REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL NO DIREITO PROCESSUAL

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 1 1/2/2007, 08:48

FREDIE DIDIER JR. E RODRIGO MAZZEI – Organizadores

Culturalismo e experiência no Novo Código
– Civil Judith Martins-Costa

Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais
– Rodrigo Mazzei

A garantia fundamental da proporcionalidade em sua projeção no Novo Código Civil Brasileiro
– Willis Santiago Guerra Filho

O Novo Código Civil e o Direito Processual
– José Carlos Barbosa Moreira

Das relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil
– Alexandre Freitas Câmara

O Novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual
– Humberto Theodoro Júnior

Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica
– *Fredie Didier Jr.*

O Art. 72 do Novo Código Civil e seu reflexo na competência jurisdicional
– Bruno Freire e Silva

Reconhecimento dos fatos jurídicos e Estatuto de Direito Privado
– *Gabriel Pintaude*

Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo a obra de Agnelo Amorim Filho
– Humberto Theodoro Júnior

A prescrição e a sua pronúncia de ofício: qual a extensão da revogação do art. 194 do Código Civil?
– Rodrigo Mazzei

Anotações sobre o título "da Prova" do Novo Código Civil
– José Carlos Barbosa Moreira

La negativa de la parte a somertese a una pericia medica (Según el Nuevo Código Civil brasileño)
– José Carlos Barbosa Moreira

O art. 232 do CC e a súmula 301 do STJ – Presunção legal ou judicial ou ficção legal?
– *Gisele Santos Fernandes Góes*

Evicção e denunciação da lide no Novo Código Civil
– Flávio Luiz Yarshell

Pretensão do réu de manter o contrato com modificação de suas cláusulas diante de pedido do autor de resolução por onerosidade excessiva – Pedido contraposto previsto pela Lei Material (Art. 479, CC)
– Daniel Amorim Assumpção Neves

A intervenção de terceiro em ação direta da vítima contra o segurador e o art. 788 do Código Civil – Uma proposta de interpretação
– Daniel Luz Martins de Carvalho
– Manuela Ghissoni de Carvalho

Aspectos materiais e processuais da responsabilidade patrimonial do incapaz
– William Santos Ferreira

Defesa da posse e ações possessórias
– Arruda Alvim

Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo
– Pablo Stolze Gagliano

Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre Constituição, Direito e Processo
– Glauco Gumerato Ramos

Questões materiais e processuais envolvendo as ações de direito e família
– Flávio Tartuce

Ensaio acerca do impacto do Novo Código Civil sobre os processos pendentes
– Guilherme Rizzo Amaral

FREDIE DIDIER JR.
RODRIGO MAZZEI
Organizadores

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA
ARRUDA ALVIM
BRUNO FREIRE E SILVA
DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES
DANIEL LUZ MARTINS DE CARVALHO
FLÁVIO LUIZ YARSHELL
FLÁVIO TARTUCE
FREDIE DIDIER JR.
GABRIEL PINTAUDE
GISELE SANTOS FERNANDES GÓES
GLAUCO GUMERATO RAMOS
GUILHERME RIZZO AMARAL
HUMBERTO THEODORO JÚNIOR
JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
JUDITH MARTINS-COSTA
MANUELA GHISSONI DE CARVALHO
PABLO STOLZE GAGLIANO
RODRIGO MAZZEI
WILLIAM SANTOS FERREIRA
WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL NO DIREITO PROCESSUAL

2ª edição
2007

EDIÇÕES JUS PODIVM

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 2 1/2/2007, 08:48

Capa: Carlos Rio Branco Batalha
Diagramação: Maitê Coelho
maitescoelho@yahoo.com.br

Conselho Editorial
Dirley da Cunha Jr.
Fernanda Marinela
Fredie Didier Jr.
Gamil Föppel El Hireche
José Marcelo Vigliar
Nestor Távora
Pablo Stolze Gagliano
Robério Nunes Filho
Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei
Rogério Sanches Cunha

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *Jus*PODIVM.

Copyright: Edições *Jus*PODIVM
É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

EDIÇÕES *Jus* PODIVM

Rua Rodrigues Dória, 163, Jardim Armação
Telefax.: (71) 3363.5050
CEP: 41750-030 – Salvador – Bahia
e-mail: livros@editorajuspodivm.com.br
www.editorajuspodivm.com.br

SUMÁRIO

NOTA DOS COORDENADORES À SEGUNDA EDIÇÃO 15
APRESENTAÇÃO 17

Capítulo I
CULTURALISMO E EXPERIÊNCIA
NO NOVO CÓDIGO CIVIL 21
Judith Martins-Costa
1. A vocação prospectiva do novo Código: bases culturalistas 25
2. O Código como "razão comunicativa",
ou o "modelo da complementaridade intertextual" 31
3. Conclusão 37
Bibliografia 40

Capítulo II
CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O JUDICIÁRIO: APONTAMENTOS
NA APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS 43
Rodrigo Mazzei
1. Do objeto do trabalho 43
2. As codificações de 1916 e 2002: alterações
que extrapolam os dispositivos 44
2.1. Novos princípios 47
2.2. Da mobilidade e durabilidade como inspiração legislativa 49
3. Cláusulas gerais e o Código Civil de 2002 52
3.1. Conceito e Estruturação 52
3.2. Cláusula geral e os conceitos jurídicos
indeterminados: convergências e diferenças 54
3.3. Sistematização 54
4. O Judiciário e as Cláusulas gerais 58
4.1. Da força da jurisprudência (precedentes) 60
4.2. Voto de confiança no Judiciário 61
4.3. Importância do juiz de primeiro grau 66
4.3.1. Do recurso especial e as cláusulas gerais 68
5. Fechamento 73
Bibliografia 76

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 5 1/2/2007, 08:48

Capítulo III
A GARANTIA FUNDAMENTAL DA PROPORCIONALIDADE EM SUA PROJEÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO 87
Willis Santiago Guerra Filho

Capítulo IV
O NOVO CÓDIGO CIVIL E O DIREITO PROCESSUAL 105
José Carlos Barbosa Moreira

Capítulo V
DAS RELAÇÕES ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL 123
Alexandre Freitas Câmara
1. Introdução 123
2. Uma visão pessoal do Código Civil de 2002 124
3. Das boas relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil 125
   3.1. Dos conceitos do Código Civil aplicáveis em sede processual civil 126
   3.2. Das normas processuais bem localizadas no Código Civil 127
4. Das más relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil 130
   4.1. Das más relações decorrentes da inadequada inclusão de normas processuais no Código Civil 130
   4.2. Das más relações decorrentes da inadequada compreensão, pelo Código Civil, de conceitos processuais 134
5. Conclusão 138

Capítulo VI
O NOVO CÓDIGO CIVIL E AS REGRAS HETEROTÓPICAS DE NATUREZA PROCESSUAL 139
Humberto Theodoro Júnior
1. Interferência da nova lei civil na seara do direito processual civil 139
2. Algumas normas do Código Civil que diretamente estabeleceram regras processuais inovadoras 140
3. Prescrição e Decadência: cognoscibilidade *ex officio* 141
4. Solidariedade ativa e coisa julgada 143
5. Chamamento ao processo, do segurado, em ação direta da vítima contra a seguradora 146
6. Chamamento da seguradora na ação de responsabilidade civil manejada apenas contra o segurado 147
7. Litisconsórcio entre cônjuges nas ações reais imobiliárias 148
8. Denunciação da lide *per saltum* 150

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 6 1/2/2007, 08:48

9. Nomeação à autoria na ação reivindicatória contra o detentor 151
10. Chamamento ao processo em ação de alimentos 153
11. Regras traçadas pelo Código Civil para as arrematações reguladas pelo Código de Processo Civil 155
11.1. Evicção 155
11.2. Impedimentos à arrematação 156
11.3. Hipoteca legal 157

Capítulo VII
ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 159
Fredie Didier Jr.
1. Consideração introdutória 159
2. A premissa constitucional da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: a função social da propriedade 159
3. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: generalidades 163
4. A citação dos sócios e o devido processo legal 167
5. Notas ao Projeto de Lei n. 2.426/2003, que disciplina o procedimento de aplicação da sanção da desconsideração da personalidade jurídica 171
6. Íntegra do Projeto de Lei n. 2.426/2003. 174
Bibliografia 176

Capítulo VIII
O ART. 72 DO NOVO CÓDIGO CIVIL E SEU REFLEXO NA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL 179
Bruno Freire e Silva
1. Reaproximação entre Processo e Direito Material 179
2. Repercussões do Novo Código Civil no Direito Processual 180
3. Competência Jurisdicional 181
4. Domicílio 182
5. O art. 72 do Novo Código Civil e seu reflexo na Competência Jurisdicional 184
6. Conclusão 186
Bibliografia 186

Capítulo IX
RECONHECIMENTO DOS FATOS JURÍDICOS E ESTATUTO DE DIREITO PRIVADO 189
Gabriel Pintaude

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 7 1/2/2007, 08:48

1. Introdução 189
2. Estatuto de direito privado 190
3. Prova como reconhecimento (dos fatos jurídicos) 199
4. Forma e prova: *ad solemnitatem, ad substantiam* e *ad probationem* 203
5. Repercussões pragmáticas 211
6. Conclusões 215

Capítulo X
DISTINÇÃO CIENTÍFICA ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. UM TRIBUTO À OBRA DE AGNELO AMORIM FILHO 225
Humberto Theodoro Júnior
1. Introdução 225
2. A prescrição na teoria de Agnelo Amorim Filho 227
3. A decadência na teoria de Agnelo Amorim Filho 229
4. A imprescritibilidade de algumas ações ("ações perpétuas") 231
5. Conclusões a que chega a tese de Agnelo Amorim Filho 232
6. Prescrição e decadência no novo Código Civil brasileiro 232
7. A prescrição como extinção da pretensão 234
8. Não é o direito que prescreve 236
9. Direito, pretensão, ação e responsabilidade 239
10. Ação de direito processual e ação de direito material 241
11. A instituição de um regime próprio para a decadência pelo novo Código Civil 242
12. Conexão entre o direito material e o direito processual 246
13. Objeção e exceção em matéria de prescrição e decadência 248

Capítulo XI
A PRESCRIÇÃO E A SUA PRONÚNCIA DE OFÍCIO: QUAL A EXTENSÃO DA REVOGAÇÃO DO ART. 194 DO CÓDIGO CIVIL? 251
Rodrigo Mazzei
1. Introdução 251
2. A prescrição no Código Civil de 2002 253
   2.1. Critério diferenciador com a decadência 253
   2.2. Regras processuais sobre a prescrição no corpo do Código Civil de 2002 255
3. Da real extensão do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil no Código Civil 258

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 8 1/2/2007, 08:48

4. Compatibilização entre o art. 219, § 5º do Código de Processo Civil como art. 191 do Código Civil 258
5. Prescrição não é matéria de ordem pública 259
6. Efeitos da reforma nos ditames do art. 191 do Código Civil 262
7. A reforma e o art. 193 do Código Civil: da necessidade de contraditório 263
7.1. Da necessidade de intimação do réu ("devedor") 263
7.2. Da necessidade de intimação do autor ("credor") 266
7.3. Conclusões sobre a importância do contraditório 269
8. Prescrição intercorrente *versus* § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil 271
9. Prescrição aquisitiva, § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, função social da propriedade e o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil 272
9.1. Natureza jurídica da cláusula geral do parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil 272
9.2. Do uso (e compreensão) da expressão prescrição aquisitiva 276
9.3. Necessidade de observância ao disposto no art. 220 do Código de Processo Civil 277
10. Direito intertemporal 277
Bibliografia 278

Capítulo XII
ANOTAÇÕES SOBRE O TÍTULO "DA PROVA" DO NOVO CÓDIGO CIVIL 283
José Carlos Barbosa Moreira
1. Generalidades 283
2. Âmbito de incidência do art. 212 Caráter exemplificativo do elenco legal 285
3. Referências à presunção no Título "Da prova" 287
4. Considerações sobre a enumeração do art. 212 290
5. Inspeção judicial e perícia 292
6. As presunções 293
7. Considerações finais 297

Capítulo XIII
LA NEGATIVA DE LA PARTE A SOMERTESE A UNA PERICIA MEDICA (SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO) 299
José Carlos Barbosa Moreiral

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 9 1/2/2007, 08:48

Capítulo XIV
O ART. 232 DO CC E A SÚMULA 301 DO STJ
– PRESUNÇÃO LEGAL OU JUDICIAL
OU FICÇÃO LEGAL? 307
Gisele Santos Fernandes Góes
1. Fontes e meios de prova 307
2. Presunção – definição e natureza jurídica 307
   2.1. Tipos de presunção 309
   2.2. Presunção e ficção 311
3. Análise do art. 232 do CC e crítica à Súmula 301 do STJ 311
Bibliografia 315

Capítulo XV
EVICÇÃO E DENUNCIAÇÃO DA LIDE
NO NOVO CÓDIGO CIVIL 317
Flávio Luiz Yarshell

Capítulo XVI
PRETENSÃO DO RÉU DE MANTER O CONTRATO
COM MODIFICAÇÃO DE SUAS CLÁUSULAS DIANTE
DE PEDIDO DO AUTOR DE RESOLUÇÃO
POR ONEROSIDADE EXCESSIVA
– PEDIDO CONTRAPOSTO PREVISTO
PELA LEI MATERIAL (ART. 479, CC) 323
Daniel Amorim Assumpção Neves
1. Introdução 323
2. As diferentes formas de o réu fazer pedido
   contra o autor e a ação dúplice 324
3. Contestação e pedido contraposto 328
4. Qual é a forma processual para se alegar
   a matéria prevista no art. 479, CC? 333
5. Fungibilidade dos meios de contra-ataque
   aplicada ao art. 479, CC 335

Capítulo XVII
A INTERVENÇÃO DE TERCEIRO EM AÇÃO DIRETA
DA VÍTIMA CONTRA O SEGURADOR E O ART. 788
DO CÓDIGO CIVIL – UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO 337
Daniel Luz Martins de Carvalho
e Manuela Ghissoni de Carvalho

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 10 1/2/2007, 08:48

1. Considerações iniciais 337
2. Breves noções sobre seguros obrigatórios de responsabilidade civil 339
2.1. O Seguro DPVAT 341
3. A intervenção de terceiro do art. 788 do Código Civil e a posição do segurado interveniente 343
4. A intervenção do terceiro do art. 788 do Código Civil e os seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios 345
5. A intervenção de terceiro do art. 788 do Código Civil e o seguro DPVAT 347
6. A intervenção de terceiro do art. 788 do Código Civil e a escolha do procedimento 350
7. Conclusão 352
Bibliografia 353

Capítulo XVIII
ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO INCAPAZ 355
William Santos Ferreira
1. Aspectos materiais da responsabilidade patrimonial do incapaz 355
2. Aspectos processuais do art. 928 do Código Civil 363
2.1. Inimputabilidade: dívida e responsabilidade patrimonial 363
2.2. Sentença Condicional? 368
2.3. Liquidação por artigos 370
Bibliografia 371

Capítulo XIX
DEFESA DA POSSE E AÇÕES POSSESSÓRIAS 373
Arruda Alvim
1. Noções introdutórias 373
2. Natureza jurídica ou aspecto relevante da posse relativamente ao juízo possessório 375
3. Ações possessórias 377
4. A fungibilidade das ações possessórias 377
5. A autodefesa possessória 378
6. O direito material e o direito processual – esbulho e turbação – O temor de lesão à posse e o interdito proibitório 380
7. Âmbito do juízo possessório – O resultado da ação possessória – Juízo possessório e dominial – Ação reivindicatória e reintegração de posse 382

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 11 1/2/2007, 08:48

8. Significado da posse no juízo possessório – Posse: sua categoria jurídica no juízo possessório – Posse e propriedade 386
9. Separação entre juízo possessório e juízo dominial 387
10. Classificação da posse 390
11. As figuras do possuidor direto e indireto no plano do juízo possessório – A indivisibilidade de determinadas situações e as implicações processuais (defesa da composse) 390
12. Posse e detenção 392
13. O objeto material da posse e as ações possessórias 393
14. As ações clássicas do direito possessório s*tricto sensu* e as situações materiais que a elas diz respeito – Hipóteses mais comuns 395
15. A proteção possessória dos bens móveis 398
16. As finalidades e os resultados das ações possessórias – Âmbito possível de cumulação 402
17. Caráter dúplice da ação possessória 405
18. Aspectos particulares da legitimação na ação possessória 406
19. O proprietário e o seu agir no juízo possessório 408
20. O procedimento possessório e a medida liminar 408
21. A insurgência contra a medida liminar 412
22. Da legitimidade passiva, quando se tratar de casal-réu 414
23. A contestação à ação possessória – O rito sucessivo 415
24. Natureza jurídica da Sentença nas ações possessórias 415

Capítulo XX
CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS ACERCA DO USUCAPIÃO COLETIVO 427
Pablo Stolze Gagliano

Capítulo XXI
CONTRIBUTO À DINÂMICA DA CHAMADA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL: DIÁLOGO ENTRE CONSTITUIÇÃO, DIREITO E PROCESSO 433
Glauco Gumerato Ramos
1. Introdução 433
2. Posse, propriedade e Constituição 435
3. Função social da posse e da propriedade 438
3.1. Direito à moradia (CR, art. 6º, caput) 438
3.2. Ordem econômica (CR, art. 170, caput, e incs. II e III) 439
3.3. Propriedade imobiliária urbana (CR, art. 182, caput, e §§ 2º e 4º; 183, caput) 439

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 12 1/2/2007, 08:48

3.4. Propriedade imobiliária rural (CR, art. 186 e incs.; 191, caput) 439
3.5. Direito ambiental constitucional (CR, art. 225 e §§) 440
3.6. Direito real de propriedade no Código Civil (CC, art. 1.228 e §§) ... 440
3.7. Conclusões parciais 441
4. Cláusulas abertas no Código Civil: aspectos dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 441
4.1. Imóvel reivindicado 442
4.2. Extensa área 443
4.3. Considerável número de pessoas 443
4.4. Houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços 444
4.5. Interesse social e econômico relevante 445
4.6. Justa indenização 445
4.7. Conclusões parciais 446
5. A chamada desapropriação judicial: constitucionalidade e terminologia 446
6. Algumas características do processo na desapropriação judicial 447
6.1. Procedimento na desapropriação judicial 448
6.2. As partes no processo de desapropriação judicial 449
6.3. O processo de "desapropriação judicial" sob a ótica do proprietário reivindicante (autor) 450
6.3.1. Possibilidade de pedido alternativo ou sucessivo 450
6.3.2. Denunciação da lide: do autor reivindicante ao Estado 451
6.3.3. Capítulos da sentença favoráveis e desfavoráveis ao autor 452
6.3.4. Indenização fixada e a insolvência dos possuidores 453
6.3.5. Possibilidade excepcional da ação autônoma em face dos possuidores e/ou do Estado pleiteando indenização, a exemplo da chamada desapropriação indireta 453
6.4. O processo de "desapropriação judicial" sob a ótica dos possuidores (réus) 453
6.4.1. Litisconsórcio passivo necessário simples 453
6.4.2. Reconvenção ou pedido contraposto visando à decretação da "desapropriação judicial" e da fixação da indenização 454
6.4.3. Pagamento do preço e registro da sentença 455
6.4.4. Hipótese de não-pagamento da indenização fixada: possibilidade de usucapião com base no justo título gerado pela sentença 456
6.4.5. Impossibilidade de reconhecimento da desapropriação judicial em caráter autônomo: imprescindibilidade de exercício de pretensão reivindicatória 456

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 13 1/2/2007, 08:48

7. Sugestões para a criação de um procedimento especial 457
8. Conclusão 458
Bibliografia 459

Capítulo XXII
QUESTÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS ENVOLVENDO AS AÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA 463
Flávio Tartuce
1. Primeiro esboço. A relevância do tema 463
2. O foro privilegiado a favor da esposa. Inconstitucionalidade do art. 100, inc. I, do código de processo civil 467
3. A possibilidade de conversão da medida cautelar de separação de corpos em divórcio 470
4. A ação de reconhecimento e a dissolução de união estável: questões práticas 474
5. Questões processuais da ação investigatória de paternidade 478
Bibliografia 488

Capítulo XXIII
ENSAIO ACERCA DO IMPACTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL SOBRE OS PROCESSOS PENDENTES 491
Guilherme Rizzo Amaral
1. Introdução 491
2. O binômio direito-processo 492
3. Do Direito Intertemporal 493
4. Algumas Inovações do Novo Código Civil 496
   4.1. Capacidade civil 496
   4.2. A *disregard doctrine* 498
   4.3. O domicílio 498
   4.4. Dos negócios jurídicos 499
   4.5. Dos atos ilícitos 501
   4.6. Das obrigações 502
   4.7. Da responsabilidade civil 504
   4.8. Da prova 505
   4.9. Da prescrição 508
   4.10. Das ações possessórias 508
   4.11. O artigo 2.043 do novo código civil 509
5. Conclusões 509

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 14 1/2/2007, 08:48

NOTA DOS COORDENADORES À SEGUNDA EDIÇÃO

Antes de tudo, gostaríamos de registrar os nossos sinceros agradecimentos aos leitores da primeira edição, esgotada em curto período. Sem dúvida, o sucesso da edição pretérita comprova a importância da temática que envolve a obra.

Para a segunda edição, além de mantermos todos os textos veiculados inicialmente, incluímos e três trabalhos novos: *Reconhecimento dos fatos jurídicos e estatuto de Direito Privado*, de autoria do gaúcho Gabriel Pintaude, *Questões materiais e processuais envolvendo as ações de Direito de Família*, de lavra do professor Flávio Tartuce, e, por fim, *A prescrição e a sua pronúncia de ofício: qual a extensão da revogação do art. 194 do Código Civil?*, de produção acadêmica do capixaba Rodrigo Mazzei.

Com os novos capítulos o livro fica – ainda mais – atual e ratifica a idéia de que o estudo do direito material recebe colorido especial quando efetuado com olhos no direito processual (e vice-versa). Parece-nos inviável, no atual estágio, imaginar um Direito estanque, notadamente diante da gama de dispositivos com visível ponto de contato entre o direito processual e o direito material. Nada obstante o grande rol de dispositivos processuais no Código Civil de 2002, exemplo mais recente pode ser (novamente) tirado a partir das reformas processuais implementadas ao longo do ano de 2006, em que o legislador acabou por deflagrar mudanças normativas cuja recepção demanda análise do direito material, como é o caso da Lei n. 11.280/06 que, ao inserir nova redação ao § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, revogou o art. 194 do Código Civil de 2002.

A segunda edição, portanto, segue a linha vencedora já adotada pela coletânea e, com os novos textos, aumenta ainda mais o seu calibre, cobrindo boa parte dos assuntos fundamentais na aplicação (*processual*) do Código Civil de 2002 e o seu diálogo com o Código de Processo Civil.

Os coordenadores.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 15 1/2/2007, 08:48

APRESENTAÇÃO

O Código Civil de 2002 é, sem dúvida, terreno fértil para novos estudos. Com efeito, a atual codificação não só abriu espaço para trabalhos sobre os institutos de direito material, como também criou superfície para outras discussões, notadamente a análise doutrinária quanto à aplicação de suas figuras legais.

Não se pode negar que o *Direito Processual Civil* poderá ser um forte aliado para imprimir *"eficácia"* nas regulações do atual Código Civil, conferindo, pois, *efetividade* às pretensões legislativas constantes da norma material. O registro dessa assertiva, até de certo modo óbvia, faz-se necessário em razão da correta interpretação que há de ser feita ao item *'j'* da Exposição de Motivos da nova codificação, onde ficou registrada a seguinte pretensão do legislador: *"Eliminar do Código Civil quaisquer regras de ordem processual, a não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o significado"*.

A dicção acima estampada deve ser recepcionada corretamente, pois é absolutamente inviável imaginar o direito material sem a projeção para a sua *realização prática*, sob pena de criação de ordenamento incompleto, pois os beneficiados com a norma material, sem a constituição de uma relação processual, não poderiam proteger-se (eis que vedada a autotutela) se ocorresse a violação do direito. O sistema jurídico necessita, portanto, não só da *"previsão abstrata de direitos"*, mas também da proteção efetiva dessa situação. Qual a serventia de um direito garantido pelo legislador, se não há meios para que possa ser reclamado?

Na realidade, o alerta constante no item *'j'* da Exposição de Motivos indica que houve preocupação no sentido de que normas de caráter processual não fossem indiscriminadamente incluídas no ventre do Código Civil, eis que possuem o seu devido campo legal. Não se negou, portanto, no diploma codificado, a importância das *normas processuais*. Tanto assim é que, sem desprezar que o *Direito Processual Civil* é fundamental para os resultados positivos almejados, outra preocupação do legislador civil, também constante da Exposição de Motivos (item *'p'*), foi a de *"Dar ao Anteprojeto, antes de tudo um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade (...)"*.

Não obstante tal orientação, em determinados pontos, o legislador civil inseriu no corpo do Código Civil, sem justificativa, algumas regras heterotópicas, dispondo, ainda que involuntariamente, sobre questões processuais, em desalinho à

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 17 1/2/2007, 08:48

trilha lançada no item *'j'* da Exposição de Motivos, situação esta que fica evidenciada de forma clara em alguns dos estudos da obra.

Mas o objetivo da presente coletânea não se limita à identificação dos desvios do legislador ao item *'j'* da Exposição de Motivos. Na realidade, apesar da importância na identificação de normas heterotópicas, a coletânea teve também o escopo de demonstrar que o *Direito Processual Civil* não pode ser visto como *algoz* do direito material, devendo ser encarado, na realidade, como *parceiro* para a *realização* das regras contidas no Código Civil. O Direito Processual tem o objetivo de realizar os "sonhos" do Direito Material; a relação é a mesma que se estabelece entre um engenheiro e um arquiteto, ambos imprescindíveis ao sucesso do empreendimento, mas cada qual com tarefas bastante distintas, embora complementares.

Dessa forma, os estudos selecionados para compor a coletânea partem, justamente, da concepção de que a regulação do Código Civil de 2002 deve ser aplicada, de forma *efetiva*, abordando os textos não apenas a análise de acerto (ou não) das previsões legais da codificação, mas também os caminhos e obstáculos que serão enfrentados na tutela jurídica do direito protegido pelo diploma.

Fiel a tal concepção, inicia-se a obra com três estudos panorâmicos que demonstram, cada um com sua visão, nova hermenêutica atrelada ao atual Código Civil. O primeiro trabalho, de lavra da professora Judith Martins-Costa (*Culturalismo e Experiência no novo Código Civil*), desvenda as diferenças conceituais em confronto à codificação passada, especialmente a questão da *abertura semântica*, garantida pela existência de cláusulas gerais. Também tratando das cláusulas gerais, Rodrigo Mazzei (*Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais*) aborda a temática dos *conceitos vagos* com olhos nos efeitos que a adoção de tal técnica legislativa cria no sistema processual. Em seqüência, colhe-se o estudo de Willis Santiago Guerra Filho (*A garantia fundamental da proporcionalidade em sua projeção no novo Código Civil brasileiro*), apontando a possibilidade (e necessidade) de aplicação do princípio da proporcionalidade em pontos nucleares da codificação.

Nos textos dos insignes juristas José Carlos Barbosa Moreira (*Novo Código Civil e o Direito Processual*), Alexandre Freitas Câmara (*Das relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil*) e Humberto Theodoro Júnior (*Novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual*), demonstra-se que, em determinados momentos, o legislador não seguiu a bússola constante do item *'j'* da Exposição de Motivos do Código Civil de 2002, adentrando no campo das matérias de cunho eminentemente processual, nem sempre de forma necessária ou adequada.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 18 1/2/2007, 08:48

Com foco voltado para as novas questões tratadas respectivamente nos arts. 50 e 72 do Código Civil, a coletânea traz os estudos de Fredie Didier Jr. (*Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*), e de Bruno Freire e Silva (*Art. 72 do novo Código Civil e seu reflexo na competência jurisdicional*), expondo os autores a projeção processual para a nova regulamentação, que, certamente, será objeto de embates judiciais.

Colhe-se, em seguida, trabalho de Humberto Theodoro Júnior (*Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho*) que, sem dúvida, facilita a compreensão do caminho adotado no código em vigor para o obrigatório tema da prescrição e decadência.

Diante das importantes novidades introduzidas sobre *'prova'* na atual codificação, especialmente em razão do controvertido art. 232, sobre a temática apresentam-se três artigos, iniciando-se pelos preciosos estudos de José Carlos Barbosa Moreira (*Anotações sobre o Título "Da Prova" do novo Código Civil* e *La negativa de la parte a someterse a una pericia médica*) e terminando com o arremate de Gisele Santos Fernandes Góes (*Art. 232 do CC e a Súmula 301 do STJ. Presunção legal ou judicial ou ficção legal?*), em texto de enfoque incomum, mas de importância invulgar para a dogmática jurídica.

Questões relevantes como a denunciação da lide e a formulação de pedido contraposto foram também abordadas de forma cuidadosa na obra, consoante se percebe dos textos de Flávio Luiz Yarshell (*Evicção e denunciação da lide no novo Código Civil*), Daniel Amorim Assumpção Neves (*Pretensão do réu de manter o contrato com modificação de suas cláusulas diante do pedido do autor de resolução por onerosidade excessiva. Pedido contraposto previsto pela lei material: art. 479, CC*).

Os possíveis efeitos processuais do art. 788 do Código Civil foram analisados no artigo de lavra de Daniel Luz Martins de Carvalho e Manuela Ghissoni de Carvalho (*A intervenção de terceiro em ação direta da vítima contra o segurador e o art. 788 do Código Civil. Uma proposta de interpretação*), adotando os autores posição sobre questão ainda não devidamente analisada pela doutrina até o momento.

No artigo *Aspectos materiais e processuais da responsabilidade patrimonial do incapaz*, William Santos Ferreira cuida das alterações inseridas pelo legislador na responsabilização do incapaz, demonstrando o jurista que o novo regramento provoca também reflexos processuais.

A desafiante questão das ações possessórias, em toda sua extensão, foi o alvo de trabalho de Arruda Alvim (*Defesa da posse e ações possessórias*), sendo a

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 19 1/2/2007, 08:48

controvertida figura do art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, tratada pelos estudos de Pablo Stolze Gagliano (*Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo*) e Glauco Gumerato Ramos (*Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre Constituição, Direito e Processo*), que não se furtaram de consignar suas opiniões pessoais.

A obra tem desfecho com o artigo de Guilherme Rizzo Amaral (*Ensaio acerca do impacto do novo Código Civil sobre os processos pendentes*), matéria que muito interessa nesse período de transição na aplicação das duas codificações.

Assim, com a ímpar arquitetura descrita acima, registramos o nosso agradecimento a todos os autores, pois eles possibilitaram não só a concretização da presente obra, como também a obtenção de resultado final com quilate muito acima do imaginado inicialmente.

Agradecemos, outrossim, à Editora *Jus*PODIVM que, em continuidade à sua produtiva atividade, abriu espaço para a publicação da coletânea que, como demonstramos, reúne textos importantíssimos para o debate da aplicação do atual Código Civil.

Por fim, agradecemos a DEUS pela realização de mais um projeto vencedor.

Outubro, 2005.

Fredie Didier Jr. (fredie@terra.com.br)

Rodrigo Mazzei (rodrigo@rmazzei.com.br)

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 20 1/2/2007, 08:48

Capítulo I
Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil*

Judith Martins-Costa[1]

Sumário • 1. A vocação prospectiva do novo Código: bases culturalistas. 2. O Código como "razão comunicativa", ou o "modelo da complementaridade intertextual". 3. Conclusão. Bibliografia

> Toda a pretensão de apresentar a Ciência do Direito independentemente de quaisquer pressupostos filosóficos, ou os subentende inadvertidamente, ou se resolve num equívoco agnosvicismo filosófico que já equivale a uma contraditória tomada de posição especulativa. (Miguel Reale).

