perda do objeto, hipótese em que serão imputados à parte que lhe tiver dado causa.

...

§ 10. As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes, bem como em fase de cumprimento de sentença, serão acrescidos no valor do débito principal, para todos os efeitos legais.

Sugestão:

Supressão do parágrafo.

Justificativa

Em primeiro lugar, o parágrafo somente prevê honorários em caso de embargos rejeitados, julgados improcedentes e em fase de cumprimento de sentença. Não há previsão no caso de embargos acolhidos, julgados procedentes ou com impugnação acolhida em fase de cumprimento de sentença.

Essa situação não se mostra isonômica em relação às partes do processo.

Não raras vezes os embargos são parciais, questionando-se, por exemplo, o tópico concernente aos juros, aos índices da correção monetária, determinada parcela etc. Desse modo, o valor da impugnação é o valor do benefício que se pretende obter o questionamento; de forma que este é o real valor da impugnação para o insurgente, que deve ser considerado para eventual fixação honorária.

No entanto, entende que o novo valor da verba honorária não deve ser incluído no valor do débito principal para todos os efeitos legais, de modo a fazer incidir novamente o valor das multas, dos honorários, das atualizações monetárias etc.

Acredita que essa solução pode dar ensejo ao retardamento do processo, com alteração de cálculos já consolidados, que demandarão necessidade de observância do contraditório para os novos cálculos, retificação de pagamentos porventura já realizados, ocasionando a demora do processo.

Eventual novo valor de verba honorária deve ser executado separadamente, mesmo porque consoante previsão do Projeto do § 11, do artigo mencionado,

os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar.

* Mato Grosso do Sul ratifica a sugestão quanto à supressão deste §10.

Juros de mora sobre honorários a partir do arbitramento

São Paulo

Redação do Projeto:

Art. 73. c...

§ 13 Os juros moratórios sobre honorários advocatícios incidem a partir da decisão que os arbitrou.

Sugestão:

§ 13 Os juros moratórios sobre honorários advocatícios incidem a partir de quando se tornarem exigíveis, se não pagos espontaneamente.

Justificativa

Não há que se falar em juros de mora se esta (demora) não estiver caracterizada. Soa incongruente cobrar-se a mora de período em que a obrigação ainda não era exigível.

Além disso, não raras vezes a publicação da sentença ocorre meses após a data em que a mesma é proferida, causando discordâncias quanto aos valores devidos, considerando-se o computo dos juros.

Haveria também o questionamento de como incidir mora de algo que sequer foi publicado e conhecido.

Há que se considerar também que em ações julgadas procedentes, mantida a regra do atual artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC, em regra os honorários são fixados sobre o valor da condenação que muitas vezes já inclui juros. Por exemplo, uma condenação em pagamento de diferenças de vencimentos decorrentes de promoção de servidor em atraso, terão computo dos juros a contar da citação e sobre o valor total da condenação (principal mais juros) é que são calculados os percentuais dos honorários.

Neste caso, se computados os juros sobre os honorários advocatícios a partir da prolação da sentença, como o principal já considera os juros, pode-se vislumbrar a ocorrência de anatocismo.

Art. 73 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

Art. 73. (...)

§ 1º A verba honorária de que trata o caput será devida também no cumprimento de sentença, na execução embargada ou não e nos recursos interpostos, cumulativamente.

Sugestão:

§ 1º A verba honorária de que trata o caput será devida também no cumprimento de sentença **e sua impugnação**, na execução embargada ou não e nos recursos interpostos, cumulativamente.

Justificativa

Como a impugnação aos cálculos no procedimento de cumprimento de sentença será nos próprios autos, necessário que fique expresso a condenação de verba honorária também nas impugnações ao cumprimento de sentença, para que haja condenação do credor em honorários sobre o que indevidamente, e não raro de má-fé, postula, o que impossibilitaria aventuras jurídicas e a busca em receber valores que não são devidos.

Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

§ 3º Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados entre o mínimo de cinco por cento e o máximo de dez por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, observados os parâmetros do § 2º.

Justificativa

Sugestão de acréscimo de parágrafo e renumeração dos demais:

§ XXX. Nas causas superiores a vinte mil salários mínimos, em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, limitado ao máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, observados os parâmetros dos incisos do § 2º.

Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

§ 13. Os juros moratórios sobre honorários advocatícios incidem a partir da decisão que os arbitrou.

Sugestão:

§ 13. Os juros moratórios sobre honorários advocatícios incidem a partir **do trânsito em julgado** da decisão que os arbitrou.

Justificativa

A jurisprudência do STJ é no sentido de que incida após o trânsito em julgado.

Art. 73 - Rio de Janeiro**Redação do Projeto:**

Art. 73. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado e vencedor, salvo se houver perda do objeto, hipótese em que serão imputados parte que lhe tive dado causa.

Sugestão:

Art. 73. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado e vencedor, salvo se houver perda de objeto, hipótese em que serão imputados parte que lhe tive dado causa, ou inexistir sucumbência de qualquer das partes caso em que não serão devidos honorários de advogado.

Justificativa

No art. 73, sugere-se alteração de redação pois, de acordo com jurisprudência já consolidada do Superior Tribunal de Justiça, somente são devidos honorários quando houver sucumbência de uma das partes.

Redação do Projeto:

§3º. Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados entre o mínimo de cinco por cento e o máximo de dez por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, observados os parâmetros do §2º.

Sugestão:

§3º. Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados de acordo com os critérios dos incisos I a IV do parágrafo anterior.

Justificativa

No mesmo art. 73, sugere-se alteração do §3º, pois a fixação de percentual mínimo de honorários em face da Fazenda Pública no patamar de 5% (cinco por cento) pode apresentar distorções em ações de alto valor que requerem pequena atividade intelectual do advogado. Ademais, tratando-se de recursos públicos, a fixação dos honorários deve ser realizada com ponderação e parcimônia.

Redação do Projeto:

§11. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, tendo os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

Sugestão:

§11. Os honorários, incluindo-se os provenientes da Advocacia Pública, constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, tendo os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a

compensação em caso de sucumbência parcial.

Justificativa

Ainda no art. 73, sugere-se a modificação do §11, para expressamente consignar que a verba honorária, mesmo proveniente da Advocacia Pública, é direito do advogado, como já se encontra previsto no Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94, art. 23). Trata-se, igualmente, de questão de tratamento isonômico entre os advogados que exercem a advocacia privada e os que o fazem na esfera da advocacia pública, por não haver distinção na forma de atuação profissional de qualquer deles.

*Mato Grosso do Sul ratifica a sugestão proposta pelo RJ no que se refere ao § 11.

Sugestão:

Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

Art. 74 - Rio de Janeiro

Justificativa:

No art. 74, sugere-se alteração do texto para inserção de um parágrafo único, de idêntico teor ao parágrafo único do art. 21 do CPC/1973.

Fixação de valor da prova pericial de beneficiário da gratuidade pelo CNJ com pagamento ao final pelo Poder Público

Art. 83 - São Paulo

Redação do Projeto:

Art. 83. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será rateada entre as partes quando por ambas requerida.

...

§ 3º. O valor da prova pericial requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça será fixado conforme tabela do Conselho Nacional de Justiça e pago ao final pelo Poder Público.

Sugestão:

Exclusão do tópico “e pago ao final pelo Poder Público”.

Justificativa

No processo movido entre particulares não tem cabimento o Estado vir a ser chamado somente para dar o aporte financeiro para a realização dos atos probatórios de interesse das partes.

De início, de se ressaltar a popularização dos benefícios da Assistência Judiciária, que vêm sendo concedidos indiscriminadamente, bastando somente o pedido e a mera declaração de insuficiência de recursos; situação reiterada no Projeto.

Em razão disso, grande parte dos processos tramitam com os benefícios da Assistência Judiciária, sendo que nem sempre a parte beneficiária poderia ser considerada necessitada, nos termos da definição da própria Lei 1.050, de 1951.

Além disso, nem sempre a parte beneficiária da gratuidade é sucumbente no processo, de forma que se esta for vencedora, caberá à outra parte arcar com os custos do processo, dentre os quais se inclui a perícia, sendo descabido imputar-se ao Estado o pagamento desse custo.

Ademais, uma previsão que onera o Estado não pode ser objeto de inclusão automática no dispositivo processual, dependendo de previsão orçamentária e definição do ente que se encarregará do custeio - União, Estado, Município, Poder Judiciário...

Descabido ainda compelir-se o Estado a arcar com as despesas quando o mesmo dispuser de entidades que estão aptas a prestar os serviços necessários para a produção probatória de parte carente de recursos financeiros.

No Estado de São Paulo, cita como exemplo o IMESC - Instituto de Medicina Social e Criminologia, que tem realizado exames periciais da área médica a pedido de juízo, utilizando-se do seu corpo de servidores, o que é fator que auxilia na preservação do erário.

Em razão disso, a Sugestão é no sentido de que não cabe automaticamente imputar ao Poder Público o custeio de provas de interesse de beneficiário da gratuidade.

Art. 83 - Rio de Janeiro

Redação do Projeto:

§3º. O valor da prova pericial requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça será fixado conforme tabela do Conselho Nacional de Justiça e pago ao final pelo Poder Público.

Sugestão:

§3º. O valor da prova pericial requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça será fixado conforme tabela do Conselho Nacional de Justiça e pago ao final pelo Poder Judiciário.

Justificativa

No art. 83, sugere-se alteração do §3º, de modo a especificar a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais nos casos de gratuidade de justiça. O termo Poder Público não especifica o efetivo responsável pelo pagamento. Ao que parece, a substituição do termo para

“Poder Judiciário” levará os juízes a apreciarem com maior atenção e ponderação a necessidade da prova pericial.

Art. 83 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

Art. 83. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será rateada entre as partes quando por ambas requerida.

(...)

§3º. O valor da prova pericial requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça será fixado conforme tabela do Conselho Nacional de Justiça e pago ao final pelo Poder Público.

Sugestão: acréscimo de parágrafo e alteração da redação do § 3º.

§ 3.º A prova pericial será realizada preferencialmente por perito pertencente ao quadro de servidores do Estado, quando se tratar de ação em que o Poder Público seja parte ou a prova pericial for requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça.

§ 4.º Na hipótese de não existir perito oficial do Estado, o valor da prova pericial requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça ou pelo Poder Público será fixado conforme tabela do Conselho Nacional de Justiça e pago ao final pelo Poder Público, se sucumbente o beneficiário da gratuidade de justiça.

Justificativa: idem de SP

Art. 85 - Rio de Janeiro (Mato Grosso do Sul também apóia a sugestão)

Redação do Projeto:

Art. 85. A parte com insuficiência de recursos para pagar as custas e as despesas processuais e os honorários e advogado gozará dos benefícios da gratuidade de justiça, na forma da lei.

§1º. O juiz poderá determinar de ofício a comprovação da insuficiência de que trata o caput, se houver nos autos elementos que evidenciem a falta de requisitos legais da gratuidade de justiça.

Sugestão:

Art. 85. A parte que comprovar a hipossuficiência financeira mediante a apresentação das últimas 3 (três) declarações de imposto de renda, ou de certidão fornecida pelo órgão competente de que está isenta da apresentação da referida declaração, gozará dos benefícios da gratuidade de justiça, na forma da lei.

§1º. O juiz poderá determinar de ofício a comprovação complementar da insuficiência de que trata o caput, se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos requisitos legais da gratuidade de justiça.

Justificativa

No art. 85, sugere-se alteração do texto do caput, para inserir a obrigatoriedade de comprovação da hipossuficiência, bem como do parágrafo primeiro, para explicitar a possibilidade de o juiz requerer documentação comprobatória suplementar.

Art. 93 - Rio de Janeiro (MS ratifica a sugestão)**Redação do Projeto:**

Art. 93. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos, mediante carga ou remessa.

Sugestão:

Art. 93. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos, mediante carga ou remessa, exceto na hipótese do art. 229, quando a contagem do prazo será feita de acordo com o disposto no art. 5º, §1º, §2º e §4º, da Lei nº 11.419/06.

Justificativa

No art. 93, sugere-se alteração do texto proposto para ressalvar a hipótese do processo eletrônico, na qual não haverá carga do processo.

Art. 94 - Rio de Janeiro**Redação do Projeto:**

Art. 94. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a Administração direta e indireta.

Sugestão:

Art. 94. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos (SUPRIMIDO).

Justificativa

No art. 94, sugere-se modificação do caput, para excluir a obrigatoriedade de representação judicial das entidades integrantes da Administração Pública direta e indireta, o que será objeto da legislação de cada ente federado, evitando-se eventuais alegações de constitucionalidade por invasão de competência.

Art. 95 - Rio de Janeiro (Mato Grosso do Sul ratifica a sugestão)**Redação do Projeto:**

Art. 95. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos, mediante carga ou remessa.

Sugestão:

Art. 95. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos, mediante carga ou remessa, exceto na hipótese do art. 229, quando a contagem do prazo será feita de acordo com o disposto no art. 5º, §1º, §2º e §4º, da Lei nº 11.419/06.

Sugestão:

§1º. Entende-se por remessa a entrega dos autos no Protocolo do órgão de Advocacia Pública ou a efetiva retirada dos autos em cartório.

§2º. As intimações de medidas de urgência serão feitas pessoalmente ao representante legal dos respectivos entes, observando-se o disposto no parágrafo único do art. 284.

Justificativa

No art. 95, sugere-se alteração do caput, para ressalvar a hipótese de processo eletrônico, na qual não haverá carga do processo, bem como a inclusão de dois parágrafos tratando do conceito de remessa, tendo em vista que a efetiva remessa pela serventia varia conforme a localidade (algumas serventias entregam os autos no Protocolo da Instituição; em outras, há a retirada dos autos em Cartório), e, ainda, para especificar que no caso de intimações a situação é distinta, conforme a Sugestão do parágrafo único do art. 284.

Art. 149 - Rio de Janeiro (Mato Grosso do Sul apóia a sugestão)**Redação do Projeto:**

Art. 149. O Ministério Público gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos, mediante carga ou remessa.

Sugestão:

Art. 149. O Ministério Público gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos, mediante carga ou remessa, exceto na hipótese do art. 229, quando a contagem do prazo será feita de acordo com o disposto no art. 5º, § 1º e § 2º, da Lei 11.419/06.

Justificativa

No art. 149, sugere-se modificação do texto, para ressalvar a hipótese de processo eletrônico, na qual não haverá carga do processo.

Art. 186 - Rio de Janeiro**Redação do Projeto:**

Art. 186. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, a Fazenda Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública terão prazos contados em dobro para se manifestar nos autos.

Sugestão:

Art. 186. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, a Fazenda Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública terão prazos em dobro para se manifestar nos autos, contados na forma do art. 174.

Justificativa

No art. 186, sugere-se modificação do texto para especificação de que o prazo em dobro será contado na forma do art. 174 do projeto, para afastar eventuais dúvidas.

No art. 186, parece recomendável também conciliar a redação do texto proposto com a do art. 95, que trata da intimação pessoal dos entes de direito público, e com a do art. 236, o qual especifica que o prazo tem início com a juntada do mandado de citação.

Da verificação dos prazos e das penalidades**Art. 191 - Mato Grosso do Sul****Redação do Projeto:**

Art. 191. Aplicam-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública os arts. 189 e 190; a multa, se for o caso, será aplicada ao agente público responsável pelo ato.

Parágrafo único. Apurada a falta, o juiz comunicará o fato ao órgão competente responsável pela instauração de procedimento disciplinar contra do membro que atuou no feito.

Sugestão:

Exclusão do art. 191

Justificativa

Por mais que possa parecer claro que o agente público responsável seria o membro do MP, o defensor ou o procurador, ressalte-se que o acúmulo de trabalho pela ausência de estrutura minimamente adequada, que pode levar a aplicação da multa, não é responsabilidade desses agentes. A situação de demora de entrega de autos de execução fiscal e inventário e partilha é

comum, por, na maioria das vezes, contar com apenas um procurador responsável por todos os prazos judiciais, processos administrativos, execuções fiscais, análise de ITCD, atendimento ao público, etc.

Art. 191 - Rio de Janeiro

Redação do Projeto

Art. 191. Aplicam-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública os arts. 189 e 190; a multa, se for o caso, será aplicada ao agente público responsável pelo ato.

Parágrafo único. Apurada a falta, o juiz comunicará o fato ao órgão competente responsável pela instauração de procedimento disciplinar contra do membro que atuou no feito.

Sugestão:

Art. 191. Aplicam-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública os arts. 189 e 190. (SUPRIMIDO)

Parágrafo único. Apurada a falta, o juiz poderá comunicar o fato ao órgão competente responsável pela instauração de procedimento disciplinar contra o membro que atuou no feito, para o procedimento disciplinar e a imposição da multa.

Justificativa

No art. 191, sugere-se transportar a parte do texto que trata da multa para o parágrafo único do mesmo artigo, tal como no CPC/1973, bem como corrigir erro formal de digitação no texto do referido parágrafo único (inclusive para adaptá-lo à norma do art. 190 do projeto). A sugestão visa garantir a atuação das instituições essenciais ao funcionamento da Justiça, as quais já dispõem de procedimentos administrativos disciplinares próprios, para a apuração de responsabilidade de seus membros.

Art. 196 - Rio de Janeiro (Mato Grosso do Sul ratifica a proposta)

Redação do Projeto:

Art. 196. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu ou do executado.

§ 1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, contando-se a partir de então o prazo para a contestação.

§ 2º Rejeitada a alegação de nulidade, o réu será considerado revel.

Sugestão

Suprimir a expressão “ou do executado”, tanto do caput como do §1º deste art. (e de quaisquer outros com texto similar).

Justificativa

No art. 196, sugere-se modificação com redução do texto, pois a Sugestão parece levar de volta ao esquema anterior, com 2 (dois) processos distintos, de conhecimento e execução, contrariando tanto o apregoado objetivo da celeridade, como as mais recentes reformas do CPC/1973, que visaram a tornar mais célere a fase de execução/cumprimento do julgado, introduzindo o chamado processo sincrético, de 2 (duas) fases.

Art. 204 - Rio de Janeiro (Mato Grosso do Sul ratifica a proposta)

Redação do Projeto:

Art. 204. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto:

- I - nas ações de estado;
- II - quando for ré pessoa incapaz;
- III - quando for ré pessoa de direito público;
- IV - quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;
- V - quando o autor a requerer de outra forma.

Sugestão: acréscimo de parágrafo único

Parágrafo único. A citação de pessoa de direito público será feita pessoalmente, por oficial de justiça, sem prejuízo de concomitante comunicação eletrônica do ato ao representante judicial do ente, contando-se o prazo na forma do artigo 236, II.

Justificativa

No art. 204, sugere-se a inclusão de um parágrafo único, para que a citação das pessoas jurídicas de direito público, considerando tratar-se da primeira comunicação para integrar a relação processual, siga a mesma regra das demais pessoas. Considerando o advento do processo eletrônico, a tendência é que as comunicações dos atos processuais aos entes públicos sejam feitas eletronicamente. Entretanto, o ato citatório por vezes ocorre na pessoa do representante legal do ente público e, por outras, na pessoa do representante judicial do mesmo ente, que não necessariamente são a mesma pessoa ou se encontram no mesmo local, pondo em risco o interesse público subjacente. A proposição, ao mesmo tempo que resguarda a organização administrativa dos entes públicos, possibilita, através da comunicação eletrônica, que o representante judicial promova os atos necessários à defesa do ente público.

Art. 214 - Rio de Janeiro

Sugestão:

Parágrafo XXX. Nas Comarcas ou Seções Judiciárias que, porventura, não disponham de serviços seguros de acesso à internet, a citação poderá ser feita por meio de publicação em meio físico, observando-se, além das previsões do caput, também o seguinte:

- II - a afixação do edital, na sede do juízo, certificada pelo escrivão;
- III - a publicação do edital no prazo máximo de 15 (quinze) dias, uma vez no

órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver;”

Justificativa

No art. 214, o texto proposto não prevê a hipótese de a citação por edital ser feita por publicação em meio físico, o que pode dificultar esse procedimento em locais que não contem com meios eletrônicos seguros (ou, até, inviabilizar o acesso à Justiça dos menos favorecidos, que não contem com computador pessoal ou internet). O texto proposto também não parece ter previsto o prazo a partir do qual (ou durante o qual) a publicação eletrônica constará do sítio do tribunal, dificultando a contagem do prazo de citação. Deve-se, por igual, compatibilizar a norma desse art. com a do texto do art. 236 do projeto. Sugere-se, assim, manter a redação dos incisos II e III da norma equivalente, do atual CPC/1973, possivelmente como um parágrafo da norma Sugestão:

Art. 218 - Rio de Janeiro

Sugestão:

§1º É facultado aos advogados promover a intimação do advogado da outra parte por meio do correio, com a juntada aos autos do aviso de recebimento, ressalvado o disposto no art. 95, em que se deverá observar a intimação pessoal das entidades de direito público lá referidas.

§3º Igual direito assiste às entidades de Direito Público, que podem requerer que, nas intimações a elas dirigidas, figure também o nome da própria entidade.

Justificativa

No art. 228, o texto do parágrafo 1º deve ser conciliado com as prerrogativas das entidades de direito público, às quais interessa, também, para fins de otimizar seu controle de prazos, a norma agora sugerida para o parágrafo 2º. Sugere-se, então, ajustar a redação do parágrafo 2º e acrescentar um parágrafo 3º.

Art. 219 - Rio de Janeiro

Sugestão:

Art. 219. Havendo urgência, serão transmitidas a carta de ordem e a carta precatória por qualquer meio eletrônico, por telefone ou por telegrama.

Justificativa

No art. 219, sugere-se incluir a expressão “, por telefone” na parte final do texto, para adequá-lo ás demais disposições do novo projeto.

No art. 220, parece haver erro formal na referência que o texto faz ao art. 207 do projeto. Ao que tudo indica, o texto proposto estaria fazendo menção ao art. 216 do projeto.

Art. 228 - Mato Grosso do Sul**Redação do Projeto:**

Art. 228. (...)

§ 1º É facultado aos advogados promover a intimação do advogado da outra parte por meio do correio, com a juntada aos autos do aviso de recebimento.

§ 2º (...)

Sugestão:

§1º É facultado aos advogados promover a intimação do advogado da outra parte por meio do correio, com a juntada aos autos do aviso de recebimento, ressalvado o disposto no art. 95, em que se deverá observar a intimação pessoal das entidades de direito público lá referidas.

Justificativa

No art. 228, o texto do parágrafo 1º deve ser conciliado com as prerrogativas das entidades de direito público, às quais interessa, também, para fins de otimizar seu controle de prazos.

Art. 229 - Mato Grosso do Sul**Redação do Projeto:**

Art. 229. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.

Sugestão:

Art. 229. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei, ressalvado o disposto no art. 95, em que se deverá observar a intimação pessoal das entidades de direito público lá referidas.

Justificativa

No art. 229, o texto proposto deve ser conciliado com as prerrogativas das entidades de direito público, pelo que se sugere aditamento ao caput do dispositivo.

Das intimações**Art. 235 - Mato Grosso do Sul****Redação do Projeto:**

Art. 235. Os prazos para as partes, os procuradores e o Ministério Público serão contados da intimação.

Parágrafo único. As intimações, inclusive as eletrônicas, consideram-se realizadas no primeiro dia útil seguinte, se tiverem ocorrido em dia em que não houve expediente forense.

Sugestão: acrescentar parágrafo e renumerar o próximo:

§ 1º. À Fazenda Pública, ao Ministério Público e à Defensoria Pública aplicam-se as regras específicas deste código referente à contagem do prazo a partir da intimação pessoal mediante carga ou remessa.