Em janeiro de 2003, entrou em vigor o novo Código Civil. Poder-se-ia questionar que importância tem esse acontecimento para um Congresso de Filosofia, cujo tema central diz com as "contribuições luso-brasileiras à filosofia". Desde já respondo a esta plausível indagação: a importância do novo Código para os filósofos é que esse, em larga medida, concretiza, em bases normativas, a filosofia que o filósofo, jurista e codificador Miguel Reale assentou com o seu culturalismo em várias obras e, notadamente, em "O Direito como Experiência".

Nenhum código provém do nada, nenhum código opera no vazio. O seu modelo sempre expressa uma reflexão e uma tomada de posição diante dos problemas do mundo – isto é, uma filosofia. As matrizes teóricas do novo Código Civil têm origem, justamente, no culturalismo de Reale, na sua concepção acerca dos modelos jurídicos e da concreção[2] , no que chama, enfim, de "normativismo concreto"[3] .Vejamos, inicialmente, a importância teórica dessa compreensão em

---

* Este texto é conseqüência de palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Filosofia, realizado em – João Pessoa, em agosto de 2002, cujas notas foram publicadas nos respectivos Anais, Tomo II, João Pessoa, 2002. Essa versão foi publicada em *in* Boletim da Faculdade de Direito, da Faculdade de Coimbra, vol. 78, p. 126, Coimbra- Portugal, 2002. Agradeço a leitura e o sempre profícuo diálogo com Cláudio Michelon Jr.

1. Professora Adjunta na Faculdade de Direito da UFRGS. Doutora em Direito.
2. Acerca do tema escrevemos, juntamente com Gerson BRANCO, em *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2002.
3. A saber, aquele em que a norma jurídica não é concebida como simples estrutura lógico-formal, antes consistindo num "modelo ético-funcional que, intrínseca e necessariamente, prevê e envolve o momento futuro de uma ação vetorial e prospectiva concreta". (REALE, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 191).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 21 1/2/2007, 08:48

nosso tempo, que tem sido definido como *o tempo da pluralização da subjetividade jurídica*, constituindo, portanto, o *tempo da concreção*.

Seja na filosofia, seja na sociologia, seja na teoria jurídica, várias análises se têm dedicado, recentemente, aos temas da intersubjetividade e da pluralização da subjetividade jurídica, que decorrem, como necessária conseqüência, da "transversalidade" que hoje recobre a fisionomia da sociedade civil[4], da fissura do mito da igualdade formal que alicerçou a Codificação oitocentista, aliada ao reconhecimento da concreta *diferença* entre as pessoas e à atitude de *aceitação* da diferença. Decorre, fundamentalmente, de uma *aceitação* que não é a tolerância para com o mero fato da diferença (o que estaria subjugado apenas à dimensão da facticidade), constituindo, quanto ao muito, numa *indiferença para com a diferença*, para com a dimensão plural da subjetividade jurídica. Trata-se, diversamente, de acolher a diferença *qualificadamente*: é, pois, aceitação *normativa*, que opera segundo escolhas axiológicas. Nessa aceitação qualificada, é reconhecido que a diferença pode resultar da diversidade dos papéis sociais desempenhados por um mesmo indivíduo[5]; admite-se que o diferente pode, às vezes, receber maior tutela, ou uma tutela específica que atenda à sua diferença concreta; e a ordem jurídica se mostra atenta às singularidades de cada qual, polarizada pela idéia de "livre desenvolvimento da personalidade" num espaço que é, ou deve ser, concomitantemente, o espaço tutelar do indivíduo enquanto tal e como membro da comunidade, o "espaço comum" no qual podemos nos reconhecer como pertencentes à humanidade.

Alia-se a essa aceitação qualificada das diferenças subjetivas a concreção, que é a apreensão compósita da realidade (sempre *processus* histórico-cultural): é apreensão compósita porque conjuga, normativamente, os elementos fáticos e as diretrizes ideais, tendo em vista, porém, não o plano da abstração teórica, mas o da realidade prática que o Direito visa a ordenar. É, portanto, o olhar axiológico

4. A expressão é de IRTI, Natalino. *Società Civile,* Milão, Giuffrè, 1992, p. 16. Assim indica o autor a "síntese de unidade e de multiplicidade" que concretiza a expressão "Estado pluralista", a cisão entre o "cidadão" e o "homem", a extraordinária variedade dos grupos sociais, de modo que a "transversalidade" decompõe antigas e rígidas antíteses, reconstruindo uma nova fisionomia da sociedade civil.

5. A multiplicidade e a concomitância dos diferentes papéis sociais está ligada, em larga medida, à planificação, típica da racionalidade produtiva que caracteriza a nossa sociedade. Os confins do local do trabalho invadem o lar, espaço privado por excelência; os meios de comunicação de massa modificam os hábitos domésticos; a racionalidade produtiva transforma trabalhadores em consumidores, massifica; e automatiza e despersonaliza os negócios de troca (vide IRTI, Natalino. *Società Civile,* Milão, Giuffrè, 1992, pp. 18 e 19). A multiplicidade dos papéis sociais, a sua confusa concomitância, acaba por deslocar e confundir a essencial compreensão individual do "papel no mundo" que cada um de nós desempenha.

direcionado para o concreto, para o que singulariza certo comportamento ou certa personalidade em suas particulares circunstâncias existenciais.

O emprego dos termos "diferença", "concreção", "pluralização" poderia, equivocadamente, conduzir o nosso pensamento à Teoria Pós-Moderna, fundada nos termos epígonos de Derrida, Lyotard, Baudrillard e Foucault ("diferença", "fragmentação", "desconstrução"), ligando-o ao que seria o fenômeno da ultrapassagem da modernidade[6]. A pós-modernidade, afirma Arnaud, se caracteriza por um "desejo de ultrapassagem do paradigma moderno", por "uma vontade de pragmatismo e de relativismo"[7], pelo afastamento, de modo especial, da categoria jurídica do *sujeito de direito*, numa radicalidade irracionalista que, para além de declarar a "decadência do Ocidente", como fez Spengler, chega a decretar o fim da história e a "morte do homem"[8]. Não é, contudo, o que acontece com o novo Código Civil: não se pense que a aceitação da plural subjetividade jurídica, o "olhar para o concreto", signifiquem estejam as categorias abstratas expurgadas do Ordenamento, e que o projeto da modernidade tenha sido encerrado. A modernidade é um projeto inacabado, como percebeu Habermas com inteira lucidez[9]. É preciso, antes de mais, conciliar os "Deuses Lares" com o "espírito do mundo"[10], respondendo ao dilema proposto, admiravelmente, por Juan Gris: "*Sans l'abstrait, comment dominer le concret? Et sans le concret, avec quoi dominar l'abstrait*[11] *?"*. É preciso, em suma, *numa atitude fundamentalmente*

6. Entre os representantes das várias acepções dessa Teoria, veja-se, exemplificativamente, SANTOS, Boaventura: La transición postmoderna: derecho y política, *in Doxa- Cuadernos de Filosofia del Derecho,* v. 6, 1989, pp. 223-263; BALLESTROS, Jesús, Razones a Favor de una Postmodernidad Alternativa (respuesta a Javier de Lucas), *in Doxa- Cuadernos de Filosofia del Derecho,* v. 6, 1989, pp. 301-306; ARNAUD, André-Jean, De la globalisation au postmodernisme en droit, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État,* Paris, LGDJ, 1998, p. 147 a 178 e GHERSI, Carlos Alberto. *Metodologias de la Investigación en Ciências Jurídicas,* Buenos Aires, GOWA, 2001.
7. ARNAUD, André-Jean. De la globalisation au postmodernisme em droit, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État,* Paris, LGDJ, 1998, p. 152.
8. As referências são às teses de FUKUYAMA e de FOUCAULT, confirmadas por ARNAUD, que é explícito: "Passada a moda da filosofia "moderna", fala-se do surgimento do pós-modernismo, e, com ele, de "desconstrução", de "morte do homem" (ARNAUD, André-Jean. De la globalisation au postmodernisme em droit, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État,* Paris, LGDJ, 1998, p. 147 e 148, traduzimos).
9. HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade.* Lisboa, Dom Quixote, 1998, Prefácio.
10. A metáfora é de SEBRELI, Juan José. *El Asedio a la Modernidad – critica del relativismo cultural,* Buenos Aires, Sudamericana, 1991, ao referir-se à "Filosofia do Direito", de Hegel, segundo o qual, "o espírito dos povos, as nações, os deuses-lares, estavam limitados por sua particularidade e deviam submeter-se ao juízo universal, ao espírito do mundo, à história universal erigida em um tribunal supremo"(p. 25).
11. GRIS, Juan, citado por HABIB, Claude, na Introduction à tradução francesa da obra de ARENDT, Hannah, *Penser l'événement,* Paris, Bélin, 1989, p. 15, em tradução livre: "Sem o abstrato, como dominar o concreto?/ E sem o concreto, com o que dominar o abstrato?".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 23 1/2/2007, 08:49

moderna[12], aceitar o dilema e equacionar, *racionalmente*, o desafio: como normatizar, de modo abstrato e geral, as plurais relações intersubjetivas na *vida civil?* Como ordená-las segundo padrões de uma *substantiva racionalidade*, que leve em conta as concretas características das situações jurídicas intersubjetivas a serem ordenadas?

No que concerne às relações civis, equacionar esse desafio é a tarefa cometida a um Código dotado de uma *nova racionalidade*: não mais a "razão monológica" do Iluminismo*,* não mais a *ratio* totalitária e fechada, que desconhece as pulsões e os desejos do indivíduo dissolvido na massa, que escamoteia as substanciais desigualdades econômicas e o jogo de poder que se desenrola na vida civil*,* mas *uma racionalidade aberta e substantiva,* capaz de submeter "à sua jurisdição o reino dos valores" e de avaliar "a maior ou menor racionalidade das normas[13]". Registre-se: ainda, e mais do que nunca, uma racionalidade, e não a irracionalidade, a "vertigem[14]" que são – conjuntamente com o relativismo – as águas nas quais navega o pós-modernismo[15].

Operacionalizar as formas de manifestação dessa nova racionalidade é a missão que hoje incumbe a um Código Civil, que deve ser apto a realizar o equilíbrio entre as formas de regulação abstrata e geral – tendo em conta o princípio da segurança jurídica – e as formas de regulação casuística e plural, para tanto considerando, com um relevo especial, as circunstâncias do caso, as singularidades do livre desenvolvimento da personalidade, a efetiva desigualdade substancial das partes contratantes, tendo em conta o princípio da *justiça substancial*. E é

12. Porque a filosofia moderna ensinou, fundamentalmente, que temos que pensar por nós mesmos, o que está na base do *sapere aude* kantiano e de toda a possibilidade de uma atitude crítica, que é sempre uma atitude ditada pela razão. Refiro-me, naturalmente, à "razão dos modernos", que inaugura uma linha: a da "razão iluminista", hoje *insuficiente* (como adiante tentarei explicar), mas não passível de substituição pela sua antítese, o irracionalismo.
13. ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo,* São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.
14. A expressão é de ARNAUD, André-Jean, De la globalisation au postmodernisme em droit, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État,* Paris, LGDJ, 1998, p. 149.
15. Afirma Anthony CARTY, citado por ARNAUD: "A Lei, com um L maiúsculo, a Razão, com um R maiúsculo, o Homem, com um 'H' maiúsculo, formam uma *Trindade defunta"* (ARNAUD, André-Jean, De la globalisation au postmodernisme em droit, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État,* Paris, LGDJ, 1998, p. 149, traduzimos e grifamos). Acerca do irracionalismo como marca cultural do pós-modernismo, veja-se, ainda, SEBRELI, Juan José. *El Asedio a la Modernidad – critica del relativismo cultural,* Buenos Aires, Sudamericana, 1991, pp. 25 a 42, traçando a genealogia entre os pré-românticos alemães (notadamente HERDER), que contrapunham o local ao universal, e o irracionalismo filosófico (SPENGLER, FEYRABAND), e político que veio, a final, percorrendo os caminhos da filosofia cíclica e catastrófica da história, desembocar no nazismo. Veja-se, ainda, a lúcida análise de ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo,* São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 24 1/2/2007, 08:49

justiça "substancial" porque não tem como pressuposto uma noção abstrata de sujeito de direito, mas tem como base cultural a idéia do Direito como "experiência normada[16]" e, como base axiológica "o indivíduo situado", a pessoa humana considerada como "o valor-fonte de todos os valores[17]", tese que Reale desenvolve desde 1940 e à qual reputa "um papel fundamental" em seu pensamento, como fulcro do que denomina de "historicismo axiológico"[18].

O desafio de normatizar as plurais relações intersubjetivas com base na concreção, perpassa todo o novo Código Civil, seja através de sua linguagem (que alia modelos cerrados e modelos abertos[19]), seja em razão das soluções metodológicas que adota, viabilizadoras de uma intertextualidade com outros corpos normativos. Essa opera por meio de ligações *inter, intra e extra sistemáticas* com os valores do Ordenamento, notadamente aqueles expostos na tábua axiológica dos Direitos Fundamentais. Tal é a concepção subjacente ao que tenho chamado de "a Era da Recodificação", em contraponto ao célebre título dado por Irti, nos anos 70, aos ensaios que detectavam a opção de política-jurídica, então ocorrente, da descodificação[20]. É uma concepção radicalmente diversa da que orientou o Código de 1916, embasado no positivismo compreendido ao modo das Ciências Naturais.

Tentarei provar esse argumento com algumas considerações acerca da base culturalista das soluções do novo Código (1), oferecendo, após, alguns exemplos das formas de comunicação entre o Código e as demais instâncias culturais, o que, ao meu ver, é, caracteristicamente, uma opção culturalista (2).

1. A VOCAÇÃO PROSPECTIVA DO NOVO CÓDIGO: BASES CULTURALISTAS

Das contribuições brasileiras para a filosofia, é o culturalismo a mais relevante. Seu campo de atuação é privilegiadamente o do Direito, seja em razão de

16. REALE, Miguel. "De Dignatate Jurisprudentiae", in *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 275, chegando mesmo a afirmar não ser adequado, a rigor, sequer falar em "norma e situação normada" porque "a norma é, ao mesmo tempo, o condicionante e o condicionado, o *valor* e o *fato* em uma síntese dinâmica" (idem, ibidem).
17. REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito,* São Paulo, Revista dos Tribunais, 3 edição fac-simile da 2 edição revista, 1998, p. 305.
18. REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito,* São Paulo, Revista dos Tribunais, 3 edição fac-simile da 2 edição revista, 1998, p. 305, nota 26ª.
19. Examinei o Código sob essa perspectiva in O Direito Civil como um "sistema em construção" – as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro, em Revista dos Tribunais, v. 753, São Paulo, jul. 1998.
20. IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione,* Milão, Giuffrè, 3 edição, 1989.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 25 1/2/2007, 08:49

suas filiações históricas (nas quais avultam Tobias Barreto e a Escola do Recife), seja pela força do pensamento de Reale, agora consagrado legislativamente.

O que caracteriza o culturalismo é a adoção da noção de cultura como "paradigma central" nos domínios das ciências humanas. Não se trata, porém, de uma visão estratificada e estática da cultura: Reale aplica ao mundo da cultura o esquema da teoria tridimensional, segundo a qual toda experiência histórico-social é "uma *forma* resultante da correlação tensional entre *fatos e valores"*[21], para, assim, alcançar os três direcionamentos fundamentais da sua pesquisa acerca da cultura, a saber: a) uma relativa aos *elementos factuais* que condicionam a ação humana[22]; b) outra relativa aos *valores e fins* já adquiridos, ou intencionados a adquirir, dando origem a *valorizações que se objetivam em bens* historicamente constituídos; e, c) outra pertinente *às formas* que os bens culturais assumem, no curso da história[23]. Esses três direcionamentos não são seccionáveis, pois Reale rejeita o "fragmentarismo reducionista que caracterizou toda a cultura individualista burguesa[24]", compreendendo a cultura como *totalidade e como processo*, o que não leva, porém, a eliminar a responsabilidade do homem na ação, mas a compreendê-la pela concreção, que é sempre, e necessariamente, contextual. Daí a sua afirmação de que "nenhuma estrutura cultural é uma ilha"[25], estando no cerne da cultura a interdisciplinariedade, a processualidade, a dialeticidade e a integralidade, pois "a vida cultural não se ordena segundo 'infra-estruturas' e 'superestruturas', mas sim segundo 'momentos' de um processo[26]", polarizado pela dialética da complementaridade.

Em face dessa ordenação processual, integral, interdisciplinar e dinâmica da cultura, as objetivações culturais "não se verificam sempre da mesma forma"[27]. Intuição e razão, ordem e desordem, desejo e vontade, acaso e necessidade, continuidades e descontinuidades, estão compostos na cultura. É preciso distinguir entre a experiência cultural pré-categorial e a experiência cultural intencional-

21. REALE, Miguel. *O Homem e seus Horizontes,* São Paulo, Topbooks, 2 ed., 1997, p. 20, grifos do autor.
22. Dirá, em *Fundamentos do Direito:* "o jurista move-se com certa liberdade na esfera do *construído,* mas não pode deixar de se subordinar ao *dado".* O "dado", porém, "pode ser natural, histórico, racional ou ideal". (REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito,* São Paulo, Revista dos Tribunais, 3 edição fac-simile da 2 edição revista, 1998, p. 297).
23. REALE, Miguel. *O Homem e seus Horizontes,* São Paulo, Topbooks, 2 ed., 1997, p. 20.
24. REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito,* São Paulo, Revista dos Tribunais, 3 ed., fac-simile da 2 ed. revista, 1998, p. 291.
25. REALE, Miguel. *O Homem e seus Horizontes,* São Paulo, Topbooks, 2 ed., 1997, p. 21.
26. REALE, Miguel. *O Homem e seus Horizontes,* São Paulo, Topbooks, 2 ed., 1997, p. 22.
27. REALE, Miguel. *O Homem e seus Horizontes,* São Paulo, Topbooks, 2 ed., 1997, p. 22.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 26 1/2/2007, 08:49

mente ordenada ou predicativa, categorias que, por sua vez, também não são estanques[28], mas intercorrelacionadas. Daí que, embora na experiência cultural intencionalmente ordenada seja mais pronunciada e efetiva a contribuição racional[29], a cultura se apresenta como um verdadeiro *a priori* do conhecimento e das ações humanas. Dirá Reale:

> Assim sendo, desde o mais elementar ato de percepção, o percebido já surge como algo objetivo e transpessoal, de tal modo que jamais lograríamos compreender o significado do homem desvinculado do complexo variegado daquilo que ele exterioriza, como projeção e dimensão imediata de sua consciência intencional. É a razão pela qual costumo afirmar que a cultura é *o sistema aberto das "intencionalidades objetivadas",* de tal sorte que o homem só pode ser integralmente compreendido levando-se em conta o que ele é como *indivíduo* "a se" e o que ele é como *sócio*, isto é, enquanto partícipe consciente ou não do complexo de imagens, símbolos, fórmulas, leis, instituições etc., ou seja, de todas as *formas* que, no decurso do tempo, vão assinalando a incessante incidência de valores sobre o já dado ou positivado na história.[30]

A cultura é, em suma, o *a priori* – absolutamente não-estático – que define a nossa forma de ser, de conhecer, de compreender, de sentir e de regular as nossas relações, inclusive juridicamente. Portanto, para conhecer é necessário não apenas ter em conta o objeto do conhecimento ou o sujeito cognoscente, *mas a circunstancialidade em que o conhecimento se processa*[31]. Daí o *a priori* cultural, o qual não é, todavia, absoluto ou imutável: toda a cultura é histórica, constituindo, sempre, um *processo de realização de valores*[32] que se compõem, continuamente, na dimensão do tempo cultural[33].

Nesse universo cultural dinâmico, processual, integrativo e interdisciplinar, o Direito é, por sua vez, "uma espécie de experiência cultural", "uma realidade que resulta da natureza histórica e social do homem", apresentando-se sempre como "síntese ou integração do ser e do dever-ser, de fatos e de valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objetivados na história"[34]. Daí que, para o culturalismo, o Direito só é compreensível como

28. Pelo contrário, afirma, "ambas coexistem permanentemente, influenciando-se de maneira recíproca" (REALE, Miguel. *O Homem e seus Horizontes,* São Paulo, Topbooks, 2 ed., 1997, p. 23).
29. REALE, Miguel. *O Homem e seus Horizontes,* São Paulo, Topbooks, 2 ed., 1997, p. 23.
30. REALE, Miguel. *O Homem e seus Horizontes,* São Paulo, Topbooks, 2 ed., 1997, p. 25, grifos do autor e nossos.
31. Entre outras obras de Reale que tratam do "*a priori* cultural" veja-se *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996.
32. REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 6.
33. Assim o nosso "Direito e Cultura: entre as veredas da existência e da história", em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil,* MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. São Paulo, Saraiva, 2002.
34. REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 111 e 112.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 27 1/2/2007, 08:49

bem cultural, consistindo o momento normativo no momento da concreção de fatos e valores.

É bem verdade que esse "momento normativo" pode ter início na experiência da vida social; porém, essa experiência vai continuamente merecendo a atenção do legislador e dos órgãos jurisdicionais, sendo integrada pelas escolhas axiológicas dos órgãos que têm o poder de decidir: assim são recolhidas, e estruturadas em *modelos jurídicos,* as normas derivadas do "poder social", expresso nos usos e costumes e na autonomia privada, bem como o poder estatal (poder de legislar e o poder de exercitar a jurisdição). Os usos, a autonomia negocial, a legislação e a jurisdição constituem as quatro fontes que expressam a objetivação dos modos de sentir, pensar e querer, culturalmente conformados.

Porém, essa objetivação – que é o ato de tornar algo objetivo, distinto do sujeito criador[35] – não se esgota num só momento, ela é *processual e prospectiva*: através de variados modos de comportamento (o exercício da autonomia privada, no plano negocial; reiterados modos de ser e entender, consolidados nos usos e costumes; a repetição de julgados dos Tribunais e as decisões do legislador), desenvolve-se a experiência normativa do Direito, que é experiência ditada pela cultura, e "sob cuja luz devem ser aferidos os contratos, obedecidos os costumes, obedecidas as decisões judiciais e cumprida a lei[36]".

Mas, esta "experiência normativa do Direito" – sendo cultural e axiológica (pois a cultura é processo de objetivação de valores) – não pode ser vista de modo formal, como quis o positivismo formalista: tem que *estar atada à experiência humana concreta*, à experiência de uma determinada sociedade, em determinado momento de sua história. Como dirá Novaes – ainda que sob diversa perspectiva filosófica – há sempre a relação da razão com a "carne do mundo" (expressão de Merleau-Ponty), o que está a significar que, na ordem da razão, devemos perceber que "o mundo sensível e o mundo histórico [são] sempre *intermundo*"[37]. Em outras palavras, "o acesso ao mundo se dá não apenas através do 'espírito interior', por meio da reflexão, mas também através do espírito difundido nas relações históricas e no mundo humano[38]": como também observou Merleau-Ponty, "não há o homem interior", na medida em que a relação do

35. REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXI
36. REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXII.
37. NOVAES, Adauto. em A lógica Atormentada, em *A Crise da Razão.* (org.). NOVAES, Adauto. São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 16.
38. NOVAES, Adauto. em A lógica Atormentada, em *A Crise da Razão.* (org.). NOVAES, Adauto. São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, pp. 16 e 17.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 28 1/2/2007, 08:49

cogito "exige de nós experiência[39]". Uma experiência, porém, que não é apenas vivida, não é apenas fato – é uma *experiência significativa*.

O formalismo abstrato, no Direito, ignorando essa percepção, é uma "perversão", diz Reale, decorrente da cisão entre as estruturas predicativas (experiência cultural intencionalmente ordenada) e a experiência cultural pré-categorial, que constitui o "húmus fecundante da vida comum espontânea"[40]. Por isto o autor realiza a distinção e a correlação entre as fontes e os modelos no Direito.

Essa distinção/correlação é a que existe entre retrospectividade e prospectividade, entre estabilidade e processualidade, entre o que é ou foi, e o que vem a ser. As fontes são estáticas, derivando do poder de decidir atribuído à lei, à jurisdição, ao poder negocial e ao costume. A idéia de modelo, diversamente, está ligada à de "projeto", de "planificação lógica" e de "representação lógica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma seqüência ordenada de medidas ou prescrições"[41] . Daí que os modelos jurídicos,

> …não são meras criações da mente, mas sim o resultado da ordenação racional do conteúdo das normas reveladas ou formalizadas pelas fontes de direito, para atender aos característicos de *validade objetiva autônoma e de atualização prospectiva* dessas mesmas normas.[42]

Em suma: a modelagem da experiência jurídica é feita pelo jurista "em contato direto com as relações sociais.[43] Contudo, diferentemente do sociólogo, que descreve e explica as relações sociais, o jurista opera mediante normas que não são causais ou motivacionais, mas "produzidas segundo o processo correspondente a cada tipo de fonte que espelha a solução exigida por cada campo de interesses ou valores".[44] Assim sendo, a atitude do jurista é racional e axiológica: as fontes e os modelos estão articulados, mas essa articulação não é de modo nenhum estática ou seccionada: trata-se de um processo complexo e racional de articulação entre as normas derivadas das várias fontes e modelos, o que pode

39. NOVAES, Adauto. em A lógica Atormentada, em *A Crise da Razão.* (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 17. A referência é ao prefácio, de MERLEAU-PONTY, à *Fenomenologia da percepção.*
40. As expressões entre aspas estão em REALE, Miguel, *O Homem e seus Horizontes,* São Paulo, Topbooks, 2 ed., 1997, p. 23.
41. REALE, Miguel. *Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico,* São Paulo, Saraiva, 1994, p. 40.
42. Op. cit. p. 40.
43. Op. cit. p. 41.
44. Op. cit. p. 41.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 29 1/2/2007, 08:49

produzir variadas combinações, tudo polarizado, porém, pelos valores constitucionais[45], ao qual acresce a contribuição – entre nós relevantíssima[46] – dos modelos hermenêuticos, ou doutrinários, seja na colmatação de lacunas, seja no efetivo desenho dado à modelagem prescritiva, ao "projeto normativo" a realizar. Assim sendo, um verdadeiro sistema aberto de retrospectividades e de prospectividades exprime, em diversas e convergentes dimensões, a coexistência, no Direito, da experiência cultural pré-categorial e da experiência cultural predicativa. Reale diz:

> "…sempre me impressionou o fato de que o povo criador do Direito (Romanos) não foi um escravo da lei, como mandamento do Estado, mas antes um criador de fórmulas ordenadoras no bojo da sociedade civil mesma; na medida em que os fatos iam ditando, e a necessidade ia exigindo soluções normativas, eram os jurisconsultos que forneciam aos litigantes a fórmula *iuris* que o *praetor* convertia em *norma iuris* através de sua decisão[47]."

Portanto, Reale vê o Direito como *ordenação racional e processual da experiência humana,* segundo certas necessidades, ditadas pelas efetivas relações sociais, e de acordo com determinados valores[48], que se afirmam e confirmam no tempo cultural. Por isto, dirá:

> "…aos olhos do jurista o Direito se põe prevalecentemente como norma, mas esta não pode deixar de ser considerada uma realidade essencialmente histórica: mas as normas jurídicas não são o mero reflexo do fato, não são o 'retrato sintético do

45. Esclarece Reale: "se o ordenamento jurídico não tem a graduação lógica atribuída à Kelsen ao sistema do Direito nacional e internacional, reconhece-se, geralmente, que, em virtude de sua subsunção à mesma ordem constitucional, ele se constitui, tudo somado, como unidade coerente e complementar, cujas lacunas e contradições é mister superar" (REALE, Miguel. *Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico,* São Paulo, Saraiva, 1994, p. 41). A unidade é, porém, *in fieri,* e resulta da complementaridade dos modelos jurídicos que se põem, processualmente, de modo "aberto" no ordenamento (idem ibidem).
46. Procurei acentuar o peso da modelagem doutrinária entre nós (o que é uma característica verdadeiramente nacional) em "A Boa-Fé como Modelo", em MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 191-193.
47. REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXIII.
48. Já na sua obra de 1940 (Fundamentos do Direito), Reale propõe uma crítica ao positivismo – uma crítica que o ultrapasse, não se limitando à mera negação e enfrenta o problema específico da experiência jurídica, questionando: "Como é, em suma, que o jurista parte dos fatos, que 'são', para atingir a esfera daquilo que 'deve ser'? Ora, como já havia dito Kant, não podemos encontrar, na simples verificação daquilo que é, a indicação do que deva ser, sendo essa uma verdade que não se pode contestar." Propõe, em conseqüência, uma teoria do conhecimento que esteja atenta a todos os aspectos da realidade, já que "toda a compreensão parcial da experiência determina uma compreensão parcial do real". Esta Teoria do Conhecimento desemboca na noção de experiência, que é um conceito complexo, não-redutível ao factual, ao dado sensível, mas como um conceito que, atendendo à dialeticidade e a historicidade do conhecimento, não desconhece o fator preponderante do valor no processo cognoscitivo (estabelecendo a ligação entre fato/valor/norma e a experiência).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 30 1/2/2007, 08:49

> fato': elas envolvem uma tomada de posição opcional e constitutiva por parte de quem as positiva, à vista do fato e segundo critérios de valor[49] ".

Isto é, o "momento normativo" do Direito se vai permanentemente modificando, constituindo um processo que não se esgota num só momento, nem está com os olhos voltados ao passado, ao momento da posição da norma na fonte: ele é prospectivo, devendo estar aberto às transformações nos modos de sentir, de pensar, e querer pelos quais a pessoa humana, valor-fonte do Ordenamento, se afirma, concomitantemente, como indivíduo e como membro da comunidade.

A sua noção do Direito como *ordenação da experiência humana* segundo certos valores – ordenação que se faz de modo prospectivo, dinâmico, processual e integrativo – perpassa todo o novo Código Civil, e está traduzida na sua estrutura e na noção de sistema que contém.

Esse é, agora, o viés de meu exame, para tentar demonstrar como operam, em dimensão prospectiva, as ligações *intra, extra* e *intersistemáticas* que permitem a comunicação entre as normas do próprio Código, os fatos da vida social, e os valores do Ordenamento.

2. O CÓDIGO COMO "RAZÃO COMUNICATIVA", OU O "MODELO DA COMPLEMENTARIDADE INTERTEXTUAL"

A razão está no centro da atitude *moderna*, palavra que, desde o século V (quando surge no léxico ocidental), possui a conotação de uma "descontinuidade proposital do novo diante do antigo"[50], para expressar a consciência de uma nova época[51]. E está no centro dessa atitude porque há, entre razão e crise, estreito parentesco etimológico[52], e porque em nossa época, como em qualquer outra, só

49. REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 201.
50. HABERMAS, Jürgen. "Concepções da Modernidade – um olhar retrospectivo sobre duas tradições", em *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001, p. 168.
51. Op. cit., p. 168
52. Como explica BORNHEIM, a origem grega da palavra crise e de seus derivados (crítica, crítico, critério) está ligada ao verbo krino, que apresenta os seguintes significados: 1) escolher, separar, distinguir, discernir o verdadeiro do falso; 2) julgar, pronunciar um julgamento; 3) decidir, pronunciar. Na voz média, significa escolher, decidir, julgar, explicar, disputar. (BORHEIM, Gerd. Crise da idéia de crise, em A Crise da Razão. (org.). NOVAES, Adauto. São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 49). Já o termo razão, o latino "ratio", "logos", em grego, também quer dizer "julgar", "faculdade de pensar" – "pensar" que é "pesar", decidir, como acentua NOVAES, Adauto. em A lógica Atormentada, em A Crise da Razão. (org.). NOVAES, Adauto. São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 11.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 31 1/2/2007, 08:49

a razão é crítica, porque "seu meio vital é a negação de toda a facticidade"[53]: o irracionalismo, seu oposto, é sempre conformista, "pois seu modo de funcionar exclui o trabalho do conceito, sem o qual não há como dissolver o existente"[54].

A razão tem sido rejeitada quando tomada como uma sinédoque: à palavra "razão" parece ter sido colada a etiqueta da razão cartesiana, ou da razão formal, submetida exclusivamente à jurisdição da lógica formal, ou da razão instrumental, ocupada com os meios, e não com os fins. Espírito fundante da modernidade iluminista, Descartes acoplou a idéia de razão à de unidade, pretendendo revestila de um estatuto autônomo: "Da mesma forma que o Sol é o único sol que ilumina todas as coisas, a razão também é única", dirá Husserl, citando Descartes em sua famosa "Conferência de Viena"[55], do que decorrerá, como conseqüência, o totalitarismo da razão única, monológica, já que a ideologia totalitária se reduz à "lógica de uma idéia" que convence mediante o encadeamento de deduções a partir de uma premissa falsa ou mentirosa[56]. Porém, não devemos seguir a perigosa trilha da sinédoque, tomando a parte pelo todo: agora já não mais se trata de uma subserviência à razão iluminista, totalitária e excludente, nem da razão instrumental, "cuja competência se esgota no ajustamento de meios a fins"[57], nem mesmo de uma razão limitada ao ajustamento às categorias da lógica formal, que se ocupa da forma, mas não da substância[58]. A nossa modernidade requer uma *razão sensível, substantiva, processual e comunicativa.* Esclareçamos essas expressões:

A *razão sensível* é a que ultrapassa a tradicional cisão entre o sujeito e o objeto, percebendo o *intermundo* de Merleau-Ponty[59]. É o que, em outras palavras, apontara Reale, ao situar a relação entre objeto do conhecimento e o sujeito cognoscente na *"circunstancialidade em que o conhecimento se processa*[60]*"*, isto

53. ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo,* São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.
54. Op. cit. p. 12.
55. A referência está em NOVAES, Adauto. A lógica atormentada, em *A Crise da Razão.* (org.). NOVAES, Adauto. São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 13.
56. A proposição, que é de Hannah ARENDT, foi retomada por LEFORT, Claude. O imaginário da crise, em *A Crise da Razão.* (org.). NOVAES, Adauto. São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 29.
57. ROUANET, Sérgio Paulo. As razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.
58. Acerca das insuficiências da razão, entendida como categoria exclusivamente lógico-formal, para o trabalho do jurista, veja-se HABA, Enrique. Racionalidad y Método para el Derecho: es eso posible? Em Doxa, vols. 7 e 8, pp. 169-247 e 241-269, Alicante, 1990.
59. Citado por NOVAES, Adauto. A lógica atormentada, em A Crise da Razão. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 16.
60. Entre outras obras de Reale que tratam do "a priori cultural" veja-se Paradigmas da Cultura Contemporânea, São Paulo, Saraiva, 1996.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 32 1/2/2007, 08:49

é, na experiência não apenas vivida, mas tomada como fonte de extração de sentidos. A *razão substantiva* é aquela capaz de pensar fins e valores[61], a que considera o homem como um projeto – sujeito a condicionalismos, por certo, mas voltado à concreção de virtudes. E, por fim, a *razão processual e comunicativa* é a que não se fecha sobre si, não é axiomática, mas está aberta ao devir e à interação das instâncias culturais.

Por isto é que, em contraposição ao irracionalismo que domina a Teoria Pós-Moderna, proponho – recepcionando a expressão de Habermas, que alude à *razão comunicativa*[62] – compreender-se, contemporaneamente, a categoria da razão como denotativa de uma racionalidade atenta aos condicionamentos materiais e psíquicos da ação humana, aos entrelaçamentos entre saber e poder, postos a nu por Max, Freud, Adorno e Foucault[63], e, portanto, de uma racionalidade elástica, não-axiomática, e, bem assim, flexível, que conduza a um método jurídico dotado das mesmas virtudes[64]. Daí a idéia de uma "racionalidade comunicativa". E daí porque os instrumentos que a expressam, juridicamente, devem estar abertos à intertextualidade, permitindo a construção de mecanismos de freios e contrapesos a esses condicionalismos.

Essas conotações dadas à razão, em nossa modernidade, parecem-me adequadas para visualizar, do ponto de vista metodológico, o novo Código Civil, evidenciando o que nele deriva do culturalismo de Reale. A idéia de a experiência jurídica se ir continuamente formando e completando, em acordo aos dados culturais prevalecentes – dados da comunicabilidade humana – está expressa na

61. ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo,* São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.
62. HABERMAS propõe, na verdade, a categoria da "ação comunicativa" e de uma "racionalidade comunicativa" (vide *Teoria de la Acción Comunicativa – racionalidad de la acción y racionalización social,* tradução de Manoel Jiménez Redondo, Madri, Taurus, 2 edição, 2001, pp. 70 a 136), expressões que, no contexto de sua obra, conotam a idéia de ser a razão validada *consoante o contexto,* e na medida em que aceita num *processo argumentativo,* levado a cabo sem deformações externas ou internas. Em síntese muito apertada, HABERMAS propõe operar a razão num meio lingüístico que se reflete, como tal, nas relações entre o homem e o mundo. A ação humana, concomitantemente situada no mundo objetivo e no mundo subjetivo, é uma ação reflexiva, situando-se, então, a problemática da racionalidade, como um "mecanismo de coordenação da ação humana". Utilizo a expressão "razão comunicativa" em outro contexto filosófico porque é diverso, na comparação entre HABERMAS e REALE, o papel e a compreensão da cultura, embora a expressão, por si só, pareça-me de grande expressividade para situar a idéia do Código como uma ordenação jurídica flexível e racional, processual e interdisciplinar, "comunicativa", nessas acepções, com as demais instâncias culturais.
63. Veja-se a análise de ROUANET, Sérgio Paulo, As razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12 e ss.
64. Não se confunda, porém, "racionalidade" e 'método", embora, por vezes, os dois termos apareçam equívocos, como adverte HABA, Enrique. Racionalidad y Método para el Derecho: es eso posible? Em Doxa, vol. 7, p. 171 e 172.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 33 1/2/2007, 08:49

estrutura, na metodologia e na linguagem do novo Código Civil. Esta é diversa da empregada no Código de Beviláqua que encerrava, ainda, (perfazendo o modelo da Codificação oitocentista), a "razão totalitária" ou monológica, fundada na pretensão de completude lógica e legislativa que acabou realizando o *modelo da incomunicabilidade*.

O novo Código, pelo contrário, atento à processualidade da experiência, instaura a "razão comunicativa" ao *situar a permanente, mas coordenada, intertextualidade* entre o seu *corpus* e outras fontes, jurídicas e extra-jurídicas, produtoras de normatividade social, conformando, pois, o *modelo da complementaridade intertextual*.

Essa comunicação intertextual está fundada em bem determinados princípios – o da socialidade, da eticidade e da operabilidade – e é possibilitada pela conexão entre a *estrutura* (fundada numa Parte Geral que inicia com a invocação não-taxativa dos Direitos da Pessoa, seguida de uma Parte Especial constituída por cinco Livros, todos eles correlacionados à Parte Geral) e uma *linguagem aberta*[65] .

A abertura semântica é garantida pela existência de cláusulas gerais estrategicamente colocadas, permitindo a apreensão de três ordens de conexão sistemática, a saber: a) conexões intra-sistemáticas; b) conexões intersistemáticas; c) conexões extra-sistemáticas.

Tradicionalmente o Código – o Código oitocentista, portador da "razão totalitária", excludente de quaisquer fórmulas de comunicação entre o jurídico e as demais instâncias sociais – comportava tão somente conexões intra-sistemáticas. Isto significa dizer que as suas normas, quando não vistas como mônadas leibnizianas, interagiam quase que exclusivamente entre si. A comunicação com as demais normas do Ordenamento operava exclusivamente ao modo formal, segundo os cânones da lei no tempo, da lei no espaço, e da hierarquia das fontes legislativas.

A concepção realeana dos modelos jurídicos provoca uma substancial modificação nesse rígido esquema formal. Não apenas as normas se estruturam como modelos, estando abertas para o futuro, como os modelos interagem entre si, numa complexidade *ordenada e sinalizada* pelo valor a tornar concreto na situação a ser resolvida. Tomo como exemplo a modelagem da responsabilidade civil.

---

65. Para o exame da estrutura e da linguagem do novo Código, permitimo-nos remeter ao texto "O Novo Código Civil – em busca da 'ética da situação'", em MARTINS-COSTA, Judith. e BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 95-130.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 34 1/2/2007, 08:49

O modelo anterior, do Código de 1916, concentrava no art. 159 os pressupostos e a conseqüência da responsabilidade subjetiva (dever de indenizar). Nos arts. 1.518 a 1.532 estava a definição de algumas espécies.

Agora, na Parte Geral, dão-se apenas as condições da ilicitude – um dos pressupostos da responsabilidade civil (arts. 186 e 187) – cujo conteúdo material é *renovado*: a ilicitude não é apenas "ilegalidade", não está atada exclusivamente à conseqüência indenizatória, pressupõe uma idéia de direito subjetivo como *integração de liberdades coexistentes,* como algo que já nasce "conformado" no jogo de ponderações entre os diferentes princípios que se põem como vetores axiológicos fundamentais do ordenamento. Assim, deve ser concretizada a noção de ilicitude a partir de conceitos semanticamente abertos, como "conduta contrária a boa-fé", ou "ato desviado do fim econômico-social do negócio"[66], desta forma se alargando extraordinariamente o campo semântico da ilicitude à vista de determinados valores objeto da tutela do ordenamento jurídico para coibir-se o uso inadmissível de posições jurídicas.

Como se percebe, a diferença do modelo anterior (que conotava automaticamente a ilicitude civil ao dano e ao dever de indenizar) é imensa. Se na Parte Geral estão as condições da ilicitude (arts. 186 e 187), a obrigação de indenizar ganhou autonomia (arts. 927 a 943), demonstrando que, embora seja a mais corriqueira e relevante conseqüência da ilicitude civil, não é, contudo, o seu único efeito. Separadamente, tratou-se da indenização (arts. 944 a 954).

Marquemos o significado da autonomização da obrigação de indenizar, que encontra paralelo no Código Civil português. Como assinala Almeida Costa, em referência ao Código Português, "trata-se de uma importante novidade de ordem sistemática"[67], pois se reúne, num único instituto, os princípios relativos aos efeitos da responsabilidade civil, que são comuns às suas várias modalidades (contratual, extracontratual, pré-negocial, pós-negocial, subjetiva, objetiva). Essa disciplina unitária abarca universo extenso, recortando-se, no Título IV, a responsabilidade que deriva do inadimplemento de obrigação, a qual, todavia, não está afastada, seja ontologicamente, seja na principiologia e em numerosas regras concernentes ao regime jurídico do universo geral da responsabilidade por danos.

A esta estrutura inovadora combina-se um novo conteúdo material. Para além do alargado campo da ilicitude, antes apontado, foram incorporados, à

66. O art. 187 contempla casos em que a ilicitude que não provém do resultado de uma violação a direitos alheios, mas de *meios* empregados, quando o ato afrontar princípios de imensa densidade axiológica, como a boa-fé; assim, exemplificativamente, o ato que fraudar legítimas expectativas alheias.
67. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 692.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 35 1/2/2007, 08:49

responsabilidade civil, vários princípios dotados de elevada carga axiológica: exemplificativamente, o *princípio da eqüidade*, estabelecido no parágrafo único do art. 928, em caso de dano causado por incapaz; o *princípio da proporcionalidade,* contido no parágrafo único do art. 944; o princípio da *gravidade da culpa concorrente da vítima*, posto no art. 945, e ainda as regras especiais a certos tipos de dano dos arts. 948 a 954, além da importantíssima cláusula geral de *responsabilidade objetiva pelo risco*, a teor do parágrafo único do art. 927, assentada na noção de *estrutura social*.

É justamente aí, no parágrafo único do art. 927, que está mais fortemente marcada a concepção culturalista. O novo Código institui espécie de *cláusula geral de responsabilidade objetiva* ao determinar o nascimento do dever de indenizar, independentemente de culpa, não apenas nos casos especificados em lei, mas também "*quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"*.

Em outras palavras, é a noção metajurídica de "atividade normalmente exercida pelo autor do dano, que implique risco", a ser necessariamente concretizada pelo intérprete, que definirá qual o regime aplicável à responsabilidade, o que permite a construção progressiva de várias espécies de responsabilidade por danos, conformando uma visão prospectiva da experiência jurídica, da norma como "experiência normada".

Em suma, a estrutura dada à responsabilidade civil enseja traçar conexões intra-sistemáticas (sendo preciso, para definir o regime aplicável, conectar várias normas do Código); intersistemáticas (reenviando para outros estatutos normativos, como a Constituição, em tema de danos à pessoa, ou ao Código de Processo Civil); e extra-sistemáticas (atirando para fora do sistema jurídico, avaliando, por exemplo, a proporcionalidade entre a conduta culposa e o efetivo dano, segundo dados estatísticos). Do desenho traçado por essas conexões é que, conforme a situação de fato e do valor incidente, modelar-se-á a normativa incidente, e se estabelecerá a medida do dever de indenizar.

Aliás, o Código é pródigo ao estabelecer conexões extra-sistemáticas, enviando o intérprete para fora do sistema jurídico na medida em que deve buscar dados nos demais sub-sistemas sociais (Sociologia, Engenharia, Economia, Medicina, Estatística, Biologia, Informática etc.) para completar a estatuição das normas "parcialmente em branco" que contém, conferindo, assim, amplo espaço de concreta normatividade aos *usos* e direcionando a autonomia privada à função social e a outros ditames éticos, como a boa-fé (*v.g.* arts 113, 128, 187, 421, 422).

Por fim a nova lei requer, permanentemente, a conexão com elementos intersistemáticos, o que marca a sua intertextualidade. Tomo como exemplo o art. 21, segundo o qual "*a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a*

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 36 1/2/2007, 08:49

requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma": isto está a significar que o juiz tem o dever de determinar a providência que, à vista das circunstâncias, entenda mais adequada à *otimização do conteúdo* da norma protetiva, podendo essa providência consistir na adoção de medida cautelar, antecipatória da tutela definitiva, a imposição de *astreintes*, de obrigação de não-fazer, de perdas e danos ou outras medidas contidas no Código de Processo Civil.

Daí sairá desenhado o modelo concreto – a perfazer-se *naquele caso* – da ligação intersistemática entre o Código Civil e a garantia constitucional fundamental à vida privada e à intimidade, e também com as normas processuais, que são um importantíssimo meio de dar efetividade aos direitos fundamentais, possibilitando abarcar casos de ferimento à vida privada que são hoje, porventura, tecnicamente inimagináveis.

Observa-se, portanto, que o Código já não sintetiza todo o Direito Civil – e nem pretende fazê-lo. Ele requer uma permanente complementação com as demais normas do sistema, em especial com os Direitos Fundamentais, que espelham a tábua de valores essenciais do sistema, a partir do assentamento de um valor de base, estruturante e fundante de todos os demais: o da *dignidade da pessoa humana*, o "valor fonte" de todos os valores. Daí a idéia de "construção permanente", que é tipicamente culturalista: não uma construção conceitual ao modo pandectista, mas uma construção atada à experiência social concreta, à "ética da situação".[68]

3. CONCLUSÃO

Qual a importância da tradução legislativa da concepção culturalista?

Penso que nessa nossa época de relativismo cultural e de louvação do irracionalismo, um Código culturalista tem a virtude de instaurar um *novo padrão de racionalidade no Direito Privado*.

Autores como Habermas[69], Finkielkraut[70], Sebreli[71] e Rouanet[72] têm um ponto em comum: opõem à vertigem irracionalista, ao relativismo cultural (que é, *et*

68. Assim o nosso "O Novo Código Civil Brasileiro: Em Busca Da "Ética Da Situação", em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*, MARTINS-COSTA, Judith. e BRANCO, Gerson. São Paulo, Saraiva, 2002.
69. Veja-se, em especial, HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa – racionalidad de la acción y racionalización social,* tradução de Manoel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 2 edição, 2001; *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos,* tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001.
70. FINKIELKRAUT, Alain, *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987.
71. SEBRELI, Juan José. *El Asedio a la Modernidad – critica del relativismo cultural,* Buenos Aires, Sudamericana, 1991.
72. ROUANET, Sérgio Paulo, *As razões do Iluminismo,* São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 37 1/2/2007, 08:49

pour cause, relativismo axiológico) e à postura anti-histórica (porque marcadamente historicista), a *racionalidade* como única via para o exercício da crítica, para a não-submissão à facticidade, para o não-conformismo, para a abertura de uma ordem que é taxionomia, ordem humana, humanamente arranjada.

Concordando com esses autores, penso que o novo Código tem a missão, fundamental, de assegurar a racionalidade no Direito. Mas penso, igualmente, que essa é uma racionalidade que não é mais aquela da razão iluminista ou monológica, que marcou a Codificação oitocentista.

Uma racionalidade comunicativa – como a que o novo Código pode assegurar – não interdita a possibilidade de controvérsias, motivo pelo qual o raciocínio tópico não lhe é adverso: os princípios, insertos nas cláusulas gerais do Código, funcionam como *loci,* como *pontos de partida* para a formação do raciocínio, como "lugares-comuns" para o andar em torno do problema, na busca de sua solução[73] . Essa racionalidade não se quer matematicamente lógica, nem burocraticamente instrumental: ao contrário, tem "jurisdição sobre o mundo dos valores e dos fins"[74] , porque, como explica Rouanet, o universo das normas está sujeito aos mesmos critérios de racionalidade processual que o universo dos fatos e "nos dois casos, só a argumentação racional pode decidir da validade de uma afirmação que se pretende verdadeira, ou de uma norma que se pretenda justa[75] ".

Por que um Código aberto, polarizado por valores, é apto para instrumentalizar esta razão? Em outras palavras, em que medida essa metodologia e uma nova linguagem, fundada em princípios e cláusulas gerais, assegura ao Código Civil uma "racionalidade comunicativa" fundada numa ética de princípios?

Penso que assim ocorre porque o Código configura um sistema aberto e móvel, sendo dotado das válvulas de abertura axiologicamente orientadas. As suas cláusulas gerais, conectadas à sua estrutura, permitem a imediata captação dos valores, notadamente aqueles expressos na tábua axiológica dos direitos fundamentais, e a sua difusão no interior do seu próprio *corpus*, desta feita por meio das ligações intra-sistemáticas. Daí que o Código enseja ao intérprete/aplicador do Direito o dever e a responsabilidade de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do

73. Tentei demonstrar essa possibilidade ao examinar o raciocínio que tem sido empregado em relação ao princípio da boa-fé objetiva em *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 364-377.
74. ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo,* São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 15.
75. Op. cit., p. 15.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 38 1/2/2007, 08:49

sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos, os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral. Em conseqüência, as cláusulas gerais situam o Código no plano da concretude e auxiliam a concretizar os Direitos Fundamentais na dimensão da experiência jurídica, dinamicamente considerada como dimensão da cultura.

É dimensão da concretude porque, viabilizando a "*ética da situação" – o* indivíduo situado, e não o ser abstrato[76] – permite, pela concreção judicial dos modelos abertos, a constante alteração do significado e do conteúdo de uma disposição codificada sem modificar a sua letra, evitando, assim, os males da inflação legislativa e da rigidez que, marcando o modelo dos códigos oitocentistas, ensejaram o seu distanciamento do "direito vivente", da experiência jurídica concreta. Só assim, pode o Código Civil cumprir com a sua responsabilidade ética e política de garantir a unidade mínima – conceitual e valorativa – sem a qual se recai numa espécie de neo-exegetismo das leis especiais[77], cada uma sendo entendida como um átomo, mil átomos apontando a direções diversas. Nessa perspectiva, pode o Código assumir a responsabilidade, ética e política, de completar a Constituição, desenvolvendo a função de garantia e proteção da vida civil[78], e atuando como "o fio da razão ordenadora[79]", em torno da qual desenvolve-se a nossa história das relações privadas.

O Código Civil já não tem, agora, o caráter constitucional que tinha na experiência oitocentista, mas retorna ao centro do sistema para cumprir a função de garantia e assumir a responsabilidade de unificar (melhor diríamos: de harmonizar) o caos irracional dos microssistemas,[80] promovendo a comunicação, racionalmente ordenada, entre os Direitos Fundamentais e as instâncias normativas infra-constitucionais. Na crise instaurada pela globalização – que é imposição política da (des)razão do mercado – o Código se apresenta, enfim, como continuidade da *vida civil,* continuidade axiológica, porém, continuidade não-linear, porque os valores que encerra – da socialidade, eticidade e operabilidade – estão em permanente referência histórica.

---

76. REALE, Miguel. *O Código Civil e seus Problemas Fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1986.
77. Alerta IRTI que o fenômeno da descodificação e a emergência de leis especiais, que se movem sob o impulso das contingências econômicas ou das emergências políticas, "estranhas a qualquer escrúpulo técnico ou preparação doutrinária, "*si esauriscono nella lettura esegetica*", conduzindo a métodos de neo-exegese (em *Códice Civile e Società Política,* Roma, LATERZA, 3 ed., 1999, p. 48).
78. IRTI, Natalino, em *Códice Civile e Società Política,* Roma, LATERZA, 3 ed., 1999, p. 14.
79. A expressão é de IRTI, Natalino. em *Códice Civile e Società Política,* Roma, LATERZA, 3 ed., 1999, p. 70.
80. Assim observa IRTI, Natalino. em *Códice Civile e Società Política,* Roma, LATERZA, 3 ed., 1999, p. 15.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 39 1/2/2007, 08:49

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações.* 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

ARENDT, Hannah. *Penser l'événement,* Paris: Bélin, 1989.

ARNAUD, André-Jean. "De la globalisation au postmodernisme en droit". *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histore de la philosophie du droit et de l'État.* Paris: LGDJ, 1998.

BALLESTROS, Jesús. "Razones a Favor de una Postmodernidad Alternativa (respuesta a Javier de Lucas)". Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho, v. 6, 1989.

BORHEIM, Gerd. "Crise da idéia de crise", em *A Crise da Razão.* NOVAES, Adauto (org.). São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

FINKIELKRAUT, Alain. *La défaite de la pensée.* Paris: Gallimard, 1987.

GHERSI, Carlos Alberto. *Metodologias de la Investigación en Ciências Jurídicas*, Buenos Aires, GOWA, 2001.

HABA, Enrique. "Racionalidad y Método para el Derecho: es eso posible?" Doxa. vols. 7 e 8, Alicante, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa – racionalidad de la acción y racionalización social,* tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 2ª edição, 2001.

_____. "Concepções da Modernidade – um olhar retrospectivo sobre duas tradições", em *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos,* tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001.

_____. *O Discurso Filosófico da Modernidade.* Lisboa: Dom Quixote, 1998.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione.* 3. ed. Milão: Giuffrè, 1989.

_____. *Società Civile.* Milão: Giuffrè, 1992.

_____. *Códice Civile e Società Política.* 3. ed. Roma: LATERZA, 1999.

LEFORT, Claude. "O imaginário da crise". *A Crise da Razão.* NOVAES, Adauto (org.). São Paulo: Companhia das Letras,1999.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Civil como um "sistema em construção"- as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro". Revista dos Tribunais, v. 753, São Paulo, jul. 1998.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOVAES, Adauto. "A lógica atormentada". *A Crise da Razão.* NOVAES, Adauto (org.) São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SANTOS, Boaventura: *La transición postmoderna: derecho y política, in Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho*, v. 6, 1989, pp. 223-263.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 40 1/2/2007, 08:49

REALE, Miguel. *O Direito como experiência.* São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico.* São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O Código Civil e seus Problemas Fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. "De Dignatate Jurisprudentiae". *Horizontes do Direito e da História.* São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Fundamentos do Direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. *O Homem e seus Horizontes.* 2. ed. São Paulo: Topbooks, 1997.

_____. *Paradigmas da Cultura Contemporânea.* São Paulo: Saraiva, 1996.

ROUANET, Paulo Sérgio. *As razões do Iluminismo.* 7.reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEBRELI, Juan José. *El Asedio a la Modernidad – critica del relativismo cultural.* Buenos Aires: Sudamericana, 1991.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 41 1/2/2007, 08:49

CAPÍTULO II

CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O JUDICIÁRIO: APONTAMENTOS NA APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS*

*Rodrigo Mazzei***

Sumário • 1. Do objeto do trabalho. 2. As codificações de 1916 e 2002: alterações que extrapolam os dispositivos. 2.1. Novos princípios. 2.2. Da Mobilidade e Durabilidade como inspiração legislativa. 3. Cláusulas Gerais e o Código Civil de 2002. 3.1. Conceito e Estruturação. 3.2. Cláusula geral e os conceitos jurídicos indeterminados: Convergências e Diferenças. 3.3. Sistematização. 4. O Judiciário e as Cláusulas gerais. 4.1. Da força da jurisprudência (precedentes). 4.2. Voto de confiança no Judiciário. 4.3. Importância do juiz de primeiro grau 4.3.1. Do recurso especial e as cláusulas gerais. 5. Fechamento. Bibliografia.

1. DO OBJETO DO TRABALHO

Em síntese apertada, buscaremos demonstrar que a aplicação do Código Civil de 2002 criará desafio ao Judiciário, pois as modificações estruturais ocorridas no Direito Privado vão muito além de uma simples *reforma* na codificação de 1916. Nossa análise, dentro da limitação do texto, se voltará para a opção efetuada pelo legislador de, em pontos capitais da codificação, se utilizar dos chamados *conceitos vagos*, especialmente das *cláusulas gerais*, fazendo incursão, ainda que breve, na prestigiada figura.

Fixadas as fronteiras do texto, mister se faz, primordialmente, passar por breve resenha comparativa entre os códigos de 1916 e 2002, uma vez que o destaque das principais diferenças substanciais (e estruturais) entre os diplomas facilita a compreensão do novo panorama.

---

* O presente é o roteiro de palestra proferida perante o Instituto Capixaba de Estudos (ICE), no dia 02 de fevereiro de 2004, sobre questões nervosas do Código Civil. Parte do conteúdo daquela conferência deu ensejo, logo após, a trabalho muito mais profundo e abrangente sobre os caminhos, facetas e desafios da codificação atual, publicado na forma de apresentação à coleção *Comentários ao Código Civil*, coordenada pelos professores Arruda Alvim e Thereza Alvim (Rodrigo Reis Mazzei, *Notas iniciais à leitura do novo Código Civil*, *in* Arruda Alvim; Thereza Alvim, (Coords.), *Comentários ao Código Civil brasileiro*: parte geral (arts. 1º a 103), Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. VIII-CXLVI), que indicamos para os que desejam trabalho mais maduro e completo.

** Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e do Instituto Capixaba de Estudos (ICE). Vice-presidente do Instituto de Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES). Mestrando na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 43 1/2/2007, 08:49

2. AS CODIFICAÇÕES DE 1916 E 2002: ALTERAÇÕES QUE EXTRAPOLAM OS DISPOSITIVOS

De plano, a aferição estatística de que o Código Civil de 2002 incluiu na codificação civil novos artigos de lei, observando-se que o novo diploma encontra-se firmado em 2.046 artigos, enquanto o Código Civil de 1916 em 1.807 artigos, deve ser aplicada em contexto bem amplo, pois as alterações efetuadas não estão apenas na inclusão e exclusão de dispositivos.

O legislador partiu da premissa de que era fundamental manter a codificação do Direito Civil, *consolidando* e *ordenando* o sistema jurídico civil por intermédio de um grande diploma, capaz de açambarcar o macrossistema que regula boa parte das principais relações jurídicas no campo em questão (Direito Privado), em verdadeiro processo de *recodificação*.[1]

A idéia do macrossistema privado, já prevista no Código Civil de 1916, tomou forma ao se adotar estrutura semelhante[2] , unificando ainda, de forma parcial, o Direito Privado, trazendo para o Código Civil de 2002 parte do Código Comercial (revogando-o quase que totalmente[3]), com a inclusão de novo livro (Direito da Empresa)[4]. Essa pretensão todavia não eliminou por completo os microssistemas, mantendo-se em pleno vigor tudo aquilo que compatível com a nova codificação.[5-6]

---

1. Abordamos a *recodificação* no pequeno artigo: A recodificação do direito privado, *Ordem Jurídica*, Vitória, Ordem dos Advogados do Espírito Santo, ano 16, n. 104, p. 10, jul. 2003.
2. Divisão do Código Civil de 1916: I – Parte Geral (Livro I – Das Pessoas, Livro II – Dos Bens, Livro III – Dos Fatos Jurídicos); II – Parte Especial (Livro I – Do Direito de Família, Livro II – Do Direito das Coisas, Livro III – Do Direito das Obrigações, Livro IV – Do Direto das Sucessões). A codificação é precedida da chamada Lei de Introdução ao Código Civil, que na verdade não tem aplicação exclusiva ao diploma.

   Divisão do Código Civil de 2002: I – Parte Geral (Livro I – Das Pessoas; Livro II – Dos Bens, Livro III – Dos Fatos Jurídicos), II – Parte Especial (Livro I – Do Direito das Obrigações, Livro II – Do Direito da Empresa, Livro III – Do Direito Das Coisas, Livro IV – Do Direito de Família, Livro V – Do Direito das Sucessões, Livro Complementar – Das Disposições Finais e Transitórias).
3. Em verdade, o Código Comercial continua em vigor apenas em razão das suas disposições vinculadas ao Direito de Navegação.
4. Some-se a tal fato os diversos institutos que foram trazidos para o ventre no Código Civil de 2002, como, por exemplo, no campo dos direitos reais: a propriedade fiduciária; o penhor de veículos, incluindo-se ainda novos institutos (por exemplo: direito à superfície).
5. Nesse sentido: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: "Apesar de o microssistema do CDC constituir o principal diploma legal para regular as relações jurídicas de Direito de Relações de Consumo, nada impede que o CC, naquilo que não conflite com o sistema do CDC, regule também as relações de consumo. Principalmente no que toca aos temas atinentes à Teoria Geral do Direito Privado." (*Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, 2 ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 144).
6. Um detalhe no sentido: o Código Geral, tão desejado por Teixeira de Freitas e elogiado por juristas de todo o mundo como método correto de sistematização codificadora, irradia efeitos positivos no Código Civil de 2002, quando analisamos a sua Parte Geral. O pórtico da nova codificação não é aplicável apenas no Direito Civil, mas de forma mais ampla, em todo o sistema legal, com especial influência do campo do Direito Privado. Em termos: Renan Lotufo (*Código Civil comentado*: parte geral, São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 5) e Geraldo de Oliveira Santos Neves (*Código Civil brasileiro de 2002*: principais alterações, Curitiba: Juruá, 2003, p. 69).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 44 1/2/2007, 08:49

A viabilidade dos microssistemas foi reafirmada pelo Código Civil de 2002, que deixou propositalmente de fora a Lei do Inquilinato, diante da influência que as relações jurídicas vinculadas à locação imobiliária sofrem pelas mutações do quadro econômico, especialmente pela política governamental vinculada à habitação e à política salarial.[7]

Apesar de ser considerado como um exemplo positivo na definição de conceitos, o Código Civil de 1916 encontrava-se alicerçado nas concepções então reinantes no fim do século XIX e no despontar do século XX, quando se destacava o *individualismo*, bastando para tal constatação a breve análise do seu alcance no campo da liberdade de contratar e do seu conceito de propriedade (quase absoluta), conceitos esses modelados para atender ao capital produtivo da época. Desse modo, é correta a afirmação de que o Código Civil de 1916 recebeu grande irradiação do *Código Civil dos Franceses*[8] e dos ideais emergentes da Revolução Francesa, fixados na tríade *liberdade, fraternidade e igualdade*, que acabam culminando da natural idéia de que o homem pode contratar com quem e na forma que deseja (liberdade de contratar)[9], e de que o direito de propriedade deveria ser exercido dentro da liberdade individual do seu titular.