Justificativa

Ressalvar a intimação pessoal dos entes públicos.

Art. 250 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

Art. 250. A petição deve vir acompanhada do instrumento de mandato e conter o endereço das partes e do advogado, além do endereço eletrônico, quando houver.

Parágrafo único. Dispensa-se a juntada de instrumento de mandato se:

- I - o requerente postular em causa própria;
- II - a procuração estiver nos autos principais.

SUGESTÃO

Art. 250. A petição deve vir acompanhada do instrumento de mandato e conter o endereço das partes e do advogado, além do endereço eletrônico, quando houver.

§1º. Dispensa-se a juntada de instrumento de mandato se:

- I - o requerente postular em causa própria;
- II - a procuração estiver nos autos principais.

III - intentar ação em nome da parte, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes.

§ 2º. Nos casos do inc. III supra, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz, sob pena de, não o fazendo, considerarem-se os atos não ratificados como inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.

Justificativa

No art. 250, o parágrafo único da Sugestão não mais prevê a possibilidade de o advogado protestar pela juntada posterior do instrumento de mandato, o que inviabilizaria a prática de atos urgentes ou necessários a evitar prejuízo a direitos. Sugere-se, assim, acrescentar novamente um texto semelhante ao do inciso III do art. 37 do CPC/1973, bem como incluir um parágrafo 2º, para regular o dispositivo do inciso III sugerido. Seria necessário, igualmente, renumerar o parágrafo único para parágrafo 1º.

Inversão da distribuição do ônus da prova

Art. 262 - São Paulo (Mato Grosso do Sul ratifica a sugestão)

Redação do Projeto:

Art. 262. Considerando as circunstâncias das peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

Sugestão: Ressalva com relação à Fazenda Pública

Art. 262. Considerando as circunstâncias das peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la, com exceção da Fazenda Pública a qual se aplica o disposto no art. 261.

Justificativa

Revela-se inadmissível a aplicação das regras de inversão do ônus probatório contra a Fazenda Pública, porque incompatível com as demais normas de distribuição da prova e com o sistema da responsabilidade civil, plenamente vigente.

Na verdade, o dispositivo pretende contemplar a teoria da carga dinâmica da prova, atribuindo o ônus à parte que melhor condições tiver de fazê-lo. Contudo, sendo o Poder Público parte na demanda, a questão há que ser examinada de forma adequada ao sistema de garantias processuais da Fazenda Pública. Tais garantias (e não privilégios) decorrem da supremacia do interesse público em confronto com o individual.

A exemplo, o próprio Projeto, em seu artigo 343, inciso II, à semelhança do regramento atual (CPC, art. 320, II) não admite a decretação dos efeitos da revelia nas demandas que versam sobre bens indisponíveis, como é o caso da Fazenda Pública, encerrando, portanto, regra de presunção juris tantum a favor da Fazenda Pública.

Portanto, a Fazenda Pública deve ser excluída do âmbito de aplicação do dispositivo.

TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA

Art. 279 - Rio de Janeiro (MS ratifica a sugestão)

Redação do Projeto

Art. 279. Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento.

Sugestão:

§ 1º. Tratando-se de medida de urgência em desfavor de pessoa jurídica de direito público, o juiz deverá ouvir o respectivo representante legal, no prazo mínimo de 72 (setenta e duas) horas, antes de proceder ao exame quanto ao deferimento, ou não, da medida.

Justificativa

No art. 279, sugere-se a inclusão do texto abaixo, como parágrafo 1º, renumerando-se o parágrafo único como parágrafo segundo. A sugestão ora formulada prende-se à constatação de que o Título IX (TUTELA DA URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA) do projeto estabelece uma série de normas com redação nova e/ou atualizada, em relação ao vigente CPC/1973, ampliando a possibilidade de deferimento desse tipo de medidas (em alguns casos, até mesmo de ofício). Passa a ser prevista, também, a estabilização da tutela “antecipada”, em caso de não impugnação pela parte contrária. Todo esse quadro parece recomendar a necessidade de oitiva da entidade de direito público ré antes do exame da medida pleiteada.

Art. 286 - Rio de Janeiro**SUGESTÃO**

Art. 286. A petição inicial da medida requerida em caráter antecedente indicará o juízo, as partes, a lide e seu fundamento, bem como a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão.

Justificativa

No art. 286, o texto proposto não exige, expressamente, a indicação do juiz e das partes, na petição inicial da medida requerida com caráter incidente, o que não parece razoável. Sugere-se, assim, alterar a redação do referido artigo, para que não pare que qualquer dúvida a respeito.

No art. 297, que corresponde ao CAPÍTULO I (DA FORMAÇÃO DO PROCESSO), do TÍTULO X (FORMAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO), não mais se encontra o dispositivo previsto no art. 262 do CPC/1973, que trata da inéria da jurisdição e do impulso oficial. Sugere-se reintroduzir a referida norma do art. 262, do atual CPC/1973, se confirmada sua supressão no texto do projeto.

Medidas de urgência de ofício**Art. 284 - São Paulo****Redação do Projeto:**

Art. 284. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

Sugestão:
Manutenção do dispositivo do CPC vigente.

Justificativa

O sistema processual vigente prevê um poder cautelar de ofício apenas em casos excepcionais.

A extensão da possibilidade às tutelas satisfativas (não cautelares) amplia demasiadamente os poderes do juiz, o que culminará com um alargamento do âmbito de liminares, por exemplo, em ações que tenham por conteúdo a discussão de políticas públicas e a conseqüente (e indesejada) multiplicação de recursos.

Por outro lado, muito embora a responsabilidade objetiva pela indevida execução da medida deva ser atribuída à parte que se beneficiou com a decisão, a concessão de ofício poderá ensejar um número infindável de ações pretendendo responsabilizar o Estado por erro judiciário.

Art. 303 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

Art. 303. A petição inicial indicará:

(...)

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

(...)

SUGESTÃO

Art. 303. A petição inicial indicará:

(...)

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, observando-se, quanto à prova testemunhal, o disposto no art. 429;

(...)

Justificativa

No art. 303, recomenda-se um pequeno acréscimo de texto à parte final do inciso IV, em vista da sugestão adiante formulada, referente ao art. 306, que seria suprimido.

Especificação de rol de testemunhas na inicial

Art. 306 - São Paulo

Redação do Projeto:

Art. 306. Na petição inicial e na contestação, as partes apresentarão o rol de testemunhas cuja oitiva pretendam, devidamente qualificadas, em número

não superior a cinco.

Art. 429. Incumbe às partes, na petição inicial e na contestação, apresentar o rol de testemunhas, precisando-lhes, se possível, o nome, a profissão, o estado civil, o número do cadastro de pessoa física e do registro de identidade e o endereço completo de residência e local de trabalho.

Sugestão:

Inclusão de ressalva com relação à Fazenda Pública

Justificativa

A Fazenda Pública dificilmente terá condições de especificar rol de testemunhas na contestação, uma vez que para a elaboração de defesa em questões fáticas ela depende de informações encaminhadas por órgãos que compõem a administração centralizada ou descentralizada. E referidos órgãos, por dificuldades internas, muitas vezes não enviam os documentos necessários em tempo hábil, o que inviabiliza o oferecimento de rol nesta fase processual.

Bom ressaltar que a Fazenda Pública não pode ser comparada a um particular, devido às suas gigantescas dimensões e dificuldades que devem ser compreendidas em favor do interesse público.

Por isso, deve ser inserida na regra ressalva com relação à Fazenda Pública.

Art. 306 - Rio de Janeiro

No art. 306, verifica-se que o texto proposto à quase idêntico ao do art. 429 do projeto, pelo que se sugere sua supressão, ficando a matéria sendo tratada pelo citado art. 429 e, em parte, também pelo art. 303 do novo projeto, com a sugestão supracitada.

Art. 314 - Rio de Janeiro

No art. 314, verifica-se que o texto proposto traz substancial alteração nas normas veiculadas pelos atuais arts. 264 e 294 do CPC/1973, quanto à estabilização da demanda. O novo art. 314 do projeto permite a modificação do elemento objetivo da demanda mesmo após a citação, a contestação ou o saneamento do feito. O limite para a modificação passa a ser o momento da sentença.

Arts 318 e 319 - Rio de Janeiro

Nos arts. 318 e 319, os textos das Sugestões parecem repetir, em boa medida, os arts. 195 e 297, também do novo projeto. Sugere-se, assim, suprimir estes

dois últimos, com as adaptações necessárias (em decorrência do eventual acolhimento da supressão sugerida).

Art. 333 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

Art. 333. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de rejeição liminar da demanda, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de quinze dias.

§1º O juiz determinará a forma de atuação do mediador ou do conciliador, onde houver, observando o que dispõe a lei de organização judiciária.

(...)

§7º O juiz dispensará a audiência de conciliação quando as partes manifestarem expressamente sua disposição contrária ou quando, por outros motivos, constatar que a conciliação é inviável.

SUGESTÃO

Art. 333. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de rejeição liminar da demanda, o juiz determinará a citação do réu para que informe em cinco dias se há possibilidade de conciliação.

§1º Caso haja possibilidade de conciliação, o juiz designará audiência com antecedência mínima de quinze dias.

§2º O juiz determinará a forma de atuação do mediador ou do conciliador, onde houver, observando o que dispõe a lei de organização judiciária.

(...)

§ 7º O juiz dispensará a audiência de conciliação quando qualquer das partes manifestarem expressamente sua disposição contrária no prazo mencionado desse art., ou quando, por outros motivos, constatar que a conciliação é inviável, hipótese em que a contestação deverá ser apresentada no prazo do art. 335.

Justificativa

No art. 333, sugere-se inserir a possibilidade de manifestação da parte quanto à desnecessidade de audiência de conciliação.

Art. 338 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

Art. 338. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

SUGESTÃO

Art. 338. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) XIV - impedimento ou suspeição do juiz;

Justificativa

No art. 338 do projeto, sugere-se acrescentar um inciso XIV, tendo em vista a revogação das exceções de impedimento e suspeição, o que recomenda

autorizar que tais mecanismos de defesa possam ser suscitados na contestação da parte ré.

Inclusão da Fazenda Pública na exceção do parágrafo único do artigo 340 referente ao ônus da impugnação dos fatos

Art. 340 - São Paulo (MS ratifica a proposta)

Redação do Projeto:

Art. 340. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se verdadeiros os não impugnados, salvo se:

- I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;
- II - a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;
- III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo, ao curador especial e ao membro do Ministério Público.

Sugestão:

Inclusão também da Fazenda Pública no parágrafo único.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo, ao advogado público, ao curador especial e ao membro do Ministério Público.

Justificativa

A finalidade da exceção prevista no parágrafo único é de resguardar interesse público, interesse de necessitados e de pessoas defendidas por advogado dativo.

A Fazenda Pública no processo defende interesse público, em ações que na maioria das vezes tem potencial de afetar o erário, as políticas públicas, planos de governo referente às diversas áreas sociais como saúde, educação, assistência social etc.

Além disso, não deve se esquecer que todo o ônus pecuniário que recair sobre o Poder Público indiretamente atinge toda a população, pois trata-se de dinheiro público de toda a população.

Indubitável que deve haver tratamento diferenciado, assim como os interesses dos incluídos no parágrafo único, motivo porque atende ao interesse de toda a sociedade a inclusão da Fazenda do Estado na exceção contida no parágrafo único do artigo 340 do Projeto do CPC.

Art. 353 - Rio de Janeiro**REDAÇÃO ATUAL**

Art. 353. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença com resolução de mérito:

- I - quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;
- II - quando ocorrer a revelia e incidirem seus efeitos.

SUGESTÃO

Art. 353. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença (excluir a expressão “com resolução de mérito”):

- I - quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;
- II - quando ocorrer a revelia e incidirem seus efeitos.

Justificativa

No art. 353, excluir a expressão “com resolução de mérito”, pois se vislumbra a possibilidade de haver sentença sem resolução de mérito nas hipóteses elencadas nos incisos.

Art. 363 - Rio de Janeiro**REDAÇÃO ATUAL**

Art. 363. A audiência será pública, ressalvadas as exceções legais.

SUGESTÃO

Art. 363. A audiência será pública, ressalvadas as exceções legais e a convenção das partes devidamente fundamentada.

Justificativa

No art. 363, sugere-se a inclusão de uma exceção à regra da publicidade da audiência, na hipótese de convenção das partes, que demonstrem haver fundada necessidade de sigilo quanto às informações que venham a ser produzidas em audiência.

Art. 429 - Rio de Janeiro**REDAÇÃO ATUAL**

Art. 429. Incumbe às partes, na petição inicial e na contestação, apresentar o rol de testemunhas, precisando-lhes, se possível, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número do cadastro de pessoa física e do registro de identidade e o endereço completo da residência e do local de trabalho.

SUGESTÃO

Art. 429. Incumbe às partes, na petição inicial e na contestação, apresentar o rol de testemunhas, em número não superior a cinco, precisando-lhes, se possível, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número do cadastro de pessoa física e do registro de identidade e o endereço completo da residência e do local de trabalho.

Justificativa

No art. 429, sugere-se pequeno acréscimo de texto, para adequação sistêmica do seu conteúdo à matéria tratada nas proposições referentes aos arts. 303 e 306 do projeto, supracitadas.

Dos requisitos e dos efeitos da sentença

Art. 476 - Rio de Janeiro (MS apóia a sugestão)

Redação do Projeto:

Art. 476. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

- I - para corrigir nela, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou lhe retificar erros de cálculo;
- II - para aplicar tese fixada em julgamento de casos repetitivos;
- III - por meio de embargos de declaração.

SUGESTÃO

Art. 476. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

(..)

II - EXCLUÍDO

Justificativa

No art. 476, sugere-se excluir a hipótese de o juiz alterar a sentença após publicada para “aplicar tese fixada em casos repetitivos”, já que, se não foi aplicada, ou o juiz entendeu não ser o mesmo caso, ou a tese é posterior, hipótese que acabaria violando a segurança jurídica das decisões judiciais.

Reexame necessário

Art. 478 - São Paulo

Redação do Projeto:

Art. 478

....

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a mil salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

....

§ 4º Quando na sentença não se houver fixado valor, o reexame necessário, se for o caso, ocorrerá na fase de liquidação.

Sugestão:

Revogação dos parágrafos 2º e 3º do art. 475 e inclusão do Parágrafo 2º abaixo:

§2º A pessoa jurídica poderá dispensar o reexame necessário, mediante procedimento interno.

Justificativa

O critério VALOR para a sujeição das causas ao reexame necessário encontra dificuldades e verdadeira inadequação.

Acontece que - e isso só quem atua diariamente na defesa do interesse público tem perfeita noção - não é nada raro que questões de altíssima relevância do Estado não tenham conteúdo econômico nenhum.

Exemplificando: Em ação visando anular nada menos que a venda do Banespa, o valor da causa é R\$ 1.000,00, apesar da enorme relevância do tema. Nas ações de privatização de estatais, onde inúmeras ações são Sugestões, visando evitar o leilão de privatização e o valor dessas causas é ínfimo (por falta de conteúdo econômico), sendo que o alto interesse público é indiscutível.

Mais importante que limitar ao valor, será possibilitar a não sujeição ao reexame sob autorização administrativa, o que viabilizaria que os advogados públicos pudessem deixar de recorrer em casos que entendem dispensável esse reexame, como de rotineiro ocorre nos casos de recursos especial/extraordinário.

Art. 489 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

Art. 489. Transitada em julgado a sentença de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido, ressalvada a hipótese de ação fundada em causa de pedir diversa.

SUGESTÃO

Art. 489. Transitada em julgado a sentença de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido, (excluir “ressalvada a hipótese de ação fundada em causa de pedir diversa.”)

Justificativa

No art. 489, sugere-se excluir a expressão “ressalvada a hipótese de ação fundada em causa de pedir diversa”, por estar em contradição com a primeira

parte do artigo, que determina que a coisa julgada engloba todas as alegações possíveis (incluindo causas de pedir diversas, salvo fato novo, que já está previsto como umas das hipóteses de rescisão da decisão), em homenagem à segurança jurídica.

Art. 490 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

§2º A execução terá início independentemente da intimação pessoal nos casos de revelia, de falta de informação do endereço da parte nos autos ou, ainda, quando esta não for encontrada no endereço declarado.

SUGESTÃO

§2º A execução terá início independentemente da intimação pessoal nos casos de revelia, de falta de informação do endereço da parte nos autos ou, ainda, quando esta não for encontrada no endereço declarado, salvo quando a executada integrar a Fazenda Pública.

Justificativa

No art. 490, sugere-se adequar o texto proposto à sistemática estabelecida pelo Projeto, que solucionou a questão da intimação pessoal dos entes de direito público.

Art. 495 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

§5º Findo o procedimento executivo e tendo como critério o trabalho realizado superveniente, o valor dos honorários da fase de cumprimento da sentença poderá ser aumentado para até vinte por cento.

SUGESTÃO

§5º Findo o procedimento executivo e tendo como critério o trabalho realizado superveniente, o valor dos honorários da fase de cumprimento da sentença poderá ser aumentado para até vinte por cento, em decisão judicial devidamente fundamentada e justificada;

§6º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando vencida a Fazenda Pública, caso em que será observado o disposto no §3º do art. 73 deste Código.

Justificativa

No art. 495, sugere-se adequar o texto proposto à sistemática estabelecida pelo Projeto, quando trata dos honorários sucumbenciais devidos pela Fazenda Pública (art. 73).

Art. 499 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

Parágrafo único. A ordem judicial será dirigida à autoridade, à empresa ou ao empregador, por ofício, dela constando os nomes do credor e do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração.

SUGESTÃO

Parágrafo único. A ordem judicial será dirigida à autoridade, à empresa ou ao empregador, por ofício, dela constando os nomes do credor e do devedor, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas dos beneficiários da medida, a importância da prestação e o tempo de sua duração.

Justificativa

No art. 499, propõe-se sugestão de solução para um problema de ordem prática que, por vezes, dificulta e retarda o trabalho do órgão responsável pelo cumprimento da ordem judicial.

Cumprimento de sentença contra a fazenda pública

Art. 501 - São Paulo

Redação do Projeto:

Art. 501. Na ação de cumprimento de obrigação de pagar quantia devida pela Fazenda Pública, transitada em julgado a sentença ou a decisão que julgar a liquidação, o autor apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito. Intimada a Fazenda Pública está poderá, no prazo de um mês, demonstrar:

I - fundamentadamente e discriminadamente, a incorreção do cálculo apresentado pelo autor ou que este pleiteia quando superior à que resultaria da sentença;

II - a inexigibilidade da sentença ou a existência de causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação superveniente à sentença.

....

§ 2º. Não impugnada a execução ou rejeitadas as alegações da devedora, expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do credor, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição da República.

§ 3º. Tratando-se de obrigação de pequeno valor, nos termos da Constituição da República e reconhecida por sentença transitada em julgado, o pagamento será realizado no prazo de dois meses contados da entrega da requisição de débito, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima de banco oficial, independentemente de precatório.

§ 4º. Na execução por precatório, caso reste vencido o prazo de seu cumprimento, seja omitido o respectivo valor do orçamento ou, ainda, seja desprezado o direito de precedência, o presidente do tribunal competente deverá, a requerimento do credor, determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada suficientes à satisfação da prestação.

Sugestão:

Art. 501. Na execução de cumprimento de obrigação de pagar quantia devida

pela Fazenda Pública, transitada em julgado a sentença ou a decisão que julgar a liquidação, o autor apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito.

Parágrafo único. A citação deverá vir acompanhada da memória de cálculo, com valor total atualizado do débito, de notas explicativas quanto ao termo inicial, ao termo final, aos índices de correção monetárias, aos juros de mora, valores referentes aos descontos obrigatórios, considerados na liquidação, sendo o valor discriminado referente a cada beneficiário no caso de litisconsórcio, indicando-se o respectivo nome completo e o número de CPF e cópia simples da petição inicial, da sentença, dos acórdãos e do comprovante do trânsito em julgado do título executivo.

501-A. Citada a Fazenda Pública está poderá, no prazo de trinta dias, mediante embargos dotados de efeito suspensivo demonstrar:

...

§ 2º. Não embargada a execução ou transitada a mesma em julgado, expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do credor, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição da República.

§ 3º. Tratando-se de obrigação de pequeno valor, nos termos da Constituição da República e reconhecido o crédito por sentença transitada em julgado o pagamento será realizado no prazo legal, na conta do juízo.

§ 4º. Na execução por precatório, caso seja desprezado o direito de precedência, o presidente do tribunal competente poderá, a requerimento do credor, determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada suficientes à satisfação da prestação.

Justificativa

Necessidade de citação para embargos. A disposição do Projeto atenta contra o sistema constitucional de pagamento de débitos pela Fazenda Pública, que impõe técnica processual diferenciada para a execução, e não considera, ainda, suas garantias previstas no ordenamento processual como um todo, em prol do interesse público.

Se, por um lado, a regra prevê a impugnação ao cumprimento de sentença, por outro, os temas de defesa são restritos. Essa sistemática, ainda, é incoerente com a regra do artigo 834 do Projeto, que trata das execuções extrajudiciais em face do Poder Público, sem qualquer restrição à defesa. Em razão disso, é de ser mantida a atual sistemática que prevê a citação da Fazenda para pagamento.

Também admite o novo sistema execução provisória em face da Fazenda Pública, uma vez que a regra determina a expedição de precatório tão logo sejam rejeitadas as alegações da devedora em primeiro grau. E isso é inviável diante da sistemática constitucional vigente, que exige o trânsito em julgado para a expedição do ofício requisitório.

Necessidade de correta discriminação dos critérios utilizados nos cálculos, bem como de fornecimento dos dados pessoais do exequente. A discriminação é importante pois configurará maior certeza ao valor executado

evitando-se a oposição de embargos para correção de minúcias ou equívocos que muitas vezes teriam sido percebidos pela própria exequente ao discriminar os valores executados.

Em ações movidas por servidores, não raras vezes as mesmas são Sugestões em litisconsórcio com vários autores com termos iniciais diversos dos valores a serem recebidos. A mesma situação ocorre nos casos de cobrança de valores atrasados de prestadores de serviços públicos, em que se questionam valores mensais que se postergaram por vários anos.

Há necessidade de conferência da correção dos valores e sem a indicação precisa do termo inicial e dos índices ou percentuais considerados na liquidação, poderá haver a necessidade de embargos somente para aferição da certeza dos valores executados.

O termo final também é dado de suma importância na memória de cálculo, pois é a partir dessa data que são calculados os juros e correção monetária até o efetivo depósito do precatório, após requisição. Sem esse dado, há dificuldades até mesmo do cadastramento do precatório.

O número do CPF e o nome completo do beneficiário é importante para fins de cumprimento da obrigatoriedade de retenção do valor pertinente ao imposto de renda dos autores e até mesmo para aplicação do disposto nos §§ 9º. e 10º. do artigo 100, da Constituição Federal².

Necessidade de prazo de 30 dias para embargos. É necessário o prazo de 30 dias para o oferecimento dos embargos, pois não decorrentes de desequilíbrio econômico financeiro de grandes concessionárias e a conferência dos cálculos demanda necessidade de contratação de contadores especializados e minucioso estudo de valores que se postergam no tempo.

A fixação de prazo por mês pode causar dúvidas quanto ao cumprimento, mormente levando-se em conta que nem todos os meses têm o mesmo número de dias.

Se coaduna melhor com a sistemática adotada pelo Projeto o cômputo de prazo por dias - no caso, 30 dias para embargos.

Impossibilidade de estabelecer prazo de dois meses para cumprimento de obrigação de pequeno valor. Não é possível o Código de Processo Civil estabelecer o prazo para atendimento dessa modalidade executória em face do poder público. O constituinte ciente das peculiaridades de cada ente federativo delegou aos mesmos estabelecer-se o montante para configuração de OPV, bem como o prazo para pagamento dessas obrigações³.

² Art. 100.

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

³ Art. 100...

Em razão disso, enquanto na União o valor limite é de 60 salários mínimos a serem pagos no prazo de 60 dias; enquanto no Estado de São Paulo o limite é 1.135,2885 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs⁴, com previsão de pagamento em 90 dias.

Dubiedade na redação do § 3º. - Entende que a redação do parágrafo é um tanto confusa porque estabelece que “o pagamento será realizado... à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima de banco oficial, independentemente de precatório.

Tratando-se de requisição para pagamento de obrigação de pequeno valor, não há que se falar em precatório. E, a autoridade citada seria o Estado? O pagamento deve ser feito em nome deste em banco oficial? Acredita que houve equívoco na redação deste parágrafo.

Alargamento das hipóteses de seqüestro. Por fim, o parágrafo 4º traz perigosa disposição ao alargar as hipóteses de seqüestro. Segundo a regra a medida será cabível não só quando houver preterição de credor, mas em caso de omissão do valor do requisitório em orçamento ou em hipótese de vencimento do prazo para pagamento. A regra aqui adentra no campo do administrador, a quem cabe aquilatar as prioridades orçamentárias e a distribuição de verbas de acordo com as necessidades públicas e em observância aos percentuais exigidos na Constituição Federal.

Art. 501 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

Art. 501. Na ação de cumprimento de obrigação de pagar quantia devida pela Fazenda Pública, transitada em julgado a sentença ou a decisão que julgar a liquidação, o autor apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito. Intimada a Fazenda Pública, esta poderá, no prazo de um mês, demonstrar:

- I - (...)
- II - (...)

Sugestão:

Art. 501. Na ação de cumprimento de obrigação de pagar quantia devida pela Fazenda Pública, transitada em julgado a sentença ou a decisão que julgar a

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

⁴ O valor atual da Ufesp para junho de 2010 é R\$ 16,42.

liquidação, o autor apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito. Intimada a Fazenda Pública, esta poderá, no prazo de trinta dias, demonstrar:

Justificativa

Problemas no que se refere ao conceito de “mês”, pois temos meses com 28, 29, 30 e 31 dias, dependendo de cada mês e se é ano bissexto. Melhor seria se a redação falasse em dias, evitando exaustivas discussões sobre prazo.

Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

§ 1º Quando se alegar que o credor, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante do título, cumprirá à devedora declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da argüição.

Sugestão de acréscimo de parágrafo:

§ Nos casos de **ações coletivas ou de litisconsórcio com mais de dez autores**, admitir-se-á, no prazo estabelecido no caput, a **impugnação do cálculo por amostragem**, com a juntada posterior do cálculo que entender correto no prazo a ser fixado pelo juiz.

Justificativa

Este parágrafo obriga a Fazenda Pública a realizar cálculos e apontar o montante devido. Quando estamos em ação individual ou litisconsórcio de poucas pessoas não há grandes problemas. Todavia, em ações coletivas (casos dos Sindicatos e Associações) ou em litisconsórcios com várias pessoas no polo ativo, apresentar os cálculos de todos os envolvidos e beneficiários da decisão do exíguo prazo de “um mês” é tarefa praticamente impossível, pois não raro nesse período executamos os cálculos que forem possíveis e apresentamos uma amostragem dos erros.

Seria, portanto, interessante criar um novo parágrafo, renumerando os demais, permitindo a Fazenda Pública impugnar cálculos por amostragem nas demandas coletivas ajuizadas por Sindicatos e Associações e nas ações com litisconsórcio com mais de dez autores, possibilitando a juntada posterior dos cálculos que entender corretos.

Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

§ 2.º (...)

§ 3º Tratando-se de obrigação de pequeno valor, nos termos da Constituição da República e reconhecida por sentença transitada em julgado, o pagamento será realizado no prazo de dois meses contados da entrega da requisição do débito, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima de banco oficial, independentemente de precatório.

Sugestões:

§ 3º Tratando-se de obrigação de pequeno valor, nos termos da Constituição da República e reconhecida por sentença transitada em julgado, o pagamento será realizado independentemente de precatório.

OU

§ 3º Tratando-se de obrigação de pequeno valor, nos termos da Constituição da República e reconhecida por sentença transitada em julgado, o pagamento será realizado no prazo de sessenta dias contados da entrega pessoal da requisição do débito ao dirigente da pessoa jurídica interessada, na conta do juízo.

Justificativa

A inovação deste parágrafo é que o juiz requisitará diretamente da Fazenda Pública o pagamento no prazo de dois meses, e não mais por intermédio do Tribunal. Difícil mudarmos essa realidade, pois a nova lei dos juizados da Fazenda Pública também traz essa previsão; mas se pudesse suprimir a palavra “por ordem do juiz” seria melhor. O problema de ordem técnica diz respeito ao pagamento na agência mais próxima do banco oficial. O que quis dizer este parágrafo? Espero que não sejamos obrigados a seguir as regras gerais de depósito judicial identificado, pois neste caso teremos que fazer fora do SIAFEM uma guia para cada processo, incluindo vários dados, o que inviabilizaria os inúmeros pagamentos de RPV do Estado. Entendo que deveria ser retirada a expressão “no prazo de dois meses contados da entrega da requisição do débito, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima de banco oficial”

Mato Grosso do Sul**Redação do Projeto:**

§ 4º Na execução por precatório, caso reste vencido o prazo de seu cumprimento, seja omitido o respectivo valor do orçamento ou, ainda, seja desprezado o direito de precedência, o presidente do tribunal competente deverá, a requerimento do credor, determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada suficientes à satisfação da prestação.

Sugestão:

§ 4º Na execução por precatório, caso seja desprezado o direito de precedência ou não haja alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu crédito, pode o Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar, a requerimento do credor, o sequestro da quantia respectiva.

Justificativa

Este parágrafo é extremamente preocupante, pois traz a previsão de que vencido o prazo para pagamento do precatório (que é o último dia do exercício seguinte), isso por si só autorizaria o seqüestro de verba pública. Veja que a lei infraconstitucional foi muito mais além do que a CF. É inconstitucional, pois viola expressa disposição constitucional que prevê o sequestro de precatório somente nos casos de preterimento do seu direito de

preferência ou de não alocação orçamentária (art. 100, § 6.º, CF/88). Entendo que a redação do CPC deve se adequar ao dispositivo constitucional.

Art. 501 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

Art. 501. Na ação de cumprimento de obrigação de pagar quantia devida pela Fazenda Pública, transitada em julgado a sentença ou a decisão que julgar a liquidação, o autor apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito. Intimada a Fazenda Pública, esta poderá, no prazo de um mês, demonstrar:

(...)

§3º Tratando-se de obrigação de pequeno valor, nos termos da Constituição da República e reconhecida por sentença transitada em julgado, o pagamento será realizado no prazo de dois meses contados da entrega da requisição do débito, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima de banco oficial independentemente de precatório.

§ 4º Na execução por precatório, caso reste vencido o prazo de seu cumprimento, seja omitido o respectivo valor do orçamento ou, ainda, seja desprezado o direito de precedência, o presidente do tribunal competente deverá, a requerimento do credor, determinar o sequestro de recursos financeiros da entidade executada suficientes à satisfação da prestação.

SUGESTÃO

Art. 501. Na ação de cumprimento de obrigação de pagar quantia devida pela Fazenda Pública, transitada em julgado a sentença ou a decisão que julgar a liquidação, o autor apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito. Intimada a Fazenda Pública, esta poderá, no prazo de um mês, demonstrar:

(...)

§3º Tratando-se de obrigação de pequeno valor, nos termos da Constituição da República e reconhecida por sentença transitada em julgado, o pagamento será realizado no prazo de dois meses contados da entrega pessoal da requisição do débito, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima de banco oficial independentemente de precatório.

(SUPRIMIDO)

Justificativa

No art. 501, sugere-se adequar o texto proposto à sistemática estabelecida pelo Projeto, que solucionou a questão da intimação pessoal dos entes de direito público. Sugere-se, ainda, suprimir o parágrafo 4º proposto, de modo a evitar conflito com o §13 do art. 2º da Emenda Constitucional nº 62, de 09/12/2009 (“Enquanto Estados, Distrito Federal e Municípios devedores estiverem realizando pagamentos de precatórios pelo regime especial, não poderão sofrer sequestro de valores, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do §1º e o §2º deste artigo.”), que já regula, e com status constitucional, a mesma matéria

atinente ao parcelamento dos débitos a serem pagos mediante precatórios e à impossibilidade de sequestro nos casos lá referidos.

Da multa coercitiva ao cumprimento de deveres de fazer e não fazer

Art. 503 - São Paulo

Redação do Projeto

Art. 503...

§.1º A multa fixada liminarmente ou na sentença se aplica na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, permitido o seu levantamento após o trânsito em julgado ou na pendência de agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário

.....

§ 5º. O valor da multa será devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa.

...

§ 7º. O disposto no § 5º é inaplicável quando o devedor for a Fazenda Pública, hipótese em que a multa será devida integralmente ao credor.

§ 8º. Sempre que o descumprimento da obrigação pelo réu puder prejudicar diretamente a saúde, a liberdade ou a vida poderá o juiz conceder, em decisão fundamentada, providência de caráter mandamental, cujo descumprimento será considerado crime de desobediência.

Sugestão:

Manutenção da redação, com exclusão do parágrafo 7º. Sugestão no sentido de que o excedente reverta a um Fundo, e não ao credor.

Justificativa

Inadmissível a execução provisória da multa (parágrafo primeiro) em face do Poder Público tendo em conta o sistema constitucional de pagamento de precatórios, o qual impede o imediato depósito de seu valor nos autos.

Além disso, o erário, diversamente do particular, sempre estará apto a dar atendimento ao depósito, dentro das regras constitucionais, sendo essa medida destinada apenas a assegurar o credor contra o eventual estado de insolvência (real ou ficta) do devedor, não tendo fundamento seja direcionada à Fazenda Pública.

Por outro lado, não se revela coerente estabelecer no parágrafo quinto que parte da multa reverterá aos cofres públicos, e, ao mesmo tempo, conter o dispositivo regra (§ 7º) no sentido de que em sendo parte a Fazenda Pública, a multa reverterá inteiramente em favor do credor.

Ou bem se entende que a ofensa está dirigida ao exercício da jurisdição, ou

bem se considera que é devida à parte, sendo de todo incongruente considerar similares as hipóteses.

Art. 503 - Rio de Janeiro (MS ratifica a proposta)

REDAÇÃO ATUAL

§3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

(...)

§6º Sendo o valor da obrigação inestimável, deverá o juiz estabelecer o montante que será devido ao autor, incidindo a regra do §5º no que diz respeito à parte excedente.

§7º O disposto no § 5.º é inaplicável quando o devedor for a Fazenda Pública, hipótese em que a multa será integralmente devida ao credor.

SUGESTÃO

§3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente, desproporcional ou excessiva;

(...)

§6º Sendo o valor da obrigação inestimável, deverá o juiz estabelecer o montante que será devido ao autor, incidindo a regra do §5º no que diz respeito à parte excedente, e o §3º no que se refere à modificação do valor ou à periodicidade da multa.

§7º O valor excedente a que se refere o §5º deverá ser destinado ao Estado da Federação onde se situa o juízo quando a União for a devedora e à União, quando o Estado for o devedor.

Justificativa

No art. 503, sugere-se adequar o texto proposto de modo a permitir a eventual defesa da parte, nos casos em que lhe tenha sido imputada multa que considere ter extrapolado um valor suficiente para atingir o fim a que se prestava, originalmente.

Art. 504 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

Art. 504. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedida em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

Parágrafo único. Aplicam-se à ação prevista neste art., no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer.

SUGESTÃO

Art. 504. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedida em favor do credor mandado de busca e apreensão ou

de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel, salvo se a coisa imóvel estiver afetada a serviço público.

Justificativa

No art. 504, sugere-se uma solução para grandes problemas vivenciados na prática, notadamente no que se refere à prestação de serviços públicos essenciais, como os da área de saúde, educação e segurança.

Art. 551 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

Art. 551. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderão 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 os demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Sugestão de acréscimo de novo parágrafo:

§ 3º Quando o inventário e partilha forem feitos por escritura pública, fica obrigada, a serventia que a lavrar, a enviar cópia, no prazo de trinta (30) dias da lavratura, à repartição fiscal estadual competente, para averiguação da regularidade do recolhimento do imposto de transmissão.

Art. 551 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

Art. 551. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderão fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

SUGESTÃO

Art. 551. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderão fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário, para fins de liberação de pecúlio, de verbas devidas em vida ao de cujus, de seguro de vida e outras verbas semelhantes em favor de seus herdeiros.

Justificativa

No art. 551, sugere-se solução para grandes problemas vivenciados na prática, notadamente no que se refere à dificuldade que alguns herdeiros enfrentam para receberem as verbas elencadas acima, por força da exigência de alvará judicial, pelas instituições privadas e pelos órgãos públicos.

REDAÇÃO ATUAL

Art. 551....

...

§ 2º A escritura e os demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

SUGESTÃO

Art. 551....

...

§ 2º A escritura e os demais atos notariais serão gratuitos aos que se declararem pobres sob as penas da lei, assim considerados aqueles cuja renda familiar não exceda cinco salários mínimos.

REDAÇÃO ATUAL

Art. 667....

...

§ 3º A escritura e os demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

SUGESTÃO

Art. 667....

...

§ 3º A escritura e os demais atos notariais serão gratuitos aos que se declararem pobres sob as penas da lei, assim considerados aqueles cuja renda familiar não exceda cinco salários mínimos.

SUGESTÃO

Art. 551...

...

§ 3º A escritura pública somente será lavrada mediante a comprovação dos tributos devidos.

§ 4º O tabelião será solidariamente responsável com as partes pelo descumprimento do disposto no parágrafo acima ou pela insuficiência do recolhimento dos tributos, quando agir com culpa.

Art. 667...

...

§ 4º Havendo partilha de bens, a escritura de separação ou divórcio somente será lavrada mediante a comprovação dos tributos devidos.

§ 5º O tabelião será solidariamente responsável com as partes pelo descumprimento do disposto no parágrafo acima ou pela insuficiência do recolhimento dos tributos, quando agir com culpa.

Justificativa

No art. 551 e no art. 667, que tratam respectivamente do inventário por escritura pública e da escritura de separação ou divórcio, sugere-se a introdução de definição de pobreza, já que a regra, tal qual redigida, padece de inaceitável subjetividade. Observe-se que, ao contrário do que ocorre no processo judicial, não há mecanismo na escritura para aferição do alegado estado de necessidade. Por outro lado, recomenda-se a inclusão de um parágrafo determinando que a lavratura só ocorrerá mediante a comprovação do pagamento dos tributos devidos, bem assim de regra estabelecendo a responsabilidade solidária do tabelião pela insuficiência de recolhimento de tributos, quando tal decorrer de procedimento culposo deste.

Art. 552 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

Art. 552. O processo de inventário e de partilha deve ser aberto dentro de dois meses a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos doze meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte.

Sugestão:

Art. 552. O processo de inventário e de partilha deve ser aberto dentro de dois meses a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos doze meses subsequentes, de ofício ou a requerimento de parte.

Justificativa

Se mantida a redação do Projeto, criar-se-á uma grande insegurança na aplicação da multa e, inclusive, possibilidade de favorecimentos, haja vista que o juiz, ao acatar pedido de prorrogação dos prazos, poderá elidir a aplicação de multas capituladas na legislação estadual que, aliás, é competente para tanto (art. 155, CF). Portanto, a sugestão é excluir a expressão “podendo o juiz prorrogar esses prazos”.

Art. 553 - Rio de Janeiro

SUGESTÃO

Parágrafo único. Compete ao juiz decidir, ainda, todas as questões relacionadas à validade e ao caráter executivo da escritura pública mencionada no art. 551.

Justificativa

No art. 553, sugere-se inserir um parágrafo único, buscando solucionar outra

questão de ordem prática, especialmente quanto aos casos de sentença terminativas, em razão de alegada ausência de interesse de agir, proferidas em ações declaratórias ajuizadas pelos herdeiros tentando dar eficácia executiva às escrituras públicas oriundas dos procedimentos de inventário e partilha pela via administrativa.

Art. 560 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto

Art. 560. Incumbe ainda ao inventariante, ouvidos os interessados e com autorização do juiz:

- I - alienar bens de qualquer espécie;
- II - transigir em juízo ou fora dele;
- III - pagar dívidas do espólio;
- IV - fazer as despesas necessárias com a conservação e o melhoramento dos bens do espólio.

Sugestão de acréscimo de parágrafo único:

Parágrafo único. A execução de qualquer das medidas capituladas neste artigo, sem autorização judicial, importará na nulidade da mesma.

Justificativa

Coibir a prática atual de se alienar bens do espólio e, após sacramentado o ato, comunicar-se ao Juízo.

Art. 562 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

Art. 562. Só se pode arguir de sonegação ao inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar.

Sugestão:

Art. 562. Só se pode arguir de sonegação ao inventariante depois de apresentadas as últimas declarações, oportunidade em que o inventariante deverá declarar a inexistência de outros bens a inventariar.

Justificativa

Ficou muito vago o momento em que o inventariante poderá declarar a inexistência de outros bens. O momento correto para isso é na apresentação das últimas declarações. Após, pode-se considerar como sonegado.

Art. 579 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

Art. 579. 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.

SUGESTÃO

Art. 579. Feito o cálculo, sobre ele serão ouvidas todas as partes no prazo comum de cinco dias, que correrá em cartório e, por último, a Fazenda Pública, diante da especificidade da matéria.

Justificativa

No art. 579, a sugestão formulada diz respeito à questão dos cálculos em procedimentos de inventário e afins, nos quais, dada a natureza específica da matéria (inclusive com repercussões tributárias), se recomenda que a manifestação fazendária seja a última (posteriormente à do Ministério Público, inclusive).

Art. 595 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

Art. 595. Pago o imposto de transmissão a título de morte e juntada aos autos certidão ou informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha.

Parágrafo único. A existência de dívida para com a Fazenda Pública não impedirá o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido.

Sugestão:

Supressão do parágrafo único

Justificativa

O parágrafo único é incompatível com o art. 192 do CTN e com o artigo seguinte do Projeto - art. 596, IV - onde é exigida a quitação dos impostos para a expedição dos formais de partilhas.

Art. 600 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

Art.600 A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 601 a 604.

Sugestão

Art.600 A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova de quitação dos tributos e com observância dos arts. 601 a 604.

Justificativa

Houve retrocesso no que se refere à garantia do pagamento de tributos para o inventário por arrolamento. A redação Sugestão no Projeto, provavelmente desejando simplificar o procedimento para as partes, criou sério entrave para a Fazenda cobrar o Imposto de Transmissão, na medida em que não condicionou a expedição dos títulos e alvarás à comprovação do pagamento dos tributos. Como está, o Projeto obrigará a Fazenda Estadual a efetuar o lançamento administrativo posterior, com grave risco de evasão de receita.

Art. 600 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto

Art. 600. (...)

§ 1º (...)

§ 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, será lavrado o respectivo formal, bem como 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, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros.

Sugestão:

§ 2º 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 serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos.

Justificativa

Sugere-se a manutenção do texto do § 2º do art. 1031 do atual CPC, que veda a expedição dos formais sem a verificação do correto recolhimento tributário, a cargo da Fazenda Pública.

Art. 605 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto

Art. 605. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a mil salários mínimos, o inventário se processará na forma de arrolamento, 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.

§ 1º Se qualquer das partes ou o Ministério Pùblico impugnar a estimativa, o juiz nomeará um avaliador, que oferecerá laudo em dez dias.

Sugestão:

§ 1º Se qualquer das partes, Fazenda Pública ou o Ministério Pùblico impugnar a estimativa, o juiz nomeará um avaliador, que oferecerá laudo em dez dias.

Justificativa

A faculdade estabelecida nesse artigo de dar ao inventariante o direito de atribuir aos bens o valor que entender devido certamente causará distorções, haja vista o interesse pelo processo de arrolamento, mais célere, podendo, inclusive, lesar interesses de incapazes, razão pela qual sugere-se incluir a Fazenda Pública para impugnar a estimativa.

Art. 607 - Mato Grosso do Sul**Redação do Projeto:**

Art. 607. Independrá de inventário ou arrolamento o pagamento dos valores previstos na Lei n. 6.858, de 24 de novembro de 1980.

Sugestão:

Art. 607. Independrá de inventário ou arrolamento o pagamento dos valores previstos na Lei n. 6.858, de 24 de novembro de 1980, o que não elide eventual incidência tributária.

Justificativa

O entendimento dado à Lei 6.858/80 é no sentido de que, como não se exige a abertura de inventário ou arrolamento para o levantamento de tais valores, também não incide o ITCD sobre os mesmos, o que não se coaduna com o direito posto, haja vista que referido tributo é de competência estadual (art. 155 da CF), não podendo lei federal dispor sobre a incidência do mesmo.

Art. 625 - Rio de Janeiro**REDAÇÃO ATUAL**

Parágrafo único. A citação será pessoal, se a parte não tiver procurador constituído nos autos.

SUGESTÃO

Parágrafo único. A citação será pessoal, se a parte não tiver procurador constituído nos autos, bem como se a Fazenda Pública integrar a relação processual.

Justificativa

No art. 625, a sugestão procura adequar o texto proposto à sistemática estabelecida pelo Projeto, que solucionou a questão da intimação pessoal da Fazenda Pública em alguns de seus dispositivos.

Art. 657 - Rio de Janeiro**REDAÇÃO ATUAL**

Art. 657. O juiz decidirá o pedido no prazo de dez dias.

Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.

SUGESTÃO

Art. 657. O juiz decidirá o pedido no prazo de dez dias.

Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo valer-se de critérios de equidade para solução da questão que lhe houver sido submetida.

Justificativa

No art. 657, sugere-se modificação do texto proposto porque a equidade, ligada à idéia de Justiça, como parece ser da intenção do Legislador, difere da discricionariedade. Neste ponto, vale ressaltar, não há sequer unanimidade entre os operadores do direito acerca da existência de uma chamada discricionariedade judicial. Parece mais adequado que o juiz decida, não de acordo com sua conveniência ou com sua avaliação de oportunidade, mas, sim, de acordo com os critérios mais condizentes com a Justiça do caso concreto.

Arts. 660 a 663 - Rio de Janeiro

Quanto aos arts. 660 a 663, sugere-se suprimi-los do projeto, na medida em que o texto trata das notificações e interpelações judiciais, o que pode perfeitamente ser suprido pela atividade extrajudicial dos ofícios de notas. Se houver necessidade de alguma interpelação “judicial”, em caráter excepcional, será possível à parte invocar o poder geral de cautela (o que permitirá ao magistrado maior controle em relação a eventuais abusos) ou, até mesmo, se adote algum procedimento de jurisdição não contenciosa, na forma do art. 653.

Art. 667 - Rio de Janeiro (MS ratifica a sugestão)

REDAÇÃO ATUAL

Art. 667. A separação e o divórcio consensuais, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, serão realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 665.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º 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 constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e os demais atos notariais serão gratuitos para aqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Sugestão: acréscimo de parágrafo

§4º. Havendo partilha de bens, a escritura pública de separação e divórcio somente será lavrada após a comprovação do pagamento dos tributos devidos.