Vale também salientar que, na codificação dos franceses ocorreu a opção por regras bem fechadas, com pouca liberdade para o julgador, em reflexo ao temor que havia por parte da burguesia quanto à perda dos direitos que alcançara com a Revolução Francesa, especialmente porque a análise dos precedentes históricos demonstrava que o Judiciário francês serviu de instrumento para a prevalência da vontade dos nobres, não sendo seguro correr o risco de que tal fato pudesse vir a se repetir.[10-11-12]

---

7. No sentido: Renan Lotufo, Da oportunidade da codificação civil, *Revista do Advogado*, AASP, n. 68, p. 26, dez. 2002.
8. A expressão "Código Civil dos Franceses" é preferida em algumas obras, tendo em vista a predileção de Napoleão ao se referir ao Código Civil francês, em razão de ser um Código voltado ao povo, inclusive em sua linguagem. Em sentido próximo: Geraldo de Oliveira Santos Neves, *Código Civil brasileiro de 2002: principais alterações*, cit., p. 60).
9. Salutar a observação de Renan Lotufo: "Tal estrutura do Código foi extremamente criticada no curso do tempo, pois é exatamente a liberdade dada ao contratante que levou o fraco a ser submetido ao forte, de onde se chegou a célebre frase de Lacordaire 'entre o fraco e o forte a liberdade escraviza e a lei liberta'" (*Da oportunidade da codificação* civil, cit., p. 22).
10. Nesse sentido, em nosso abono, colhe-se de Arruda Alvim detalhada visão crítica sobre a Revolução Francesa e a postura da burguesia: "Toda disciplina do século XIX gravitou, fundamentalmente, em torno de duas realidades: a liberdade e, nesse espaço de liberdade, o exercício da atividade econômica através dos contratos e, paralelamente, a garantia do direito de propriedade. Isto é, foi a maneira através da qual a burguesia assumiu o domínio da sociedade e a continuação desse domínio na sociedade se deu justamente através do domínio dos corpos legislativos; e, mais ainda, em seqüência a isto, com o domínio da ordem jurídica, tal como ela resolveu moldar essa ordem jurídica para que esse ordenamento viesse a assegurar continuadamente o prevalecimento dos seus interesses. É claro que aqui estou utilizando-me de uma linguagem crítica, uma vez que a linguagem historicamente usada na Revolução Francesa e depois, foi uma

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 45 1/2/2007, 08:49

Some a tais fatos que a codificação anterior primava pela precisão da *conceituação* em praticamente todos os pontos, fazendo com que não abarcasse a presença significativa das chamadas *cláusulas gerais*, fazendo com que o fator *tempo* fosse um elemento de deterioração do diploma civil.

O modelo outrora concebido não poderia portanto ser plenamente seguido, seja (1) *pela alteração da própria sociedade brasileira, onde o individualismo*

---

linguagem laudatória da liberdade, da igualdade, mas que se despreocupava com diferenças substanciais – que não tinham espaço para serem corrigidas em face, apenas, da igualdade formal –, e, que se acentuaram no século XIX, exatamente o que não ocorre hoje, em que a igualdade formal subsiste, mas deixa em inúmeros pontos de prevalecer cegamente, assumindo o seu lugar a tentativa de lograr uma igualdade substancial. Falava-se, também, em fraternidade, quer dizer, a mensagem emblemática, bonita, humanitária, da Revolução Francesa, e que, na realidade, não se realizou no plano histórico. Em verdade, essa Revolução, se teve aspectos positivos, e que se agregaram definitivamente à civilização contemporânea, teve também efeitos negativos profundos. Chega-se a um ponto na exposição que, a meu ver, é sobremaneira importante sublinhar: ela influenciou não só na estrutura do Direito Privado, como também influenciou na estrutura do Direito Processual Civil. Como é que a burguesia dominou, ou, mais precisamente, como manteve o seu domínio, ao longo ou verticalmente sobre todo o organismo público? A burguesia tinha profunda desconfiança dos juízes, uma vez que os juízes eram egressos da antiga nobreza; teve ela, então, que conviver com uma magistratura oriunda, em boa parte, da antiga classe dominante. A forma através da qual a burguesia conseguiu dominar foi exatamente através do instrumento da lei, e, dentro do sistema jurídico, criando a noção de que a lei não podia sequer ser interpretada, num primeiro momento, ou, então, sucessivamente, que havia de comportar, apenas, interpretação literal. Não havia espaço ou liberdade de atuação maior para os magistrados. De outra parte, como expressão do espaço deferido à vontade dos sujeitos na ordem jurídica e o papel exercitado por essa vontade, no campo dos contratos, nós encontramos, no artigo 1.134 do Código Civil francês, o mandamento de que o contrato é lei entre as partes. Isto teve um significado – o mais importante, talvez, ao lado do direito de propriedade –, tal como se encontra definido no Código Civil francês. É preciso ter presente que a burguesia não deixou espaço maior para a magistratura e, paralelamente, predominou de forma absoluta na feitura das leis. Este é um ponto muito importante para se entender bem as mutações que vieram a ocorrer no mundo, durante o século XIX, e, especialmente, tendo como momentos sucessivos de cristalização as referências à primeira e à segunda guerras mundiais, mercê de cujos impactos alteraram-se os valores do individualismo que, em largo espaço, resultou substituído pelo valor do social." (A função social dos contratos no novo Código Civil, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 19-20, set. 2003).

11. Sobre a postura do julgador, o professor Renan Lotufo arremata: "O Direito francês, com toda sua influência, foi exatamente aquilo que o revolucionário quis, ou seja, o juiz é a boca da lei, o escravo da lei. Não pode interpretá-la, deve seguir um raciocínio puramente dedutivo e aplicar estritamente o que está na lei." (Da oportunidade da codificação civil, cit., p. 23). O comentário de Judith Martins-Costa também é relevante: "Nesta perspectiva o juiz é, efetivamente, a boca da lei, não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese, mas porque atribui a sua voz à dicção legislativa, tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance." (O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 753, p. 34, jul. 1998).
12. Se no Código Napoleônico, o uso dos dispositivos fechados servira para garantir direitos que foram alcançados pela Revolução Francesa, contudo, no Brasil, o apego a tal tipo de técnica legislativa tinha como objetivo a *segurança jurídica* de se manter uma sociedade marcada pelo predomínio dos proprietários rurais e da burguesia mercantil, que se contrapunham à enorme massa composta pelo proletariado rural. Nesse contexto, não se identificava uma classe intermediária, até porque, como denuncia Francisco dos Santos Amaral Neto: "A classe média era incipiente e parasitária do emprego público, às ordens da oligarquia dominante" (Evolução do direito civil brasileiro, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* São Paulo, v. 7, n. 24, p. 81, abr./jun. 1983).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 46 1/2/2007, 08:49

exacerbado teve que ceder à nova ordem social[13], seja (2) *pelo temor de que a adoção de um sistema fechado, impossibilitasse a absorção dos avanços sociais e da vida*, pois esse caminho levaria o novo Código Civil ao insucesso.[14]

2.1. Novos princípios

Com base em idéias diferentes do diploma antecessor, a nossa nova codificação privada está calcada em três princípios que devem ser absorvidos pelo intérprete, quais sejam: *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade*.[15]

O *princípio da socialidade* altera a visão individualista constante no Código Civil de 1916, partindo-se da premissa de que devem prevalecer os valores fundamentais da pessoa (*dignidade*) humana. Ao contrário de um raciocínio açodado, o *princípio da socialidade* não veio surgir em detrimento do indivíduo, perdendo este espaço para o Poder Público, como se em verdadeira *reforma marxista*. Na verdade, passa o indivíduo a ser visto como célula da sociedade e se busca preservar *um conteúdo mínimo de proteção nas relações privadas*, justamente em razão da necessidade de proteção à dignidade de cada partícipe da ciranda social.

Com efeito, a partir da nova leitura, o proprietário que usa e abusa de sua propriedade causando danos ao meio ambiente, assim como o empresário que se utiliza da pessoa jurídica que participa para burlar o mercado, acabam por criar um ambiente que transbordará o arbítrio individual, justificando a limitação da sua soberania, em razão de sentimentos individuais que se aglutinam em sociedade[16]. Assim, a *socialidade* e o individualismo hão sempre de ser confrontados em ângulo mais extenso, "impondo a relação concreta e dinâmica dos valores

13. No sentido: Arruda Alvim, *Direito das coisas*: principais alterações introduzidas pela Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2002 – Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense (no prelo; texto ainda inédito, gentilmente cedido pelo ilustre jurista).
14. Consoante Clayton Reis: "A sociedade brasileira de 1917 está separada da de 2002, não só por um lapso temporal considerável, mas também, e sobretudo, por uma incomensurável distância cultural, científica, econômica e social. O Brasil de hoje é representado por uma sociedade emergente, que incorporou em sua estrutura todos os avanços da sociedade moderna, desenvolvidos pelas nações mais adiantadas" (*Inovações ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 5).
15. Sobre o tema, escrevemos: Princípios gerais no novo Código Civil, *Ordem Jurídica*, Vitória, Ordem dos Advogados do Espírito Santo, ano 15, n. 95, p. 10, jun./jul. 2003.
16. Houve preocupação na revisão dos conceitos dos principais personagens da vida privada (o contratante, o proprietário, o pai de família, o testador e o empresário), com a mudança do *pátrio poder* para o *poder familiar*, em decorrência da própria alteração social, com a emancipação da mulher.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 47 1/2/2007, 08:49

coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação".[17]

Em outro foco, o *princípio da eticidade* no novel civil tem escopo bem amplo, aparecendo não somente como orientação que privilegia os critérios éticos (por exemplo: boa-fé, justa causa, equilíbrio da relação jurídica), bem como funciona como vetor que possibilita ao julgador maior poder na busca da solução mais justa e eqüitativa pelo Estado-juiz.

O princípio da eticidade é de tamanha importância que, em leitura cuidadosa, observa-se que o legislador prestigiou com grande calibre a boa-fé nas relações privadas, premiando o indivíduo que age com essa postura ética, dando-lhe acesso a válvulas legais não existentes na codificação anterior, criando bônus em favor deste, em diferenciação daquele que agiu com má-fé.[18]

Deve se dizer, ainda quanto à nova realidade imposta pelo *princípio da eticidade*, que o Código Civil de1916 – pela influência histórica então reinante – tencionou fechar os conceitos, prevendo todos os detalhes e hipóteses, com poucas referências diretas aos critérios tidos como éticos, o que, sem dúvida, afastava a possibilidade do julgador se aprofundar no âmago subjetivo da questão para decidir de forma "mais próxima ao caso concreto". Com o Código Civil de 2002, permite-se ao Estado-juiz preencher certos espaços (propositais) da lei, na busca da solução concreta "mais justa" ou "eqüitativa", com observância aos critérios éticos-jurídicos delimitados na própria lei.[19-20]

Finalmente, com o *princípio da operabilidade*, busca-se que as matérias dispostas no Código Civil sejam de fácil aplicação, não causando embaraço na sua execução. Pensamos que a *operabilidade* há de ser vista sob dois enfoques: (1) material – decorrente da enunciação da norma; e (2) processual – aplicação

17. Miguel Reale. *O projeto do novo Código Civil*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7-12.
18. Como exemplo, além da regra principiológica dos artigos 421 e 422 do Código Civil em relação a todo e qualquer tipo de obrigação, no Direito das Coisas, o legislador prevê, nos artigos 1.255, parágrafo único e 1.228, parágrafo 4º, soluções legais que favorecem o possuidor de boa-fé. Mais ainda, em prêmio à posse de boa-fé e apenamento à posse de má-fé, o artigo 1.222, após remodelação ética do artigo 519 do Código Civil de 1916, permite que o reivindicante, em caso de possuidor de boa-fé, venha a quitar o valor das benfeitorias pelo valor atual (*custo + valorização*), enquanto o possuidor de má-fé somente pode ser indenizado pelo valor do custo.
19. Note-se, no sentido, a inclusão do artigo 113 do Código Civil que sinaliza a busca do legislador por decisões de acordo com peculiaridades concretas do caso ("Artigo 113 – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.").
20. Em termos: José Carlos Moreira Alves (*A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 26) e Milton Paulo de Carvalho Filho (*Indenização por equidade no novo Código Civil*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 54).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 48 1/2/2007, 08:49

concreta da norma, conforme interpretação intuitiva das palavras do condutor do noviço diploma codificado, professor Miguel Reale:

> "(…) o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão os elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na *enunciação* e na *aplicação* da norma."[21] (destacamos).

O princípio vai ao encontro dos anseios de toda comunidade jurídica, inclusive dos dedicados ao estudo do Direito Processual Civil, na medida em que, com a *operabilidade*, o legislador civil atraiu para si, mais do que nunca, uma responsabilidade de não criar o confuso ou duvidoso, pois a "possibilidade de a tutela jurisdicional atuar como efetivo fator de pacificação social depende fundamentalmente da perfeita compreensão a respeito de inúmeras situações da vida sobre o que o provimento surtirá efeito. Somente assim poderá o processualista prever tutelas adequadas ao escopo da função jurisdicional".[22]

Ademais, a operabilidade da nova codificação não pode deixar de ser vista na medida em que a mobilidade e durabilidade do diploma são trilhos a serem seguidos, e os *dispositivos vagos*, usados em escala, permitem tal resultado, dando vitalidade ao Código Civil de 2002.[23]

Nessas condições, incursões no atual Código Civil sempre serão dependentes da análise e aplicação da tríade de princípios que o escoram, quais sejam: *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade.*

2.2. Da *Mobilidade* e *Durabilidade* como inspiração legislativa

Nada obstante o tripé dos princípios em questão, para que o Código Civil de 2002 tenha êxito como uma *codificação fortemente móvel*[24], propiciando a aplicação da lei civil por um período mais duradouro, foi necessário o prestígio às *cláusulas gerais* que, já nos adiantando no estudo, são normas lançadas em

---

21. Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 808, p. 16, jan./fev. 2003.
22. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo, 2 ed., 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20.
23. Como exemplo claro dessa intenção, a leitura da expressão *extensa área* contida no parágrafo 4º do artigo 1.228 do Código Civil permite que aquele instituto possa ser aplicado, em tese, em locais diversos, mesmo que o imóvel tenha dimensões bem diferenciadas. Como exemplo, podemos indagar o que é *extensa área* no Pará e também *extensa área* em São Paulo ou no Ceará. Será que o imóvel que hoje não é *extenso*, no futuro, com a diminuição de áreas, não poderá mudar de conceito, enquadrando-se no parágrafo 4º do artigo 1.228 do Código Civil?
24. No sentido, destaca-se o item 26 do parecer final do relator do projeto senador Josaphat Marinho, em que se reconhece a necessidade de possuirmos um sistema capaz de recepcionar as mudanças e situações supervenientes, decorrentes de um contínuo sistema em construção. Vejamos um trecho do referido item:

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 49 1/2/2007, 08:49

forma de diretrizes, dirigidas ao Estado-juiz, que deverá – dentro do que foi previamente traçado pelo legislador – dar a solução mais perfeita, observando para a concretização da atuação judicial não só o critério objetivo, mas também as situações particulares que envolvem cada caso.

A adoção maciça das *cláusulas gerais* não implica dizer, inadvertidamente, que o Código Civil de 2002 abriu mão do conceitualismo de certos institutos. Um sistema ideal deve ter a aplicação balanceada, com dispositivos legais fechados (casuísticos) e hipóteses legais para preenchimento (*cláusula geral*), pois a simbiose evita o engessamento provocado por um sistema fechado, assim como diminui o grau de incerteza que pode ser gerado por um diploma impregnado apenas de cláusulas gerais.[25]

Nessas condições, em paralelo ao Código Civil de 1916, pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o legislador optou, conforme já salientado na introdução deste ensaio, por uma *codificação fortemente móvel*, propiciando a aplicação da lei civil por um período mais duradouro, utilizando-se para tanto das cláusulas gerais.

Não bastasse a inserção maciça de cláusulas gerais no novo Código Civil, o legislador, influenciado pela batuta de Miguel Reale, revisitou vários conceitos e a própria ordem social, de modo a confeccionar uma redação legal muito mais próxima da atual realidade, superando dogmas e posturas não mais aceitos na contemporânea sociedade. Desse modo, a opção do legislador com o Código Civil de 2002 foi a de manter uma codificação civil macro, alargando suas fronteiras no Direito Privado, mas, ao mesmo tempo, com a sensibilidade de que tal postura somente seria vencedora se fosse elaborado um diploma que ajuste temporalmente a Lei Civil à sociedade atual[26], criando válvulas que propiciem a manutenção do equilíbrio de tal contexto, a fim de que o sistema permaneça vivo.

"Em verdade, a prudência, se aconselha o prosseguimento do trabalho legislativo, também recomenda proceder-se com espírito isento de dogmatismo, antes aberto a imprimir clareza, segurança e flexibilidade ao sistema em construção, e portanto adequado a recolher e regular mudanças e criações supervenientes. O raciocínio prudente, no caso, harmoniza-se com a técnica de legislar. Como assinala Jean Carbonnier, 'o legislador que compreende que sua obra vive, e não quer imobilizá-la, deve delinear os textos além de seu próprio pensamento'. Dessa forma preserva o que o mesmo autor chama a 'dinâmica' da lei, essencial a um código, pois, para ele também, 'codificar é modificar', e 'a modificação não se concebe senão no sentido de aperfeiçoamento constante'."

25. Tanto assim, pelo temor da insegurança, as cláusulas gerais não são tão abundantes na Parte Geral do Código Civil de 2002, tendo o legislador se preocupado nessa parte com o rigor conceitual nos dispositivos. No sentido: ALVES, Moreira. *A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro*, cit., p. 24.
26. Vale lembrar que, pela demora na tramitação o Código Civil, algumas partes merecem nova reflexão. Uma análise cuidadosa irá demonstrar que as reformas reclamadas, via de regra, estão atreladas aos conceitos fechados, que não foram alcançados pelas cláusulas gerais. O maior clamor encontra-se na parte dedicada ao Direito de Família (por exemplo: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002*: breves comentários, São Paulo: Saraiva, p. 4).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 50 1/2/2007, 08:49

A idéia do Código Civil de 2002 está, via de talante, ligada à *durabilidade da codificação*, prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, tendo em vista a possibilidade de o Estado-juiz adequar os mesmos ao encadeamento e desenvolvimento social naturais da própria dinâmica da vida.[27]

Pela opção do legislador de *durabilidade* do novo Código Civil, intimamente ligada ao prestígio das *cláusulas gerais*, qualquer paralelo a ser efetuado em estudo comparativo entre as codificações deve levar em conta o sistema anterior, bem mais fechado, e o atual sistema, que prestigia a mobilidade, havendo portanto alteração conceitual e de estrutura do diploma.

A experiência comparada informa que a coexistência dos microssistemas e a codificação é possível, não significando que o microssistema acabe por corroer as sustentações da codificação. Em sentido inverso, no ano de 2000, o BGB (Código Civil de 1900) acabou por recepcionar o direito do consumidor, absorvendo os conceitos de consumidor (§ 13 BGB – *Verbraucher*) e fornecedor (§ 14 BGB – *Unternehmer*).[28]

As críticas, ainda que arrimadas em argumentos sustentáveis, passam ao redor das justificativas para a adoção do uso marcante das cláusulas gerais, não analisando a fundo a motivação pela qual foram trazidas nesse formato, uma vez que digressão mais profunda nos demonstra que um dos motivos para que o Código Civil de 1916 seja visto como *ultrapassado* é justamente a opção que foi levada a cabo pelo legislador de então, que foi a de construir o diploma com incidência predominante de dispositivos casuísticos.[29]

---

27. Como modelo de êxito na codificação duradoura, destaca-se o BGB (Código Civil alemão), diploma que prestigia o sistema de cláusulas gerais. No sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam: "Os códigos oitocentistas, como sistemas rígidos e fechados, impermeáveis às modificações econômicas e sociais, não têm mais lugar na sociedade hodierna. É preciso que novos Códigos sejam um sistema que não seja fechado, que não seja aberto, mas que seja móvel, isto é, dotado de mobilidade tal a ensejar aperfeiçoamentos por intermédio do exercício, da aplicação e da interpretação das *cláusulas gerais,* cláusulas essas que são o motivo principal pelo qual se garantiu, até os dias de hoje, a sobrevivência do BGB, um dos mais perfeitos diplomas civis do mundo (GOMES, *A caminho dos microssistemas,* in *Temas,* n. 2, p. 42), ainda que seja fruto do liberalismo e da pandectística alemã dos séculos XVIII e XIX. Nesse sentido: WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, § 21, III, 3, p. 476-477)." (*Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, cit., p. 3).
28. No tema: Cláudia Lima Marques (Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor: renasce o direito civil geral e social?, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, n. 3, p. 269 ss., jul./set. 2000) e Renan Lotufo (Da oportunidade da codificação civil, cit., p. 26).
29. Aliás, em inverso, vê-se que o uso de dispositivos fechados (casuísticos) em quantidade no Código Civil de 2002 foi alvo de crítica. A propósito, César Fiuza reclama: "De plano, pode dizer-se que se distancia radicalmente da moderna tendência codificadora. Nasce pretensioso, por demais detalhista, repleto de regras absolutamente inúteis, a antiga moda do século XIX, que pretendia reaver na lei realidade fática. Isto é missão impossível. A moderna técnica de codificação preceitua deverem os códigos atentar mais aos princípios que à regras, mais ao geral que aos detalhes. Estes são facilmente dedutíveis dos princípios" (*Curso*

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 51 1/2/2007, 08:49

Fixando-se esse ponto de partida, resta-nos entender a importância das cláusulas gerais e seus reflexos imediatos em todo o sistema.[30]

3. CLÁUSULAS GERAIS E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O resumo, ainda que corrido, nos informa que o processo de *recodificação* está escorado na inclusão de grande gama de cláusulas gerais, de modo a permitir o arejamento constante do sistema, haja vista a recepção dos anseios e conceitos que emanam da própria sociedade que, em constante evolução, estão sujeitos a mutações.

Pela importância que a técnica legislativa acarreta para a nossa codificação, a cláusula geral[31] – como a chave mestra que permite que o Código Civil de 2002 tenha mobilidade não verificada no diploma antecessor – merece exame destacado neste estudo, com abordagem em algumas de suas características, assim como de alterações que a sua aplicação irá gerar na vida judiciária.

3.1. Conceito e Estruturação

Sem pretender criar uma definição inatacável sobre as cláusulas gerais, é possível afirmar que *são dispositivos com amplitude dirigida ao julgador, em forma de diretrizes*, *pois ao mesmo tempo em que contemplam critérios objetivos, estes*

---

completo de direito civil, 6 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 69). Diametralmente oposto: Marcos Antônio Benasse critica: "Vocábulos e expressões dúbios foram lançados à interpretação do profissional do direito, sem nenhuma preocupação maior com o assoberbamento do Judiciário, que funcionará como tradutor do Código" (*Algumas questões polêmicas do novo Código Civil brasileiro*, Campinas: Livro Pleno, 2003, p. 19). Como se vê, difícil – senão impossível – agradar a todos.

30. Oportuna a observação do Professor Renan Lotufo: "Estamos diante de um Código, que na sua redação final, ainda longe da perfeição, não quer ser uma Constituição, não que ser o centro, e sim um corpo de normas com cláusulas gerais e abertura para servir e viabilizar a atuação de todo do Direito Privado." (Da oportunidade da codificação civil, cit., p. 27).

31. Qualquer estudo a ser efetuado sobre o tema reclama a leitura do material produzido por Judith Martins-Costa, entre os quais destacamos: O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 24-48; *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional, São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999; As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema jurídico, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 28, v. 112, p. 13-32, out./dez. 1991; O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas, *Revista da Faculdade de Direito da UFRS*, Porto Alegre, Síntese, v. 17, p. 189-204, 1999; Judith Martins-Costa; Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002. Iremos nos fixar basicamente no primeiro texto indicado, uma vez que é uma excelente síntese dos trabalhos dessa jurista. Com ótima fundamentação sobre o instituto e figuras afins, conferir também, obrigatoriamente: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, cit., p. 141-144; André Osório Gondinho, Codificação e cláusulas gerais, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 3-25, jan./mar. 2000; José Augusto Delgado, O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1998: cláusulas gerais e conceitos indeterminados, in Arruda Alvim; Joaquim Pontes de Cerqueira César; Roberto Rosas (Coords.), *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 395-396.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 52 1/2/2007, 08:49

não são fechados, cabendo ao Estado-juiz, em valoração vinculada ao caso concreto, preencher o espaço, voluntariamente deixado pelo legislador, de abstração da norma.[32-33]

Essa vagueza da cláusula geral é proposital na busca da melhor concretização da justiça, diante da certeza de vivermos numa sociedade heterogênea e em constante processo de mutação.

Às claras, o *dispositivo vago* tende a alcançar maior longevidade, no instante em que poderá ser preenchido com valoração atual, diferente da que era corrente no momento de edição da norma, desde que respeite o desenho legislativo que o limita. De outro turno, a vagueza proposital de determinado dispositivo permitirá que ele tenha superfície de atuação muito mais abrangente do que um artigo detalhado para determinada situação peculiar, pois, na última situação, tende-se a aplicar o dispositivo a grupo mais homogêneo e, por isso, limitado[34]. Assim, sendo o Código Civil um diploma feito para durar no tempo e com a intenção de atingir a sociedade num todo, nada mais correto que o uso da técnica das cláusulas gerais, pois a sua vagueza deliberada permite: (1) a longevidade; e (2) grande

32. Em auxílio, André Osório Gondinho conceitua: "Deve-se entender por cláusula geral um tipo especial de norma jurídica que, por sua natureza, encontra-se carecida de preenchimento de seu conteúdo, a ser efetuado com valorações provenientes de seu aplicador, ou seja, a cláusula geral não fornece critérios necessários para a sua concreção, podendo estes, fundamentalmente, serem determinados apenas com a consideração do caso concreto. A cláusula geral, portanto, não é meramente direito material, mas *standing points* ou pontos de apoio para formação judicial da norma no caso concreto" (Codificação e cláusulas gerais, cit., p. 5).
33. Judith Martins-Costa, discorrendo sobre a concepção estrutural da cláusula geral definida por Cláudio Luzzati (*La vaghezza delle norme – un'analise del linguaggio giuridico*, Milano: Giuffrè, 1990, p. 314), leciona: "(…) do ponto de vista estrutural, constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas, de modo que a sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração. É, portanto, o aplicador da lei, direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta." (O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 32).
34. Oportuna a lição de Arruda Alvim: "A flexibilidade do Direito – quer nos parecer – tem encontrado nos conceitos vagos um instrumento idôneo para, em certa escala, ocorrer a uma tentativa de uma maior individualização, o que, a seu turno, responde a um desejo de 'Justiça', a ser diferencialmente concretizado, isto é indispensável a uma sociedade 'heterogênea'. Entenda-se por sociedade heterogênea aquela em que não há um grupo dominante e um dominado, claramente identificáveis, mas diversos grupos influentes, seja através do poder 'quase' efetivo, seja através da pressão, ao lado e sobre o detentor 'formal' do poder. Utilizamo-nos, pois, da expressão sociedade 'heterogênea' objetivando significar uma sociedade onde os valores, e conseqüentemente as expectativas, não se podem considerar uniformes, exatamente por incorrer a predominância nítida de uma classe, ou, de um ou alguns grupos sociais (…). O que nos parece mais relevante, todavia, ter-se presente, é que com o próprio método do Direito, através de conceitos jurídicos indeterminados (ou vagos), dos conceitos [propriamente] discricionários, das cláusulas gerais e dos conceitos normativos, deliberadamente, se abre margem a uma interpretação afeiçoada às peculiaridades do caso concreto, e, pois, à individualização de todas as hipóteses à luz da *ratio legis*." (*A argüição de relevância no recurso extraordinário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 14).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 53 1/2/2007, 08:49

campo de incidência de seus mandamentos, situações que são essenciais para uma moderna codificação.

3.2. Cláusula geral e os conceitos jurídicos indeterminados: Convergências e Diferenças

Dentro do plano arquitetônico que estamos a apresentar no mapeamento das cláusulas gerais, vale notar que haverá convergência com os *conceitos jurídicos indeterminados*[35] pela intenção legislativa de, através da vagueza, obter predicados tanto no *plano temporal* (com maior duração na aplicação do dispositivo), como também no *plano da extensão* (com maior amplitude na incidência do dispositivo).

Antes de buscar a diferença, apenas com o fim de facilitar a compreensão, é interessante notar que, se efetuada classificação partindo da *norma vaga*, esta deve ser vista como *gênero*, sendo a cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado *espécies* daquela.

Havendo identidade quanto à vagueza legislativa intencional, determinando que o Judiciário faça a devida integração sobre a moldura fixada, a cláusula geral demandará do julgador mais esforço intelectivo. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, (1) além de preencher o vácuo que corresponde a uma abstração (*indeterminação proposital*) no conteúdo na norma, é (2) compelido também a fixar a conseqüência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a conseqüência previamente estipulada em texto legal.[36]

---

35. A doutrina normalmente se utiliza da expressão *conceito jurídico indeterminado*, no entanto Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery de Andrade Nery preferem a permuta parcial do termo, para o uso da palavra *legal* no lugar de *jurídico*, ao argumento de que "a indeterminação está na norma legal e não na forma". (*Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, cit., p 143).

36. Nesses termos, o capixaba Marcelo da Rocha Rosado: "No âmbito das normas que possuem, em seu bojo, categorias com alto grau de vagueza semântica, e que enviam o aplicador à análise de instâncias valorativas metajurídicas ou referentes a realidades fáticas mutáveis, é possível distinguir dois fenômenos. Enfocando o conteúdo lógico da norma, temos que sua estrutura consiste em um antecedente (no qual se faz a descrição hipotética do fato sobre o qual deve a norma incidir) e um conseqüente (no qual se estipula a conseqüência jurídica advinda da concretização do fato e sua subsunção à norma). Assim, a imprecisão legal pode recair tanto no antecedente da norma, quanto no seu conseqüente. São duas realidades ou métodos para se conferir flexibilidade a normas, cujo reconhecimento merece acurada abordagem pelo estudioso do Direito. Nessa ótica, a diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais consiste na posição de cada um na estrutura da norma. Os conceitos jurídicos indeterminados alocam-se no antecedente da norma, descrevendo hipóteses abertas para a incidência da norma. As cláusulas gerais, por sua vez, residem no conseqüente da norma, pois a solução a ser dada para o caso concreto que se ajusta ao antecedente da norma não é rigidamente conferida pelo sistema, devendo ser moldada pelo magistrado, conforme as exigências do caso concreto." (Alguns aspectos relevantes da usucapião e da expropriação privada, in Rodrigo Reis Mazzei (Coord.), *Questões processuais no novo Código Civil,* Barueri: Manole/Instituto Capixaba de Estudos (ICE), 2005, no prelo).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 54 1/2/2007, 08:49

Em outras palavras, nas duas situações, o magistrado terá que primeiro preencher um espaço valorativo para, posteriormente, aplicar a conseqüência jurídica que decorre da integração, sendo que, na cláusula geral[37], o julgador concorrerá para a formulação da norma jurídica, por não estar ela previamente desenhada, situação desnecessária quando estiver defronte ao conceito jurídico indeterminado[38], já que a conseqüência jurídica estará fixada no dispositivo.[39]

O parágrafo 1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002[40] possui a cláusula geral da *função social da propriedade*, uma vez que há abstração intencional no dispositivo para que se consiga verificar se, no caso concreto, a norma será aplicada, utilizando-se como apoio, inclusive, conceitos e definições de legislações especiais. Com atenção irá se verificar também que, no parágrafo 1º do artigo 1.228, não há uma conseqüência jurídica já previamente estipulada pelo legislador, de modo que ela será *concretizada* a partir da hipótese colocada ao Judiciário. Assim, nesse caso, a *vagueza* intencional está tanto no *conceito fluído* da função social da propriedade, como também na própria conseqüência jurídica do dispositivo (§ 1º). No entanto, de modo diferente, o parágrafo 4º[41] do mesmo artigo 1.228 trabalha com a *vagueza* apenas e tão-somente em parte do dispositivo, pois (1) preenchido o conteúdo dos *conceitos vagos*, a única possibilidade jurídica (*positiva*) aos beneficiários da norma será (2) o deferimento da *desapropriação judicial*, isto é, o instituto que já se encontra previamente traçado na norma *vaga*, com a sua respectiva conseqüência jurídica.

Da nossa exposição e do exemplo estampado, conclui-se que os pontos de diferença e convergência entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados permitem que igual expressão vaga possa funcionar de ambas as

37. Seguindo nosso raciocínio, o artigo 421 do Código Civil é exemplo de cláusula geral ("A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato").
38. Também pelo nosso raciocínio, podem ser colocados como exemplos de conceitos jurídicos indeterminados no Código Civil de 2002: (i) no artigo 188, II a expressão *perigo iminente* ("Não constituem atos ilícitos: (…) II – A deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover *perigo iminente*."); e (ii) no artigo 1.643, I a expressão *coisas necessárias* ("Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro: I – comprar, ainda a crédito, as *coisas necessárias* à economia doméstica.").
39. José Augusto Delgado apresenta vários exemplos de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal (O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1998. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados, cit., p. 396-400).
40. "Artigo 1.228 – (…) § 1º – O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas."
41. "Artigo 1.228 – (…) § 4º – O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante."

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 55 1/2/2007, 08:49

formas, ou até mesmo como princípio, dependendo das duas hipóteses de delimitação fixadas e da função que o conceito vago irá ter. Com didática, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam a respeito:

> "Portanto, a mesma expressão abstrata, dependendo da funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada com princípio geral do direito (*v.g.,* princípio da boa-fé, não positivado), conceito legal indeterminado (*v.g.*, boa-fé para aquisição de propriedade pela usucapião extraordinária – CC 1.238 e 1.260) ou cláusula geral (boa-fé objetiva nos contratos – CC 422). No exemplo dado, o que discrimina a expressão boa-fé, como princípio geral, conceito indeterminado ou cláusula geral, é a função que ela possui no contexto do sistema positivo ou não, da qual decorre a aplicabilidade que se lhe dará o julgador (interpretação, solução já prevista na lei ou construção de solução específica pelo próprio juiz)."[42]

Por derradeiro, deve-se deixar registrado que o uso dos conceitos vagos não será uma novidade total para o Judiciário, até mesmo porque no Direito Processual Civil existem dispositivos que necessitam ser preenchidos, diante da existência de *vagueza legislativa* que determina postura de integração pelo julgador.[43]

Exemplo frisante está na comparação entre os artigos 520 e 558 do Código de Processo Civil. Na primeira hipótese (art. 520), o legislador optou por restringir a atuação do magistrado na concessão do efeito suspensivo ao recurso de

---

42. NERY JÚNIOR, Nelson. e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, cit., p. 143-144.
43. Sobre a aplicação de conceitos vagos no Direito Processual Civil, salutar a lembrança de Arruda Alvim do embate entre Chiovenda e Carnelutti, que tinha como cerne o uso da técnica legislativa em sede cautelar: "Recordo uma polêmica célebre entre Chiovenda e Carnelutti, onde fundamentalmente se discutiu, em face do Código de Processo Civil italiano de 1865, a respeito de ao juiz ter sido atribuído um poder cautelar geral ou não, sem que, por certo, houvesse referência a um tal poder no texto. Chiovenda era favorável ao entendimento de que esse poder era possível e seria dessumível dos elementos comuns que estavam à base dos diversos institutos tipificados existentes na disciplina do poder cautelar do Código de Processo Civil italiano de 1865. Isto é, apesar de não haver um texto, como o do artigo 700, do Código de Processo Civil italiano vigente (similar ao do art. 798, do Código de Processo Civil brasileiro), tal poder existiria em face dos elementos ou denominadores comuns e constantes que estavam à base de cada uma das medidas cautelares tipificadas. Argumentava que havia, subjacentes a tais institutos dois elementos comuns e constantes, fundamentos essenciais – *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Se assim era sempre, haver-se-ia de reconhecer, que presentes esses elementos – e, ainda que não houvesse um instituto especificamente protetivo para uma dada hipótese –, estaria presente para o juiz o poder de proteger uma tal situação, justamente quando presentes o *fumus* e o *periculum*, apesar de não haver sido tipificada medida cautelar para o caso. Ou seja, criar-se, ou mais precisamente, reconhecer-se a existência de uma norma atribuidora do poder cautelar geral – mesmo que não escrita – para o caso concreto não especificamente protegido, como está hoje no artigo 798, que foi decalcado do artigo 700 do Código de Processo Civil italiano. Chiovenda, que foi realmente não apenas um grande jurista, mas, na verdade, foi um verdadeiro profeta, disse – como se adiantou – que a partir das medidas cautelares tipificadas, vendo-se que há um denominador comum, a essência desse deveria ser denominada como poder cautelar geral. Então, essa foi a tese de Chiovenda, com lastro no então vigente Código de Processo Civil italiano de 1865, o que quer dizer que, o que ele escreveu nessa época, foi traduzido no artigo 700 do Código italiano, e, igualmente consta do artigo 798 no nosso

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 56 1/2/2007, 08:49

apelação, criando um contexto residual (basta excluir as hipóteses previstas nos incisos do art. 520) para que seja concedido automaticamente o efeito suspensivo ao apelo, não necessitando de outro elemento que não o critério legal. De forma diversa, no artigo 558 do Código de Processo Civil existe previsão para concessão de efeito suspensivo pelo relator da apelação, nada obstante o rol do artigo 520, nos casos em que o julgador recursal – mediante pedido do recorrente – acolhe afirmação no sentido de existir *fundamentação relevante* e risco de *lesão grave ou de difícil reparação*. Na situação derradeira (art. 558), a concessão (ou não) do efeito suspensivo (provocado pela parte) dependerá de exame pelo Judiciário da questão recorrida e de sua relevância, em confronto aos parâmetros fixados pela lei para o deferimento do citado efeito, no intuito de ocorrer preenchimento de valor típico de um *conceito vago*. Como a conseqüência – *a concessão de efeito suspensivo ao recurso* – já está pronta, cremos que o exemplo apresentado está afinado com hipótese de *conceito jurídico indeterminado.*[44]

3.3. Sistematização

As cláusulas gerais não podem ser adotadas em qualquer tipo de ordenamento jurídico, sendo intuitiva a sua impossibilidade de uso no campo do Direito Penal[45] ,

Código de Processo Civil. Mas a posição contrária baseava-se nos postulados até então ainda apreciavelmente imperantes, e se questionava que não era possível deferir-se a um juiz um poder que, em rigor, implicava em criar para o caso uma disciplina jurídica, ainda que específica e referente a uma dada situação concreta. E, mais ainda, pelos postulados da Revolução Francesa, só podia haver interferência (no caso interferência jurisdicional) na esfera de outrem com a prévia ocorrência de coisa julgada, porque só a partir desse momento tinha-se a certeza jurídica. E, essa certeza jurídica era configuradora de manifestação da segurança jurídica – tal como então concebidas – no campo do processo. Como é que alguém poderia imaginar, ou mais precisamente, admitir, nessa época, que, apenas com base na verossimilhança, poder-se-ia determinar conseqüências jurídicas? (…) na verdade, a linha de toda a manifestação que se opunha ao pensamento de Chiovenda centrava-se em que, se havia medida cautelar tipificada, quem tinha que assumir e definir a presença da fumaça do bom direito e do perigo era o legislador, e ao juiz falecia esse poder, *i.e.*, não tinha competência para editar uma 'norma', ainda que circunscrita ao caso concreto. Não se admitia uma carta em branco, ao juiz, para que este preenchesse o restante de uma norma em branco, ou quase em branco, em setor significativo do Direito ainda viesse a fazê-lo à luz e para um caso concreto. Sucessivamente, ao cabo da superação desse entendimento, na verdade, em termos concretos, vieram a ser permitidas regras como a do artigo 798, e também como está também no artigo 273, ambas do nosso CPC." (*A função social dos contratos no novo Código Civil*, cit., p. 25-26).

44. Tratamos do tema, diferenciando os critérios objetivos fechados dos abertos em: Rodrigo Reis Mazzei, Efeito devolutivo e seus desdobramentos, in Rodrigo Reis Mazzei (Coord.), *Dos recursos*: parte geral, Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2001, v. 1, p. 129-134.

45. Com efeito, a tipicidade penal exige que a lei, ao descrever o delito, restrinja-se a uma definição meramente objetiva, precisa e pormenorizada, a fim de que sejam claramente delineados o direito de punir abstrato e o *jus libertatis* a ele concernente. Conforme o elastério de Damásio Evangelista de Jesus, "se a tipicidade constitui uma garantia liberal, relevante é o papel da descrição das condutas puníveis para que os cidadãos saibam quais as ações que podem praticar sem sujeição a preceitos sancionadores." (Direito penal: parte geral, 21 ed., São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 273).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 57 1/2/2007, 08:49

o que não significa dizer que estão presentes apenas e tão-somente no Código Civil de 2002, como se novidade total fosse sua utilização.

A técnica legislativa em tela encontra-se presente em outros diplomas, em especial na nossa Constituição Federal em vigor, quando ela faz opção de, em determinadas questões, trasladar a legislação extrínseca à Carta Magna[46], bem como adotar diretrizes basilares a serem seguidas.[47]

Da possibilidade de existência de cláusulas gerais com técnicas diferenciadas na sua tipologia, a doutrina tem classificado tal instituto, quanto à sua estrutura[48], em três espécies, a saber:

a) Restritivas: as cláusulas gerais surgem para delimitar ou restringir determinadas situações que decorrem de regra ou de princípio jurídico. A função social da propriedade, nos termos do parágrafo 1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, é um exemplo de cláusula geral restritiva, na medida em que afeta as faculdades inerentes ao proprietário, previstas no *caput* (usar, gozar, dispor e reaver);

b) Regulativas: são utilizadas como princípio para regular situações fáticas sem desenho acabado na legislação, como é o caso do abuso do direito (art. 187 do CC/2002);

c) *Extensivas:* permitem o alargamento da regulação jurídica, através do uso de regras e princípios de outros textos legais[49], como ocorre na parte final do parág. 1º do art. 1.228, ao remeter à conformidade do uso da propriedade *com o estabelecido na lei especial*.

A cláusula geral não necessita ser *pura* em seu critério metodológico, pois é possível que o mesmo dispositivo tenha agregado elementos identificadores dos

46. Nesse sentido, dispõe o § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (cláusula geral de natureza extensiva).
47. Possível citar a concepção de função social da propriedade, já que, muito mais que preceito constitucional que acaba por remeter a delimitação dos seus contornos para diploma externo, o legislador constitucional firmou um princípio geral a ser seguido, pelo qual a propriedade deve ter função social. (vide os arts. 5°, XXIII e XXIV, 170, III, 182, § 2°, 184, *caput*, 185, parágrafo único, 186, *caput* da CF).
48. Conforme Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro: "(…) indique-se os três grandes tipos de cláusulas gerais: restritivo, extensivo e regulativo." (*Da boa-fé no direito civil*, 2. reimpr., Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.184). Essa classificação é adotada também por: Judith Martins-Costa, O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, cit., 31; e André Osório Gondinho, Codificação e cláusulas gerais, cit., p. 12.
49. Observe-se o que ocorre no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor: "Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade."

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 58 1/2/2007, 08:49

diferentes tipos de tal desenho legal. O parágrafo 1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, ao mesmo tempo em que tem natureza restritiva ao direito de propriedade (parte inicial), possui também conteúdo extensivo, ao projetar regulação jurídica *às leis especiais.*

A sistematização efetuada facilita a compreensão de que as cláusulas gerais podem estar insertas no ordenamento de forma diferenciada. No entanto, em todas as formas, apesar da diferenciação pulsante, vê-se ponte comum quanto à necessidade de que sejam integradas.

As cláusulas gerais possuem certo grau de abstração, que será preenchido pelo julgador de acordo com regras jurídicas (notadamente no caso da cláusula geral extensiva) ou mesmo elementos que migrarão da esfera social (dentro de critérios jurídicos[50]), o que deixará espaço útil para os precedentes judiciais e a própria doutrina.[51]

4. O JUDICIÁRIO E AS CLÁUSULAS GERAIS

Como já salientamos, o Código Civil de 2002, apesar do uso em escala das cláusulas gerais, especialmente em vértices importantes da codificação, não abriu mão de dispositivos fechados, em diversas situações em que poderia ter optado por desenho mais abstrato.

A causa possível da conduta aparentemente ortodoxa encontra-se no reconhecimento de que a nova técnica legislativa provocará alteração conceitual de interpretação judicial, justificando postura mais conservadora, para propiciar a adaptação dos operadores do direito, em especial do Judiciário.[52]

De toda sorte, a adoção das cláusulas gerais não importa num sistema *discricionário* sem qualquer amarra, já que os remédios de correção poderão agir tanto

50. Como, por exemplo, aplicando-se o artigo 113 do Código Civil.
51. Essa característica final citada, sem dúvida, é uma virtude desse tipo normativo, conforme atesta Miguel Reale: "(…) a nova Lei Civil deu preferência a normas ou cláusulas abertas, sendo superado o rigorismo formalista que caracterizava o código revogado, concebido sob a influência da escola francesa da exegese e a dos pandectistas germânicos, ambas pretendendo tudo resolver mediante explícitas categorias jurídicas, não deixando espaço para a experiência normativa dos tribunais e a doutrina elaborada pelos juristas." (Emendas absurdas ao Código Civil, *O Estado de São Paulo*, 26 abr. 2003, p. 2; o mesmo texto encontra-se reproduzido em *Estudos preliminares do Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65-66).
52. Pietro Perlingieri, em lição que pode ser aplicada, afirma: "As técnicas legislativas, em abstrato, são todas apreciáveis. Deve-se, portanto, escolher entre elas de acordo com a matéria e segundo o estado da jurisprudência e doutrina a respeito do assunto. Legislar por princípios pressupõe uma classe de juristas e de administradores do setor privado e público à altura para efetuar o seu cumprimento na vida cotidiana. A disciplina casuística – formada por *fattispecie* abstratas, meticulosas e pontuais – pode ser útil, especialmente em uma fase de transição na qual o intérprete se mostra pouco disponível a mudar." (Diálogos com a doutrina, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 297, abr./jun. 2001).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 59 1/2/2007, 08:49

na parte puramente objetiva, como também dentro da postura de preenchimento do espaço de valoração, permitindo que determinado litigante venha recorrer de decisão judicial que integrou incorretamente o espaço valorativo deixado na norma. Utilizando-se da experiência de outras situações já corriqueiras, no Direito Processual Civil é muito comum *pretensão recursal para revisão dos requisitos das tutelas de urgência*, exemplo de conceito vago.[53 -54]

4.1. Da força da jurisprudência (precedentes)

A atuação do magistrado nesse preenchimento estará limitada aos conceitos prevalecentes na sociedade[55] e, porque não, na própria inteligência e rumo do sistema legal[56], cuja aferição será com o tempo refletida na jurisprudência.[57]

---

53. Nesse sentido, com foco na aplicação dos artigos 796 e 796 do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça censurou a integração valorativa ocorrida no acórdão ordinário para, como outra valoração, julgar improcedente pedido cautelar. Confira-se, trecho do precedente citado: "(…) A medida cautelar deve cingir-se a assegurar a eficácia do processo principal, assumindo, indevidamente, caráter satisfativo jurisdicional que será objeto de exame e debate profundo na ação ordinária que lhe seguirá. Inexistência, na espécie, de *periculum in mora*, eis que a eventual lesão foi perpetrada no passado, inexistindo ameaça iminente à autora na cobrança, pela Fazenda Pública, de exações cuja validade do lançamento não está em discussão, decorrendo do normal exercício da atividade fiscal. Caso, ademais, em que o requisito do *fumus boni iuris* igualmente se faz ausente, eis que a autora busca também a compensação do FINSOCIAL com o PIS, tributo de espécie diferente, hipótese repelida no STJ (RESP n. 136.014/RN, rel. Min. Adhemar Maciel, *DJU* de 6.4.1998 e RESP n. 166.290/CE, rel. Min. Peçanha Martins, *DJU*, de 3.8.1998). Recurso especial conhecido e provido. Ação improcedente." (STJ – RESP n. 135.912/CE, 2ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJU*, de 22.3.1999, p. 164).
54. Com razão Arruda Alvim, ao distanciar o conceito de discricionariedade administrativa dos conceitos vagos. Confira-se: "A discricionariedade, como instituto ensejador da dualidade, ou pluralidade de soluções, todas igualmente válidas, em face da lei, que as encampa, dependentemente da motivação justificadora da eleição de um ou de outro caminho, deve, todavia, ser distinguida das hipóteses em que existe, apenas, uma maior intensidade de *valoração* por parte do juiz. Para estas hipóteses, somente num sentido impróprio se haverá de falar em discricionariedade, porquanto, estas outras normas, ainda que proporcionando amplo espectro de indagação/decisão, para o magistrado, são intencionalmente preordenadas a terem, num dado momento e num dado lugar, somente uma interpretação, para o fim de abrangerem ou não uma dada hipótese. Ocorre com o conceito vago que, diante do âmbito de incidência da norma, regra jurídica, há necessidade de, ao depois de sua interpretação e da avaliação da situação de fato, e, no momento de sua aplicação, se concluir se a situação de fato amolda-se aceitavelmente, ou não, ao espectro da regra. (…) Na discricionariedade, o que se passa é que a norma oferece duas ou mais soluções possíveis, ao administrador, para realizar o ato administrativo. Demanda, essa norma, igualmente interpretação, no sentido de identificar-se qual a solução viável e, portanto, eleger-se um dos caminhos oferecidos pela norma, ainda que implicitamente, repudiar-se o outro (ou outros). Exige, o exercício deste poder, delicada avaliação de situação de fato, objetiva, e, da conveniência e oportunidade subjetiva da Administração, variáveis que compõem o quadro de eleição do caminho." (*A argüição de relevância no recurso extraordinário*, cit., p. 16-17).
55. André Osório Gondinho concorda e aponta que as valorações devem ter especialmente norte na Constituição Federal (Codificação e cláusulas gerais, cit., p. 18-19).
56. Especialmente em caso de cláusulas gerais extensivas.
57. Com fundamentação: Judith Martins-Costa, O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 35-36).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 60 1/2/2007, 08:49

Assim, com mira nas decisões que serão formadas a partir de cláusulas gerais, mediante o preenchimento de questões afetas ao caso concreto, cremos que os precedentes judiciais tomarão importância com o decorrer do tempo, numa progressão que tende a obter estabilidade.

Com efeito, na medida em que forem se criando precedentes sobre temas tratados por dispositivos com vagueza voluntária, paulatinamente a abstração inicial desses dispositivos irá se desintegrar, haja vista que a consolidação da jurisprudência provocará a diminuição do grau de indeterminação. Portanto, como bem leciona Arruda Alvim, na medida que os precedentes forem se sedimentando, a indeterminação irá sendo eliminada pela própria interpretação judicial:

> "Na aplicação de conceitos vagos, há sempre uma intencional direção ao concreto, para que, mercê da colaboração intensa do aplicador da regra, se possam surpreender todos os casos, que a norma tem aptidão ou potencial para albergar. É só depois do panorama decorrente da aplicação da regra que resulta dessas hipóteses um mosaico de casos, cuja compreensão, no âmbito desse resultado, se pode dizer aproximada da minuciosa. Para os casos ainda suscetíveis de futura aplicação, remanesce uma margem de indeterminação, cada vez menos intensa, pela utilidade dos precedentes, mesmo que não revelem similaridade muito próxima."[58]

O julgador enfrentará não apenas a lei escrita, mas a ele também será necessário o conhecimento da sociedade onde ele e a lei estão inseridos. A prestação da tutela jurisdicional no novo Código Civil – com especial apego ao exercício das cláusulas gerais – demonstra quão atual é a fala de Calamandrei, ao afirmar que:

> "Não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; seria necessário que conhecessem igualmente a sociedade em que essas leis devem viver. O tradicional aforismo *iura novit curia* não tem nenhum valor prático se não acompanhar deste outro: *mores novit curia*."[59]

4.2. Voto de confiança no Judiciário

Ao mesmo tempo em que se concede poder ao julgador, a cláusula geral exige concomitantemente qualidade superior do magistrado, já que estará acoplado à sua função jurisdicional um poder criativo (ainda que de caráter limitado), inexistente quando a norma legal é totalmente fechada. Há, na técnica dos

58. Arruda Alvim, *A argüição de relevância no recurso extraordinário*, cit., p. 90.
59. CALAMANDREI. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 183.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 61 1/2/2007, 08:49

conceitos vagos, um depósito de confiança muito além do que ocorre quando da aplicação de dispositivo todo dimensionado pelo legislador.[60]

Quando o dispositivo tratar de uma cláusula geral, a interpretação da lei ocorrerá de forma integrativa, estando o julgador, nesse exercício de interpretação diferenciada, entre a lei aberta e as partes, que esperam a almejada complementação na conseqüência jurídica da norma. A doutrina precisa de Carnelutti, ao apontar a função do julgador na interpretação das leis, amolda-se perfeitamente, pois:

> "Destinatários da interpretação. Quem são, pois, aqueles entre os quais o juiz se interpõe? Logicamente são dois, os quais, através do falar de um e do escutar de outro, não conseguiram se entender. E não seria difícil ao leitor identificar estes dois, que podem se chamar os destinatários da interpretação. Quem fala é o legislador. Emprego, a este respeito, a palavra *legislador* com o significado mais amplo, referindo-me tanto ao juízo de legalidade como ao juízo de eqüidade (…). Mediador, pois, entre quem está acima e quem está abaixo, entre o legislador e a parte; em rigor não tanto ambas as partes, quanto, entre elas, a que não se obedece e, por isso, lhe corresponde a sem razão; ou também a uma e a outra se a razão se divide entre elas, como ocorre com freqüência. Pois bem, quando o ofício do juiz se considera desde este ponto de vista, e assim se esclarece aquela função de cumprimento da lei, que reconhecemos à jurisdição, nos aparece o desmentido da opinião conforme a qual as normas jurídicas estão dirigidas ao juiz e não às partes; se o juiz é um intérprete, é sinal de que às partes às quais está destinada a norma ele tem o encargo de interpretar."[61]

---

60. A comparação efetuada por Arruda Alvim é de grande valia: "Sobre os conceitos indeterminados há quem diga que são portadores de um *núcleo conceitual* e de um *halo conceitual*, envolvente daquele. A região das *dúvidas conceituais* está neste halo; ou, mais precisamente, essa região que resta aberta ao aplicador da lei é tornada certa, por obra deste aplicador. Pode-se, pois, comparando-se o conceito indeterminado ou vago, com o rígido e determinado, afirmar que o legislador abdicou de ser minucioso e exauriente na descrição da hipótese normativa, com o que, *ipso facto*, teria transferido parte de sua tarefa ao aplicador da lei. Fundamentalmente, isto assim se passa porque a disciplina minuciosa seria inconveniente às finalidades últimas, do próprio Legislador, e, a única forma de realização desses fins últimos, é, precisamente, a de *confiar*, em certa, e na verdade, às vezes, em larga medida, no aplicador da lei." (*A argüição de relevância no recurso extraordinário*, cit., p. 14-15).

61. Francesco Carnelutti, *Direito processual civil e penal*, tradução de Júlia Jimenes Amador, Campinas: Péritas, 2001, v. 1, p. 182-183. O texto supra, em espanhol, é o seguinte: "*Destinatarios de la interpretación. Quiénes son, pues, aquellos entre los cuales el juez se interpone? Logicamente son dos, los cuales, mediante el hablar del uno y el escuchar del outro, no han conseguido entenderse. Y no resultará difícil al lector identificar estos dos, que pueden llamarse los destinatarios de la interpretación. Quien habla es el legislador. Empleo, a este resoecto, la palabra 'legislador' con el significado más amplo, refiriéndome tanto al juicio de legalidad como al juicio de equidad.(…) Mediador, pues, quien está arriba y quien está abajo, entre el legislador y la parte; en rigor no tanto ambas partes, cuanto, entre ellas, la que no obedece y, por eso, le corresponde la sin razón; o también una y la outra si la razón y la sin razón se dividen entre ellas, como a menudo ocurre. Ahora bien, cuando el oficio del juez se considera desde este punto de vista, y asi se aclara aquella función de cumplimiento de la ley, que hemos reconocido a la jurisdicción, se nos aparece el desmentido de la opinión según la cual las normas jurídicas están dirigidas al juez y no a las partes; si el juez es un intérprete, es signo de que son las partes a las que está destinada la norma que él tiene el cometido de interpretar."* (*Derecho y proceso*, Buenos Aires: EJEA, 1971, p. 164-165, Colección Ciencia del Proceso n. 56).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 62 1/2/2007, 08:49

Saliente-se que, mesmo que o enfoque da cláusula geral, num primeiro momento, passe por exame de direito material, não é um sacrilégio afirmar que existirão efeitos profundos na relação jurídica processual (em caso de litígio judicial) com a participação mais ativa do julgador, o que ratifica a publicização do processo como caminho irreversível do direito processual civil.[62]

Afirmamos – sem qualquer receio de receber críticas – que vem-se reconhecendo, como tendência a ser seguida, o verdadeiro papel do *processo como instrumento*, não significando dizer que o direito material, especialmente com a cláusula geral, não se inclui em tal espectro, para que o direito seja efetivado.[63]

Na concreção do direito, não basta que exista ferramenta para sua aplicação (Direito Processual), é necessário que, primordialmente, a enunciação (Direito Material) seja saudável, a ponto de permitir sua realização[64]. Assim, a afirmação de que na cláusula geral a enunciação deverá ser preenchida pelo julgador, significa dizer que haverá participação ativa do Estado-juiz, não apenas na segunda fase em que está presente o Direito Processual (aplicação), mas também na fase antecedente, na qual previamente se formula (enuncia) aquilo que se pretende efetivar pelo processo[65] , já que, como bem leciona José Roberto dos Santos Bedaque:

---

62. Em raciocínio afim à publicização do processo civil, tal como preconizada no denso trabalho do mestre italiano Mauro Cappelletti, ao defender a direção material do processo (participação ativa do juiz), em detrimento da condução formal do processo, destacamos os seguintes estudos: Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte, in SCRITTI in onore di A. C. Jemolo, Milano: Giuffrè, 1963, v. 2; Iniziative provatorie del giudice e basi pregiuridiche della struttura del processo, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 22, 1967; *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano: Giuffrè, v. 1, 1962 e v. 2, 1974; *Oralidad y pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires: EJEA, 1972; Principio dispositivo e interrogatorio della parte, *Annalli Dell'Università Di Macerata*, 1959; *Processo e ideologie*, Bologna: Il Mulino, 1969. Com foco especial para dilação probatória: João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
63. Sobre *efetividade*, confira-se: Angelo Dondi, *Effettività dei provvedimenti instrutori del giudice civili*, Padova: Cedam, 1985, em especial p. 286.
64. Tanto assim que o princípio da operabilidade é um dos pilares do novo Código Civil.
65. A tentativa de publicização do direito material fica evidente no Código Civil de 2002, bastando a análise do parágrafo único do artigo 2.035, onde se estabelece que todas as diretrizes do novo diploma são preceitos de ordem pública. A redação não muito clara do dispositivo pode causar confusão, pois cria dúvida quanto à real extensão do texto (serão normas ou princípios de ordem pública?). Com crítica muito fundamentada, Antonio Junqueira de Azevedo: "Evidentemente, quanto a esse outro conceito do 'bando dos quatro' [o autor se refere à função social, boa-fé, ordem pública e interesse público] a ordem pública – um tipo de situação da qual se fala tanto – há, é claro, normas de ordem pública, são as cogentes; estas continuam, sem problema. O problema com conceito indeterminado de ordem pública existe quando se fala em 'princípio de ordem pública' – não em 'regra' de ordem pública. A regra de ordem pública é a cogente, mas quando se fala em princípio, aí não há definição e tendência de hoje é recusar esse emprego vago." (Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 3-12, jan./mar. 2000, p. 11). Conferir também, ainda bem atual: LEAL, Victor Nunes. Problemas de direito público, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 39-47.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 63 1/2/2007, 08:49

> "Não basta que o legislador preveja as situações de vantagem no plano substancial sem que existam instrumentos adequados e idôneos a assegurar sua realização prática. Se tal ocorresse, estaríamos diante de um ordenamento incompleto, pois os titulares de situações de vantagem não poderiam delas se valer exatamente quando mais necessitassem de tutela, isto é, quando houvesse violação do direito. O ordenamento jurídico é eficaz não por prever de forma abstrata a existência de direitos, mas principalmente pela efetiva tutela destes. A própria existência do direito material, entendida esta não como mera previsão abstrata de situações da vida, mas como proteção efetiva dos interesses tutelados, depende do direito processual."[66]

Aliás, já é mais do que o momento de conscientização, na comunidade jurídica, de que entre o Direito Material e o Processual existe uma interdependência, devendo ser afastada aquela idéia de outrora de ciências absolutamente distintas, sem convergência[67] . A fase autonomista, nada obstante os inegáveis avanços científicos no estudo do Direito Processual Civil, acabou por, involuntariamente, criar um vácuo dessa visão conjunta do direito material/processual que o estudioso do direito deve – sempre – ter.[68]

A negativa quanto à interação entre o Direito Material e o Direito Processual não sobrevive a atento passeio no Código de Processo Civil. Basta lembrarmos dos Procedimentos Especiais (Livro IV, CPC) que, pela peculiaridade do Direito Material, não se enquadram no esquadro comum do processo de conhecimento, justificando a criação de nova válvula procedimental específica para a relação jurídica material.[69 -70]

---

66. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo, cit., p. 16.
67. Razão pela qual entendemos como totalmente oportuna a observação do professor Renan Lotufo, ao afirmar que a Lei n. 10.406, de 10.1.2002, resultante do anteprojeto de agosto de 1972, faz parte de uma revisão geral na codificação nacional, que incluía a atualização também do Direito Processual. Segundo a fala do mestre no sentido: "Pretendia-se uma reforma integrada, de sorte a ocorrer tramitação conjunta, dada a interpenetração do direito material com o processual." (*Da oportunidade da codificação civil*, cit., p. 19).
68. Lapidar a lição do Prof. Arruda Alvim sobre a temática Direito Material e Direito Processual, com feliz arre-mate: "Com base nestas novas realidades, nestes novos mecanismos e institutos processuais, que afetam, inexoravelmente, o direito material e, como visto acima, vice-versa, é que o Direito hoje deve ser pensado, interpretado e aplicado." (*Manual de direito processual civil*, 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 94).
69. Em termos, confira-se: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, 9 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37.
70. Assim, cremos que no procedimento sumário não é despropositado ver no rol do artigo 275, II do Código de Processo Civil – ao estampar critério qualitativo de causas aptas a seguí-lo – que o legislador fez prévia análise do direito material, a fim de premiar as hipóteses que poderiam ter curso pelo plenário rápido. A aferição, ainda que inconsciente, de que apenas aquelas causas suportariam, sem prejuízo, julgamento plenário mais célere, passou pela análise de direito material, pois se constatou que se tratavam – em tese – de vínculos jurídicos mais simples e, portanto, sem motivo para utilizar-se de procedimento cognitivo com banda larga no plano temporal. O foco na relação jurídica material fica evidente se, na resolução do litígio (leia-se: relação material controvertida), for necessária a dilação probatória técnica com mais profundidade. Essa situação peculiar – prova técnica mais elaborada – acaba por afastar a presunção de simplicidade que antes vigia, forçando-se, pela complexidade anormal apresentada, a conversão do rito sumário para ordinário, consoante disposto no parágrafo 5º do artigo 277 do Código de Processo Civil.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 64 1/2/2007, 08:49