Justificativa

No art. 667 do projeto parece recomendável incluir-se um parágrafo 4º prevendo o recolhimento dos tributos devidos, de modo a permitir definição imediata de eventuais questões sobre o tema, e, em última análise, evitar o “retorno” das partes ao Poder Judiciário para a discussão de possíveis dívidas tributárias.

Art. 668 - Rio de Janeiro**SUGESTÃO**

Art. 668...

Parágrafo Único - Quando a alteração do regime de bens implicar em transferência de patrimônio de um cônjuge ao outro, o pedido só será deferido após o pagamento dos tributos devidos à Fazenda Pública.

Justificativa

No art. 668, que cuida da alteração do regime de casamento, sugere-se deixar claro, mediante a introdução de um parágrafo único, que o pedido só será deferido após o pagamento dos tributos devidos à Fazenda Pública, quando for o caso.

Art. 681 - Rio de Janeiro**Redação do Projeto**

Art. 681. Na petição em que se requerer a interdição, o requerente provará a sua legitimidade, especificará os fatos que revelam a anomalia psíquica, juntando laudo médico para fazer prova de suas alegações ou informando a impossibilidade de fazê-lo, e assinalará a incapacidade do interditando para reger a sua pessoa e administrar os seus bens.

SUGESTÃO

Art. 681. Na petição em que se requerer a interdição, o requerente provará a sua legitimidade, especificará os fatos que revelam a anomalia psíquica ou a impossibilidade de manifestar o interditando sua vontade, juntando laudo médico para fazer prova de suas alegações ou informando a impossibilidade de fazê-lo, e assinalará a incapacidade do interditando para reger a sua pessoa e administrar os seus bens.

Justificativa

No art. 681, a redação Sugestão faz referência a “anomalia psíquica”, genericamente, o que poderia, eventualmente, restringir o alcance da

interdição. Assim, para evitar dúvidas em tema dessa relevância, sugere-se inserir na redação o trecho abaixo.

Art. 716 - Rio de Janeiro

REDAÇÃO ATUAL

Art. 716. Considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bens:

(...)

III - nos demais casos expressos em lei.

SUGESTÃO

Art. 716. Considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bens:

(...)

III - quando ao tempo da alienação ou oneração corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

IV - nos demais casos expressos em lei.

Parágrafo único. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens ou direitos sujeitos a penhora ou arresto.

Justificativa

No art. 716, recomenda-se agregar à fórmula Sugestão, de reconhecimento da fraude à execução, regra similar à do inciso II do art. 593 do CPC/1973, de modo a não restringir o reconhecimento da fraude à execução e, em consequência, trazer maior dificuldade à efetivação de direitos. O projeto parece exigir o registro como requisito essencial para tal reconhecimento, mas acredita-se que uma “válvula de escape” seja necessária, até por não se mostrar suficiente a só referência à “prova de má-fé” (prova que, inclusive, é difícil). Também seria recomendável trazer, aqui, regra similar à do atual art. 615-A do CPC, que trata da obtenção de certidão atestando a distribuição da execução e posterior averbação em registros de propriedade de imóveis, veículos etc. Os parágrafos do referido art. 615-A tratam de matéria procedural, que pode ser disciplinada por resolução do CNJ ou dos tribunais de justiça, sem qualquer prejuízo, ou de questões já abordadas em outros dispositivos, como o “excesso na averbação” ou a responsabilidade do exequente.

Da penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira

Art. 778 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

Art. 778. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz poderá, a requerimento do exequente, em decisão fundamentada, transmitida preferencialmente por meio eletrônico, ordenar à

autoridade supervisora do sistema bancário que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

§ 1º A ordem de indisponibilidade prevista no caput será precedida de requisição judicial de informação sobre a existência de ativos financeiros em nome do executado, bem como sobre os respectivos valores, a qual será dirigida à autoridade supervisora do sistema bancário.

§ 2º Na requisição a que se refere o § 1º, a autoridade supervisora do sistema bancário limitar-se-á a prestar as informações exigidas pelo juiz, sendo-lhe vedado determinar, por iniciativa própria, a indisponibilidade de bens do executado.

Sugestão:

Art. 778. (...)

§ 1º A ordem de indisponibilidade prevista no caput será precedida de consulta sobre a existência de ativos financeiros em nome do executado, bem como sobre os respectivos valores, a qual será dirigida à autoridade supervisora do sistema bancário. **Na hipótese de saldo positivo, este deverá ser de imediato indisponibilizado.**

§ 2º Na requisição a que se refere o § 1º, a autoridade supervisora do sistema bancário limitar-se-á a cumprir a determinação judicial, sendo-lhe vedado determinar, por iniciativa própria, a indisponibilidade de bens do executado.

Justificativa

Sugestão de que as ordens dos §§ 1º e 2º sejam enviadas pelo juiz concomitantemente, ou seja, quando for realizada a consulta, seja também sucessivamente realizada a indisponibilidade de dinheiro, se o resultado da consulta for positivo, a fim de se evitar que o devedor providencie a retirada de dinheiro da conta nesse meio tempo, até porque, muitas vezes, em razão de relacionamento pessoal com o respectivo gerente, pode o mesmo ser avisado quanto aos procedimentos que estiverem sendo realizados.

Ação rescisória - alteração do prazo para propositura

Art. 857 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

Art. 857. (...)

§ 1º Assegura-se a defesa oral prevista no caput à ação rescisória e ao agravo de instrumento interposto de decisões interlocutórias que versem sobre o mérito da causa.

Sugestão:

§ 1º Assegura-se a defesa oral prevista no caput à remessa necessária, a ação rescisória e ao agravo de instrumento interposto de decisões interlocutórias que versem sobre o mérito da causa.

Justificativa

Como se verifica, o limite de alçada para a remessa necessária aumentou para 1.000 salários mínimos, valor considerável (hoje aproximadamente meio milhão de reais). A oportunidade de sustentação oral nas remessas necessárias seria mais uma oportunidade de defesa ao Estado e não deveria ser negada ao Poder Público somente porque a remessa não tem natureza de recurso (e sim de condição de eficácia da sentença).

Art. 863 - Rio de Janeiro (MS ratifica a proposta)**REDAÇÃO ATUAL**

Art. 863. Havendo recursos de vários litisconsortes versando a mesma questão de direito, a primeira decisão favorável proferida prejudica os demais recursos.

SUGESTÃO

Art. 863. Havendo recursos de vários litisconsortes versando a mesma questão de direito, devem ser todos reunidos para julgamento conjunto, ou ser facultada a manifestação dos demais recorrentes naquele recurso que será primeiramente julgado.

Justificativa

No art. 863, o projeto prevê que a decisão do recurso de um litisconsorte, sobre uma questão de direito, prejudica os recursos dos demais. Sugere-se seja ressalvada a Fazenda Pública, haja vista a indisponibilidade do direito público, ou, ao menos, que haja a reunião dos recursos para julgamento em conjunto, evitando prejuízo aos outros recorrentes.

Art. 893 - São Paulo**Redação do Projeto:**

Art. 893. O direito de propor ação rescisória se extingue em um ano contado do transito em julgado da decisão.

Par. Único. Se fundada no art. 884, incisos I e VI, primeira parte, o termo inicial do prazo será computado do trânsito em julgado da sentença penal.

Sugestão:

Art. 495 - O direito de propor ação rescisória se extingue em 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da decisão

Justificativa

A coisa julgada, embora garantia constitucional que assegura a estabilidade das relações jurídicas, evoluiu para admitir, em alguns casos, a sua relativização, o que vem sendo objeto de análise nas Cortes Superiores⁵.

⁵ AÇÃO RESCISÓRIA. ACOLHIMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE POR ERRO MATERIAL. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE, ALÉM DE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO A EXISTÊNCIA DE ERRO

Com esse movimento, o prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória passou a ser insuficiente para abarcar as situações capazes de colocar em questão a validade da decisão transitada em julgado, lapso que foi considerado em outro cenário, muito anterior ao atual estágio das reformas do Código de Processo Civil.

Essa dilatação de prazo tem em conta que, não raro, são de difícil apuração os dados necessários à desconstituição da decisão judicial, o que acaba por eternizar injustiças depois verificadas flagrantes.

Com isso convém admitir que o termo final fixado pelo CPC em vigor deixa a descoberto situações que acabam gerando tentativas de desconstituição pela via da teoria da relativização, muitas vezes deixando o jurisdicionado frente a óbices que se revelam intransponíveis, inobstante a evidência do direito reclamado, já que destinado esse expediente a situações extraordinárias⁶.

Tendo em conta a teleologia das reformas e dos estudos direcionados ao novo diploma processual civil, o alargamento desse prazo ao invés da diminuição prevista no Projeto, não só proporcionará a possibilidade de, descoberto o vício em data posterior ao atual sistema, vir a ser devidamente entregue a justiça como deveria ter sido na ocasião apropriada, como também evitará a atividade recursal decorrente das tentativas infrutíferas de utilização das vias atuais de desconstituição.

Convém reprimir aqui parte do Parecer de lavra do Dr José Roberto de Moraes, que bem explana o tema da necessidade de maior prazo para a propositura da rescisória, sendo Autora a Fazenda Pública:

O segundo é a nova redação do art. 188, inciso I, que estabelece prazo em dobro para a Fazenda Pública e o Ministério Público promoverem a ação rescisória (redação dada pela Medida Provisória nº 1.798-4, de 7 de maio de 1999). Como já disse a nova redação do dispositivo está com sua vigência suspensa por força de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Conselho Federal da

MATERIAL, REPUTOU DEVIDA A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA POR CONSIDERAR INADMISSÍVEL A PERPETRADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA JUSTA INDENIZAÇÃO, DA RAZOABILIDADE E DA MORALIDADE.

⁶ Ação de nulidade (querella nullitatis). Coisa julgada material (relativização). Situação extraordinária (não ocorrência).

1. Admite-se a relativização da coisa julgada material em situações extraordinárias, por exemplo, quando se trata de sentença nula ou inexistente, embora haja, no Superior Tribunal, vozes que não admitem a relativização em hipótese alguma.
2. Em se tratando de sentença injusta, ou melhor, de errônea resolução da questão de fato (erro de fato), como na espécie (é o que se alega e é o que se diz), não é lícito o emprego da ação de nulidade.
3. A admissão, em casos que tais, da querella nullitatis contribuiria para descharacterizar, mais e mais, a substância da coisa julgada - a sua imutabilidade.
4. Recurso especial do qual se conheceu e ao qual se deu provimento para se restabelecer a sentença que indeferira a inicial.

(REsp 893.477/PR, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 19/10/2009)

Ordem dos Advogados do Brasil (ADIn nº 1.910-1, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence).

De qualquer forma havia, no nosso entendimento, uma Justificativa para esta diferenciação quanto ao prazo. Dois anos para o particular é um tempo bastante longo enquanto que dois anos para a Fazenda Pública, como diz o ditado popular, dura quanto dura uma rosa. Dois anos até se concluir que há elementos ensejadores da rescisória, etc., é um tempo muito pequeno para a realidade da vida pública. De qualquer sorte, parece realmente não haver uma razão muito forte para o tratamento diferenciado, como está estampado na decisão do Supremo Tribunal Federal. Tanto é que no projeto de conversão da medida provisória, que está em trânsito no Congresso Nacional, o prazo da ação rescisória vai voltar a ser, como era no Código de Processo Civil de 1939, de cinco anos para todos, e com isso o problema relativo à isonomia restará resolvido.

Na realidade, como advogado público, verificamos que esta possível alteração do prazo da rescisória para cinco anos não vai apresentar, na prática, muita diferença. Como usualmente ocorre, o particular vai se valer do menor prazo possível para propor a ação rescisória se for o caso. Parece-nos, ainda como advogado público, que, neste contexto, não haverá qualquer espécie de agravamento na situação da Fazenda.

A terceira diferenciação relativa à ação rescisória está na criação do inciso X do artigo 485 do Código de Processo Civil (também por força da Medida Provisória nº 1.798-4, de 7 de maio de 1999), que autoriza a rescisão da sentença quando ela estiver baseada em indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta manifestamente superior ou inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial. Na realidade esse dispositivo nada mais é do que uma explicitação da hipótese do cabimento da rescisória pela prova falsa, que consta do inciso VI do art. 485 do Código de Processo Civil. Isto porque uma avaliação que seja superior ou inferior ao valor de mercado e que tenha fundamentado o proferimento da decisão judicial, parece-nos, pode ser amoldada ao conceito de prova falsa já previsto pela lei processual civil.

Entendemos que o inciso foi colocado apenas para evidenciar que nesta hipótese específica da avaliação (embora possa ser compreendida pelo conceito de prova falsa) tem cabimento a ação rescisória. O motivo desta alteração surgiu quando com a estabilização da moeda, pudemos verificar que determinadas indenizações contra o Poder Público atingiam valores estratosféricos, valores que não têm mais sentido para a atual realidade de mercado.

Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal está debatendo, hoje, o confronto prático de dois princípios da Constituição. Um é o princípio da justa indenização e o outro é o princípio da coisa julgada. Qual deles vale mais? Qual deles deve prevalecer? O da coisa julgada porque o caso já foi julgado, e não há mais o que se fazer ou o princípio da justa indenização? Este princípio deve ser entendido bilateralmente. Trata-se da justa indenização dos dois

lados da relação processual. É, pois, aquela que remunera adequadamente o dano sofrido, pelo apossamento do bem e que remunere da forma justa, da forma correta, aquele mesmo apossamento.

Há uma inclinação do Supremo Tribunal Federal no sentido de fazer prevalecer o princípio da justa indenização. Esse aspecto foi tratado pelo Professor Humberto Theodoro Júnior de uma forma extremamente adequada em um parecer que foi elaborado para um destes casos, parecer este que está publicado num livro sobre a regularização fundiária de áreas ambientais protegidas, editado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e a Secretaria de Estado do Meio Ambiente.

Neste parecer, o Professor Humberto Theodoro coloca, a nosso ver com a maestria de sempre, que no conflito daqueles dois princípios constitucionais (justa indenização e coisa julgada), deve ter sua solução em um terceiro princípio existente na própria Constituição – o fiel da balança –, que é o princípio da moralidade. E este princípio aplica-se a toda a atividade pública inclusive à do Judiciário. Através do exame do princípio da moralidade é que se vai verificar, em cada caso concreto, qual princípio que deve prevalecer: se o princípio da autoridade da coisa julgada ou se o princípio da justa indenização. Na realidade esta foi a razão da existência ou colocação deste inciso X no artigo 485, o motivo para a ação rescisória, embora sua eficácia esteja suspensa mercê da liminar concedida na ADIn nº 1.910-1, já referida.

ART. 895 - Rio de Janeiro (MS apóia a sugestão)

REDAÇÃO ATUAL

Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

SUGESTÃO

Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelas pessoas jurídicas de direito público, por petição.

Justificativa

No art. 895 e seguintes, o projeto do novo Código prevê incidente de resolução de demandas repetitivas. Ao cuidar da legitimidade para instaurar tal incidente, que tem caráter de resolução coletiva de demandas, previu o parágrafo 1º legitimidade ao juiz, às partes, ao MP e à Defensoria, deixando de lado as pessoas jurídicas de direito público, que possuem legitimidade para propor as ações coletivas em geral. É interessante pleitear a ampliação dessa legitimidade.

Art. 900 - Rio de Janeiro (MS ratifica a sugestão)**REDAÇÃO ATUAL**

Art. 900. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.

SUGESTÃO

Art. 900. As partes, os interessados, o Ministério Público, a Defensoria Pública e as pessoas jurídicas de direito público, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.

Justificativa

No art. 900, e em igual sentido à proposição acima, sugere-se a ampliação da legitimidade para o pedido de suspensão de causas.

Art. 922 - Rio de Janeiro (MS apóia a proposta)**REDAÇÃO ATUAL**

Art. 922. Se o tribunal, por unanimidade, não admitir ou negar provimento ao recurso, o acórdão fixará novos honorários de sucumbência em favor do recorrido, observado o art. 73.

SUGESTÃO

Art. 922. Se o tribunal, por unanimidade, não admitir ou negar provimento ao recurso, o acórdão fixará novos honorários de sucumbência em favor do recorrido, observado o art. 73, e ressalvados os casos em que o recorrente defende direito indisponível.

Justificativa

No art. 922, o projeto prevê a figura da sucumbência recursal, no que se sugere sejam ressalvados os recorrentes que estão diante de indisponibilidade do interesse que defendem, inclusive a Fazenda Pública.

Suscitação de novas questões de fato na apelação

Art. 927 - São Paulo (MS ratifica a sugestão)

Redação do Projeto:

Art. 927. As questões de fato não Sugestões no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

Sugestão:

Eliminação do artigo.

Justificativa

A inovação dos fatos na fase recursal ocasionará grave prejuízo à parte contrária, eis que os fatos podem vir a ser objeto de irresignação pela parte contrária e poderá demandar necessidade de comprovação desses novos fatos.

Ocorre que no Tribunal de Justiça não é possível o exercício da instrução probatória com realização de audiências para oitiva de testemunhas, realização de perícias, depoimento pessoal das partes etc.

Entende que novas questões de fato após a prolação da sentença sem possibilidade de comprovação da verdade/inverdade mediante regular instrução probatória poderá ocasionar grave lesão à parte contrária em razão de ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Além disso, poderá ocasionar retardamento no julgamento do recurso e consequentemente no deslinde da ação, o que acaba por violar o princípio da celeridade insculpido no artigo 4º. do Projeto: As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

Art. 933 - Mato Grosso do Sul

Redação do Projeto:

Art. 933. (...)

I - (...)

II - (...)

III - (...)

Parágrafo único. A decisão liminar, proferida na hipótese do inciso I, é irrecorrível.

Sugestão:

Parágrafo único. A decisão liminar, proferida na hipótese do inciso I, é recorrível por agravo interno.

Justificativa

A irrecorribilidade da decisão obrigaria a parte a impetrar mandado de segurança para obter o mesmo resultado, conforme o atual entendimento doutrinário e jurisprudencial (STJ). Ora, não faz sentido obrigar a parte a utilizar medida mais cara, complexa e demorada para o mesmo fim, pois isto restringe o acesso à justiça e prejudica a igualdade entre as partes.

Embargos de declaração sem efeito suspensivo

Art. 941 - São Paulo (MS ratifica a sugestão)

Redação do Projeto:

Art. 941. Os embargos de declaração não têm efeito suspensivo e, salvo quando intempestivos, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes.

Sugestão: eliminação da palavra “não”

Art. 941. Os embargos de declaração têm efeito suspensivo e, salvo quando intempestivos, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes.

Justificativa

A finalidade dos embargos declaratórios é justamente para sanar obscuridade, contradição ou omissão na decisão proferida.

Não se mostra coerente que embargos opostos para sanar questão visando obter a correta interpretação do julgado não tenham efeito suspensivo e dessa forma, decisão obscura, contraditória ou omissa tenha efeitos concretos imediatos.

Certamente os embargos serão opostos quando a parte vislumbrar essas situações na decisão, sob pena de tê-los considerados protelatórios, sujeitando-os ao pagamento de multa de até cinco por cento sobre o valor da causa, conforme previsão do parágrafo 1º. do artigo do Projeto⁷ supra mencionado.

Várias e sucessivas multas ocasionando excessiva oneração do processo para as partes

⁷ § 1º. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a cinco por cento sobre o valor da causa.

São Paulo

O Projeto revela-se pródigo na imposição de MULTAS aos atores da relação jurídica processual, demonstrando caráter punitivo ao invés de estimular a atuação responsável das partes.

Exemplificando, são inúmeras as passagens nas quais consta a cominação, nas mais diversas situações, a ponto de, por conta do exagero, comprometer o acesso à justiça.

Um dos membros da Comissão de Juristas critica esse conteúdo, estando ao final trecho da correspondência por ele enviada.

Seguem:

Art. 66. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

- I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
 - II - proceder com lealdade e boa-fé;
 - III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
 - IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;
 - V - cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.
- § 1º Ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.
-

Art. 70. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a dois por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

§ 3º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa referida no caput poderá ser fixada em até o décuplo do valor das custas processuais.

Art. 73. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, salvo se houver perda do objeto, hipótese em que serão imputados à parte que lhe tiver dado causa.

§ 7º Os honorários referidos no § 6º são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive a do art. 66.

Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VI - determinar o pagamento ou o depósito da multa cominada liminarmente, desde o dia em que se configure o descumprimento de ordem judicial;

Art. 157. É vedado lançar nos autos cotas marginais ou interlineares, as quais o juiz mandará riscar, impondo a quem as fizer escrever multa correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo.

Art. 190. É lícito a qualquer interessado cobrar os autos ao advogado que exceder ao prazo legal.

§ 1º Se, intimado, o advogado não devolver os autos dentro de vinte e quatro horas, perderá o direito à vista fora de cartório e incorrerá em multa correspondente à metade do salário

mínimo vigente na sede do juízo.

Art. 191. Aplicam-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública os arts. 189 e 190; a multa, se for o caso, será aplicada ao agente público responsável pelo ato.

Art. 215. A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente os requisitos para a sua realização, incorrerá em multa de cinco vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo.

Art. 270. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer pleito:

I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;

II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.

Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

Parágrafo único. Independendo igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob combinação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecatório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

Art. 382. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de cinco dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver; se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas mandamentais, sub-rogatórias, indutivas e coercitivas.

Art. 448. O perito pode ser substituído quando:

I - faltar-lhe conhecimento técnico ou científico;

II - sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado.

Parágrafo único. No caso previsto no inciso II, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo.

Art. 457. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame ao diretor do estabelecimento.

§ 2º Descumpridos os prazos do § 1º, poderá o juiz infligir multa ao órgão e a seu dirigente, por cujo pagamento ambos responderão solidariamente.

Art. 481. A indenização por perdas e danos se dará sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação.

Art. 495. Na ação de cumprimento de obrigação de pagar quantia, transitada em julgado a sentença ou a decisão que julgar a liquidação, o credor apresentará demonstrativo de cálculo discriminado e atualizado do débito, do qual será intimado o executado para pagamento no prazo de quinze dias, sob pena de multa de dez por cento.

Art. 566. O inventariante removido entregará imediatamente ao substituto os bens do espólio; deixando de fazê-lo, será compelido mediante mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de bem móvel ou imóvel, sem prejuízo da multa a ser fixada pelo juiz em montante não superior a três por cento do valor dos bens inventariados.

Art. 700. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando artifícios;

III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores, não exibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa ao devedor em montante não superior a vinte por cento do valor 204

atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do credor, exigível na própria execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

Art. 730. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de três dias, satisfazer a obrigação.

§ 1º Ao despachar a inicial, o juiz poderá fixar **multa** por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo.

Art. 748. Na execução de obrigação de fazer ou não fazer fundada em título extrajudicial, ao despachar a inicial, o juiz fixará **multa** por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

Art. 814. Quando o imóvel de incapaz não alcançar em leilão pelo menos oitenta por cento do valor da avaliação, o juiz o confiará à guarda e à administração de depositário idôneo, adiando a alienação por prazo não superior a um ano.

§ 1º Se, durante o adiamento, algum pretendente assegurar, mediante caução idônea, o preço da avaliação, o juiz ordenará a alienação em leilão.

§ 2º Se o pretendente à arrematação se arrepender, o juiz impor-lhe-á **multa** de vinte por cento sobre o valor da avaliação, em benefício do incapaz, valendo a decisão como título executivo.

Art. 837. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, o executado poderá requerer seja admitido a pagar o restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de um por cento ao mês.

§ 1º Sendo a Sugestão deferida pelo juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso seja indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

§ 2º O não pagamento de qualquer das prestações acarretará cumulativamente:

I - o vencimento das prestações subsequentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos;

II - a imposição ao executado de **multa** de dez por cento sobre o valor das prestações não pagas.