Não suficiente, o que dizermos das ações dúplices que, justamente pela relação jurídica material, a condição dos litigantes na demanda é igual, pouco importando a posição de figuração como requerente ou requerido, para que a decisão judicial tutele o bem da vida em favor de um dos litigantes?[71]

A separação não proposital que se pretendeu lançar entre os *processualistas* e os *civilistas*[72] acabou por germinar interpretação equivocada de uma das orientações

71. A má redação do artigo 922 do Código de Processo Civil, que desliza em dois aspectos, provoca falsos dogmas, em razão das ações dúplices. Senão vejamos: (1) nas ações possessórias, a simples apresentação de contestação – controvertendo o mérito da causa – já é suficiente para que o réu *demande* proteção possessória em seu favor. Isso porque se o pedido do autor for julgado improcedente, a conseqüência lógica é a proteção possessória deferida em favor do réu (e contra o autor). Não é necessário, *data maxima venia*, que o réu apresente pedido nesse sentido para que o resultado lógico, acerca do bem da vida, lhe seja outorgado. A duplicidade decorre de coerência lógica da proteção possessória (*procedência* para o autor = *improcedência* para o réu; *improcedência* para o autor = *procedência* para o réu). A situação somente passa a ter algum interesse, a motivar pedido pelo réu na contestação, se o autor requerer tutela possessória e não obtiver a tutela antecipatória. Nessa situação, enquanto não proferida a sentença que definirá o bem da vida, poderá o réu pedir no ventre da sua resposta tutela possessória – de *natureza antecipatória* – para não se ver molestado pelo autor; contudo, com a sentença, a questão se define, independente de pedido pelo réu; (2) diferentemente, contudo, a segunda parte do artigo 922 do Código de Processo Civil, ao se permitir que o réu apresente pedido *indenizatório pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor*, não se traduz em pedido dúplice. A lógica necessária para que se caracterize o pedido dúplice não ocorrerá no pleito indenizatório, pois é perfeitamente possível, por exemplo, que tanto o pleito possessório, como também o indenizatório do autor sejam julgados improcedentes, sem que tal fato implique em lógica necessária para a procedência do pedido indenizatório do réu, uma vez que pode ficar comprovado que o autor não causou qualquer situação que implicasse no ressarcimento em favor do réu. A duplicidade, no exemplo acima, só se manifestou na tutela possessória (*improcedência* para o autor = *procedência* para o réu), uma vez que, na parte indenizatória, as causas de pedir, não coincidem e não são, repita-se, logicamente dependentes. A possibilidade de o réu demandar contra o autor pedido indenizatório, nos termos do desenho do artigo 922 do Código de Processo Civil, em nada se afina com a natureza dúplice das ações possessórias, sendo, em verdade, espécie de *pedido contraposto*, com ampliação do objeto litigioso, pois inclui novo pleito a ser analisado pelo julgador. Pedido contraposto e reconvenção são técnicas processuais de ampliação objetiva da lide – em que a primeira tem a cognição horizontal limitada à causa de pedir do autor –, sem afinidade às ações dúplices que, repetimos, são decorrentes do *direito material*. Em sentido que nos dá agasalho, confira-se a doutrina de Fredie Didier Júnior: "Quando a lei autoriza a ampliação do objeto do processo pelo réu, ou estamos diante de reconvenção ou de pedido contraposto, técnicas legislativas já consagradas. A doutrina costuma confundir, erradamente, ação dúplice com pedido formulado pelo réu no bojo da contestação. As ações dúplices são as ações (pretensões de direito material) em que a condição dos litigantes é a mesma, não se podendo falar em autor e réu, pois ambos assumem concomitantemente as duas posições. Esta situação decorre da pretensão deduzida em juízo. A discussão judicial propiciará o bem da vida a ambas as partes, independentemente de suas posições processuais. A simples defesa do réu implica exercício de pretensão; não formula pedido o réu, pois a sua pretensão já se encontra inserida no objeto do processo com a formulação do autor. É como uma luta em cabo de guerra: a defesa de uma equipe já é, ao mesmo tempo, também o seu ataque. São exemplos: a) ações declaratórias; b) ações divisórias; c) as ações de acertamento, como a prestação de contas e oferta de alimentos." (Aspectos processuais do usucapião especial rural e urbano, in FARIAS, Cristiano Chaves de.; DIDIER JR., Fredie. (Coords.), *Procedimentos especiais cíveis*: legislação extravagante, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 835-836). Em sentido bem próximo: ASSIS, Araken de. *Procedimento sumário*, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 93; DEMARCHI, Juliana. Ações dúplices, pedido contraposto e reconvenção, in DIDIER JR., Fredie (Org.), *Leituras complementares*, Salvador: *Jus*PODIVM, 2003, v. 1, p. 73-85.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 65 1/2/2007, 08:49

constantes das "Diretrizes Fundamentais" da nova codificação – ainda na fase de anteprojeto – na qual o professor Reale, como coordenador da Comissão Elaboradora e Revisora do Anteprojeto de Código Civil, expunha que, na feitura do novo diploma, dever-se-ia "eliminar do Código Civil quaisquer regras de ordem processual, a não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o significado".

A leitura atenta da dicção diretiva revela que aquilo que deveria ser afastado na elaboração do diploma era o uso gratuito e inadequado de expressões processuais e, especialmente, evitar que o Código Civil de 2002 acabasse por deliberar sobre matéria processual, invadindo "competência da legislação processual".[73]

Sem a caolha interpretação da diretriz em voga, o estudo do Código Civil de 2002, não apenas no cenário das cláusulas gerais, mas também num de seus princípios (operabilidade), irá transpor a unidade simbiótica entre o Direito Material e o Direito Processual, até porque, como atestava Couture, o último "tem uma finalidade que interessa à comunidade. Essa finalidade de caráter público consiste em garantir a efetividade integral do direito. O processo é um instrumento de produção jurídica e uma forma incessante de realização do direito. Este se realiza, positivamente, nas sentenças judiciais e a elas se chega apenas mediante o processo. Este, como se tem dito, mantém a *lex continuitatis* do direito."[74]

4.3. Importância do juiz de primeiro grau

Da concepção apresentada (maior participação e poder do julgador), é interessante notar que, apesar da força de propulsão dos precedentes no sistema de cláusulas gerais, pela atividade a ser exercida pelos magistrados, o Juízo de competência originária (normalmente o juiz de primeiro grau) terá sua função prestigiada[75],

72. A dedicação (e migração) de juristas ao Direito Processual Civil, atraídos pelo vasto campo de questões intactas a serem abordadas, acabou provocando um descompasso nas pesquisas, com avanço e apresentação de muitos trabalhos científicos em tal área, sem que houvesse o mesmo resultado no Direito Civil. No Brasil, em especial, esse fenômeno foi muito sentido, a partir do Código de Processo Civil de 1973, com a proliferação e publicação de diversas monografias com abordagens no campo do Direito Processual, enquanto no Direito Civil o número de trabalhos de temática centrada foi bem menor, sustentando-se, basicamente, através da publicação dos manuais que, ao longo do tempo, foram sendo reeditados, com poucas alterações.
73. O que acabou – em certa medida – acontecendo, conforme denuncia José Carlos Barbosa Moreira, que traz como exemplos a disciplina pelo Código Civil da prescrição e decadência, entre outros tópicos que também são tratados pelo Código de Processo Civil (O novo Código Civil e o direito processual, *Revista Síntese de Direito Processual Civil*, v. 4, n. 19, p. 111-122, set./out. 2002).
74. Eduardo Jean Couture, *Introdução ao estudo do processo civil*, tradução de Mozart Victor Russomano, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 46.
75. Conferir, pertinente ao tema: Dallari, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes, São Paulo: Saraiva, 1996.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 66 1/2/2007, 08:49

diante da necessidade de se colocar mais próximo da questão. Essa necessidade do magistrado primário mergulhar na questão judicial, visando ao preenchimento do proposital vácuo no critério objetivo, fará com que princípios, como o da imediação, da concentração e da identidade física do juiz, refloresçam no sistema.[76]

O resultado da conjugação das técnicas processuais da (a) *imediação*, (b) *identidade física* e (c) *concentração* importará naquilo que se denomina *processo oral*. Tal tipo de processo não dispensa a formalização e os escritos, mas é diferenciado, pois: (a) *imediação* significa maior contato do juiz com as partes, testemunhas e peritos; (b) *identidade física do juiz* é a vinculação permanente do juiz (do ajuizamento à decisão final de 1º grau); (c) *concentração* significa uma compressão temporal dos atos processuais, aproximando-os e/ou aglutinando-os; (d) *irrecorribilidade das decisões interlocutórias* propicia marcha processual acelerada, evitando que um incidente gere entrave endoprocessual. Pensamos que, à exceção do último item (irrecorribilidade das decisões interlocutórias), todos os demais elementos que permitem o processo oral são íntimos à concretização das cláusulas gerais, permitindo uma solução mais justa e eficaz.

O paralelo que ora apresentamos fica mais interessante quando, voltando ao passado e consultando a doutrina de Machado Guimarães, aferimos que o prestigiado jurista, após análise dos trabalhos de Chiovenda e Betti, afirmava que "a estes princípios que os oralistas consideram exigências e conseqüências da oralidade, pode-se acrescentar: (e) o princípio da livre atuação do juiz na propulsão dos atos processuais e na produção e apreciação de prova"[77], ou seja, o reconhecimento do mestre da necessidade da publicização do processo no particular.[78]

---

76. Indispensável, para o aprofundamento na questão, a leitura completa de: Francisco Morato *et al.*, *Processo oral*, Rio de Janeiro: Forense, 1940, Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros, 1ª série. Essa publicação aglutina artigos de ilustres processualistas. Entre os colaboradores estrangeiros, encontram-se: Giuseppe Chiovenda (Procedimento oral; A idéia romana no processo civil moderno; e Oralidade e a prova), José Alberto dos Reis (A oralidade do processo civil português), Piero Calamandrei (Premissas políticas no projeto de código processual civil italiano), Eduardo Jean Couture (Oralidade e regra moral no processo civil), Siegmund Hellmann (A oralidade no processo civil austríaco), Giuseppe Maranini (Princípio dispositivo e princípio inquisitório), Giovanni Cristofolini (Poderes da parte e poderes do juiz: instrução do processo), Hans Semon (O debate oral no processo civil alemão). Entre os autores brasileiros: Luiz Machado Guimarães (O processo oral e o processo escrito; O processo oral e seus críticos; e A reforma processual e a missão do advogado), Hermes Lima (A reforma no processo civil), Sabóia Medeiros (Processo oral), Guilherme Estelita (O processo oral e sua adoção no Brasil), Francisco Campos (A reforma processual), Francisco Morato (A oralidade), Bilac Pinto (Aspectos da reforma processual brasileira), Gabriel de Rezende Filho (A reforma processual) e Roberto Lyra (O prestígio dos juízes e a reforma do processo civil).
77. GUIMARÃES, Luiz Machado. O processo oral e o processo escrito, in Francisco Morato *et al.*, *Processo oral*, cit., p. 22.
78. No futuro, com a aplicação concreta das cláusulas gerais, poderá ser verificada a viabilidade de se aplicarem providências decorrentes do *princípio da oralidade*, em sua acepção maior, nos processos judiciais, em que a integração atingirá os tipos *regulativos* e *restritivos*. O manejo do processo oral depende da aptidão da

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 67 1/2/2007, 08:49

Utilizando como guia o comando dos parágrafos do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, a verificação da posse-trabalho está a cargo da consideração do juiz, que fixará por arbitramento judicial o valor da indenização. Ainda que o magistrado singular esteja munido de laudo pericial, será possível, de seu gabinete, sem a imediação, avaliar o impacto das *obras e serviços* para aferição do *interesse social e econômico relevante*? Em silogismo lógico, a aferição sobre o correto ou não arbitramento dependerá de exame muito acurado sobre a amplitude do exame inicial, que é a aplicação da cláusula geral restritiva em benefício de determinado grupo de pessoas. O apego ao contato físico do juiz com a situação nos parece essencial.

Ademais, nas situações em que a ocupação da cláusula legal importar exame de situação determinada, muito peculiar – sem prévio desenho assemelhado ou precedente próximo –, não restará embargo da grande importância que assumirá a condução (e palavra decisória) do juiz. A eventual corte recursal ordinária, como órgão de revisão, dificilmente terá os mesmos dados que o Juízo inicial, a permitir decisão com igual grau de sensibilidade.[79]

4.3.1. Do recurso especial e as cláusulas gerais

Com a cláusula geral, há fortalecimento, portanto, do juiz de piso, que acaba por irradiar efeito diferido nos julgamentos a serem proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, como guardião da aplicação da legislação federal infraconstitucional, nos termos do artigo 105, III da Constituição Federal de 1988. Explica-se:

Adotando-se dispositivos vagos em núcleos de base do Direito Privado, o preenchimento do espaço vazio será ocupado, em boa parte das vezes, por

causa para tanto, não se adaptando a todas as situações (cf. Jefferson Carus Guedes, *Princípio da oralidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 143). Em tese, quando o preenchimento e a decisão sobre conceito vago dependerem de dados fáticos, íntimos à demanda, nos parece adequada a idéia de – pelos menos em parte – aplicar o processo oral, com a identidade física do juiz, a imediação e concentração de atos.

79. Sobre a questão, relevante a observação do professor Luiz Guilherme Marinoni: "Ora, é sabido que a oralidade permite uma melhor apreensão dos fatos, contribuindo para uma maior qualidade da prestação jurisdicional. Como é possível supor, portanto, no que diz respeito à matéria de fato, que a decisão do tribunal será mais adequada do que a do juiz de primeiro grau? O que se pode admitir, na realidade, é justamente o contrário, ou seja, que a decisão do juiz é sempre melhor que a decisão do tribunal! Lembre-se que o tribunal, ao apreciar a matéria de fato, vale-se da documentação dos atos processuais, enquanto que o juiz tem contato direto com as provas. A pergunta que resta, desta forma, é a seguinte: o que importa a oralidade e, por conseqüência, a qualidade da prestação jurisdicional, se o que vale é o duplo grau? Diante das vantagens e desvantagens expostas, é possível concluir que o duplo grau não é sinônimo de uma maior qualidade da prestação jurisdicional e que, como garantia, também pode subtrair muita coisa do cidadão envolvido no litígio." (*Tutela antecipatória e julgamento antecipado*: parte incontroversa da demanda, 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 216-217).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 68 1/2/2007, 08:49

elementos fáticos e critérios de natureza subjetiva aferidos na instância ordinária, o que criaria – em tese – obstáculo no trânsito do recurso de natureza especial.

O óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça[80] poderá ser implacável nos casos em que a controvérsia a ser resolvida judicialmente passará pelo preenchimento da cláusula geral, o que, a médio e longo prazo, gerará uma disformidade da aplicação do direito federativo infraconstitucional, pois, sem a admissibilidade de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça não terá a oportunidade de fixar orientação para o Judiciário ordinário.[81]

A adoção de postura rígida quanto à análise do *fato*[82], ao mesmo passo em que diminuirá o acesso da devolutividade especial, desafogando um pouco a referida instância excepcional, poderá, sem dúvida, ser nociva, em virtude da pos-

80. Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

81. Sobre a necessidade de o recurso especial servir de instrumento para a pacificação social, nos reportamos à precisa lição do Professor Eduardo Arruda Alvim: "Uma norma jurídica é vocacionada a comportar um único entendimento, durante um dado ou expressivo período ou seguimento temporal palpável, pois que norma jurídica é norma de conduta (= norma é o que determina a conduta daqueles aos quais é dirigida) e, por isso mesmo, os seus destinatários (jurisdicionados) terão dificuldade de conduzir-se se há entendimentos diferentes (vale conduta 'a', 'b' ou 'c'?), e o próprio Judiciário terá menos segurança na aplicação do Direito. Por isso é que, se existe unidade de entendimento no plano lógico-normativo, esta se desfaz no plano da atividade judicante ou aplicação múltipla da lei, por diversos órgãos, porque várias são as cabeças dos julgadores. Desta forma, o confronto dos julgados, e a 'opção' pelo que é tido como o correto, expressada no julgamento concreto de recurso especial (art. 105, III, letra c, CF de 1988), procura refazer a unidade de inteligência sobre os comandos normativos e, com tudo isto, reconduzir o Direito à unidade para a qual nasceu. Para isto é que serve, precipuamente, a letra c do inciso III do artigo 105, o que não deixa de acontecer com o recurso extraordinário, e como também é finalidade da uniformização de jurisprudência, ainda que não haja esta específica hipótese de cabimento no caso de extraordinário. Devemos ressaltar que a diversidade de interpretações ao longo do tempo é praticamente inevitável; no entanto, o que é importante observar é que a diversidade simultânea de entendimentos é que é intolerável, ou, ao menos, perturba seriamente a funcionalidade do Direito, diferentemente do que se passa com a diversidade sucessiva." (*Curso de direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p. 210-211).

82. Num pormenor, às vezes não observado, vale notar que reexame de matéria de fato é diferente de exame primário de matéria de fato. No tema, com argúcia Bernardo Pimentel Souza leciona: "É preciso ter em mente que a vedação inserta no Enunciado n. 7 do Superior Tribunal de Justiça diz respeito apenas à inadmissibilidade de recurso com fito de simples reexame de matéria fática. Não há dúvida que é impertinente recurso especial com mero intuito de reapreciação de provas. Nem é possível recurso especial para exame de prova não considerada pelo tribunal *a quo* ao decidir a *quaestio facti* a ela ligada. Para tanto, tem-se os embargos declaratórios perante a própria corte de origem. Porém, ultrapassado o juízo de admissibilidade, e tendo o Superior Tribunal de Justiça que julgar a causa, ele pode examinar – o que é diferente de reexaminar – questão de fato ainda não solucionada, e cuja apreciação é indispensável à solução da espécie. Tanto quanto sutil, a diferença é relevante. O Superior Tribunal de Justiça também pode examinar matéria em sede de recurso especial, na hipótese prevista no artigo 462 do Código de Processo Civil e no artigo 141, inciso II e parágrafo 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, os fatos supervenientes devem ser considerados pela corte superior quando da entrega da prestação jurisdicional." (*Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 2 ed., Belo Horizonte: Mazza, 2001, p. 424-425).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 69 1/2/2007, 08:49

sibilidade de coexistência de decisões conflitantes em Estados Federados[83] . Essa situação indesejável desafia o enfrentamento, para se evitar a insegurança jurídica acerca dos critérios que serão adotados.

Com efeito, *a priori*, nos parece ser possível a interposição de recurso especial para fins de análise de eventual violação de *dispositivo vago* do Código Civil de 2002, procedimento esse que não será indiscriminado, mas que estará voltado para aferição de preenchimento destrilhado do ordenamento jurídico, de modo que a discussão esteja fixada na *qualificação jurídica da questão*, não se podendo, de toda sorte, revolver a simples questão fática.[84]

Relevante será, pois, a distinção entre embate sobre *quaestio juris* e *quaestiones facti*, pois somente na primeira situação é que se permitirá o saudável aviamento do especial[85]. Essa missão certamente não será fácil, haja vista que

---

83. Nesses termos, enxergando o problema que pode ser criado, mas com a visão na Súmula n. 400 do Supremo Tribunal Federal – já em desuso, conforme Nelson Luiz Pinto (*Manual dos recursos cíveis*, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 277), pois, na verdade, o óbice estará na Súmula n. 7 do STJ –, Marcos Antônio Benasse sentencia: "Se não era a intenção do legislador, parece, ficou muito mais difícil a interposição do recurso especial por negativa de lei federal. Acontece que o Código, agora, deixou maior liberdade para o juiz interpretá-lo, aplicando o direito. E, como é cediço, decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso especial pela letra 'a' do artigo 105, III, da CF." (*Algumas questões polêmicas do novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 20).

84. Com inteligência a ser absorvida, colhe-se escrito de Alfredo Buzaid – datado de 1980 – analisando a viabilidade de recurso excepcional com foco no artigo 355 do Código de Processo Civil, para aplicação das *máximas de experiência* pelo Supremo Tribunal Federal. Com os devidos ajustes, a lição permite reflexão: "Poder-se-ia pensar obviamente que, ocupando a regra de experiência comum o lugar de premissa maior no silogismo judicial, caberia ao Supremo Tribunal Federal assegurar a unidade do direito e a uniformização da jurisprudência. A diversidade de entendimento do enunciado da regra de experiência comum dada pelos tribunais ensejaria, assim, a interposição do recurso extraordinário. Esta solução, conquanto possível, esbarra por ora como entendimento restrito de lei federal constante do artigo 119, III, 'd', mas não se repugna a idéia de que, a bem da inteireza do direito, venha o Supremo Tribunal Federal a modificar a sua jurisprudência, sob o fundamento de que a regra de experiência comum, adotada por um tribunal, se contrapõe a regra de experiência comum, adotada por outro tribunal." (Máxima de experiência, in *Estudos e pareceres de direito processual civil*: notas e adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 143). No Superior Tribunal de Justiça, há precedente, ainda que isolado e com fundamentação sucinta, de julgamento de mérito de recurso especial envolvendo o artigo 335 do Código de Processo Civil, a saber: "Medida cautelar. Exibição de documentos. Banco. Recusa na fase administrativa. Prova. Decisão tomada pela Corte de origem em conformidade com o que ordinariamente acontece (art. 335 do CPC). Inexistência de afronta à lei." (STJ – RESP n. 180338/RS, *DJU*, de 3.5.2004).

85. Com olhos na possibilidade de recurso excepcional para controle da aplicação do artigo 355 do Código de Processo Civil, afirma Barbosa Moreira: "Ora, a qualificação jurídica, a subsunção, pode ser vista, sem erro, como quaestio iuris: a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora não mantenha inteira coerência ao propósito registra vários casos em que se assim entendeu. Mas aqui se põe, de forma aguda, o problema do método. A maneira tradicional de enfrentar a indagação sobre o cabimento e descabimento do controle pressupõe que tenhamos que admiti-lo quando se trate de questão de direito. Nessa óptica, só desclassificando a questão da qualificação, relegando-a ao plano das meras quaestiones facti, é que se poderia logicamente excluir a admissibilidade do controle." (Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, in Adalício Nogueira et al., Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 620-621).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 70 1/2/2007, 08:49

não há, em certos casos, uma nítida separação entre a *questão de fato* e a *questão de direito*[86], o que remete a apuração cuidadosa.[87]

Independentemente de nossa opinião, o Superior Tribunal de Justiça, que se afirma *guardião da lei federal*[88], há de meditar, desde logo, como enfrentará a questão. É provável que adote recepção mais elástica, a exemplo do que se pacificou, em cotejo ao artigo 159 do Código Civil de 1916, no que se refere à fixação (e *valoração*) do dano moral, situação em que o *reexame* não é óbice para o controle judicial da Corte Especial. Como é cediço, para fins de aplicação do dispositivo em foco, o Superior Tribunal de Justiça tem apreciado elementos múltiplos, tais como (a) a *circunstância do fato*, (b) o *bom senso* e a (c) *capacidade financeira das partes*, utilizando esses como vetores para a *qualificação jurídica* de conduta ilícita[89] e seus efeitos, especialmente a fixação do *quantum indenizatório*.[90]

Note-se, neste ponto, que o artigo 159 do Código Civil de 1916, na mesma linha do que segue o atual artigo 186 da atual codificação, é um exemplo de

86. Registre-se, no sentido, a advertência de Gleydson Kleber Lopes de Oliveira entre a possível simbiose dos conceitos de *questão de fato* e *questão de direito*, para fins de admissibilidade de recurso especial: "(...) a doutrina mais atualizada defende a impossibilidade de separação estanque das questões de fato das de direito. O fenômeno jurídico pressupõe que aquelas não podem ser definitivamente separadas destas, haja vista que o fato deve ser verificado em função da norma que o regula. Como o fenômeno jurídico deve ser analisado a partir da incidência da norma jurídica aos fatos, não há cogitar da separação absoluta entre fato e direito." *(*Questão de fato e de direito para fins de admissibilidade do recurso especial, in Nelson Nery Júnior; Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5, p. 310).

87. Nessa linha, colhe-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça entendendo que "as conseqüências jurídicas da escritura, nominada como de 'renúncia à doação', em absoluto dependem do simples exame de provas, mas vinculam-se e decorrem da própria qualificação jurídica atribuível ao aludido ato de manifestação de vontade: se constitui renúncia à doação anteriormente feita, se nova doação condicional, se nova doação sob termo suspensivo, se disposição de última vontade." (STJ – RESP n. 444/RJ, 4ª T., rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, *DJU*, de 15.10.1990). Esse acórdão está detalhado em: CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial, in NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.758/98*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 107.

88. Nesse sentido: STJ – RESP n. 171.196/SC, *DJU*, de 5.10.1998.

89. No sentido, entre vários: "Civil. Ação de indenização. Protesto indevido. Firma individual. Dano moral. Prova do prejuízo. Desnecessidade. CC, artigo 159. I. O protesto indevido de título gera direito à indenização por dano moral, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pela autora, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento que deve, de outro lado, ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito. II. Precedentes do STJ. III. Recurso conhecido e provido." (STJ – RESP n. 110.091/MG, *DJU*, de 28.8.2000, p. 85).

90. Nessa linha: "O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o *quantum* contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, diante de suas circunstâncias, o valor fixado mostrou-se exagerado, a reclamar redução." (STJ – RESP n. 268.020/SP, *DJU*, de 18.2.2002). Igualmente: "O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça" (RESP n. 187.283/PB); e ainda: "O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça." (RESP n. 53.321/RJ).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 21 1/2/2007, 08:49

cláusula geral regulativa[91] , pois é um dispositivo com vagueza na aplicação e na conclusão jurídica da norma. Dessa forma, para a aplicação do dispositivo, há uma integração (acerca da conduta antijurídica que gerou o ilícito), sendo a conseqüência jurídica moldada à luz do caso peculiar, pois nem sempre a fixação da indenização será o único (ou melhor) caminho. Portanto, correta a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdão que estampa a necessidade (e forma) de controle para a aplicação do artigo 159 do Código Civil como *dispositivo vago*:

> "Para a definição da culpa como elemento da responsabilidade prevista no artigo 159 do Código Civil, deve o juiz definir previamente qual a regra de cuidado que deveria ter sido obedecida pelo agente naquelas circunstâncias, pois assim o exige a técnica apropriada à aplicação da cláusula geral, classificação a que pertence o referido artigo 159. Assim procedendo, a E. Câmara fez exemplar aplicação da técnica judicial e não violou a lei, muito especialmente não causou ofensa ao disposto nos artigos 126 e 127 do CPC, sequer empregou juízo de eqüidade, como alegou a empresa recorrente."[92]

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça entendeu como saudável a interposição de recurso especial para o debate quanto ao preenchimento dos *conceitos jurídicos indeterminados* constantes do artigo 4º da Lei n. 8.437/92, o que corrobora a nossa posição quanto à viabilidade de tal recurso para o enfrentamento da *quaestio juris* que envolve a integração da norma *vaga.* Confira-se a ementa, naquilo que é respeitante ao nosso estudo:

> "(..) Recurso especial interposto contra decisão proferida em pedido de suspensão de liminar. Cabimento. O artigo 4º da Lei n. 8.437/92, bem como o artigo 4º da Lei n. 4.348/64, ao disciplinarem a suspensão de liminares contra o Poder Público pelos Presidentes de Tribunais, valem-se, no seu enunciado, de 'conceitos jurídicos indeterminados', o que, no entanto, não autoriza a conclusão de existência de ilimitado poder discricionário de decisão. (..) O Presidente de Tribunal, ao analisar pedido de suspensão de liminar e demais tutelas, poderá, sempre, no caso concreto, aferir se existe lesão à ordem pública, à economia pública, à saúde, ao interesse público, e, diante dessa constatação, deverá necessariamente suspender a medida que cause o gravame. Não se trata de exercício de juízo político ou de conveniência e oportunidade sobre suspender ou não a medida impugnada (..)."[93]

Dessa forma, com esteio de precedentes do Superior Tribunal de Justiça em casos próximos, concluímos que o melhor entendimento autoriza o controle, via

---

91. No sentido, confira-se: André Osório Gondinho, Codificação e cláusulas gerais, cit., p. 12; e Judith Martins-Costa, entre os quais destacamos: O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 31.
92. STJ – RESP n. 242.598/RJ, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU, de 27.11.2000.
93. STJ – AGRG na MC 4.053/RS, 2ª T., rel. Min. Paulo Medina, DJU, de 12.11.2001.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 72 1/2/2007, 08:49

recurso especial, do preenchimento dos *conceitos vagos*[94] do Código Civil de 2002, no que se refere às hipóteses em que a discussão se traduz em *quaestio iuris*, ou seja, o debate sobre a qualificação jurídica que foi implementada na integração pela decisão ordinária, descartando-se o trânsito das matérias puramente fáticas (= meramente *quaestiones facti*).[95]

5. FECHAMENTO

Não se pretendeu esgotar a temática vinculada às cláusulas gerais, sendo nosso objetivo demonstrar a importância que irão ocupar no novo cenário legal, com influência direta no campo do Direito Material, atingindo também as relações e desdobramentos processuais.

De toda sorte, tentamos demonstrar que, na concepção do Código Civil de 2002, muito longe da idéia que fluiu após o Código Napoleônico de que o juiz deveria ser a *boca da lei*, seguindo os ditames rígidos previamente traçados pelo legislador, há um grande voto de confiança no Poder Judiciário, já que, na codificação atual, o magistrado tem participação ativa na ocupação de espaço legal voluntariamente deixado em aberto.[96]

---

94. *Conceito vago* (ou *dispositivo vago*), como dissemos no texto, deve ser visto como *gênero*, em que a *cláusula geral* é espécie, tal qual o *conceito jurídico indeterminado*. Logo, nossa construção voltada para o *gênero* (*conceito vago*) é aplicável para as *espécies* (*cláusula geral* e *conceito jurídico indeterminado*).

95. Não obstante, mesmo no caso de *quaestio iuris*, deverão ocorrer exceções quando o preenchimento se traduzir em situações com contornos bem locais, pois a pacificação federal não subsistirá sem o pilar que a legitima: *evitar a disformidade na aplicação da lei federal*. Estendendo a doutrina de Barbosa Moreira, em análise do controle na aplicação do artigo 335 do Código de Processo Civil, esta conclusão nos parece possível: "O artigo 119, n. III, letra 'd' da Constituição da República evidentemente se ordena em assegurar a uniforme aplicação do direito federal. Se é ou não eficaz, como instrumento desse propósito, não vem a pêlo indagar aqui: a *ratio* será em todo caso a indicada, e não se concebe outra. Mas não está demonstrado que se deva levar aos derradeiros extremos a exigência de política legislativa subjacente. Em país como o nosso, com enorme diversidade de aspectos do mapa natural, social, econômico e cultural, é temerário que algum órgão judicial possa sempre encontrar regras de experiência universalmente válidas, cujo emprego lhe permita concretizar em termos iguais, para o Acre e para o Território de Rondônia e para o Rio de Janeiro, o conteúdo de todo e qualquer conceito indeterminado que se defronte no Código Civil e no Código Penal. Ao menos no que diz respeito a usos profissionais ou negociais, quando não à valoração ética de comportamentos, a variedade é um dado que salta aos olhos do mais superficial observador." (Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, in NOGUEIRA, Adalício. *et al*., *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes*, cit., p. 621-622).