Art. 853. Incumbe ao relator:

§ 2º Quando manifestamente inadmissível o agravo interno, assim declarado em votação unânime, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado **multa** fixada entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Art. 886. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 303, devendo o autor:

I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa;

II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, a título de **multa**, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

Art. 922. Se o tribunal, por unanimidade, não admitir ou negar provimento ao recurso, o acórdão fixará novos honorários de sucumbência em favor do recorrido, observado o art. 73.

Parágrafo único. Os honorários de que trata o caput são cumuláveis com **multas** e outras sanções processuais, inclusive a do art. 66

Art. 941. Os embargos de declaração não têm efeito suspensivo e, salvo quando intempestivos, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes.

§ 1º Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal condenará o embargante a pagar ao embargado **multa** não excedente a cinco por cento sobre o valor da causa.

Realmente, da mesma forma que ocorre com os Magistrados, os advogados públicos também são regidos por leis orgânicas próprias que disciplinam a conduta dos profissionais.

A penalidade de multa refoge da atividade jurisdicional e vislumbra-se que a premissa do Projeto é que todos os recursos são procrastinatórios ou indevidos, quando essa não é a realidade; haja vista o grande número de recursos que são providos pelos Tribunais.

Tanta penalidade parece ser uma tentativa desesperada de evitar-se que

sejam interpostos recursos tendentes a defender as partes e ao final acabará sendo uma forma gratuita de onerar os custos do processo para as partes pelo simples exercício do direito de defesa garantido constitucionalmente.

Sob essa ótica, tantas penalidades por atos que sejam considerados necessários pelo profissional para a defesa de seu cliente acabam por implicar no cerceamento ao princípio do devido processo legal, que se extrai do exercício da ampla defesa e do contraditório.

Não cabimento de aplicação de multa em face da Fazenda Pública para cumprimento de ordem judicial

São Paulo

Redação do Projeto:
Inexistente

Sugestão:

Inclusão de dispositivo prevendo a impossibilidade de multa em face do Poder Público.

Art. Não é possível a aplicação de multa cominatória em face do Poder Público.

Justificativa

A cominação de multa em eventual atraso no cumprimento de ordem judicial ou execução antecipatória ou definitiva contra a pessoa de direito público é contrária à própria finalidade do instituto.

As multas cominatórias foram introduzidas em nossa legislação processual objetivando dar maior coercibilidade, em especial, ao processo de execução de obrigação de fazer. Sua natureza é coercitiva e não compensatória.

Outrossim, mutatis mutandis, a multa cominatória está para o cumprimento da obrigação de fazer como a prisão civil está para o devedor de alimentos ou depositário infiel.

Em qualquer das situações, a medida adotada busca o cumprimento de uma decisão judicial. Assim como a Fazenda do Estado não poderia ter sua prisão decretada no caso de deixar de cumprir a liminar, eis que a satisfação da referida obrigação deve ser perseguida na forma determinada na Constituição Federal ou pelo Código de Processo Civil; da mesma forma, afigura-se incabível a aplicação de multas cominatórias com o intuito de ver cumprida mais celeremente a imposição legal.

Com efeito, a imposição de multa contra a Fazenda não irá despertar o efeito pretendido pela parte contrária e pela própria lei, uma vez que o ônus da multa não recai sobre a autoridade que não cumpriu a decisão, mas sobre a pessoa jurídica que representa.

Certamente um dispositivo que busque a responsabilização do servidor renitente que tenha poderes de acatar a ordem judicial tenha uma eficácia maior, sem onerar a população - o valor da multa sai do caixa do erário onde são depositados os impostos pagos pela população, que é o mesmo caixa que sustenta as políticas públicas.

Nesse sentido, existem decisões judiciais, que pede vênia para transcrever:

No caso, essa coação econômica exercida pela aplicação de multa diária à Fazenda do Estado mostra-se inócuia, pois seus recursos materiais provêm da arrecadação de impostos, arcando o contribuinte, em última instância, com o pagamento da penalidade que foi imposta à agravante.

Por isso, a conclusão é de que o art. 644, do CPC não tem aplicação à Fazenda Pública. O cumprimento do comando da sentença referente ao cumprimento da obrigação de fazer a que foi condenada a agravante se dá com a fixação de prazo para seu cumprimento, sob pena de desobediência, com a consequente instauração de procedimento criminal contra o servidor faltoso, sem prejuízo das providências administrativas disciplinares que a Administração possa contra ele adotar.

Neste sentido - Agravo de Instrumento 695-5-SP, 1a. Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Ruy Coppola, julgados em 12.03.96.⁸

Em se tratando de pessoa jurídica de direito público, no caso a Fazenda do Estado, inadmissível a fixação de multa pecuniária visando compeli-la ao cumprimento de decisão judicial (cumprir a obrigação principal), posto que os meios cabíveis para exigir o adimplemento da execução são outros, pois o pagamento seria efetuado pelos cofres públicos e não pelo devedor renitente.

Como bem destacado pelo Desembargador Demóstenes Braga, citado nas razões deste Agravo, o que não parece apropriado é o Estado impor sanção pecuniária a si próprio, para assegurar a realização de ato burocrático, sacrificando o erário público por ato de responsabilidade individual do seu próprio agente, que deve responder administrativamente pela relutância descabida de realizar obrigação funcional" (fls. 07/08 - A.I. n. 28.572-5/2).

Pelo exposto, dá-se provimento ao presente agravo de instrumento.⁹

INDENIZAÇÃO - condenação da Fazenda do Estado no pagamento e multa pecuniária por obrigação de fazer - inadmissibilidade - o Juízo tem condições de impor o adimplemento do comando da sentença - recurso provido."¹⁰

(...) essa coação econômica exercida pela aplicação de multa diária à Fazenda do Estado mostra-se inócuia, pois seus recursos materiais provêm da arrecadação de impostos, arcando o contribuinte, em última instância, com o pagamento da penalidade que foi imposta à agravante. Por isso, a conclusão é que o artigo 644 do CPC não tem aplicação à Fazenda Pública. O cumprimento do comando da sentença referente ao cumprimento da obrigação de fazer a que foi condenada a agravante se dá com a fixação de prazo para seu cumprimento, sob pena de desobediência, com a fixação de prazo para seu cumprimento, sob pena de desobediência, com a consequente instauração de

⁸ Decisão proferida pela Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no agravo de instrumento n. 80.967.5/6, relator o Des. CUBA DOS SANTOS

⁹ Decisão proferida, no julgamento do Agravo de Instrumento n º 82.782-5/6, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, 6ª Câmara Direito Público, v.u., Rel. Ferreira Conti

¹⁰ Agr. Instr. n º 114.725-5/3, j. 13/5/99, 5 ª Câm. Direito Público, Rel. Paulo Franco, TJSP

procedimento criminal contra o servidor faltoso, sem prejuízo das providências administrativas disciplinares que a Administração possa contra ele adotar¹¹

Realmente, a aplicação de multa em face do Poder Público não é a forma mais eficaz e salutar à população para compelir-se ao cumprimento de uma ordem judicial, pois quem acaba sendo atingido é a própria população, que disporá de menos recursos para atendimento de suas necessidades através do Estado.

¹¹ Ag. Inst. n º 78.727-5/1, Rel. Des. Alberto Gentil, TJSP

Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 (Novo CPC).

Audiência pública de 09 de setembro de 2010, em São Paulo

Propostas de Aprimoramento.

Introdução – Preocupação inicial:

Cabe-nos, respeitosamente, externar nossa preocupação com relação à limitação quanto ao debate.

Na época dos trabalhos da Comissão de Juristas instituída pela Presidência do Senado, as audiências públicas foram realizadas sem prévia divulgação de texto do Anteprojeto, e com prazos estritos para debates e propostas.

Agora, na fase legislativa, já houve manifestações expressas de ilustres Senadores no sentido de que não serão admitidas mudanças relevantes com relação ao texto apresentado como PLS nº 166/2010.

Além disso, foi fixado cronograma estrito para os trabalhos legislativos, que não favorece o amadurecimento dos debates e o oferecimento de propostas de aprimoramento do texto.

Dante desse quadro, nossas sugestões ficarão limitadas a aspectos que nos parecem essenciais.

1ª SUGESTÃO:

Redação atual:

Art. 79. As despesas dos atos processuais efetuados a requerimento do Ministério Público na qualidade de parte ou da Fazenda Pública serão pagas ao final pelo vencido, exceto as despesas periciais, que deverão ser pagas de plano por aquele que requerer a prova.

Redação proposta:

Art. 79. As despesas dos atos processuais efetuados a requerimento da Fazenda Pública serão pagas ao final pelo vencido, exceto as despesas periciais, que deverão ser pagas de plano por aquele que requerer a prova.

Justificativa:

A redação proposta exclui a referência feita no dispositivo ao Ministério Público.

A razão é singela. Em regra, no processo civil comum o MP atua como fiscal. Sua atuação como autor se dá predominantemente no processo coletivo, que é disciplinado, atualmente, pelas Leis nº

7.347/85 e 8.078/90, que contém disciplina própria a respeito de despesas e honorários periciais, prevendo que não haverá adiantamento (art. 18 da Lei nº 7.347/85, e art. 87 da Lei nº 8.078/90).

A disposição contida no art. 79 do PLS nº 166/2010, levará, caso aprovada, à interpretação no sentido de que a norma do Novo CPC, por ser posterior, terá excepcionado a dispensa de adiantamento de despesas e honorários periciais em relação ao MP também no processo coletivo.

Isso criará, inclusive, disparidade de tratamento no processo coletivo, impondo ao MP o adiantamento de despesas e honorários periciais, enquanto os demais legitimados coletivos, por força do art. 18 da Lei nº 7.347/85 e do art. 87 da Lei nº 8.078/90, continuarão dispensados do adiantamento.

Não bastasse isso, há casos, embora atualmente não tão freqüentes, em que o MP figura como autor fora do processo coletivo. São exemplos disso: a ação de investigação de paternidade, cf. art. 2º, § 4º da Lei nº 8.560/90; pedidos de interdição, cf. art. 1.768, III do Código Civil de 2002; ação para anulação de casamento, cf. art. 1.549 do Código Civil de 2002; pedido judicial de suprimento do consentimento para fins de casamento, cf. art. 1.519 do Código Civil

de 2002, c.c. o art. 654 do PLS nº 166/2010, ou, atualmente, art. 1.104 do CPC; entre outros.

Nesses casos, o MP atua promovendo em juízo interesses nitidamente individuais que apresentam relevância social. São hipóteses em que se busca a preservação de um valor maior (nada obstante singular e individualizado), reconhecido pelo legislador e que diz respeito não à instituição ministerial, mas sim à sociedade.

Não parece fazer sentido que o MP tenha que adiantar despesas e honorários periciais em ação de investigação de paternidade, em ação anulatória de casamento, ou ainda em pedido de interdição ou de suprimento judicial de consentimento para fins de casamento, quando, nesses casos, for necessária a realização de perícia.

Parece-nos que tais situações devem receber o mesmo tratamento dispensado às hipóteses de concessão de gratuidade, que, no PLS nº 166/2010, encontra-se regulada no art. 85. Aliás, é precisamente isso o que ocorre na prática, atualmente. Pedidos dessa ordem só são formulados pelo órgão ministerial, ordinariamente, quando este é procurado por pessoas carentes de recursos, e envolvidas em situações de tal natureza, que rendem ensejo à atuação do MP.

Daí nos parecer melhor, em síntese, que a disposição contida no art. 79 do PLS nº 166/2010 não se aplique ao MP.

2ª SUGESTÃO:

Redação atual:

Art. 191. Aplicam-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública os arts. 189 e 190; a multa, se for o caso, será aplicada ao agente público responsável pelo ato.

Parágrafo único. Apurada a falta, o juiz comunicará o fato ao órgão competente responsável pela instauração de procedimento disciplinar contra o membro que atuou no feito.

Redação proposta:

Art. 191. Aplicam-se à Defensoria Pública e à Advocacia Pública os arts. 189 e 190; a multa, se for o caso, será aplicada ao agente público responsável pelo ato.

§ 1º. Apurada a falta, o juiz comunicará o fato ao órgão competente responsável pela instauração de procedimento disciplinar contra o membro que atuou no feito.

§ 2º. No caso do Ministério Público, aplica-se **unicamente** o disposto no parágrafo anterior.

Justificativa:

O órgão do Ministério Público, assim como os demais profissionais do direito que atuam no processo, também deve respeitar as regras processuais relativamente aos prazos.

Ocorre que o art. 190 do PLS nº 166/2010, ao qual o art. 191 faz remissão, prevê que a não devolução dos autos após intimação, dentro de 24 horas, provocará a perda do direito de vista fora de cartório e multa.

A intimação mediante entrega dos autos com vista é prerrogativa prevista na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 41, IV da Lei nº 8.625/93, indicando, como conteúdo dessa prerrogativa, “receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista”).

Essa lei, com *status* de lei complementar, trata do regime jurídico dos membros do MP, que é matéria de iniciativa privativa do Presidente da República para a lei nacional, e dos Procuradores-Gerais para as leis que tratam especificamente dos respectivos Ministérios Públicos, da União e dos Estados, conforme o caso (art. 61º, § 1º, II, d; art. 128, § 5º, ambos da CR/88).

Assim, a imposição da sanção de “perda de vista dos autos fora de cartório”, com a devida vênia, contraria a prerrogativa estabelecida no art. 41, IV da Lei nº 8.625/93. Ademais, cria sanção que só poderia ser instituída através de alteração do regime jurídico dos membros do MP, o que depende de iniciativa específica.

Em nosso sentir, parece ser mais adequada à sistemática constitucional que, descumprindo o órgão ministerial seus deveres relativamente aos prazos para devolução de autos, seja o fato comunicado ao órgão da administração superior do MP com poderes correcionais (Corregedoria-Geral) para a adoção de providências disciplinares.

3^a SUGESTÃO:

Redação atual:

Art. 146. O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos e na forma previstos em lei.

Redação proposta:

Art. 146. O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais.

Justificativa.

Indicar como parâmetro as atribuições constitucionais do MP para o exercício do direito de ação é um modo de delinear adequadamente o elemento central que deve nortear a atuação ministerial, na condição de autor, no processo civil, ou seja, a Constituição da República.

4ª SUGESTÃO:

Redação atual:

Art. 147. O Ministério Público intervirá como fiscal da lei, sob pena de nulidade, declarável de ofício:

I – nas causas que envolvam interesse público e social;

Redação sugerida:

Art. 147. O Ministério Público intervirá como fiscal da ordem jurídica, sob pena de nulidade, declarável de ofício:

I – nas causas que envolvam interesse público ou social;

Justificativa.

A referência ao fiscal da “ordem jurídica”, em lugar de “fiscal da lei”, é mais coerente com relação à redação do art. 127, *caput* da CR.

A referência ao interesse “público ou social”, em lugar de “interesse público e social” afasta qualquer equívoco de interpretação que a redação constante do projeto de Novo CPC possa propiciar.

5ª SUGESTÃO:

Redação atual:

Art. 148. Nos casos de intervenção como fiscal da lei, o Ministério Público:

Redação sugerida:

Art. 148. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público.

Justificativa.

A referência ao fiscal da “ordem jurídica”, em lugar de “fiscal da lei”, é mais coerente com relação à redação do art. 127, *caput* da CR.

6ª SUGESTÃO:

Redação atual:

Art. 868. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o Presidente do Tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º. O Ministério Pùblico e as pessoas jurídicas de direito pùblico responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e as condições fixadas no Regimento Interno do Tribunal.

Redação proposta:

Art. 868. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o Presidente do Tribunal designará a sessão de julgamento, ouvindo previamente o Ministério Pùblico.

§ 1º. As pessoas jurídicas de direito pùblico responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e as condições fixadas no Regimento Interno do Tribunal.

Justificativa:

Dada a atribuição constitucional do MP de fiscal da ordem jurídica (art. 127, *caput* da CR), sua oitiva quanto ao mérito do incidente de inconstitucionalidade deve ser obrigatória, e a redação do dispositivo legal não deve deixar dúvida a esse respeito.

A proposta ora formulada, ao afastar eventual dúvida, aprimora a redação do dispositivo projetado.

7^a SUGESTÃO:**Redação atual:**

Art. 909, *caput*. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, seja como parte ou fiscal da lei.

Redação proposta:

Art. 909, *caput*. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, seja como parte ou fiscal da lei, inclusive nos tribunais superiores.

Justificativa:

Trata-se de sugestão de aprimoramento de redação, que não altera o conteúdo do dispositivo, mas sinaliza para a possibilidade de interposição de recursos pelo Ministério Público, inclusive nos tribunais superiores, tendo em vista situações em que há decisão desfavorável e são cabíveis recursos subsequentes, como os embargos de declaração, de divergência, agravos regimentais, ou mesmo recursos extraordinários de decisões proferidas pelo STJ.

Justifica-se a proposta tendo em vista a resistência às vezes ofertada quanto à interposição de recursos pelo MP estadual em face

de decisões no STF e no STJ, tendo em vista a não observância do entendimento que nos parece correto, no sentido de que o princípio da unidade do Ministério Público limita-se ao âmbito de cada Ministério Público.

Nesse sentido já sinalizava a sólida doutrina de José Frederico Marques (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 245).

8^a SUGESTÃO.

Redação atual.

Art. 906. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação serão regulados pelo regimento interno do respectivo tribunal.

Redação sugerida:

Inclusão no texto do PLS 166/2010 da redação relativa ao procedimento da reclamação, que poderá adotar a disciplina contida na Lei nº 8.038/90, artigo 13 ao artigo 18, com pequenas adaptações.

Justificativa.

O dispositivo acima trata do cabimento da reclamação para imposição da observância da tese fixada quando do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

A importância desse tema é evidente. Se o incidente de resolução de demandas repetitivas é a grande inovação do sistema projetado pelo PLS nº 166/2010, é inegável que a reclamação, mecanismo praticamente disponível para obtenção de maior eficácia quanto ao respeito às posições adotadas no julgamento do incidente, também será instituto fundamental para o adequado funcionamento do novo sistema.

Nada obstante, o PLS nº 166/2010 apenas previu o cabimento da reclamação, mas não definiu o respectivo procedimento.

Com a devida vênia, parece-nos manifesto que, ao cometer aos Tribunais, através dos respectivos regimentos internos, a disciplina do procedimento da reclamação, o futuro Código de Processo Civil provocará, seguramente, disparidades de regulamentação, e com elas, inúmeras dificuldades práticas e insegurança jurídica.

Mostra-se de todo conveniente que instituto como a reclamação, revestido de tamanha relevância no contexto do novo

Código, tenha seu procedimento disciplinado de forma expressa no próprio texto codificado.

Para tanto, basta adotar, com pequenas adaptações, a disciplina atual da reclamação, contida nos arts. 13 a 18 da Lei nº 8.038/90, que trata do processo nos tribunais superiores. Tais dispositivos deverão ser inseridos, evidentemente, no contexto das disposições que tratam do processo junto aos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais, logo após o “incidente de resolução de demandas repetitivas”.

A proposta de redação a seguir parte do texto da Lei nº 8.038/90, com pequenas modificações.

“(…)

Art. – Para impor a observância da tese fixada no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Parágrafo único – A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

Art. – Ao despachar a reclamação, o relator:

I – requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias;

II – ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Art. – Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. – O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. – Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão ou determinará medida adequada à observância da tese fixada no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Art. – O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

(...)"

São Paulo, 09 de setembro de 2009.

Ricardo de Barros Leonel
Promotor de Justiça



Luiz Henrique Volpe Camargo

De: José Herval Sampaio S. Júnior [hervaljunior@tjrn.jus.br]
Enviado em: domingo, 7 de novembro de 2010 17:39
Para: Luiz Henrique Volpe Camargo
Assunto: Fwd: Seminário anteprojeto do CPC envio das sugestões
Anexos: SUGESTÕES DO SEMINÁRIO EM MOSSORÓ.docx



**SUGESTÕES DO
SEMINÁRIO EM MOSSORÓ**

Conforme combinado seguem as sugestões e o ofício junto com os DVD's segue pela ESMARN através de ato do Desembargador Osvaldo. Abraço amigo e me acuse o recebimento e se possível o dia que será feito o registro em sessão. Abraço.

----- Mensagem encaminhada -----
De: "José Herval Sampaio S. Júnior" <hervaljunior@tjrn.jus.br>
Para: volpe@senado.gov.br
Enviadas: Quarta-feira, 27 de Outubro de 2010 12:38:52
Assunto: Fwd: Seminário anteprojeto do CPC

----- Mensagem encaminhada -----
De: "José Herval Sampaio S. Júnior" <hervaljunior@tjrn.jus.br>
Para: volpi@senado.gov.br
Enviadas: Quarta-feira, 27 de Outubro de 2010 12:35:45
Assunto: Seminário anteprojeto do CPC

Amigo conforme lhe falei via telefone amanhã estaremos discutindo o novo CPC, conforme folder que segue e encerrado te enviarei, via ESMARN, as sugestões do povo de Mossoró acompanha do vídeo com palestras e discussões com público aproximado de 1000 pessoas.
Abraço.

SUGESTÕES DO SEMINÁRIO EM MOSSORÓ

- Criar um requisito de admissibilidade para o acesso à justiça quanto aos pleitos referentes ao Poder Público para que pelo menos haja à negativa de atendimento do pleito dentro de um prazo razoável
- Que a ementa nos julgamentos dos Tribunais que constem uniformização de jurisprudência tenham a maior quantidade de elementos possíveis para identificar a questão fática e jurídica que compõe a essência do julgado
- Que conste um livro com o processo coletivo
- Proibir ao Poder Público que nesse livro haja uma não aplicação das regras nele estatuídas ao mesmo
- Que o conciliador necessariamente não tenha que ser inscrito na OAB
- Que a intimação para cumprimento de sentença para pagamento continue sendo no advogado
- Retirar a possibilidade de se alterar o pedido ou causa de pedir após a decisão saneadora (art. 314 do anteprojeto)
- Definir prazos objetivos também para os juízes e promotores na linha das metas do CNJ



COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

Disciplina: Efetividade dos provimentos executivos

Professor: Sérgio S. Shimura

Prof. Assistente: Anselmo P. Alvarez

Discente: Luiz Antonio Ferrari Neto

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo comentar o julgado abaixo, que foi um dos precedentes para a edição da Súmula 375¹ do E. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE BEM ALIENADO A TERCEIRO DE BOA-FÉ. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DO TÍTULO NO REGISTRO DE IMÓVEIS.

1. Alienação de bem imóvel pendente execução fiscal. A novel exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra *prior in tempore prior in jure*, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma efeitos *erga omnes* para o fim de caracterizar a fraude à execução.

2. Deveras, à luz do art. 530 do Código Civil sobressai claro que a lei reclama o registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por ato *inter vivos*, onerosos ou gratuitos, posto que os negócios jurídicos em nosso ordenamento jurídico, não são hábeis a transferir o domínio do bem. Assim, titular do direito é aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária.

3. Todavia, a jurisprudência do STJ, sobrepujando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula 84, com a seguinte redação: "*É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro*".

4. "*O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A pré-existência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus 'erga omnes', efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do 'consilium' 'fraudis' não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé, pressupõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos represurários vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem matrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade . Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante.* (EREsp nº 31321/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 16/11/1999)

5. Aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude *in re ipsa*, senão pelo conhecimento *erga omnes* produzido pelo registro da penhora. *Sobre o tema, sustentamos: "Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem transrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento. Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução; razão pela qual, somente a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma execução criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si seja uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inciso II do art. 593 do CPC. A referida exegese*

¹ "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".

esbarraria na inequívoca ratio legis que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora'. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de há muito se preconiza nos nossos matizes europeus." (Curso de Direito Processual Civil, Luiz Fux, 2ª Ed., pp. 1298/1299),

6. Precedentes: *Resp 638664/PR, deste Relator, publicado no DJ: 02.05.2005; REsp 791104/PR, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, publicado no DJ 06.02.2006; REsp 665451/ CE Relator Ministro CASTRO MEIRA DJ 07.11.2005, Resp 468.718, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 15/04/2003; AGA 448332 / RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 21/10/2002; Resp 171.259/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 11/03/2002.*

7. *In casu*, além de não ter sido registrada, a penhora efetivou-se em 05/11/99, ou seja, após a alienação do imóvel pelos executados, realizada em 20/04/99, devidamente registrada no Cartório de Imóveis (fls. 09) data em que não havia qualquer ônus sobre a matrícula do imóvel. Deveras, a citação de um dos executados, ocorreu em 25/03/99, sem contudo, ter ocorrido a convocação do outro executado.

8. Recurso especial provido. (REsp. 739.388-MG, 1ª T. rel. Min. Luiz Fux. j. 28.03.2006)

Passarei a analisar os conceitos sobre fraude contra credores e fraude à execução diante do ordenamento jurídico vigente e da posição doutrinária atual sobre o tema. Após analisarei outros julgados que serviram de precedente para a edição da Súmula 375 do STJ. Por fim, não deixarei de tecer algumas considerações sobre a realidade do nosso país quanto à formalização dos negócios jurídicos entre as pessoas, que não se atentam ao mínimo de cuidados necessários antes de finalizar um negócio jurídico, para tentar interpretar o real âmbito de aplicação da fraude à execução.

2 FRAUDE CONTRA CREDORES

De acordo com o art. 158 do Código Civil, os atos de alienação ou disposição do patrimônio pelo devedor, capaz de reduzi-lo à insolvência, ou realizado por aquele que já estiver em estado de insolvência, são realizados em fraude contra credores. Na doutrina temos: “É fraude contra credores qualquer ato praticado pelo devedor já insolvente ou por esse ato levando à insolvência com prejuízo de seus credores”.²

Podemos conceituar fraude contra credores como sendo o ato de disposição patrimonial pelo devedor que, ao praticá-lo, prejudica direito de seu credor por estar insolvente ou na iminência de se tornar insolvente, fazendo com que seu patrimônio não seja suficiente para saldar as obrigações por esse assumidas anteriormente ao ato de disposição patrimonial.

A fraude contra credores é um instituto de direito civil³, prevista nos artigos 158 a 165 do Código Civil. Diferentemente dos demais defeitos do negócio jurídico previstos pelo Capítulo IV do Livro III do Código (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão), que são defeitos em razão do vício no consentimento, na fraude contra credores não há vício no consentimento, mas um vício social, em que as partes (devedor – alienante e terceiro adquirente) celebram um negócio de forma a prejudicar terceiro.

Isso ocorre porque o patrimônio do devedor deve responder pelas obrigações por esse assumidas⁴.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. vol I. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 482

³ Em sentido contrário: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol IV. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 430, para quem a fraude contra credores também é instituto de direito processual, ligado à responsabilidade executiva.

⁴ Art. 591 do CPC. “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Art. 957 do CC. “Não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum”.

Diferentemente da fraude à execução, a fraude contra credores só se caracteriza se o devedor já for insolvente e praticar ato de disposição patrimonial, ou se, apesar de não ser insolvente, realizar atos de alienação ou disposição patrimonial capaz de torná-lo insolvente. Ainda, na fraude contra credores, há a necessidade de se provar o *consilium fraudis* do adquirente do bem (salvo nos casos de disposição a título gratuito).

A verificação da fraude contra credores deve ser realizada por meio da chamada *ação pauliana*⁵ ou *ação revocatória*⁶. A fraude contra credores não pode ser verificada no curso de um processo. Faz-se necessário que o credor prejudicado mova essa ação para que haja a anulação da disposição patrimonial.

Assim, para a caracterização da fraude contra credores são necessários 3 requisitos: dois de ordem objetiva (a anterioridade do crédito e o estado de insolvência, que trará prejuízo ao credor – *eventus damni*) e outro de ordem subjetiva (o *consilium fraudis*).

2.1 Elementos objetivos da fraude contra credores – *eventus damni*

Conforme mencionado acima, para a caracterização da fraude contra credores, mister que o crédito que embasa a ação pauliana seja anterior à alienação ou oneração fraudulenta⁷.

Essa é uma premissa aplicada não apenas no nosso direito, como se pode destacar do art. 2.740 do Code Civile Italiano: “Il debitore risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri [...]”

⁵ O nome dado a essa ação (pauliana) decorre do jurisconsulto romano Paulus, que a introduziu no direito romano (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1997).

⁶ Nos casos de atos fraudulentos praticados por sociedade empresária, a parte ingressará com ação revocatória, prevista na Lei de Falências: Art. 130. “São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida”. Art. 132. “A ação revocatória, de que trata o art. 130 desta Lei, deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Pùblico no prazo de 3 (três) anos contado da decretação da falência”.

⁷ Enunciado 292 do CJF da IV Jornada de Direito Civil: *Art. 158*. “Para os efeitos do art. 158, § 2º, a anterioridade do crédito é determinada pela causa que lhe dá origem, independentemente de seu reconhecimento por decisão judicial”.

Aquele que negociar com pessoa já insolvente não poderá se beneficiar da alegação de fraude contra credores, até porque sabia ou tinha condições de saber que o devedor já era insolvente⁸.

Para a caracterização do estado de insolvência, o artigo 158 traz alguns exemplos de negócios capazes de caracterizá-lo: transmissão gratuita de bens, remissão de dívidas, além de outros negócios jurídicos, mesmo que celebrados a título oneroso.

2.2 Elemento subjetivo da fraude contra credores – *consilium fraudis*

Para a caracterização da fraude contra credores faz-se necessário provar a ciência pelo terceiro adquirente do estado de insolvência do devedor alienante. Não há necessidade de que esse terceiro adquirente esteja agindo em conluio com o devedor alienante para fraudar credores. Basta que esse adquirente tenha ciência do estado de insolvência ou de que o ato de alienação será capaz de tornar o alienante insolvente em razão de outras obrigações assumidas por este perante os credores.

Há casos em que a lei deixa claro não haver a possibilidade de o terceiro adquirente alegar boa-fé: nos casos de negócios jurídicos celebrados a título gratuito⁹. O credor não precisará comprovar que o terceiro adquirente adquiriu o bem de má-fé. Isso porque no ato de disposição a título gratuito o adquirente não sofrerá nenhum prejuízo caso ocorra a anulação (ou ineficácia – discussão que deixaremos para o momento oportuno) do negócio.

Perceba que o legislador opta, num primeiro momento, resguardar o terceiro adquirente de boa-fé, em detrimento dos credores, pois só haverá anulação do negócio jurídico se o credor comprovar que o devedor sabia da condição de insolvência do devedor alienante ou se sabia que aquele negócio jurídico seria capaz de reduzi-lo à insolvência. No caso de transmis-

⁸ Art. 158, § 2º “Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles”.

⁹ Art. 158. “Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos”.

são a título gratuito ou remissão de dívidas, o legislador optou por beneficiar o credor em detrimento do terceiro.

Nos casos de insolvência notória, ou quando houver motivo para ser conhecida do terceiro adquirente¹⁰ ocorrerá a fraude contra credores (exemplo de aquisição de bens do devedor alienante por amigo próximo ou parente).

Perceba que o Código Civil adotou aqui um conceito jurídico indeterminado. Essa insolvência notória será verificada pelo juiz no caso concreto e caberá a ele decidir se a insolvência deveria ser do conhecimento do adquirente. Jorge Americano, em sua monografia de 1932 sobre o tema traz alguns exemplos de casos em que há presunção de alienação realizada em fraude contra credores:

[...] a) pela clandestinidade do ato; b) pela continuação dos bens alienados na posse do devedor quando, segundo a natureza do ato, deviam passar para o terceiro; c) pela falta de causa; d) pelo parentesco ou afinidade entre o devedor e o terceiro; e) pelo preço vil; f) pela alienação de todos os bens¹¹.

Parece-me que nos casos de ato de disposição a título gratuito a presunção de fraude é *jure et jure* e nos casos de insolvência notória a presunção é *juris tantum*, ou seja relativa. Nesse caso caberá ao terceiro adquirente comprovar que não houve má-fé de sua parte na aquisição do bem. Parece-me que, sendo comprovados esses fatos pelo credor no curso da ação pauliana, haveria a presunção de que a aquisição pelo terceiro adquirente teria sido realizada em fraude contra credores, cabendo a este fazer a contraprova.

¹⁰ Art. 159. “Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante”.

¹¹ AMERICANO, Jorde. *Apud RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, vol 1.* 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 233

No mesmo sentido dispõe Venosa: “Contudo, o erro de fato aproveita ao terceiro adquirente se provar que a insolvência não era notória e que não possuía motivos para conhecê-la. Mas a prova lhe compete”¹².

2.3 Hipóteses de cabimento da fraude contra credores

De acordo com o Código Civil, a fraude contra credores poderá ocorrer:

- ✓ Quando o devedor alienar o bem e o adquirente tiver ciência ou ao menos deveria ter ciência do estado de insolvência do devedor alienante;
- ✓ Quando o ato de disposição for realizado a título gratuito¹³;
- ✓ Quando houver remissão de dívida feita devedor em benefício de um terceiro, prejudicando assim o direito de seu credor;
- ✓ Quando houver pagamento antecipado de dívida quirografária ainda não vencida;
- ✓ Quando houver concessão de garantias feita pelo devedor em prejuízo dos direitos de seus credores¹⁴.

Perceba que não precisará haver prática de meios ilícitos, nem a verificação de dolo na conduta, ou seja, a intenção de prejudicar credores¹⁵. Aqui basta a simples constatação de que o ato é prejudicial ao direito de quem já era credor à data do ato.

¹² VENOSA, Silvio de Salvo. *ob cit.* p. 487

¹³ Discute-se na doutrina se o ato de renúncia ao direito hereditário caracterizaria fraude contra credores. O posicionamento contrário baseia-se no fato de que o credor poderá aceitar a herança em lugar do herdeiro renunciante (art. 1.813 do Código Civil).

¹⁴ Há ainda outras hipóteses em que a fraude poderá restar caracterizada: dação em pagamento (mesmo que a dívida esteja vencida), quando o bem dado em pagamento for de valor superior ao da dívida. Nesse caso o excesso foi dado em fraude contra credores. O mesmo se pode dizer quando houver o pagamento antecipado de dívida não vencida feito a credor hipotecário quando a garantia não cobrir a dívida toda. A parte da dívida não garantida é considerada quirografária e por isso seu pagamento antecipado configura fraude.

¹⁵ Em sentido contrário, afirmando ser necessária a intenção de prejudicar credores: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, vol I. 5. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 381.

2.4 Forma de alegação da fraude contra credores

A fraude contra credores somente pode ser alegada em ação judicial específica. A essa ação dá-se o nome de ação paulina. Esse nome é dado em função do pretor Paulo que introduziu esse instituto no direito romano. Alguns também chamam essa ação de ação revocatória¹⁶.

Não se admite a verificação de fraude contra credores no curso de demandas judiciais, tais como no processo ou fase de execução, em embargos do devedor ou em embargos de terceiro: Nesse sentido: Súmula 195 do STJ: “Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores”¹⁷.

Superada essa questão, passo à análise da ação pauliana.

2.4.1 Natureza Jurídica da Ação Pauliana

Temos aqui um embate entre a letra da Lei e o que defende parte da doutrina e parte da Jurisprudência. De acordo com a letra da Lei a ação pauliana possui natureza desconstitutiva, ou seja, é uma ação que visa anular a alienação ou oneração do bem. No caso de uma alienação feita em fraude contra credores o bem sairia do patrimônio do terceiro adquirente e retornaria ao patrimônio do devedor alienante. Em decorrência dessa anulação, o devedor alienante deveria devolver ao terceiro adquirente a quantia recebida pela alienação do bem. O prazo para ajuizamento dessa ação é decadencial de quatro anos^{18 19 20}.

¹⁶ Conforme mencionado acima, nos casos de fraude contra credores praticados pela sociedade falida a ação prevista na Lei de Falências é a ação revocatória.

¹⁷ Em sentido contrário: VI Encontro Nacional de Tribunais de Alçada: “A fraude contra credores pode ser apreciada em embargos de terceiro, desde que todos os interessados participem ou tenham sido convocados ao processo”.

¹⁸ Art. 178. “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: [...]II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico”;

¹⁹ Entendemos incorreta a posição de Cassio Scarpinella Bueno em afirmar que o prazo supracitado seja prescricional. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. vol 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 221.

Apesar disso, boa parte da doutrina afirma que melhor teria sido se o legislador tivesse adotado como consequência da fraude contra credores a ineficácia da alienação em relação ao credor:

O objeto da ação pauliana é anular o ato tido como prejudicial ao credor. Melhor seria falar em ineficácia do ato em relação aos credores do que propriamente em anulação, como defende com razão a doutrina mais moderna. Essa não é, porém, a diretriz de nosso Código, embora os efeitos sejam típicos de ineficácia do ato ou do negócio²¹.

Dinamarco assegura que houve grande retrocesso em se aprovar o Código Civil de 2002 mantendo-se a fraude contra credores como caso de anulação e não de ineficácia, repetindo-se o equívoco do legislador de 1916, que já havia sido, inclusive, superado pela Doutrina e Jurisprudência²².

O STJ parece ter se posicionado pela anulabilidade da alienação ou oneração em fraude contra credores, apesar de se verificar julgados entendendo ser o caso de ineficácia.

Cabe destacar o posicionamento dos professores Nelson Nery e Rosa Nery sobre o assunto:

Há setores da doutrina que apregoam a ineficácia do ato fraudulento, fazendo transposição não autorizada do direito positivo italiano, como se a lei italiana vigorasse no Brasil. O sistema de invalidade e de ineficácia dos atos e negócios jurídicos é dado pela lei.²³

Todavia, diferentemente do que prevê o Código Civil, afirmam os doutrinadores supramencionados que, por política legislativa, a alienação apurada em processo falimentar,

²⁰ No caso de revocatória decorrente de fraude praticado por sociedade empresária, o prazo é decadencial de três anos a contar da sentença declaratória de falência (art. 130 da Lei de Falências).

²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *ob cit.* p. 483

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. Assim se manifesta o autor: “Anular o ato de alienação significa tolher-lhe o efeito de transferir a propriedade, devolvendo portanto o bem ao patrimônio do alienante fraudulento. Daí viriam as seguintes consequências desastrosas e insustentáveis perante a lógica, a ética e os princípios jurídicos: a) eventual saldo da execução pertenceria ao executado fraudulento e não ao adquirente; b) se forem acolhidos os embargos do executado e consequentemente extinta a execução, o bem permaneceria com o devedor alienante; c) o adquirente não teria como livrar-se da penhora e da expropriação do bem, depositando o valor do crédito cobrado pelo exequente [...] Sustentar a anulabilidade do ato fraudulento seria, como se vê, realizar um caricato exercício da lógica do absurdo”.

²³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 849.

capaz de caracterizar a fraude contra credores é causa de ineficácia do negócios jurídicos em relação à massa²⁴.

Levando-se em consideração a defesa de parte da doutrina de que a ação pauliana teria por finalidade ineficácia da alienação ou oneração do bem, ao invés da anulação, a natureza jurídica da ação deixaria de ser desconstitutiva e passaria a ser declaratória:

Para essa corrente, a ação pauliana tem natureza declaratória de ineficácia do negócio jurídico em face dos credores, e não desconstitutiva. Se o devedor, depois de proferida a sentença, por exemplo, conseguir levantar numerário suficiente e pagar todos eles, o ato de alienação subsistirá, visto não existirem mais credores²⁵.

Dessa discussão aparecem outras consequências, qual seja, se a ação tem natureza declaratória (para os defensores da ineficácia da alienação ou oneração de bens em fraude contra credores), aplicar-se-ia o prazo decadencial de quatro anos? Ou, utilizando-se o conceito científico de Agnelo Amorim Filho, não haveria prazo para essa verificação?²⁶

Para Dinamarco²⁷ não se trata se ação declaratória, mas de constitutiva:

Trata-se pois de uma *sentença constitutiva*, não meramente declaratória. Antes dela não era permitido penhorar, porque a alienação ou oneração produziria o efeito de excluir a responsabilidade do bem e o Código de Processo Civil não permite que nessa situação ele seja penhorado; depois dela, e graças a seus efeitos, o bem passa a ser suscetível de penhora. Ela é, mais precisamente, uma sentença constitutiva-positiva, porque cria (restabelece) uma situação antes dela inexistente, que é a responsabilidade executiva do bem alienado em fraude ao direito do autor da ação pauliana.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 849. Apesar disso, cabe destacar que a própria Lei de Falências torna a questão complexa, pois os artigos 135 e 136 afirmam que no caso de procedência da ação revocatória, os bens retornarão ao patrimônio da massa falida. Art. 135. “A sentença que julgar procedente a ação revocatória determinará o retorno dos bens à massa falida em espécie, com todos os acessórios, ou o valor de mercado, acrescidos das perdas e danos. [...]” Art. 136. “Reconhecida a ineficácia ou julgada procedente a ação revocatória, as partes retornarão ao estado anterior, e o contratante de boa-fé terá direito à restituição dos bens ou valores entregues ao devedor”.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 457

²⁶ Venosa menciona que nesse caso não haveria que se aplicar o prazo chamado por ele de “prescricional”, referindo-se ao Código Civil de 1916.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol IV. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 438

Apesar do posicionamento desse ilustre doutrinador, não penso que seja o caso de a sentença ser considerada constitutiva, levando-se em conta a corrente que defende ser a fraude contra credores ineficaz em relação ao credor. Nesse ponto, o que se pede seria a declaração de ineficácia da alienação, para, em virtude disso, o credor poder ter seu crédito garantido por meio do patrimônio do devedor alienante. Em razão disso, é plausível a arguição feita em relação à aplicabilidade ou não do prazo decadencial se o objeto da decisão é declarar a ineficácia da alienação ou oneração do(s) bem(ns) do devedor²⁸.

2.4.2 Legitimados ativos para a ação pauliana

Legitimados ativos para a ação pauliana são todos os credores quirografários que já eram credores na data da alienação do bem pelo devedor-alienante, capaz de reduzi-lo à insolvência, ou realizado por quem já é insolvente.

Aqueles que optaram por negociar com o devedor posteriormente ao seu estado de insolvência não poderão alegar que a alienação de bens ocorreu em fraude contra credores, porque já eram ou deveriam ser sabedores do estado de insolvência deste e, por isso, acabaram assumindo o risco do negócio.

Quanto ao credor com garantia real, cabe trazer à baila uma observação de cunho técnico: esse credor sempre terá legitimidade para ajuizar ação pauliana, o que ele poderá não ter será interesse de agir (necessidade em razão do direito de sequela).

²⁸ Para aqueles que entendem que a ação pauliana visa à anulação do negócio jurídico, não há maiores problemas, pois nesse caso a sentença será constitutiva negativa. Isto é aplicando-se o conceito científico de Agnelo Amorim Filho e o previsto no Código Civil, verifica-se que o prazo para essa anulação é decadencial (de 4 anos – art. 178).

Em relação a esse credor, ele não poderá ingressar com ação pauliana porque caso haja a alienação de bem dado em garantia real, ele poderá exercer o direito de sequela²⁹. Ele não teria interesse processual nesse caso.

Contudo, se o bem dado em garantia não for suficiente para saldar o débito para com o credor, esse poderá mover a ação pauliana, haja vista que a garantia oferecida não supre o cumprimento integral do débito que o devedor tem para com o credor com garantia real³⁰. Isso se dá porque no que excede a garantia, o crédito é quirografário.

Se, todavia, o valor do crédito for igual ou menor ao valor do bem dado em garantia, o credor (hipotecário, quirografário ou anticrético) não pode ingressar com a ação pauliana³¹. Essa é a posição plenamente majoritária tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Apesar disso, parece-nos que não podemos fechar totalmente as portas para a possibilidade de o credor hipotecário, anticrético ou pignoratício ajuizar ação pauliana.

O credor com garantia real tem como garantia do cumprimento da obrigação o bem que é gravado com ônus real (penhor, hipoteca ou anticrese). Esse credor tem preferência sobre outros credores, ditos quirografários. Todavia, há credores que possuem privilégio em relação a esse³². Explico: Supondo que haja credor de prestações alimentícias ou credor de

²⁹ RODRIGUES, Silvio, op. cit. p. 236

³⁰ Art. 158, § 1º. “Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente”.

³¹ Conforme falamos acima, parece-nos que o caso seja de ausência de interesse de agir, em razão do direito de sequela e não de falta de legitimidade.

³² Art. 83. “A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

V – créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

obrigação derivada da legislação do trabalho em relação ao mesmo devedor³³. Diante disso surge a seguinte indagação? Pode o credor hipotecário ajuizar ação pauliana se o valor do bem garante sua obrigação, mas se o bem dado em garantia acaba sendo alvo de penhora em processo (ou fase) de execução movida por um credor trabalhista? Não poderia o credor com garantia real procurar ver configurada a fraude contra credores em relação à alienação ou oneiração de outro bem? Até porque, apesar de ele ter a garantia real sobre o bem, de acordo com o art. 711 do Código de Processo Civil deve-se obedecer à ordem de preferência no recebimento do produto da alienação e, nesse caso, o credor com garantia real já não terá mais a garantia de seu recebimento.

No caso do exemplo acima, quem receberia primeiro seria o credor trabalhista. Nessa hipótese não haveria mais bem para garantir o cumprimento da obrigação. Em razão disso o credor hipotecário passaria a se tornar credor quirografário e a dívida decorrente da hipoteca estaria vencida (art. 1.425 do Código Civil), dando a ele direito de cobrar judicialmente pela dívida vencida e também possibilidade de ajuizar a ação pauliana.

-
- b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;
 - c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;
- VI – créditos quirografários, a saber:
- a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
 - b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;
 - c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;
- VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;
- VIII – créditos subordinados, a saber:
- a) os assim previstos em lei ou em contrato;
 - b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício”.

³³ Apesar de o art. 961 do Código Civil dizer que *o crédito real prefere ao especial de qualquer espécie*, tem prevalecido que há créditos pessoais que acabam por prevalecer sobre o real (a exemplo dos alimentares). Nesse sentido: “CIVIL E PROCESSUAL. CRÉDITO CONDOMINIAL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRÉDITO ALIMENTAR. PREFERÊNCIA AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I. O crédito condominial tem preferência sobre o crédito hipotecário por constituir obrigação propter rem, em função da utilização do próprio imóvel ou para evitar-lhe o perecimento. Precedentes da STJ.

II. Os honorários advocatícios de sucumbência, por guardarem natureza alimentar, preferem ao crédito hipotecário.

III. Recurso conhecido e provido”. (STJ, 4^a T., Resp. 511.003, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 18.05.2010, v.u.)

Cahali, cita a possibilidade de o credor hipotecário ajuizar ação pauliana quando houver outra hipoteca registrada antes da sua³⁴.

Ainda quanto ao credor com garantia real quando essa garantia se tornar insuficiente, cabe destacar o enunciado 151 do CJF, aprovado pela III Jornada de Direito Civil: “O ajuizamento de ação pauliana pelo credor com garantia real (art. 158, § 1º) prescinde de prévio reconhecimento judicial da insuficiência da garantia”.