96. Na lição de Judith Martins-Costa, "as normas, cujo grau de vagueza é mínimo, implicam seja dado ao juiz, tão-somente, o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas, por igual, criando direito, ao completar *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral". E continua: "A incompletude das normas insertas em cláusulas gerais significa que, não possuindo uma *fattispecie* autônoma, carecem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem emudecidas e inúteis. Significa também que o juiz tem o

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 23 1/2/2007, 08:49

O preenchimento do dispositivo vago em pontos capitais do Código Civil e, via de conseqüência, da vida cotidiana do cidadão, gerará um labor diferenciado para o Judiciário que, ao longo dos tempos, acostumou-se a trabalhar com um sistema bem mais fechado. A atividade judicante terá de encarar novo panorama, que não dispensará o reexame de vários conceitos e posturas, incluindo o sistema de seleção nos concursos e a própria formação do magistrado, à medida que os representantes do Estado-juiz não só terão mais poder, mas também serão muito mais exigidos.[97]

Ao falarmos em *atividade judicante*, apontamos para um espectro mais amplo possível, capaz de espelhar todo trabalho humano representado pelo Estado-juiz para a prestação jurisdicional. Por isso, a questão não está apenas na formação dos novos juízes e na alteração conceitual dos concursos para ingresso na

---

dever, e a responsabilidade, de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral." (Judith Martins-Costa, O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 32-33). No sentido, com foco no *conceito vago*, colhe-se de Arruda Alvim: "O que distingue os conceitos indeterminados ou vagos das normas minuciosas, é que, nestas, inexistente intencionalidade de 'transferir' parcela de avaliação ao aplicador da lei, ainda que isto ocorra, precisamente pela 'impossibilidade normal' de se preverem todas as circunstâncias que podem ocorrer concretamente. O universo real é infinitamente mais rico do que a regra de direito ou mesmo do que o universo normativo. Sequer a este, pois, em princípio, é virtualmente possível açambarcar aquele, ao menos *a priori*. Por esta técnica dos conceitos vagos, há na própria norma a tendência para que, por intermédio da sua aplicação, se venha a compreender no seu âmbito, todo universo do real aí posto; a norma propende a isso." (*A argüição de relevância no recurso extraordinário*, cit., p. 18).

97. Não nos parece, com todo respeito, em razão do que será exigido dos julgadores, ser possível a manutenção dos mesmos critérios e sistematização nos processos de seleção de magistrados, através de concurso de provas, onde se aglutina apenas e tão-somente elementos jurídicos. A questão, todavia, não é pontual na magistratura, já que o sistema exigirá maior capacitação de todos os operários do Direito. Por tal passo, abonamos a grande preocupação com a formação jurídica no sentido lato, e não apenas dos julgadores. Nesse sentido, colhe-se: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico, in FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998; HARMATIUK, Ana Carla Matos. Sete diálogos sobre a relação ensino-aprendizagem no direito, in RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: *construindo uma racionalidade contemporânea,* Rio de Janeiro: Renovar, 2002; LEWICKI, Bruno Costa. O ensino monolítico do direito civil: notas para sua humanização, in RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A interdisciplinaridade no ensino jurídico: a experiência do direito civil, in RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: *construindo uma racionalidade contemporânea,* Rio de Janeiro: Renovar, 2002; ALMEIDA, Maria Christina de. Ensinando direito com arte: o estudo de casos no direito civil contemporâneo, in RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea,* Rio de Janeiro: Renovar, 2002; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A responsabilidade social do jurista e o ensino jurídico: um breve diálogo entre o direito e a pedagogia, in RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: *construindo uma racionalidade contemporânea*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 74 1/2/2007, 08:49

magistratura, mas também na manutenção de programas de constante aperfeiçoamento para os que já estão na judicatura e, principalmente, propiciando condições de labor aos juízes.[98]

O registro é relevante, para que não se tenha dúvida do alcance da nossa afirmação, uma vez que a inserção maciça de cláusulas gerais no Código Civil de 2002 poderá expor, cada vez mais, o fato de que o problema de nosso Judiciário não está exclusivamente no descompasso das leis, e que a adoção dessa (ou de outra) sistemática normativa criará embaraços. Na verdade, os problemas que emergem do Judiciário são muito mais de natureza estrutural (intrínsecos ao funcionamento da máquina estatal), seja, tirando como exemplo, pela infinita gama de processos em curso, em que o Poder Público é o campeão da litigância, seja pela falta de recursos (de natureza humana e financeira), problemas que acabam por nos atolar cada vez mais no caos que o Judiciário está a se tornar.[99]

A mobilidade pretendida pelo legislador, no entanto, poderá estar fadada ao insucesso se, paralelamente às alterações legislativas, não forem adotadas medidas

98. A questão não é nova e não decorre do Código Civil de 2002. Nesse sentido, Carlos David Santos Aarão Reis (Da desnecessidade de um novo Código Civil, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 11, n. 39, p. 68-81, jan./mar. 1987, p. 74) se posicionava há algum tempo que – antes de um novo Código, por mais perfeito que fosse – os problemas estruturais do Judiciário tinham de ser sanados, especialmente em três pontos: (i) *Insuficiência de meios, uma vez que o Judiciário sobrevive com recursos limitados, com funcionalismo deficiente, instalações inadequadas e material escasso e precário*: Aqui pouca coisa mudou até os dias de hoje, mantendo-se o quadro muito próximo; (ii) *crise interna na magistratura, com má qualidade da prestação jurisdicional, sob o prisma de que os juízes são poucos, tendo vencimentos reduzidos, sendo o seu recrutamento feito através de advogados, destacando, ainda, a tendência de queda na qualidade dos novos juízes em razão do estado caótico das Faculdades de Direito*: Apesar dos magistrados estarem hoje percebendo remuneração mais digna, a gama de novos juízes não acompanhou o grande levante no acessar do Judiciário – em razão de válvulas propiciadas pelo facilitamento previsto em leis, sem o casamento de efetiva política judiciária; de outro lado, o recrutamento continua sendo deficiente, alterando-se, em parte o quadro, com uma migração cada vez maior de jovens para a carreira da magistratura, sendo que boa parte destes não se direciona pela vocação, mas pela necessidade financeira, notando-se verdadeiro êxodo de recém-formados para os concursos, o que não deixa de ser uma conseqüência da saturação da vida jurídica privada, proporcional ao inchaço de Faculdades – que tiveram os problemas estruturais agravados, apesar da recente labuta do MEC e da OAB para um refinamento positivo na formação jurídica. Mais do que nunca é hora de investir nas Escolas da Magistratura, com preparação adequada para o exercício da judicatura; (iii) *crise generalizada de confiança da sociedade na independência de seus magistrados, dado o longo período que o Judiciário foi tolhido do todo-poderoso Executivo*: Não se nega que ocorreu avanço, mas a questão não se encontra de todo resolvida. A resolução do quadro não parte apenas do Judiciário, pois a desconfiança por vezes se mantém pela prática reiterada do Executivo de pretender, muitas das vezes com o uso da mídia, impor suas posições. Respirar no regime democrático é um processo lento e de grande maturação, que não depende apenas do Judiciário.

99. O Ministro Nilson Naves afirma: "(..) cumpre-nos lembrar a importância da aludida reforma do Judiciário – o Judiciário que se prepara para receber o Código e se paramenta para dar às novas disposições a melhor das interpretações –, pois é certo que precisamos de reforma, sem tardança nem peia (…)." (Discurso de abertura, in JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 12 e 13, set. 2002, Brasília, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003, p. 13-18).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 25 1/2/2007, 08:49

estruturais no Judiciário como um todo, para a perfeita recepção do novo sistema de codificação material, em que predominam os *dispositivos vagos*.

O que foi dito no passado sobre outros ambientes de reformas frustadas pode (e deve) ser lembrado, a fim de que se evitem os erros pretéritos, de maneira a não lograrem êxito as alterações. E, nesse particular, a dicção de Machado Guimarães sobre as reformas processuais da primeira metade do século XX continua sendo extremamente atual:

> "Não basta, porém, a reforma das leis adjetivas. Cumpre melhorar o material humano, através do qual elas atuam, isto é, os juízes e advogados. Quanto mais delicado e preciso é o maquinismo, maior habilidade e aptidão exige daqueles que o manejam. O processo oral, rápido, concentrado e vigoroso, depende antes de tudo da qualidade dos profissionais que o conduzem. Carnelutti, com sua experiência de professor emérito e advogado brilhante, dizia, referindo-se à necessidade de hábeis condutores para o processo oral: 'O automóvel é um excelente meio de transporte; mas, se para guiá-lo não se encontram postilhões, prefiro uma diligência!' A esta observação do catedrático de Milão será lícito responder que enquanto não tivermos automóveis, não poderemos formar motoristas. Um bom processo, já notava Rui Barbosa, é favorável ao desenvolvimento das capacidades da magistratura e da advocacia. Sejamos cautos porém. Juntamente com a remodelação do processo, façamos a reforma da organização judiciária. Estabeleçamos um bom sistema de recrutamento e promoção dos juízes, libertando-os deste nomadismo interino de vara em vara, e criando jurisdições especializadas. Modifiquemos o absurdo regime atual de férias, com substituições constantes e efêmeras. Aumentemos o número de juízes e tribunais, de acordo com a necessidade, e não esqueçamos também de estabelecer um sistema de seleção entre os candidatos à advocacia. Mediante concursos inicial e estágio. E, assim aparelhados, tornemos corajosamente o posto que nos cabe entre as nações cultas, de processo concentrado, rápido e seguro."[100]

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Ruy Rosado. Prefácio. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis.* Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 2 v. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito civil, 1).

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. "Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio". In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 72-86.

ALMEIDA, Maria Christina de. Ensinando direito com arte: o estudo de casos no direito civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 473-488.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1 e v. 2, 2000.

100. Luiz Machado Guimarães, O processo oral e o processo escrito, in *Processo oral*, cit., p. 23-24.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 76 1/2/2007, 08:49

ALVIM, José Manuel Arruda. *A argüição de relevância no recurso extraordinário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In*:* CAHALI, Yussef Said (Org.). *Posse e propriedade*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 39-67.

_____. *Direito das coisas*: principais alterações introduzidas pela Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2002 – Novo Código Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro (no prelo).

_____. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 11-31, set. 2003.

_____. *Manual de direito processual civil*: parte geral. 7 ed. rev., atual e ampl., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AMARAL, Francisco. O novo Código Civil Brasileiro. In: *ESTUDOS em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles.* Coimbra: Almedina, 2003. p. 9-19.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 54-71.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Evolução do direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* São Paulo, v. 7, n. 24, p. 74-89, abr./jun. 1983.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*: introdução e teoria geral. 2 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Direito civil reais*. 5 ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ASSIS, Araken de. *Procedimento sumário*. Malheiros: São Paulo, 1996.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 3-12, jan./mar. 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*: 1891. Brasília: Senado Federal; Ministério da Ciência e Tecnologia. Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Novo Código Civil e o direito processual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 111-122, set./out. 2002.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: NOGUEIRA, Adalício et al. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 620-621.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 2 ed. 2. tiragem. Malheiros: São Paulo, 2001.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 27 1/2/2007, 08:49

BENASSE, Marcos Antônio. *Algumas questões polêmicas do novo Código Civil brasileiro.* Campinas: Livro Pleno, 2003.

BEVILLÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* 11 ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo,1956. v. 1.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de Interpretação dos contratos no novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. *História do direito brasileiro*: leituras da ordem jurídica nacional: São Paulo: Atlas, 2003.

BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Compilação de Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudabi. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BUZAID, Alfredo. Máxima de experiência. In: _____. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. Notas e adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 133-143.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um Advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. Premissas políticas no Projeto do Código Processual Civil Italiano. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 165-170.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial.* São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Direito e democracia.* São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. *Direito na sociedade complexa.* São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPOS, Francisco. A reforma processual. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p.11-14.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado.* Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Efficacia di prove illegitimamente ammesse e comportamento della parte*. In: SCRITTI in onore di A. C. Jemolo. Milano: Giuffrè, 1963. v. 2.

_____. Iniziative provatorie del giudice e basi pregiuridiche della strittura del processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 22, 1967.

_____. *Oralidad y pruebas en el proceso civil*. Traduccion de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 78 1/2/2007, 08:49

_____. Principio dispositivo e interrogatorio della parte. *Annalli Dell´Università di Macerata*, 1959.

_____. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969.

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell´oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti ne processo civile. Milano: Giuffrè, 1962. v. 1 e v. 2, 1974.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.758/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 96-126.

CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual civil e penal*. Tradução de Júlia Jimenes Amador. Campinas: Péritas, 2001. v. 1.

_____. *Derecho y proceso*. Buenos Aires: EJEA, 1971. (Colección Ciencia del Proceso, n. 56).

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Indenização por eqüidade no novo Código Civil.* São Paulo: Atlas, 2003.

CHÊNE, Cristian. História da codificação no direito francês. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 1, n. 2, p. 139-152, abr./jun. 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. A idéia romana no processo civil moderno. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 85-97.

_____. *Instituições de direito processual civil.* Tradução da 2 ed. por J. Guimarães Mengale. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. Oralidade e a prova. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 129-149.

_____. Procedimento oral. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 39-68.

COUTURE, Eduardo Jean. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Oralidade e regra moral no processo civil. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 99-110.

CRISTOFOLINI, Giovanni. Poderes da parte e poderes do juiz: instrução do processo. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 177-180.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 230-264.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 79 1/2/2007, 08:49

DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Pontes de; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 392-420.

_____. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2003.

DEMARCHI, Juliana. Ações dúplices, pedido contraposto e reconvenção. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Leituras complementares*. Salvador: Juspodivm, 2003. v. 1. p. 73-85.

DIAS, Joaquim José de Barros. Direito civil constitucional. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*: caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 13-58.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Aspectos processuais da usucapião especial rural e urbano. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis*: legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 797-850.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil de 1916. In BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *História do direito brasileiro*: leituras da ordem jurídica nacional: São Paulo: Atlas, 2003, p. 209-222.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das coisas. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4. (18 ed. 2002).

_____. *As lacunas no direito*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Conflito de normas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DONDI, Ângelo. *Effettività dei provvedimenti instrutori del giudice civili*. Padova: Cedam, 1985.

ESTELITA, Guilherme. O processo oral e sua adoção no Brasil. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 81-83.

FACHIN, Luiz Edson. A reforma do direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 757, p. 64-69, nov. 1998.

_____. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41-46.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição*. Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 4, p. 243-263, out./dez. 2000.

FIUZA, César*. Curso completo de direito civil.* 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 80 1/2/2007, 08:49

GEDIEL, José Antônio Peres. "Autonomia do sujeito e biopoder". In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 327-345.

GIORDANI, Mário Curtis. *O Código Civil à luz do direito romano.* 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et al. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense: 1984.

_____. *O Código Civil e sua reforma*. In: ____. *Direito privado*: novos aspectos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 115-127.

_____. *Código Civil – Projeto Orlando Gomes.* Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Direitos reais*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Razões históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Reflexos sobre a revisão do Código Civil. In: ____. *Direito privado*: novos aspectos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 129-142.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002*: breves comentários. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 3-25, jan./mar. 2000.

GUEDES, Jefferson Carus. *Princípio da oralidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito*: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição. 2 ed. São Paulo, Atlas, 2002.

_____. *Teoria processual da Constituição.* 2 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

GUIMARÃES, Luiz Machado. O processo oral e o processo escrito. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 15-24.

_____. O processo oral e seus críticos. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 215-221.

_____. A reforma processual e a missão do advogado. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 239-248.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional.* Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HARMATIUK, Ana Carla Matos. Sete diálogos sobre a relação ensino-aprendizagem no direito. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 81 1/2/2007, 08:49

HELLMAN, Siegmund. A oralidade no processo civil austríaco. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 151-154.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1989.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*: parte geral. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LEME, Lino de Morais. *Direito civil comparado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

LEWICKI, Bruno Costa. O ensino monolítico do direito civil: notas para sua humanização. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 435-459.

LIMA, Hermes. A reforma no processo civil. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 123-128.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. Curso avançado de direito civil: parte geral. In: CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

_____. Da oportunidade da codificação civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, v. 22, n. 68, p. 19-30, dez. 2002.

_____. A descaracterização da pessoa jurídica no novo Código Civil Brasileiro. In: MENDONÇA, Jacy de Souza et al. *Inovações do novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 99-114.

LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de teoria geral do direito.* Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *Direito civil constitucional*: caderno 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *Direito civil constitucional*: caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 87-117.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002. (Colección Teoria Social).

_____. *Sociologia do direito.* Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.v. 1. (Biblioteca Tempo Universitário, 75).

_____. *Sociologia do direito.* Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. v. 2. (Biblioteca Tempo Universitário, 80).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 82 1/2/2007, 08:49

LYRA, Roberto. O prestígio dos juízes e a reforma do processo civil. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série).

MACHADO NETO, A. L. *História das idéias jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969.

MARANINI, Guiseppe. Princípio dispositivo e princípio inquisitório. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 171-175.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*: parte incontroversa da demanda. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor: renasce o direito civil geral e social? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 269-274, jul./set. 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.

_____. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 753, p. 24-48, jul. 1998.

_____. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Síntese, v. 17, p. 189-204, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith; Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Sete diálogos sobre a relação ensino-aprendizagem no direito. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 403-434.

MAZZEI, Rodrigo Reis. O efeito devolutivo e seus desdobramentos. In: MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Dos recursos*: parte geral. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2001. v. 1. p. 129-134.

_____. *Notas iniciais à leitura do novo Código Civil*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Parte Geral (arts. 1º a 103)*. Coordenação: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. VIII-CXLVI.

_____. Princípios gerais no novo Código Civil. *Ordem Jurídica*, Vitória, Ordem dos Advogados do Espírito Santo, ano 15, n. 95, p. 10, jun./jul. 2003.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 83 1/2/2007, 08:49

_____. *A recodificação do direito privado. Ordem jurídica*, ano 16, n. 104, Vitória, Ordem dos Advogados do Espírito Santo, p. 10, jul. 2003.

MEDEIROS, Sabóia. Processo oral. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 69-72.

MENDONÇA, Jacy de Souza. Princípios e diretrizes do novo Código Civil. In: MENDONÇA, Jacy de Souza et al. *Inovações do novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 15-40.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 779, p. 47-63, set./2000.

MORATO, Francisco. A oralidade. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 1-10.

MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série).

MOREIRA ALVES, José Carlos. Conferência inaugural. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 12 e 13, set. 2002, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. p. 21-33.

_____. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. v. 2.

_____. *A parte geral do projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. O Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 61, p. 24-34, nov. 2000.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A interdisciplinaridade no ensino jurídico: a experiência do direito civil. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 461-471.

NAVES, Nilson. Discurso de abertura. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 12 e 13, set. 2002, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. p. 13-18.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. *Código Civil brasileiro de 2002*: principais alterações. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Ações possessórias*: enfoque sobre a cognição. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. Questão de fato e de direito para fins de admissibilidade do recurso especial. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 84 1/2/2007, 08:49

PERLINGIERI, Pietro. Diálogos com a doutrina. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 287-298, abr./jun. 2001.

_____. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Ensino jurídico na graduação: ainda como nossos pais? Modelo, conformismo e repetição na metodologia do ensino jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 211-254.

_____. A responsabilidade social do jurista e o ensino jurídico: um breve diálogo entre o direito e a pedagogia. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 489-527.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PINTO, Bilac. Aspectos da reforma processual brasileira. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 25-34.

PREDIGER, Carin. A noção do sistema no direito privado e no Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145-173.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Emendas absurdas ao Código Civil. *O Estado de São Paulo*, 26 abr. 2003, p. 2.

_____. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

_____. *Filosofia do direito*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 1-2. 2003.

_____. *Fundamentos do direito*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. Prefácio. In: TAPAI, Giselle de Melo Braga (Coord.). *Novo Código Civil brasileiro*: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 9-19.

_____. *O Projeto do novo Código Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Visão geral do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 808, p. 11-19, jan./fev. 2003.

REIS, Carlos David Santos Aarão. Da desnecessidade de novo Código Civil. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 11, n. 39, p. 68-81, jan./mar. 1987.

REIS, Clayton. *Inovações ao novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 85 1/2/2007, 08:49

REIS, José Alberto dos. A oralidade no processo civil português. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 111-122.

REZENDE FILHO, Gabriel de. A reforma processual. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 203-213.

ROSADO, Marcelo da Rocha. *Alguns aspectos relevantes da usucapião e da expropriação privada*. In: MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Questões processuais no novo Código Civil.* Barueri: Manole/Instituto Capixaba de Estudos (ICE), 2005. (no prelo).

ROSAS, Roberto. Constituição e direito civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, n. 761, p. 64-67, mar. 1999.

SEMON, Hans M. O debate oral no processo civil alemão. In: MORATO, Francisco et al. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros,1ª série). p. 73-80.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e a visão de futuro*. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 14, n. 40, jul. 1987.

SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21-53.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil e o direito civil constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 13, p. III-IV (editorial), jan./mar. 2003.

_____. O velho projeto do velho Código Civil. In: ____. *Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et al. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense: 1984.

VILELA, João Baptista. Revisitando as universalidades. In: ESTUDOS em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2003.

YARCHEL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 86 1/2/2007, 08:49

Capítulo III

A Garantia Fundamental da Proporcionalidade em sua Projeção no Novo Código Civil Brasileiro*

*Willis Santiago Guerra Filho***

Discorrer sobre uma garantia constitucional de proporcionalidade, examinando sua projeção sobre o Direito Privado, mostra-se extremamente oportuno, justamente quando ingressamos em uma nova fase histórica da matéria, no País, com a entrada em vigor de um outro Código Civil, em substituição aos primeiros diplomas legais dessa natureza que tivemos, na área privatista, a saber, o Código Comercial, de 1850, e o Código Civil de 1916. Apresenta-se-nos, assim, uma oportunidade de estudar sob nova luz a matéria privatista, o que, a rigor, já deveríamos estar fazendo com muito mais afinco, já desde, pelo menos, a entrada em vigor da Constituição da República, em 1988.[1] Concretamente, isto significa,

---

* Versão modificada, com acréscimos e supressões, de trabalho anteriormente publicado do A., "O princípio da proporcionalidade em Direito constitucional e em Direito privado no Brasil", in ALVIM, Arruda. Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas (orgs.). Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. *Escritos em homenagem ao Min. José Carlos Moreira Alves*, São Paulo: RT, pp. 583/596. O tema do princípio da proporcionalidade foi objeto de elaborações sucessivas, também em parte coincidentes, em GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaios de Teoria Constitucional*, Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989, pp. 47 ss.; *id*., *Teoria Processual da Constituição*, 2a ed., São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2002, pp. 75 ss., 185 ss., *passim*; *id*., *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 3a ed., São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2003, pp. 63 ss., e em diversos artigos, publicados no Brasil e no exterior. De último, GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade, in LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 237/253.

** Professor Titular da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor e Coordenador-Geral do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM). Professor Doutor de Filosofia do Direito no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor dos Cursos de Mestrado em Direito das Universidades de Franca (UNIFRAN), Osasco (UNIFIEO) e Metropolitana de Santos (UNIMES), SP. Professor de Direito Constitucional da Faculdade Padre Anchieta (FADIPA), Jundiaí, SP. Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha.

1. É certo que já se vem desenvolvendo esforços extremamente louváveis, no sentido de aproximar o nosso direito privado de sua base constitucional renovada, como demonstram trabalhos de autores em torno dos quais se formam novas Escolas de pensamento jusprivatista no País, a exemplo de TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, no Rio de Janeiro; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: RT, 1999, no Rio Grande do Sul; e FACHIN, Luiz Edson (coord.) da Universidade Federal do Paraná, *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 87 1/2/2007, 08:49

acima de tudo, vislumbrar nas normas de direito privado algo diverso do que se costuma perceber, ainda sob a influência da tradição individualista e liberal, que fez do direito civil patrimonialista sua expressão máxima, no campo jurídico.

No contexto do Estado Democrático de Direito, as normas de direito privado não são de se considerar um esteio de interesses individuais como um fim em si mesmo justificado, mas devem antes promover o *ordenamento funcional* desses interesses com aqueles outros, quer de natureza coletiva, social ou "difusa", quer de natureza propriamente geral, pública.[2] E é nesse contexto que se supera, igualmente, a visão clássica dos direitos e garantias fundamentais enquanto direitos e garantias *individuais*, liberdades públicas, voltadas exclusivamente contra o Estado, o qual, perante tais direitos, teria o dever de tão-somente abster-se da prática de atos que os ameaçasse ou violasse. Atualmente, não apenas se concebe os direitos fundamentais como dotados de um aspecto prestacional, a exigir ações por parte do Estado para implementá-los, mas também, sendo o que aqui nos importa particularmente destacar, se atribui a tais direitos uma *eficácia reflexa* ou *eficácia perante terceiros (Drittwirkung)*, tornando-os aptos a proteger seus titulares também contra ameaças e violações por parte de seus co-cidadãos, individualmente considerados ou coletivamente organizados, de modo especial na forma de "poderes sociais" *(soziale Gewalten),* representados por grandes organizações da sociedade civil organizada e/ou do setor empresarial.[3] É assim que o clássico direito de propriedade, pedra angular sob a qual se erige grande parte do sistema de direito privado, deverá ser conformado pelos princípios fundamentais constitutivos do Estado Democrático de Direito em nosso País, dentre os quais figuram, por força do art. 1º, incs. III e IV, CR, a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respectivamente.

Para resolver o grande dilema que vai então afligir os que operam com o Direito no âmbito do Estado Democrático contemporâneo, representado pela atualidade de conflitos entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, é que se preconiza o recurso a um "princípio dos princípios", que representa algo assim como "a principialidade dos princípios", enquanto sua relatividade mútua. Trata-se do princípio da proporcionalidade, tal como concebido no campo jurídico na tradição germânica, como um princípio, também, de "relatividade"

2. Cf., nesse sentido, *v.g.*, SCHWAB, Dieter. *Einführung in das Zivilrecht*, 11 ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1993, I, 1,10, p. 5, *in fine***.**
3. Cf., STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, tomo 1, Munique: C. H. Beck, 1988, § 76, p. 1509 ss., esp. IV, 8, p. 1586 ss.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 88 1/2/2007, 08:50

(verhältnismäbig), o qual determina a busca de uma "solução de compromisso", respeitando-se mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, e procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), sem jamais lhe(s) faltar minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhes o "núcleo essencial", onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana, princípio fundamental e "axial" do contemporâneo Estado Democrático. O princípio da proporcionalidade, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, assim como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º., inc. III, CR),[4] é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do "Estado Democrático de Direito", pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.

A exata compreensão do significado do princípio da proporcionalidade requer uma transformação do próprio modo de se conceber a tarefa da ciência jurídica, como diversa da mera interpretação e aplicação de normas jurídicas com a estrutura de regras.[5] As regras trazem a descrição de dada situação, formada por um fato ou uma espécie (a *fattispecie* a que se referem os italianos) deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma (ou mais) regra(s) concretizadora(s). Princípios, portanto, têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios trazem ínsitas "determinações de otimização" *(Optimierungsgebote,* na expressão de ROBERT ALEXY[6]), isto é, um mandamento de que sejam cumpridos na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente – o que já nos remete, de imediato, ao princípio da proporcionalidade, por ele ser a própria expressão deste mandamento e contemplar tal idéia de gradação no cumprimento de um princípio, aí incluindo-se o

4. Sobre o assunto, recentemente, JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *A Dignidade Humana e a nova Hermenêutica Constitucional. A Constituição Federal de 1988, a Dignidade Humana e a Hermenêutica dos Princípios*, São Paulo: Tese (PUC), 2003.
5. Nesse sentido, MANFRED STELZER, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäbigkeit*, Wien/New York: Springer, 1991, p. 22.
6. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1985, pp. 75 e s.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 89 1/2/2007, 08:50

próprio princípio da proporcionalidade, que também não se pode acatar em termos definitivos, de "tudo ou nada", como as regras.

E, finalmente, enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser a correta, as colisões entre princípios resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro. Já na hipótese de choque entre regra e princípio, é evidente que o princípio deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevalece, em determinada situação concreta, sobre o princípio em que a regra se baseia – a rigor, portanto, não há colisão direta entre regra(s) e princípio(s).

O traço distintivo entre regras e princípios, por último referido, aponta para uma característica desses, já mencionada, que é de se destacar: sua *relatividade*. Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um "princípio de relatividade" *(Verhältnismäbigkeitsprinzip),* que é o princípio da proporcionalidade, para que se possa respeitar normas, como os princípios, tendentes a colidir, quando se opera concretamente com o Direito.[7]

A marca distintiva do pensamento jurídico contemporâneo, que se faz notar em autores como JOSEF ESSER e RONALD DWORKIN, antes do já referido ROBERT ALEXY, repousa precisamente na ênfase dada ao emprego de princípios jurídicos, positivados no ordenamento jurídico, quer explicitamente – em geral, na constituição – quer através de normas onde se manifestam de forma implícita – como é aquela do princípio protetor, em direito do trabalho[8] – quando do tratamento dos problemas jurídicos. Com isso, dá-se por superado um resquício de legalismo que permaneceu no positivismo normativista de KELSEN, HART e outros, para quem as normas do direito positivo se reduziriam ao que hoje se chama "regras" *(rules, Regeln)* na teoria jurídica anglo-saxônica e germânica,

7. Cf. ALEXY, op. cit., p. 100, 143 e s., *passim;* GUERRA FILHO, Willis S. *Ensaios de Teoria Constitucional*, Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989, pp. 47, 69 e s., *passim; id.*, *Teoria Processual da Constituição*, 2 ed., São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2002, pp. 75 ss., 185 ss. e *id.*, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 3 ed., São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2003, pp. 63 ss.
8. Cf. GOMES, Ana Virgínia Moreira. *A Aplicação do Princípio Protetor no Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2001.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 90 1/2/2007, 08:50

isto é, normas que permitem realizar uma subsunção dos fatos por elas regulados *(operative facts, Sachverhalte),* imputando-lhes ou cometendo-lhes a sanção cabível. Princípios, por sua vez, encontram-se em um nível superior de abstração, sendo igualmente hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma "pirâmide normativa" *(Stufenbau)*, e se eles não permitem uma subsunção direta de fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob o seu "raio de abrangência". Ao contrário dessas, também, se verifica que os princípios podem se contradizer, sem que isso faça qualquer um deles perder a sua validade jurídica e ser derrogado. É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma o conflito, otimizando à medida em que se acata um e desatende o outro. Esse papel lhe cai muito bem pela circunstância peculiaríssima de se tratar de um princípio extremamente formal e, a diferença dos demais, não haver um outro que seja o seu oposto em vigor, em um ordenamento jurídico digno desse nome, ou seja, democraticamente legitimado.[9]

A idéia de proporcionalidade revela-se não só um importante – o mais importante, por viabilizar a dinâmica de acomodação dos diversos princípios – princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento que, além de aceito como justo e razoável, de um modo geral, é de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sendo grande exemplo a filosofia, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo, movido pela razão prática.

Da mesma forma como em sede de teoria do direito, os doutrinadores pátrios começam a se tornar cientes da distinção entre regras e princípios, antes referida, também os estudiosos do direito constitucional e demais ramos do direito vão se dando conta, a par disso, da necessidade,[10] intrínseca ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito, de se reconhecer e empregar o princípio da proporcionalidade, o *Grundsatz der Verhältnismäbigkeit* dos alemães*,* também chamado de "mandamento da proibição de excesso" *(Übermabverbot),* ao

9. Sobre a função legitimadora do princípio da proporcionalidade cf. TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade*, *in: Id.* (Org.), *A Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 397 ss., esp. pp. 432 ss.
10. Cf., *v.g.*, LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003; PEIXINHO, Manoel Messias *et. al.* (orgs.). *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 91 1/2/2007, 08:50

qual se encontra referência já em doutrinadores prussianos do século XVIII, como SVAREZ.

Infelizmente, nesse passo, não trilhamos o caminho seguido por constituintes de outros países, que cumpriram sua função já na fase atual do constitucionalismo, a qual se pode considerar iniciada no segundo pós-guerra. Isso porque não há previsão expressa, em nossa Constituição, do princípio em tela, à diferença, por exemplo, da Constituição Portuguesa, de 1974, que em seu art. 18º, dispondo sobre a "força jurídica" dos preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais – de modo equiparável ao que é feito, em nossa Constituição, nos dois parágrafos do art. 5º –, estabelece, no inc. II, *expressis verbis*: "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

Essa norma, notadamente em sua segunda parte, enuncia a essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais. O princípio, assim, coincide com a essência e destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático. Daí termos já referido a esse princípio como "princípio dos princípios", verdadeiro *principium* ordenador do direito. A circunstância de ele não estar previsto expressamente na Constituição de nosso País não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no § 2º do art. 5º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (etc)".