Por fim, não é demais citar que há a possibilidade de formação de litisconsórcio facultativo simples no pólo ativo entre credores diversos.

2.4.3 Legitimados passivos para a ação pauliana

No que se refere à legitimidade passiva, prevalece a necessidade de se formar um litisconsórcio passivo entre o devedor alienante e o terceiro adquirente³⁵. Levando-se em conta as disposições expressas do Código Civil, que prevê como consequência a anulação do negócio jurídico (alienação ou oneração), há, sem sombra de dúvidas, a formação de um litisconsórcio necessário unitário, na qual há a necessidade de que ambos (devedor alienante e terceiro adquirente) façam parte da demanda, para que o resultado desta possa surtir efeitos sobre eles³⁶.

Caso a ação seja ajuizada somente em face do adquirente e não em face do alienante, o juiz deverá determinar a emenda da inicial para que haja a inclusão do litisconsorte faltante (art. 47, parágrafo único), sob pena de extinção do processo por ausência de pressuposto processual.

³⁴ CAHALI, Yussef Said. *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p. 460

³⁵ Nesse sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p. 461; RODRIGUES, Silvio. op. cit. p. 237; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 655

³⁶ Art. 472. “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

Não há como entender anulável o negócio em relação ao devedor e não em relação ao adquirente. Ainda, não podemos nos esquecer que a decisão judicial faz coisa julgada entre as partes apenas, não podendo afetar terceiros. Em razão disso não há como o negócio ser anulado se o terceiro adquirente não fez parte do pólo passivo da demanda.

Apesar disso, Dinamarco afirma não ser o caso de formação de litisconsórcio necessário no pólo passivo. Afirma que deve fazer parte do pólo passivo o terceiro adquirente, pois para esse ilustre doutrinador, a ação pauliana não tem por objeto a anulação da alienação, mas a sua inefficácia perante o credor. São suas as palavras:

A legitimidade passiva do devedor e o litisconsórcio necessário entre ele e o adquirente só podem ser sustentados por quem continuar pensando que as fraudes do devedor produzem a anulabilidade do ato e que o resultado da ação pauliana seja uma anulação [...]³⁷

2.4.4 Competência para apreciação da fraude contra credores

A competência para a apreciação da ação pauliana é sempre da justiça cível, independentemente de a alienação ser perpetrada para prejudicar futura execução de competência de outro juízo. Se o lesado for a União, suas autarquias ou empresas públicas a competência será da justiça federal. Não haverá análise de fraude contra credores na justiça do trabalho³⁸.

2.4.5 Prazo para mover a ação pauliana

O prazo para o credor propor a ação pauliana é de decadência (aplicando-se o conceito científico de Agnelo Amorim Filho, pois a ação visa à desconstituição de um negócio jurídico).

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 439

³⁸ “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA DO TRABALHO. [...] III - Compete à Justiça comum processar e julgar ação na qual se pugna pela anulação de ato praticado em fraude contra credores, por se tratar de ação de natureza civil, ainda que o ato impugnado tenha o objetivo de frustrar a futura execução de uma dívida trabalhista. Conflito de Competência conhecido para, afastando-se a conexão declarada pelo Juízo suscitado, declarar a competência do juízo suscitante para o julgamento da ação declaratória de direito cumulada com pedido indenizatório patrimonial e moral; e a competência do juízo suscitado para o julgamento da ação pauliana e da ação cautelar de sequestro”. (STJ, 2ª Seção, CC74.528-SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 14.05.2008, v.u.)

co). Hoje não há mais a celeuma que antes havia para se saber se um prazo é decadencial ou prescricional, pois os ilustres autores do anteprojeto do Código Civil deixaram claro que apenas os prazos descritos nos artigos 205 e 206 é que são prescricionais. Todos os demais prazos do Código Civil são decadenciais. Assim, de acordo com a redação do art. 178 do Código Civil, o prazo para se propor a ação paulina é decadencial de quatro anos, contados da data em que se realizou o negócio jurídico fraudulento.

Fica, todavia a dúvida destacada quanto à aplicabilidade desse prazo para a corrente que defende ter a ação pauliana a função de tornar ineficaz a alienação ou oneração, pois nesse caso o que se pede é a declaração de ineficácia do negócio e, de acordo com o conceito científico de Agnelo Amorim Filho, não se poderia falar em prazo para promover ação declaratória.

3 FRAUDE À EXECUÇÃO

Diferentemente da fraude contra credores que é um instituto de direito civil³⁹, tratada pelo Código Civil, a fraude à execução é um instituto de direito processual, tratada pelo Código de Processo Civil. Elas ocorrem em momentos distintos. Uma ocorre antes do surgimento de um processo, via de regra e a outra ocorre após a existência de um processo⁴⁰. A fraude à execução é um ato atentatório à dignidade da justiça⁴¹. Aqui o Estado-juiz também é prejudicado e não apenas a parte, como ocorre na fraude contra credores.

Podemos conceituar fraude à execução como sendo a atitude irregular e ineficaz perante o autor de ação movida contra o réu que ocorre quando este, apesar de citado para uma ação judicial, pratica atos de disposição de seu patrimônio, independentemente da intenção de prejudicar o autor da ação.

De acordo com o art. 593 do Código de Processo Civil:

Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

- I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;*
- II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;*
- III - nos demais casos expressos em lei.*

3.1 Consequência da constatação da fraude à execução

A principal consequência no âmbito processual da constatação da fraude à execução é a declaração de ineficácia da alienação ou oneração do bem em relação ao credor. Destaca-se que, para aqueles que defendem que a consequência da fraude contra credores é a ineficácia da alienação (ou ato de disposição, ou pagamento antecipado) em relação ao credor que pro-

³⁹ Ressalvado o posicionamento em sentido contrário de Dinamarco, citado acima, afirmando que a fraude contra credores seria instituto de direito processual.

⁴⁰ Mais precisamente, após a citação do devedor, em que pese posicionamento doutrinário em sentido contrário, conforme se verificará nos tópicos abaixo.

⁴¹ Em razão de ser um ato atentatório à dignidade da justiça, há quem afirme que a fraude à execução pode ser reconhecida pelo juiz de ofício: BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit. p. 221

moveu a ação pauliana, não haverá diferença entre fraude contra credores e fraude à execução no que se refere a essa consequência. Só haverá diferença quanto a essa consequência para aqueles que entendem que a fraude contra credores visa à anulação do negócio jurídico fraudulento. Isso porque na fraude à execução não há discussão doutrinária quanto à consequência, que será sempre a de ineficácia do negócio celebrado em fraude perante o autor (ou exequente) de uma demanda movida em face do devedor alienante.

Além dessa consequência, há outras. Poderá dar ensejo à propositura de ação cautelar de arresto, conforme prevê o art. 813 do Código de Processo Civil⁴². Poderá também dar azo à tipificação do crime de fraude à execução, previsto no art. 179 do Código Penal⁴³. Não nos aprofundaremos nessas outras consequências, tendo em vista o foco do presente trabalho.

3.2 Atos que ensejam a fraude à execução

Elas estão dispostas nos incisos do art. 593:

- ✓ Quando ocorrer a alienação de bem que seja objeto de ação fundada em direito real (cabe destacar que a alienação de bem litigioso (ou seja, após a citação) caracteriza também uma hipótese em que se admite a sucessão do adquirente no lugar do alienante. Se não houver essa sucessão o alienante continuará no pôlo passivo da demanda e será considerado subs-

⁴² Art. 813. “O arresto tem lugar:

I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

II - quando o devedor, que tem domicílio:

- se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;
- caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;
- quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas;
- nos demais casos expressos em lei”.

⁴³ Art. 179. “Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante queixa”.

Esse crime é de ação penal privada. Em razão do máximo da pena imposta (2 anos), o prazo prescricional da ação penal é de 4 anos (art. 109, V, do Código Penal). Tendo em vista a visível demora na resolução das demandas e que a fraude à execução normalmente é verificada apenas na fase executiva do processo, essa penal dificilmente será aplicada na prática.

tituto processual do adquirente. A decisão proferida em face do alienante fará coisa julgada em face do adquirente, faça ele parte da ação ou não⁴⁴. Percebe-se aqui que o objeto da fraude à execução não fica restrito às obrigações pecuniárias, pois nessa hipótese abrange também as obrigações de dar (coisa diversa de dinheiro). Para essa hipótese não há a necessidade de o alienante estar em estado de insolvência. Basta que haja a disposição de coisa litigiosa, quando sobre o bem pender ação fundada em direito real.

- ✓ Quando ao tempo da alienação ou oneração ou ato de disposição o devedor alienante já havia demanda em face deste capaz de reduzi-lo à insolvência;
- ✓ Nos demais casos expressos em lei. Podemos citar como exemplo o art. 185 do Código Tributário Nacional: Art. 185. “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”.

Verifique que nessa última hipótese nem há a necessidade de processo em curso. Basta que a alienação tenha ocorrido após o crédito ser inscrito como dívida pública. Essa redação do artigo supracitado, alterado pela Lei Complementar 118/2005 traz insegurança jurídica. Melhor seria a redação original do Código Tributário Nacional:

Art. 185. 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 *em fase de execução*. (grifo nosso)

3.3 A partir de que momento a fraude à execução é verificada?

Pela redação dos incisos I e II do art. 593, acima transcritos, pode-se pensar que a fraude à execução poderia ser verificada a partir do momento em que a ação foi proposta, ou seja, a

⁴⁴ Art. 42. “A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes. [...]

§ 3º A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário”.

partir da distribuição de uma ação⁴⁵. Apesar disso, o posicionamento dominante na doutrina e na jurisprudência considera como ato passível de fraude à execução o praticado após a citação do devedor⁴⁶. Dentre outros argumentos, sustenta-se que é a partir desse momento que a relação processual está completa e que por isso verifica-se a existência de lide pendente⁴⁷.

Nesse sentido:

“Embargos de terceiro. Execução. Citação válida. Ajuizamento da ação executiva. A fraude de execução pressupõe citação válida em ação capaz de tornar insolvente o alienante. Não basta o ajuizamento da ação”. STJ, 3ª Turma, REsp. 255.230-RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 01.09.2005)⁴⁸

Em sentido contrário, afirmando que a fraude pode ocorrer a partir do momento em que a demanda é simplesmente distribuída, pois a partir desse momento o terceiro tem como verificar se há ação em curso em face do devedor alienante e ainda mais porque o devedor alienante pode se furtar à citação no intuito de dilapidar seu patrimônio: GONÇALVES e TARTUCE⁴⁹.

Assim se manifesta GONÇALVES⁵⁰:

Entendem, com efeito, alguns juristas que é desnecessária a citação, pois o processo já teve seu início com a simples propositura da ação, momentos fixados nos arts. 263 e 617 do Código de Processo Civil. Esta corrente, embora não seja a dominante, é a mais justa, por impedir que o réu se oculte, enquanto cuida de dilapidar o seu patrimônio, para só depois então aparecer para ser citado⁵¹.

⁴⁵ Art. 263. “Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado”.

⁴⁶ Nesse sentido: ASSIS, Araken; VENOSA, op. cit. p. 496; GONÇALVES, op. cit. p. 465.

⁴⁷ Art. 219. “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”.

⁴⁸ No mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit. p. 850.

⁴⁹ TARTUCE, Flávio. op. cit. p. 386

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. 465

⁵¹ A 4ª Turma do E. STJ já se manifestou em uma posição intermediária, reconhecendo que a fraude à execução ocorre após a citação, mas que em determinadas hipóteses ela pode ser verificada em momento anterior: “PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. PLENA CIÊNCIA POR PARTE DO DEVEDOR DA EXECUÇÃO. INTERESSE DE MENORES. INEXISTÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AOS INCAPAZES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO NÃO-DEMONSTRADO.

Dinamarco adota uma posição intermediária⁵²:

Em princípio, reputa-se momento inicial do processo, para o fim de caracterização da fraude executiva, aquele em que é feita a *citação do demandado* [...] só então ele fica ciente da demanda proposta, não sendo razoável nem legítimo afirmar uma fraude da parte de quem ainda não tenha conhecimento da litispendência instaurada [...]. Mas essa razão cessa quando por algum modo o demandado já tiver conhecimento da pendência do processo, antes de ser citado; essa é uma questão de fato a ser apreciada caso a caso, sendo legítimo considerar até mais maliciosa a conduta daquele que se furtá à citação com o objetivo de desfazer-se de bens ou onerá-los antes que esta se consuma.⁵³

Parece-me que no presente caso estamos apenas diante da necessidade de conhecimento por parte do devedor alienante de que há uma ação sendo movida em face dele. A citação tem por função dar ao réu (executado, requerido ou interessado) ciência de que há uma ação sendo movida em face dele. Esse é o ponto mais importante da citação. Tem como consequência a impossibilidade de o réu alegar que desconhecia a existência de uma ação movida em face dele (presunção absoluta de que o réu está ciente). Mas o executado pode praticar

-
1. Diferença marcante entre a fraude contra credores e fraude de execução situa-se na categoria do interesse violado com a prática do ato fraudulento. Com efeito, a primeira tem por violado interesse de natureza privada, qual seja o interesse privado do credor. De sua vez, na fraude de execução o interesse infringido é o da própria atividade jurisdicional, ou seja, macula-se o prestígio da própria jurisdição ou do Estado-Juiz.
 2. De regra, a caracterização da fraude de execução exige a ocorrência de litispendência, esta caracterizada pela citação válida do devedor no processo de conhecimento ou de execução.
 3. In casu, há que se ater à peculiaridade levada em conta pela decisão recorrida, qual seja, quando da alienação do bem, portanto, no momento caracterizador da fraude, o devedor-executado tinha pleno conhecimento do ajuizamento da execução e, como forma de subtrair-se à responsabilidade executiva decorrente da atividade jurisdicional esquivou-se da citação de modo a impedir a caracterização da litispendência e nesse período adquiriu um bem imóvel em nome dos filhos.
 4. Inegável, portanto, que no caso em questão o ato fraudulento do executado maltratou não apenas o interesse privado do credor, mas sim a eficácia e o próprio prestígio da atividade jurisdicional, razão por que o ato de alienação de bens praticado pelo executado, ainda que anteriormente à citação, ontologicamente analisado no acórdão recorrido, está mesmo a caracterizar fraude de execução, impondo, como consequência a declaração de sua ineficácia perante o credor-exequente.
 5. A intervenção do Ministério Público nas causas em que figurem interesses de menores torna-se prescindível nas hipóteses em que não restar demonstrada a ocorrência de prejuízo a estes.
 6. A transcrição das ementas dos julgados tidos como divergentes é insuficiente para a comprovação de dissídio pretoriano viabilizador do recurso especial.
 7. Recurso especial não conhecido". (STJ, 4ª T. REsp. 799.440-DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.12.2009, v.u.)

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 445

⁵³ No mesmo sentido: MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 333: "[...] observamos que o ingresso da ação judicial por vezes é antecedido de ampla discussão entre os sujeitos da lide, tentando eliminar o conflito de interesses independentemente da proposição da ação, mediante transação [...] A tentativa de transação pode deixar registros escritos [...] revelando a ciência da litigiosidade contida, da potencialidade de disputa judicial".

atos de disposição após o início da ação e antes de ocorrer a citação. Nessa hipótese também será possível falar em fraude à execução, todavia caberá ao credor fazer a prova de que o devedor sabia da existência de ação sendo movida em face dele.

Cabe ressaltar que a citação aqui mencionada não é apenas a citação do processo de execução como quer dar a entender o *caput* do art. 593. É a citação para qualquer tipo de ação (de conhecimento, de execução, cautelar), que vise à condenação, constituição, desconstituição ou mesmo a declaração judicial. Ainda, não são apenas as ações que tramitam perante a Vara Estadual Cível que deve ser levada em consideração para a caracterização da fraude. Deve-se levar em conta qualquer das justiças (Comum, Eleitoral, do Trabalho ou Militar). Ainda, no que tange a Justiça Comum, a fraude poderá ser caracterizada após a citação em processos perante as Varas Federais ou Estaduais, sejam elas cíveis ou criminais.

É por conta disso que não basta requerer do vendedor de um bem a apresentação de certidões dos distribuidores cíveis apenas. Deve-se requerer certidão dos distribuidores criminais, tanto da justiça estadual quanto da federal, bem como das demais justiças, sob pena de se adquirir o bem sob o risco de fraude à execução⁵⁴.

Com relação à citação para uma demanda, cabe salientar que a simples citação não é hábil para tornar o patrimônio do réu citado inalienável. Assim o réu de uma demanda pode praticar atos de disposição patrimonial (a título gratuito ou oneroso) após ser integrado em uma lide, **desde que ele não seja, todavia, reduzido à insolvência**⁵⁵.

⁵⁴ Não se pode esquecer que a sentença penal condenatória transitada em julgado também é título executivo judicial; que a justiça eleitoral pode aplicar multa ao candidato; que a justiça eleitoral também é hábil a condenar o reclamado etc.

⁵⁵ MONTENEGRO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 333

3.4 A alienação de bem objeto de ação fundada em direito real

Levanta-se na doutrina a questão de ser ou não necessária a realização de averbação na matrícula do imóvel de demanda em face do réu da ação. De acordo com a Lei de Registros Públicos: Art. 167. “No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I – o registro: [...] 21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis”. Apesar dessa possibilidade de se realizar o registro de ação real na matrícula do imóvel, não penso ser ela necessária para que se configure fraude à execução. Ela seria necessária para que surta efeitos para além de um terceiro adquirente, pois um terceiro adquirente deverá realizar as consultas de praxe em relação ao réu alienante. Nessas consultas ele constataria a existência de demanda. Todavia, se houver nova alienação sobre o mesmo bem, o novo adquirente somente deveria realizar pesquisas em relação ao adquirente anterior (ao terceiro apenas). Não seria necessária a consulta de toda a cadeia de proprietários. Se o credor quer dar publicidade *erga omnes*, para que tenha efeito até mesmo perante futuros adquirentes, será necessário realizar o registro da ação real junto à matrícula do imóvel, caso contrário a fraude à execução somente poderá ser verificada em relação ao primeiro adquirente (àquele que adquiriu o bem do réu alienante).

3.5 Diferenças entre fraude contra credores e fraude à execução

Na fraude contra credores não há demanda judicial movida pelo credor. Ela situa-se no âmbito privado das partes.

Na fraude à execução, já há demanda judicial movida pelo credor em face do devedor alienante capaz de reduzi-lo à insolvência ou demanda que verse sobre direito real em relação ao bem alienado. O interesse aqui é público, pois já há demanda judicial em curso.

No caso de alienação de bem capaz de reduzir o devedor à insolvência, vale a pena destacar a discussão existente sobre o momento divisor da configuração da fraude contra credores e da fraude à execução. Para parte da doutrina, conforme destacado acima, basta que a alienação ou oneração ocorra após a instauração de um processo para que fique caracterizada a fraude à execução. Prevalece, todavia, que somente as alienações ocorridas após a citação do devedor é que configuram fraude à execução. As ocorridas antes dessa poderão configurar fraude contra credores.

A fraude contra credores, como mencionado acima, é um vício social, que interessa apenas às partes. Já a fraude à execução é um vício de maior gravidade, que não interessa apenas às partes, mas à própria ordem jurídica, pois é uma afronta ao Poder Judiciário.

Além disso, não são apenas os atos capazes de tornar o devedor insolvente, praticados quando já instaurados um processo em face desse que serão capazes de configurar fraude à execução. Os atos de disposição de coisa litigiosa quando sobre a coisa pendia ação fundada em direito real também caracterizarão fraude à execução (art. 593, I), independentemente de o alienante estar ou não insolvente, porque nesse caso estaremos diante de uma obrigação de dar coisa (diversa de dinheiro), que para ser cumprida, precisará da existência da coisa.

Via de regra, na fraude contra credores deve-se verificar se a aquisição pelo terceiro de bem do devedor alienante foi realizada de má-fé. É preciso comprovar o *consilium fraudis*. Na fraude à execução não há a necessidade da verificação desse elemento subjetivo da aquisição. Ou seja, na fraude à execução a má-fé é presumida, desde que se prove que o terceiro adquirente tinha ciência da existência de demanda capaz de levar o devedor alienante à insolvência^{56 57}.

⁵⁶ Em sentido contrário, MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 655, que entende ser necessária a comprovação do *consilium fraudis*, inclusive na fraude à execução. Ape-

O que é preciso verificar é se o terceiro adquirente tinha ou deveria ter condições de saber que havia uma demanda em face do devedor alienante capaz de reduzi-lo à insolvência.

Ainda quanto às diferenças, a fraude contra credores somente pode ser verificada em ação movida especificamente para esse fim (ação pauliana ou revocatória). A fraude à execução pode ser verificada no curso do processo (normalmente no curso de processo de execução).

A consequência da fraude contra credores é a anulação da alienação realizada em fraude (não se pode deixar de mencionar que há forte posicionamento doutrinário e jurisprudencial afirmando que a fraude contra credores é causa de ineficácia da alienação perante o autor da ação pauliana). Já na fraude à execução a consequência é a ineficácia da alienação perante o credor.

3.6 A figura do terceiro adquirente na fraude à execução e as cautelas na aquisição de um bem

Como mencionado acima, de acordo com a doutrina pátria, a fraude contra credores tem como requisito a comprovação do conluio entre o devedor alienante e o credor adquirente com vistas a tornar o devedor alienante insolvente ou agravar a situação de insolvência já verificada.

sar de afirmar haver a necessidade do *consilium fraudis*, o autor destaca que a fraude à execução pode ser caracterizada antes mesmo da realização da averbação ou registro da penhora: “Mesmo sem o registro, a ciência do adquirente quanto à existência da ação é presumida, segundo entendemos, em face das exigências legais impostas a todo e qualquer adquirente de imóvel, no sentido de obter certidões negativas dos Cartórios situados na localidade do imóvel, revelando a inexistência de ações judiciais que se apresentem como obstáculo à transferência patrimonial”.

O *consilium fraudis*, na visão desse autor, “deve ser visto como o comportamento do devedor (e apenas do devedor) no sentido de pretender prejudicar o credor através da transferência patrimonial, o que não encontra eco na doutrina, mostrando-se como entendimento minoritário”. (MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 331)

⁵⁷ Também afirmando a necessidade de comprovação do *consilium fraudis*, THEODORO JUNIOR, Humberto. *Apud* MONTENEGRO FILHO, Misael. op. cit. p. 332

Diferentemente, na fraude à execução, não há necessidade de prova do conluio⁵⁸. O que se deve verificar é se o terceiro adquirente tinha ou não condições de saber que o devedor alienante estava sendo demandado, em demanda capaz de torná-lo insolvente.

Nesse ponto faz-se necessário destacar a redação da recente Súmula 375 do E. STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

A redação dessa Súmula é preocupante, pois passa a impressão de que a fraude à execução somente ocorreria na pendência de processo (ou fase) de execução, mais precisamente, após o registro da penhora. De acordo com a súmula, poder-se-ia falar em fraude à execução antes do registro da penhora do bem, mas nesse caso seria preciso comprovar a má-fé do terceiro adquirente. Entretanto, não deve ser essa a interpretação do instituto.

Para isso precisamos sair do âmbito acadêmico e verificar a vida em sociedade no que tange às cautelas necessárias para as relações de compra e venda de bens.

Se levarmos a condições extremas que toda e qualquer alienação ou oneração feita após a instauração de um processo é considerada fraude à execução, sem nenhum outro requisito, estariam cometendo inúmeras injustiças com eventuais terceiros adquirentes de boa-fé.

A questão que pesa é saber quando que o terceiro adquirente não pode ser considerado adquirente de boa-fé? Quando ele estaria de má-fé? O que seria má-fé para o caso em questão?

Para isso se faz necessário analisar a prática dos negócios jurídicos pela sociedade e as cautelas tomadas pela própria sociedade na realização desses atos.

⁵⁸ Apesar dessa afirmativa, há inúmeros julgados do STJ e também parte da doutrina que afirma haver também a necessidade de comprovação do *consilium fraudis* para a caracterização da fraude à execução.

Se fossemos levar a ferro e fogo que toda e qualquer alienação após a instauração de um processo, capaz de reduzir o devedor à insolvência seria feita em fraude à execução, para se adquirir qualquer bem precisaríamos tomar as seguintes providências: Requerer certidão dos distribuidores cíveis da Comarca onde é domiciliado o alienante. Mas não basta apenas isso, é necessário requerer a certidão dos distribuidores da Justiça Federal do domicílio do alienante, pois ele pode ser demandado perante à Justiça Federal. Faz-se necessário realizar a mesma pesquisa em face da Justiça do Trabalho. Não ficaria de fora nem a Justiça Criminal, pois a sentença penal transitada em julgado é título executivo judicial visando à reparação civil do ato ilícito praticado. Precisaríamos também realizar a consulta junto à Justiça Eleitoral e Militar. Não fossem apenas essas certidões, seria necessário também requerer certidões dos cartórios de protestos de letras e títulos do domicílio do alienante. Se a aquisição for de imóvel situado em outra comarca, seriam necessárias certidões dessa outra comarca também.

Assim, se levássemos a risca que toda e qualquer alienação de bens (independentemente da condição social das pessoas e do valor desses bens) feita após instaurado um processo que seja capaz de tornar o devedor insolvente é realizada em fraude à execução, teríamos que requerer aquelas diversas certidões para realizar qualquer negócio jurídico, seja aquisição de bem móvel ou imóvel.

Veja que o nível de pesquisa acaba sendo imensa e bem complexa.

O costume da nossa sociedade, todavia, não é esse. É certo que o costume não pode revogar lei, mas o texto que cuida da fraude à execução não é tão claro. Além disso, precisamos verificar a condição do terceiro adquirente sob o prisma da boa-fé na aquisição de bens. Logo nos sobra utilizar o costume para poder dar à Lei sua real aplicação.

Se estivermos diante da aquisição de um automóvel usado, o costume de nossa sociedade exige apenas uma consulta perante o órgão estadual competente (Detran). Já para a aquisição de um imóvel, é costume solicitar certidões dos distribuidores e também dos Cartórios de Protestos. Assim, deve o terceiro adquirente agir com a diligência mediana para não correr o risco de adquirir bem em fraude à execução. E essa diligência mediana varia de acordo com a categoria e valor do bem adquirido, além de se levar em consideração, a meu ver, a condição social do terceiro adquirente, que também influí para verificação da prudência mediana, pois não podemos crer que seja prática, em todo nosso país, de dimensão continental, a obtenção de certidões para a aquisição de bens imóveis. É certo, todavia, que nos grandes centros urbanos esse é um hábito. Não fosse apenas isso, muitos dos imóveis são adquiridos por meio de contrato de mútuo. Nesses casos os bancos já têm por praxe exigir as certidões dos distribuidores para a concessão do empréstimo para a aquisição do bem.

Assim, deveríamos não apenas nos ater à Lei, mas à prática dos atos pela sociedade (costumes) e também à consequência de uma dada interpretação seja ela doutrinária ou jurisprudencial, haja vista que o direito influí não apenas na vida dos cidadãos envolvidos, mas também mexe com a economia do próprio país, pois gera reflexos.

Não se pode falar que, nos casos de compra e venda de bens imóveis, de elevado valor, o terceiro adquirente procedeu de boa-fé se não teve a cautela de requerer as certidões dos distribuidores para verificar se havia ou não demanda capaz de tornar o devedor insolvente. Não fosse isso, para que serviriam essas certidões? Além disso, qualquer um que queira se furtar do cumprimento de um a obrigação capaz de torná-lo insolvente, bastaria alienar seu patrimônio sem preocupação e os adquirentes, que pagam o preço de mercado, poderão ficar desocupados, mesmo que adquiriram o bem de quem seja réu em várias ações, pois se ado-

tarmos de forma nua e crua o texto da Súmula 375 do STJ somente estariamos incentivando às pessoas à prática de atos fraudulentos.

Deixar a cargo do credor fazer a prova de que o terceiro adquirente agiu de boa-fé quando não tomou as cautelas adequadas é deixar nas mãos desse a produção de uma prova diabólica, pois impossível (na grande maioria das vezes) de ser feita; é tratar com chacota o próprio judiciário; é fazer com que dez anos de demanda não sirvam para nada; é fazer com que o Judiciário deixe de cumprir com sua função última que é a pacificação da sociedade; é dar azo a que as pessoas continuem a proceder de má-fé e sem as cautelas devidas, quando o correto seria fazer com que os atos da sociedade sejam praticados com um mínimo de cautela e fazendo que os maus elementos se adaptem à sociedade, que eles atuem de acordo com as normas ora vigentes e não dando a esses subterfúgios para se protegerem; e mais, dando azo ainda para o aumento da inadimplência e maior dissabor dos cidadãos e desgosto pelo Judiciário, algo que é imperdoável.

Assim, não parece ser adequada a interpretação de que a fraude à execução precisaria da comprovação de má-fé por parte do terceiro adquirente. Se já há uma demanda capaz de tornar o devedor insolvente e este, ciente dessa demanda, porque já foi citado, vende seu bem imóvel, de elevado valor a terceiro adquirente, que sequer se deu ao trabalho de requerer as certidões dos distribuidores do local do imóvel e do domicílio do devedor, não se pode falar que compete ao credor fazer a prova de que o terceiro adquirente agiu de má-fé. Basta que prove que a alienação ocorreu após a citação, pois presume-se que o terceiro adquirente tinha condições de saber que havia demanda em face do devedor alienante, capaz de reduzi-lo à insolvência.

É por demais óbvio que pelo costume de nossa sociedade, tais certidões não são requeridas para a aquisição de bens de pequeno valor. Para esses casos, não se pode exigir do ter-

ceiro adquirente a pesquisa junto ao judiciário antes de realizar tais aquisições. O mesmo vale quando a aquisição é feita junto a sociedades empresárias que vivem da compra e venda de bens. Quem for comprar um veículo importado, de valor quatro vezes maior que muitos imóveis não irá requerer certidões dos distribuidores de uma concessionária, somente porque o bem é de elevado valor, haja vista que está comprando de uma sociedade que existe com esse propósito. O mesmo vale para quem vai adquirir um imóvel de uma construtora. Nos demais casos de aquisição de bens imóveis penso ser fundamental a obtenção das certidões dos distribuidores, sob o risco de a aquisição ser realizada em fraude à execução, cabendo ao adquirente fazer a prova de que tomou as cautelas devidas.

3.7 O art. 659, § 4º e seus efeitos sobre a caracterização da fraude à execução

Assim dispõe o § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil:

§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.

Por conta desse dispositivo, alguns doutrinadores passaram a afirmar que a fraude à execução somente ocorreria após o registro da penhora do bem, salvo comprovada má-fé do terceiro adquirente. Assim se manifesta Luiz Fux:

Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem transrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento. Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução; razão pela qual, somente a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma execução criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si seja uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inciso II do art. 593 do CPC.

A referida exegese esbarraria na inequívoca ratio legis que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. É pre-

ciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora⁵⁹. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de há muito se preconiza nos nossos matizes europeus⁶⁰.

Não penso que a razão esteja com essa corrente, que vigora plenamente no STJ. Explico:

Se uma pessoa adquire bem imóvel de quem é réu em demanda capaz de torná-lo insolvente, essa pessoa tem como saber que a aquisição estará sendo realizada em fraude à execução, pois bastaria a ele requerer as certidões dos distribuidores para chegar a essa informação. Todavia, se essa terceira pessoa realizar a venda do bem a uma quarta pessoa, essa quarta pessoa não tem como saber que o proprietário anterior adquiriu o bem em fraude à execução. A cautela dessa quarta pessoa se limitará em requerer certidões dos distribuidores da terceira pessoa (ou seja, de quem ele adquiriu o bem). Não tem a obrigação de requerer as certidões de toda a cadeia de proprietários anteriores. Assim, essa quarta pessoa será, em princípio, um adquirente de boa-fé. Todavia, se houver averbação da penhora, essa quarta pessoa não poderia alegar desconhecimento de que o bem havia sido objeto de constrição judicial.

Interessante e bem coerente é a posição dos professores Nery e Nery, que trata da questão sobre o aspecto do ônus da prova:

O ônus da prova da existência da fraude de execução é de quem a alega, isto é, do credor. No entanto, se o devedor se tornou insolvente por causa do ato tido como fraudatório e não apresenta outros bens livres para a garantia da obrigação; se o adquirente não apresenta certidões negativas de distribuições cíveis e criminais, demonstrando haver-se acautelado para a celebração do negócio, a prova da fraude de execução fica praticamente demonstrada⁶⁰.

Assim, não há que se considerar a necessidade de registro de penhora ou averbação do bem como requisito para a configuração da fraude à execução⁶¹. O registro da penhora ou

⁵⁹ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.298.

⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 850.

⁶¹ “Entendemos que o registro faz prova absoluta da ciência do adquirente em relação à existência da demanda judicial, mas não pode ser visto como condição para a arguição da fraude à execução, já que o adquirente deve se munir de informações necessárias à garantia de que o negócio que entabula com o alienante não se en-

averbação traz uma presunção absoluta de que a alienação do bem estará sendo realizada em fraude à execução. Presunção essa que se estende a toda cadeia de futuros adquirentes do bem, algo que não acontece se não houver a averbação da penhora. A não realização registro ou averbação traz como consequência a necessidade de se provar que a alienação foi realizada em fraude à execução. Todavia, como dito acima, em relação ao terceiro que adquiriu o bem do réu devedor insolvente, bastaria, a não apresentação de certidões dos distribuidores por parte desse já é suficiente para caracterizar a fraude. Em relação a outros futuros adquirentes, todavia, caberá ao credor realizar tal prova.

De acordo com a regra de distribuição do ônus processual, a prova fica a cargo de quem alega. No caso, ficará a cargo do credor a produção de provas que comprove o estado de insolvência do devedor e que o terceiro adquirente tinha condições de saber que havia demanda em face do devedor alienante, capaz de reduzi-lo à insolvência. Não há que se falar em má-fé do terceiro adquirente e sim em este não ter procedido com as cautelas de praxe (solicitado as certidões de costume).

Assim, de acordo com os costumes, é praxe a requisição de certidões dos distribuidores junto à Comarca do domicílio do alienante e do local do imóvel para aquisição de bens imóveis. Nessa linha de raciocínio, há uma presunção relativa de que o adquirente tinha condições de saber que havia demanda em face do devedor alienante. Por conta disso, temos a citação como prova de que o devedor alienante estará agindo no intuito de furtar-se ao cumprimento das obrigações; a prática de se exigir certidões para a aquisição de bens imóveis, como presunção (relativa) de que o terceiro adquirente tinha condições de saber que havia demanda em face do devedor alienante capaz de torná-lo insolvente. Só faltaria a prova de

contra marcado por qualquer irregularidade. Por essa razão, o adquirente deve obter certidões junto aos distribuidores do fórum local, atestando que não há demanda fundada em direito real que envolva o bem como objeto de disputa judicial travada entre o credor e o devedor". MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 334

que a alienação é capaz de reduzir o devedor à insolvência. Isso pode ser comprovado por documentos juntados no curso do processo, como por exemplo, a resposta a ofício encaminhado pela Receita Federal; pela certidão do oficial de justiça, que deixou de realizar a penhora porque só encontrou o imóvel (bem de família) e os móveis que o garnecem; pela não indicação de bens para serem penhorados, apesar de intimado para tanto⁶². Pensar de forma diferente seria beneficiar o devedor e o terceiro adquirente que não tomou a devida cautela, quando o processo tem por finalidade dar a cada um o que lhe pertence.

3.8 Consequência da fraude à execução

Conforme já mencionado, quando a fraude à execução for verificada, o juiz declarará a ineficácia da alienação. Em razão disso a alienação permanece perfeita em relação a outras pessoas, somente não sendo eficaz em relação ao credor (ou melhor, exequente). Por conta disso, o exequente poderá penhorar o bem que estiver com o terceiro adquirente.

Ao terceiro adquirente restará apenas o caminho de ação de regresso em face do devedor alienante, pois caso contrário estar-se-ia permitindo o enriquecimento ilícito do devedor alienante em prejuízo do terceiro adquirente.

⁶² Art. 600. “Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

[...]

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores”.

4 ALIENAÇÃO DE BEM PENHORADO / ARRESTADO

A Alienação de bem penhorado, arrestado ou seqüestrado é a forma mais grave de afronta ao Poder Judiciário. Como não há disposição específica cuidando do assunto, tais atos são considerados também como fraude à execução. Aqui independe de a alienação ser capaz de tornar o devedor insolvente. Basta que a alienação seja da coisa penhorada, arrestada ou seqüestrada.

A diferença é que nesse caso a averbação junto à matrícula do imóvel fará prova *erga omnes* de que o bem é objeto de garantia da satisfação de uma ação. Não dependerá de outras provas, como da insolvência, nem da ciência por parte do terceiro adquirente de que havia ação pendente em face do devedor alienante.

Além dessa diferença, qualquer adquirente posterior também será considerado adquirente de má-fé, diferentemente do que ocorre na aquisição de bem enquanto pendente processo em face do devedor, mas que não tenha registro da penhora, arresto ou sequestro. Isso porque nos casos de outras pessoas adquirirem bem do terceiro adquirente, deverão ter a cautela de verificar se há demandas capaz de reduzir esse terceiro à insolvência. Não deverá se preocupar em relação ao adquirente anterior (devedor alienante).

Assim, para a caracterização da fraude à execução não precisa haver a penhora e sequer o registro dessa. Todavia, para que tenha efeitos além do terceiro adquirente, faz-se necessária averbação ou registro da penhora.

5 A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ SOBRE FRAUDE À EXECUÇÃO

Para maior compreensão do tema, será feita uma evolução sobre a interpretação do instituto fraude à execução no âmbito do posicionamento do STJ, para a partir dar entender a Súmula 375 dessa E. Corte.

Num passado não muito distante chegou a haver julgados dessa Corte afirmando que toda e qualquer alienação após a constatação da fraude à execução seria contaminada por essa. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE DE EXECUÇÃO. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS. CONTAMINAÇÃO.

Ineficaz, em relação ao credor, a alienação de bem, pendente lide que possa levar à insolvência do devedor, a fraude de execução contamina as posteriores alienações, independentemente de registro da penhora que sobre o mesmo bem foi efetivada, tanto mais quando, como no caso, já fora declarada pelo juiz da execução, nos próprios autos desta, a ineficácia daquela primeira alienação (STJ, 3^a T. REsp. 34.189-RS, rel. Min. Dias Trindade, j. 14.03.1994)

Processual Civil. Fraude à Execução. Alienações sucessivas. I - A sentença mantida por esta Corte, no sentido de que houve fraude à execução na alienação do imóvel em questão, contamina as posteriores alienações. Precedente. II - Recurso especial não conhecido (STJ, 3^a T. REsp. 217.824-SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 13.04.2004, v.u.).

É certo, todavia, que essa consequência é desastrosa e não preserva o direito da pessoa que adquiriu o bem, posteriormente, de boa-fé. A fraude à execução pode até ser verificada em alienações sucessivas, mas para isso é preciso comprovar que os demais adquirentes estavam cientes da demanda em face de proprietário anterior. Assim. Num exemplo em que João é Credor de José e move, em face desse demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, se José alienar seu bem após tomar ciência dessa ação movia por João a Caio, este terá adquirido o bem em fraude à execução, pois teria condições de saber se havia ou não demanda sendo movida em face de José que era capaz de torná-lo insolvente. Todavia, se Caio alienar o bem a Tício, esse não terá que se acautelar em relação à proprietários anteriores. Esse deverá realizar

a costumeira consulta em face de Caio. Nessa linha de entendimento está completamente equivocado o julgado do STJ que reconhece que a fraude à execução contamina as futuras alienações.

Correta então o posicionamento da 4^a Turma exarada no julgado abaixo:

EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ADQUIRENTE DE BOA FÉ. PENHORA. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO. ALIENAÇÃO FEITA A ANTECESSOR DOS EMBARGANTES. INEFICÁCIA DECLARADA QUE NÃO OS ATINGE.

– “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros” (art. 472 do CPC). Ainda que cancelado o registro concernente à alienação havida entre o executado e os antecessores dos embargantes, a estes – terceiros adquirentes de boa-fé – é permitido o uso dos embargos de terceiro para a defesa de sua posse.

– Inexistindo registro da penhora sobre bem alienado a terceiro, incumbe ao exequente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição judicial. Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido (STJ, 4^a Turma, REsp. 144.190-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.03.2005, v.u.)

O caso em epígrafe cuida de alienações sucessivas. Diante da divergência jurisprudencial entre a 3^a e a 4^a Turma do STJ houve recurso de embargos de divergência do presente julgado:

PROCESSO CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. TERCEIRO DE BOA-FÉ.
A ineficácia, proclamada pelo art. 593, II, do Código de Processo Civil, da alienação de imóvel com fraude à execução não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé.

Embargos de divergência conhecidos, mas não providos. (STJ, 2^a Seção, EREsp. 144.190-SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 14.09.2005).

O julgado acima foi um dos que serviu de precedente para a edição da Súmula 375. Ocorre que ao se analisar dito julgado será possível constatar que ele cuida de alienações sucessivas e, por conta disso, para que uma alienação sucessiva seja considerada em fraude à execução, faz-se necessária a averbação ou registro da penhora do bem, para que esse ato tenha eficácia *erga omnes*.

Assim, ao se analisar outros julgados que serviram de precedentes, percebe-se que houve um desvirtuamento do instituto fraude à execução realizada pelo próprio E. STJ, sem embasamento legal.

O próprio REsp. 739.388-MG, da qual foi relator o E. Min. Luiz Fux traz como precedentes julgados que cuidavam de alienações sucessivas ou da possibilidade de oposição de embargos de terceiro por tem tinhia a posse decorrente de compromisso de compra e venda, que nada se assemelhavam ao caso enfrentado neste julgado. Ou seja, os próprios precedentes que serviriam de sustentação ao presente julgado não tratam de questão similar àquela, assim o julgado perdeu parte de sua base de sustentação.

Não fosse apenas esse julgado, outros que serviram de precedentes para a edição da Súmula 375 também se baseiam em falsas premissas, havendo distorção da posição que havia sido consolidada perante aquela Egrégia Corte.

Assim, seria completamente equivocado entender que, por conta da inclusão do § 4º ao art. 659 em 2002 e sua posterior redação em 2006, a fraude à execução seria presumida apenas após o registro da penhora. No caso de alienação de bens imóveis caberia àquele que adquire imóvel de quem está sendo demandado proceder às consultas de costume para verificar se há demanda capaz de tornar o alienante insolvente, sob pena de ser presumida a fraude em sua aquisição. Todavia, em se tratando de alienações sucessivas, a boa-fé é presumida, não havendo que se falar em fraude à execução, salvo haja existência de averbação ou registro da constrição do bem junto à matrícula do imóvel (que tem a função de dar publicidade). Para os demais casos de negócios jurídicos, onde não há o costume de se requerer as diversas certidões para se realizar a aquisição de um bem, não se pode falar que o terceiro adquirente não tomou as cautelas devidas, pois tal prática não é exigida pela lei, nem pelo costume. Nesse sentido, vale a pena repisar as palavras dos professores Nery e Nery:

O ônus da prova da existência da fraude de execução é de quem a alega, isto é, do credor. No entanto, se o devedor se tornou insolvente por causa do ato tido como fraudatório e não apresenta outros bens livres para a garantia da obrigação; se o adquirente não apresenta certidões negativas de distribuições cíveis e criminais, demonstrando haver-se acautelado para a celebração do negócio, a prova da fraude de execução fica praticamente demonstrada⁶³

Nesse mesmo sentido já se posicionou Dinamarco, afirmando que a Súmula 375 pode induzir a ideias diferentes das reais interpretações que devam ser feitas do instituto fraude à execução. São suas as palavras:

Por dois modos a Súmula n. 375 do Superior Tribunal de Justiça, editada em março de 2009, pode induzir a ideias diferentes dessas que emanam claramente da lei e são tradicionais no direito brasileiro: a) ao exigir o *registro da penhora* como requisito para a configuração da fraude de execução, faz crer que essa fraude só seria configurável na pendência do processo ou fase executiva e, ainda mais, com penhora realizada; b) ao aludir à má-fé do adquirente, parece exigir que para a fraude de execução esteja também presente o *consilium fraudis*. Esse conluio é inerente à fraude contra credores e não à fraude de execução [...] e a preexistência de uma penhora caracteriza outra espécie de fraude, que torna ineficaz a alienação independentemente do requisito da insolvência [...]. É porém razoável entender que, ao falar em *má-fé*, aquela Súmula está aludindo simplesmente ao conhecimento, pelo adquirente, da pendência processual – quer seja ela cognitiva ou executiva; e que o *registro da penhora* serve somente para a dispensa da prova.⁶⁴

⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit. p. 850.

⁶⁴ DINAMARCO. op. cit. p. 446.

6 CONCLUSÃO

Diante de toda pesquisa realizada, verifica-se que o julgado acima, que serviu de base a outros julgados do STJ e à edição da Súmula 375 daquele E. Tribunal não possui base sólida, nem no STJ, nem na doutrina nacional. Além disso, causa tremenda insegurança jurídica. A edição de uma Súmula por um Tribunal Superior deve ser realizada com as devidas cautelas e não pode dar margem a interpretações equivocadas. Ela deve ser clara o suficiente e estar de acordo com seus precedentes. No presente caso, salvo melhor juízo, a Súmula em questão não está de acordo com alguns de seus precedentes. E alguns de seus precedentes, como o REsp. 739.388-MG, traz no voto do relator, como precedentes, julgados que não chegam à conclusão chegada pelo próprio Ministro Relator. Assim a Súmula que teria a função de pacificar as discussões acaloradas nos Tribunais só fez essas discussões aumentarem ainda mais, pois não refletem a realidade para muitos dos casos ao qual acabará sendo erroneamente aplicada.

Como dito acima, é certo que devemos analisar o comportamento do adquirente para sabermos se ele tomou o mínimo de precauções antes de adquirir um bem. Essas precauções é que servirão de base para constatar sua boa-fé. Não é possível falar então que apenas o registro da penhora é capaz de fazer com que haja a fraude à execução. Muito menos entender que para a caracterização dessa fraude seja necessária má-fé do terceiro adquirente. Basta a constatação de que o adquirente tenha ou devesse ter condições de saber da existência de demanda capaz de tornar o alienante insolvente. Apenas isso. Pensar de forma contrária seria fazer com que dez, quinze ou vinte anos de tramitação de um processo seja jogado na vala; seria dar azo aos devedores contumazes para mais uma manobra visando à se furtarem de cumprir suas obrigações; seria dar azo para que as pessoas realizem negócios jurídicos sem o mínimo de cautela que o próprio costume se encarregou de propalar pela sociedade; seria fazer com não

houvesse necessidade de se requerer certidões dos distribuidores, pois bastaria a certidão vin-
tenária da matrícula do imóvel, o que é um tremendo contra-senso.

Espera-se que a doutrina e os Tribunais inferiores façam com que o E. STJ enxergue o
equívoco cometido.

7 REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. vol 3. São Paulo: Saraiva, 2008

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol IV. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 3. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2008

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÉA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil*, 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, vol I. 5. ed. São Paulo: Método, 2009

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. vol I. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005