Aqui cabe postular a derivação da norma consagradora do princípio da proporcionalidade de um *direito* ou, mais especificamente, uma *garantia* fundamental, podendo a mesma questão ser colocada em face de outros princípios, como o da isonomia.[11] É que tais princípios, fundamentais, referem-se à dimensão objetiva consagrada desses direitos que, pela posição central que ocupam no ordenamento jurídico de um Estado Democrático, não são apenas direitos subjetivos, mas também pautas conformadoras da ação do Estado e seus cidadãos, a saber,

11. Os princípios da isonomia e da proporcionalidade, aliás, acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois o princípio da isonomia traduziria a idéia aristotélica – ou, antes "pitagórica", como prefere DEL VECCHIO – de "igualdade proporcional", própria da "justiça distributiva", "geométrica", que se acrescente àquela "comutativa", "aritmética", meramente formal – aqui, igualdade de bens; ali, igualdade de relações.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 92 1/2/2007, 08:50

os direitos fundamentais, em sentido amplo. Daí considerarmos que o princípio da proporcionalidade, assim como o princípio da isonomia, faz-se necessário ao aperfeiçoamento daquele "sistema de proteção organizado pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana", na alusão de RUI BARBOSA às garantias constitucionais em sentido estrito[12] – estas, para nós, não são essencialmente diversas dos direitos fundamentais propriamente ditos, que sem esse sistema de tutela, essa dimensão processual, não se aperfeiçoam enquanto direitos, dada sua fragilidade.

Para bem atinar no alcance do princípio da proporcionalidade faz-se necessário referir o seu conteúdo – e ele, à diferença dos princípios que se situam em seu mesmo nível, de mais alta abstração, não é tão-somente formal, revelando-se plenamente apenas quando se há de decidir sobre a constitucionalidade de alguma situação jurídica ou ato normativo, no âmbito próprio do processo constitucional. Esse seu aspecto concretizador, inclusive, já fez com que se referisse a ele como uma proposição jurídica, à qual, como ocorre com normas que são regras, se pode subsumir fatos jurídicos diretamente. Não se confunda, porém, a proposição jurídica com a norma de que ela é a representação, como já KELSEN, na segunda (e definitiva) edição de sua *Teoria Pura do Direito*, registrara, reservando, para a proposição, um lugar no campo das idéias, da ciência, e, para a norma, um lugar no campo da ação, da política, enquanto sentido de um ato de vontade conformadora de outra(s), por associada a uma sanção.

O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que, na doutrina e jurisprudência alemãs,[13] é repartido em três "princípios ou proposições parciais" *(Teilgrundsätze)*: "princípio da proporcionalidade em sentido estrito" ou "máxima do sopesamento" (*Abwägungsgebot*), "princípio da adequação" e "princípio da exigibilidade" ou "máxima do meio mais suave" *(Gebot des mildesten Mittels)*.

12. Cf. *Comentários à Constituição Brasileira,* vol. V, São Paulo: Saraiva, 1934, p. 278.
13. Cf. BVerfGE 23, 133 (= *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 23, p. 133). Em decisão anterior, o *Verhältnissmäbigkeitsprinzip* já fora apresentado como resultante "no fundo, da essência dos próprios direitos fundamentais", acrescentando, de forma assimilável à referida formulação clássica de SVAREZ, que se teria aí uma "expressão do anseio geral de liberdade dos cidadãos frente ao Estado, em face do poder público, que só pode vir a ser limitada se isso for exigido para proteção de interesses públicos. BVerfGE 19, 348/349. Uma reconstrução detalhada do caminho percorrido na doutrina pelo princípio ora estudado encontra-se na monografia de HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhaltnismäbigkeit*, Göttingen: Tese, 1981.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 93 1/2/2007, 08:50

O "princípio da proporcionalidade em sentido estrito" determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja *juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o "conteúdo essencial" *(Wesensgehalt)* de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Os demais "subprincípios", como se pode denominar as proposições normativas derivadas do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo), são ditos da adequação e da exigibilidade ou indispensabilidade *(Erforderlichkeit)*. O primeiro determina que, dentro do *faticamente* possível, se preste o meio escolhido para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, "adequado". Além disso, pelo segundo, esse meio deve se mostrar "exigível", o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais.

Dessa circunstância, de ter seu conteúdo formado por subprincípios, passível de subsumirem fato e questões jurídicas, não se pode, contudo, vir a considerar o princípio da proporcionalidade mera regra, ao invés de verdadeiro princípio, como recentemente se afirmou entre nós,[14] pois não poderia ser uma regra o princípio que é a própria expressão da peculiaridade maior deste último tipo de norma em relação à primeira, o tipo mais comum de normas jurídicas, peculiaridade esta que RONALD DWORKIN refere como a "dimensão de peso" (*dimension of weight*) dos princípios,[15] e ALEXY como a ponderação (*Abwägung*) – justamente o que se contrapõe à subsunção nas regras.[16] E também, pragmaticamente,

14. Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável, *in*: *Revista dos Tribunais*, vol. 798, 2002, p. 26. Irretorquível, por outro lado, neste trabalho, é a distinção entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a qual constitui seu objeto central.
15. Cf. *Taking Rights Seriously***,** Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1978, p. 26 ss.
16. O fato de ALEXY, na famosa "página 100" da edição original da *Theorie der Grundrechte*, com apoio do professor de Direito Constitucional na Universidade de Heidelberg, HAVERKATE, referir à possibilidade dos "subprincípios da proporcionalidade" permitirem, tal como regras jurídicas, a subsunção, não implica, *ipso facto*, como pretende LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *loc. ult. cit.*, ser o princípio da proporcionalidade uma regra, pois o conteúdo de uma regra é a descrição (e previsão) de um fato, acompanhada da prescrição de sua conseqüência jurídica, e não *outra* regra. Também, pelo princípio lógico da "navalha de OCKHAM", pelo qual não se deve multiplicar desnecessariamente os termos, sem que haja entes diversos a serem nomeados por eles, também não pensamos que deixe de haver sinonímia entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e a proibição de excesso "de ação", por implicar o princípio também em uma "proibição de (excesso) de omissão" *(Untermabverbot).* Em apoio de nossos posicionamentos veio, recentemente: ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática*, Campinas: Copola, 2002.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 94 1/2/2007, 08:50

caso a norma que consagra o princípio da proporcionalidade não fosse verdadeiramente um princípio, mas sim uma regra, não poderíamos considerá-la inerente ao regime e princípios adotados na Constituição brasileira de 1988, deduzindo-a do sistema constitucional vigente aqui, como em várias outras nações, da idéia de Estado democrático de Direito, posto que não há regra jurídica que seja implícita, mas tão-somente os direitos (e garantias) fundamentais, consagrados em princípios igualmente fundamentais – ou, mesmo, "fundantes" – a exemplo deste princípio da proporcionalidade, objeto da presente exposição.

Quanto a saber donde se deriva o princípio da proporcionalidade, se do princípio estruturante do Estado de Direito, ou daquele da dignidade da pessoa humana, que se vincula ao outro princípio estruturante de nossa ordem constitucional – e, logo, de toda a ordem jurídica – que é o Princípio Democrático, adotamos o posicionamento que vincula o princípio da proporcionalidade à Cláusula do Devido Processo Legal (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º., inc. LIV), com o que se evita este falso dilema, pois para se ter um Estado de Direito com respeito à dignidade humana, isto é, que seja também *democrático*, pressupõe-se uma compatibilização de legalidade (Estado de Direito) com legitimidade (Democracia), obtida, em última instância, pela aplicação, no âmbito de processos judiciais, administrativos e outros, precisamente, do princípio da proporcionalidade. É certo que a idéia subjacente à "proporcionalidade", *Verhältnissmäbigkeit,* noção dotada atualmente de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânico, ou seja, a de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão subrogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber, com o nascimento do moderno Estado de Direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis.[17]

A questão que assim se coloca, de como melhor fundamentar a inscrição de um princípio de proporcionalidade no plano constitucional, se, deduzindo-o da opção por um Estado de Direito ou então, dos próprios direitos fundamentais, inerentes a este Estado, enquanto Estado *Democrático* de Direito, assume relevância mais doutrinária, já que na prática, como evidencia reiterada jurisprudên-

17. Daí se referir ao princípio PAULO BONAVIDES como "antiqüíssimo". Cf. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 362.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 95 1/2/2007, 08:50

cia do Tribunal Constitucional, na Alemanha, não resta dúvida quanto à sua inserção na "base" do ordenamento jurídico, como se pode referir de maneira figurada à constituição. Além disso, nosso princípio aparece relacionado àquele que se pode considerar o problema maior a ser resolvido com a adoção de um regime constitucional pelo Estado, nomeadamente, o do relacionamento entre ele, a comunidade a ele submetida e os indivíduos que a compõem, a ser regulado de forma eqüitativamente vantajosa para todas as partes. Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, faz-se necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derrogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim[18].

Nesse quadro, vale acrescentar, com relação ao controle de medidas provenientes da Administração Pública, que, por se tratar de uma função estatal a ser exercida em obediência a normas preexistentes, não há tanto a se discutir sobre finalidade e objetivos "desejados"; mas, sim, acima de tudo, sobre a *adequação* daquelas medidas a tais propósitos, previstos normativamente. Caso elas impliquem em limitação de direitos fundamentais, deve-se verificar antes de mais nada se o ato administrativo não deixou de corresponder ao sentido da norma que deveria realizar concretamente[19]. É que esse ato, assim como as decisões provenientes do judiciário, volta-se para a aplicação do direito em situações individuais, no que a importância do emprego da proporcionalidade será tanto maior, na medida da margem de discricionariedade deixada pelo legislador para a avaliação das autoridades administrativas (ou do órgão judicial). Assim,

18. Na constituição alemã, tendo em vista esse fato, consagra o art. 19, 2ª parte, o princípio segundo o qual os direitos fundamentais jamais devem ser ofendidos em sua essência *(Wesensgehaltsgarantie)*. Exatamente dessa norma é que autores como LERCHE e DÜRIG deduzem, *a contrario sensu,* a consagração do princípio da proporcionalidade pelo direito constitucional, pois ela implica na aceitação de ofensa a direito fundamental "até um certo ponto", donde a necessidade de um princípio para estabelecer o limite que não se deve ultrapassar. Cf. BVerfGE 34, 238; DÜRIG, em "*Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1, Abs. I, in Verbindung mit Art. 19. Abs. II, des Grundgesetzes*, *in*: *Archiv für öffentliches Recht*, n. 81, 1956, pp. 117 ss.; LERCHE, Peter. *Übermaß – und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzqebers an die Grundsätze der Verhältnissmäßigkeit und Erforderlichkeit*, Heidelberg: Müller, 1961.
19. BVerfGE 14, 114; 18, 363; 19, 347/348 e, especialmente, E 20, 157/158.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 96 1/2/2007, 08:50

compreende-se o desenvolvimento recente da jurisprudência alemã, no sentido de controlar a proporcionalidade e adequação de medidas judiciais na execução civil.[20]

A vinculação entre o princípio da proporcionalidade e o processo vem sendo considerada de tal ordem que, com grande autoridade, entre nós, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, é comum ter-se o princípio como incrustado naquele donde se assentariam as diversas garantias processuais, de índole constitucional, a saber, o princípio do devido processo legal.[21]

No Direito dos Estados Unidos da América, quando diante de direito sem assento explícito no exíguo e antigo texto constitucional norte-americano, a maneira que então se encontra para enquadrá-lo é precisamente derivando-o da *Due Process of Law Clause*, prevista nas emendas V e XIV, com sua vedação a atentados "à vida, propriedade e à liberdade sem o devido processo legal". Em nossa Constituição de 1988, graças ao seu estilo analítico – para usar de um eufemismo, evitando a qualificação que talvez fosse mais adequada, a saber, a de prolixa – muito do que se considera, desde há tempos e também mais recentemente, no sistema norte-americano, como inerente àquela cláusula, tanto em seu sentido originário, processual, como naquele outro, substancial, foi já explicitado pelo nosso legislador constituinte. E ainda assim cuidou ele de estabelecer também o

20. BVerfGE 221/222; 57, 356; 61, 135. V. ainda O "voto vencido" *(Sondervotum),* de BOHMER, E 49, 228ss., que causou muita perplexidade na doutrina, ao afirmar que na execução forçada não se deve privilegiar arbitrariamente (*i.e.*, em toda e qualquer hipótese) o credor, frente ao devedor, cabendo sempre ao Estado, também aqui, controlar a proporcionalidade de seus atos. O que resulta da exigência de observância do princípio, por exemplo, é uma regra de que imóvel seja sacrificado para satisfazer um crédito apenas em último caso. Essa problemática foi objeto de palestra proferida pelo eminente processualista alemão WOLFGANG GRUNSKY, em seminário de estudos realizado na Universidade Federal do Ceará, no mês de fevereiro de 1988, quando então os debates evidenciaram, *e.g.*, a "desproporcionalidade", de uma norma como aquela do art. 737, CPC, pela qual o devedor, para se defender de uma execução, às vezes patentemente absurda, precisa comprometer seu patrimônio, para opor os embargos. O professor tedesco, porém, filiou-se, naquela oportunidade, à corrente tradicional, manifestando descontentamento com as novas idéias, lembrando que também que o credor possui o direito fundamental a ter protegida a sua propriedade. Favorável à nova orientação se mostra EBERHARD WIESER, em artigos publicados na *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, n. 98, 1985, reunidos em *id*., *Begriff und Grenzfälle der Zwangsvollstreckung*, Colônia/Berlim/Bonn/Munique: Carl Heymanns, 1995. Em geral, cf. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada – controle de admissibilidade* – 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; *id.*, *Execução Indireta*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; *id*., *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

21. Em sede jurisprudencial, é o entendimento firmado pelo Min. MOREIRA ALVES – cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*, São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 2000, p. 871. V. ainda, recentemente, sobre este aspecto, e por todos, na doutrina e com referências jurisprudenciais, ROSAS, Roberto. *Devido Processo Legal: Proporcionalidade e Razoabilidade*, *in*: *Revista dos Tribunais*, vol. 783, 2001, pp. 11 ss. Dissentimos, contudo, do A. em ponto fundamental, a saber, quando identifica os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Sobre a distinção, na qual desde há muito insistimos, consulte-se, mais recentemente, CARLA PINHEIRO, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 148 ss.; PONTES, Helenilson Cunha.*O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2000, p. 87 ss., *passim;* BRAGA, Valeschka Silva. *Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade: Dessemelhanças*, Recife: Diss. (UFPE), 2002.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 97 1/2/2007, 08:50

devido processo legal como uma de nossas garantias fundamentais: apta, portanto, a agasalhar outras tantas, como é de seu feitio, sendo dentre elas de se incluir aquela da proporcionalidade, e também outra, que lhe é próxima, mas que não se deve com ela confundir, como freqüente e lamentavelmente acontece entre nós, como seria a *razoabilidade*.

É certo que as diferenças entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade decorrem já de sua diversa origem, por assim dizer, cultural, sendo o primeiro de origem germânica e o outro, anglo-saxônica, como já destacamos[22], havendo mesmo resistências, neste último ambiente cultural, em aceitar a aplicação do outro princípio, hoje amplamente empregado na Europa continental[23]. Como acentua RAPHAEL SOFIATI DE QUEIROZ[24], pode-se associar a razoabilidade ao aspecto substantivo do devido processo legal, como é feito no ambiente anglo-saxônico, enquanto na Alemanha, como já destacamos acima, a proporcionalidade vem associada ora ao princípio (estruturante) do Estado de Direito, ora ao princípio (fundamental) da dignidade humana – e, daí, ao nosso outro princípio estruturante, do Estado Democrático. Isso não é incompatível com a vinculação do princípio da proporcionalidade à cláusula do devido processo legal – e, para marcar uma vez mais sua distinção da razoabilidade, ao aspecto *processual* da cláusula – a qual descende, por derivação, também ela, enquanto consubstanciada por princípio geral consagrador de garantia fundamental, daquele princípio estruturante que é o do Estado de Direito. Já o vínculo à dignidade humana, é próprio de todo direito (e garantia) fundamental, que tem seu núcleo essencial gizado por este "valor axial" de um verdadeiro Estado (de Direito) Democrático[25].

22. Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 25 ss. Na ordem constitucional dos Estados Unidos da América, contudo, a idéia de proporcionalidade se acha assente na oitava emenda constitucional, ou seja, no art. 8o. da Emenda de 15 de dezembro de 1791, *verbis:* "Não se exigirá fianças excessivas, nem se imporá multas excessivas, ou se infligirá penas cruéis e inusuais".
23. Cf. CANNIZZARO, Enzo. *Il principio della proporzionalità nell´ordinamento internazionale*, Milão: Giuffrè, 2000, pp. 6 ss.
24. Em *Os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade das Normas – e suas Repercussões no Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2000, p. 30.
25. É pioneira a construção, nesse sentido, devida a DÜRIG, em "*Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1, Abs. I, in Verbindung mit Art. 19. Abs. II, des Grundgesetzes*, cit., pp. 117 ss., esp. 133 ss., recuperando o entendimento patrocinado pela doutrina integrativa *(Integrationslehre)* de RUDOLF SMEND, no entre-guerras, ao postular o reconhecimento de um sistema de valores imanente à Lei Fundamental alemã ocidental, de 1949, hoje Constituição alemã, sistema este cuja justificação última é fornecida pela imposição de respeito à dignidade humana, estabelecida logo na primeira frase do Art. 1°, a exemplo do que um ano antes fez-se constar da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU e, consagrando um padrão, aparece agora na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia. Cf., mais amplamente, sobre a dignidade da pessoa humana, *v.g.*, COMPARATO, *Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999; NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Princípio Constitucional da Dignidade Humana*, São Paulo: Saraiva, 2002; MARTÍNEZ, Miguel Angel Alegre. *La Dignidad de la Persona (como Fundamento del Ordenamiento Constitucional Español)*, Léon: Universidad de Léon, 1996.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 98 1/2/2007, 08:50

Do exposto até aqui, espera-se ter ficado suficientemente evidenciada a íntima conexão entre o princípio da proporcionalidade e a concepção, antes esboçada, do ordenamento jurídico como formado por princípios e regras, princípios esses que podem se converter em direitos fundamentais – e vice-versa. O quadro mais fiel do ordenamento jurídico se completa associando-se, aos princípios e regras, *procedimentos*, disciplinados por estas normas, a fim de ensejar a aplicação daquelas já existentes, bem como a produção de novas normas, nesse processo (por exemplo, judicial, mas que também pode ter caráter administrativo) de aplicação ou em processos *(*exemplificadamente, legislativos, ou mesmo, em certas hipóteses, judiciais, por processual-constitucionais) de produção de normas abstratas. Da mesma forma, como assevera R. ALEXY,[26] atribuir o caráter de princípio a normas jurídicas implica logicamente no reconhecimento daquele princípio maior, e vice-versa. É ele que permite fazer o "sopesamento" (do al. *Abwägung*), ou "balanceamento" (do ing. *balancing*) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, concretamente, solucionando o conflito de uma forma que maximize o respeito a todos os valores transformados em princípios e interesses amparados em direitos que estejam colidindo. O princípio em tela, portanto, começa por ser uma exigência cognitiva, de elaboração racional do Direito – e aqui vale lembrar a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos "razão" (latim: *ratio*) e "proporção" (latim: *proportio*), sem que isso possa levar à "fungibilidade" entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como pretende LUÍS ROBERTO BARROSO[27] – o que explica a circunstância da idéia a ele subjacente animar também um dos cânones metodológicos da chamada "interpretação constitucional" – aquela a que se deve recorrer quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece um resultado constitucionalmente satisfatório: o da "concordância prática". Não se confunda, porém, o princípio constitucional da proporcionalidade, que é norma jurídica consagradora de

26. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 100.

27. Cf. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204. Como bem salienta CHARLES PERELMAN, há diversas soluções possíveis, para determinado problema jurídico, que são razoáveis, donde o caráter negativo que apontamos ao princípio da razoabilidade, por ser antes um princípio de *irrazoabilidade*, uma proibição do absurdo em direito: *"*il y a une limite a cette tolérance (de diversas soluções possíveis, bem entendido), et c´est le déraisonnable qui n´est pas acceptable". *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris: LGDJ, 1984, p. 15. A solução a ser oferecida pela aplicação do princípio (positivo) da proporcionalidade, por certo, não se incluiria dentre aquelas tidas como irrazoáveis, por "inadmissible dans une communauté à un moment donné" *(id. ib.),* mas dentre as diversas soluções possíveis haver-se-á de encontrar aquela que é racionalmente proporcional, por ser além de necessária e exigível, a que melhor promove os direitos (garantias e princípios constitucionais) fundamentais em seu conjunto, evitando a violação de seu núcleo essencial intangível, pelo respeito à dignidade humana – o trabalho com a proporcionalidade começa quando termina aquele com base na aplicação do princípio da razoabilidade.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 99 1/2/2007, 08:50

um direito (*rectius:* garantia) fundamental – portanto, é uma prescrição – com um cânone da nova hermenêutica constitucional[28], que não atua sobre a vontade, mas sim sobre o intelecto do intérprete do Direito, nos quadros de um Estado Democrático.

Examinando agora, mais sucintamente, a projeção do princípio da proporcionalidade no novo Código Civil brasileiro, merece destaque de imediato a possibilidade de sua incidência na espécie de vício que afeta o ato jurídico, agora consagrada neste Código, que é a *lesão*. O instituto encontra-se disciplinado nos seguintes termos: Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

De se notar é, desde logo, o intuito de preservar a dignidade humana, evitando a instrumentalização de um sujeito por outro, valendo-se da inexperiência ou premência do primeiro para realizar com ele um negócio que ele próprio jamais aceitaria para si. À diferença da lesão usurária, prevista no art. 4º da Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/51), não estabelece o Código Civil de 2002 um parâmetro (mais) objetivo para aferir do excesso de lucro (um quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida), mas também não remete tal aferição para o julgamento por eqüidade dos juízes, tal como é feito no art. 51 do Código do Consumidor, sendo, pois, de se preconizar como mais consentânea a aplicação do princípio da proporcionalidade, sopesando prejuízos e benefícios auferidos por ambas as partes, mitigando-se o clássico princípio *pacta sunt*

28. Aqui, novamente, BARROSO, op. loc. ult cit., e também MEDICUS, *Dieter.* Der Grundsatz der Verhaltnismäbigkeit im Privatrecht, *in*: *Archiv für die Civilistische Praxis*, n. 192, 1992, pp. 53 s., quando considera o princípio da proporcionalidade um meio de interpretar a Constituição, similar ao método teleológico, não devendo ser considerado constitucional como são apenas os direitos fundamentais compreendidos à luz deste princípio – como se fosse possível distinguir um direito ou uma norma jurídica da compreensão que de ambos se tem. A resultados similares leva a proposta de ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade, *in*: *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999, pp. 151 ss., de que se considere a proporcionalidade um dever derivado de um postulado, que o mesmo A. apresenta, corretamente, como uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto – então, fica nos devendo o A. uma explicação de como se poderia afirmar um dever, sem que este decorra de uma norma ou corresponda a um direito, mas sim advenha da adoção, condicional, de um postulado ou critério.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 100 1/2/2007, 08:50

servanta com a observação de um outro, mais atual, da proporcional, necessária e adequada equivalência das prestações devidas.

Da mesma forma, também em tema de reparação do dano moral será preferível invocar a proporcionalidade do que a eqüidade, como se costuma preconizar na doutrina pátria, ainda mais levando-se em conta que aí não se trata tão-somente de reparar um prejuízo sofrido, de difícil averiguação e mensuração, mas também – e, para alguns, como RIPERT, principalmente – de infligir uma sanção ao responsável pelo dano[29], a qual tem sua dosimetria calibrada, em geral, por um princípio de proporcionalidade entre a extensão do ilícito e a conseqüência desagradável, dissuasória, a ser prevista pelo Direito.

Novamente em relação à matéria obrigacional, no campo da teoria da imprevisão, inaugurado com o emprego da antiga fórmula medieval resumida na cláusula *rebus sic stantibus*, para justificar o intervencionismo estatal nos negócios jurídicos desequilibrados pelas circunstâncias catastróficas ocasionadas pelas Guerras Mundiais, é de se destacar a doutrina mais sofisticada, da base negocial, devida a KARL LARENZ, quando propõe o reconhecimento de situações em que desaparece ou é suprimida a base objetiva do negócio, em conseqüência do desequilíbrio das prestações. Em suas próprias palavras, assevera o consagrado civilista e jusfilósofo tedesco: "Pode-se falar em verdadeiro desequilíbrio das prestações, quando, em razão de uma alteração imprevista num contrato bilateral, as obrigações se tornam 'grosseiramente desproporcionais'; quando nem de longe ocorre a proporcionalidade aproximada das prestações, suposta pelas partes[30]". Percebe-se, aí, mais uma vez, a incidência do princípio da proporcionalidade.

Do princípio em tela deverá se cuidar também na importantíssima matéria da responsabilidade civil, especialmente no contexto atual, de uma sociedade de risco *(Risikogesellschaft)*[31], a requerer uma substituição de parte da tradicional teoria jurídica da responsabilidade, eivada de psicologismos, que a tornam excessivamente subjetiva, por um "direito de danos", onde avultam espécies novas de riscos e de responsabilidades, coletiva e objetiva. No âmbito do direito de danos, assim, deixando definitivamente para trás a dicotomia – de resto, já bastante

29. Cf. REIS, Cleyton. *Dano Moral*, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 94/96.
30. *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit. e trad. por FIUZA, César. *Novo Direito Civil*, 5 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 385.
31. Cf., *v.g.*, BORA, Alfons (ed.). *Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999; GIORGI, *Raffaele de. Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o Futuro*, Porto Alegre: Fabris, 1998.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 101 1/2/2007, 08:50

mitigada nos quadros do Estado Democrático de Direito – entre o direito público e o direito privado, vislumbra-se possibilidades de ressarcimento a quem é indevidamente prejudicado, inclusive pelo desempenho de atividades lícitas desenvolvidas pelo Estado, levando-se em consideração as idéias de justiça e solidariedade social, na esteira do resgate destes valores, promovido contemporaneamente na filosofia política e na ética – por exemplo, pelas obras de um JOHN RAWLS e tantos outros[32].

A compreensão da responsabilidade civil entre nós, sabidamente, se dá a partir da teoria da causalidade adequada, amparada no art. 1.060 do CCB, que corresponde ao art. 403 do CCB-2002, estabelecendo a obrigação para o devedor de indenizar o credor por danos emergentes e lucros cessantes que tenham resultado direta e *necessariamente* do inadimplemento da obrigação. Trata-se, aqui, da necessariedade e adequação contidas como subprincípios da proporcionalidade, enquanto no art. 402 do CCB-2002 (art. 1.059 do CCB), ao prescrever o legislador pátrio ser devido ao credor, além do que efetivamente perdeu, *verbis,* "o que razoavelmente deixou de lucrar", é de se entender prevista a consideração, nesta hipótese, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual, conforme exposto acima, determina que se estabeleça uma *correspondência* entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja *juridicamente* a melhor possível, mesmo havendo desvantagens para alguém – no caso, o devedor – acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses outros – no caso, do devedor – sobrepõe-se àquelas desvantagens, na preservação dos direitos fundamentais, em seu conjunto, e da dignidade da pessoa humana, valor axial entronizado no núcleo essencial intangível de todos eles.

Por fim, vale chamar atenção para o tema da indenização por dano coletivo, decorrente de situações de *risco-excepcional*, particularmente gravosas, por envolver a exploração de atividades de alta periculosidade, como, por exemplo, energia nuclear e materiais radioativos, ou mesmo em situações de risco-proveito e risco-criado, quando da vantagem econômica auferida surge o encargo de reparar danos dela resultante – neste último caso, já com o simples funcionamento de determinada atividade – até aquelas situações mais extremadas, de risco-integral, quando se impõe o dever de indenizar mesmo com o rompimento do nexo causal. Em situações como essas, deve-se dar a garantia de que o dano coletivo será indenizado em proporções justas e devidas, valendo-se dos critérios

32. Cf. a tese de doutoramento, agora no prelo pela Ed. Forense, de: VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos*.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 102 1/2/2007, 08:50

de proporcionalidade ínsitos no princípio que leva o mesmo nome, para com isso induzir empresas a reduzirem a margem de risco de suas atividades, sem chegar ao ponto de encarecer demasiadamente – *v.g.,* pela securitização – os produtos delas resultantes, tornando excessivo o ônus para produtores e consumidores. É aí que o princípio da proporcionalidade demonstra sua aptidão para bem regular, diante de situações concretas, com a necessária flexibilidade, os interesses e valores envolvidos, tal como se traduzem em princípios e regras da ordem jurídica[33].

33. Cf. KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, tomo 1, cit., § 76, IV, 5, 2, p. 1572).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 103 1/2/2007, 08:50

Capítulo IV
O Novo Código Civil e o Direito Processual*

*José Carlos Barbosa Moreira***

1. Grande número de ordenamentos jurídicos, pelo menos no universo do denominado *civil law*, possui um Código Civil e um Código de Processo Civil. Em alguns até coexistem dois ou mais códigos desta e/ou daquela espécie: é o que sucede em Estados de estrutura federativa, onde a competência para legislar sobre matéria civil, sobre matéria processual ou sobre ambas se acha partilhada entre o todo (União, Nação) e as unidades político-administrativas fracionárias (Estados-membros, Províncias). O caso mais freqüente é o da pluralidade de códigos processuais, apesar da unidade legislativa em matéria civil: a Suíça ministra exemplo bastante conhecido.

Pois bem: ainda quando o Código de Processo Civil não contenha apenas normas aplicáveis a processos relacionados com litígios civis em sentido estrito – e é o que se dá no Brasil[1] – pode acontecer, e não raro acontece, que surjam questões atinentes à distribuição da matéria entre os referidos diplomas. Nem sempre é fácil determinar a melhor localização de tal ou qual dispositivo, e o legislador se deixa guiar muitas vezes por critérios que variam de um país para outro[2], ou

---

* Trabalho destinado ao volume em homenagem ao Professor Cândido Dinamarco.

** Professor da Faculdade de Direito da UERJ. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. Como frisava MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil,* 1 ed. atualizada, Campinas, 2000, vol. I, p. 15, "não é acertado dizer-se, no Direito brasileiro, que o Direito Processual Civil tem por objeto a composição de lides de Direito Privado. Pretensões baseadas em normas do Direito Público são tratadas e resolvidas na jurisdição civil, e, por isso mesmo, regulado o respectivo processo pelo Direito Processual Civil".

2. Na Itália, *v.g.*, encontram-se no *codice civile* numerosas disposições acerca das provas (43 artigos, de 2.697 a 2.739) – tema de que se cuidará especificamente: *vide infra,* nº 8 –, e todo um título (o IV do Livro VI) consagrado à "*tutela giurisdizionale dei diritti*", onde se cuida das sentenças constitutivas (art. 2.908), da coisa julgada material e seus limites subjetivos (art. 2.909) e, em parte considerável, da execução forçada (arts. 2.910 e segs.). A questão da classificação das normas em materiais e processuais suscitou, naquele país, debate doutrinário, no qual sustentou DENTI, com o apoio, em substância, de CAPPELLETTI, que os problemas concretos de aplicação da lei deveriam resolver-se à luz de critérios não necessariamente fundados na atribuição das regras sobre prova a um ou a outro daqueles ramos da ciência jurídica: *vide*, do primeiro autor, o relatório apresentado ao VIII Simpósio nacional da *Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, de 1968, e publicado, sob o título *La natura giuridica delle norme sulle prove, in Dall'azione al giudicato*, Pádua, 1983, pp. 263 e segs.; do segundo, o texto da intervenção no mesmo simpósio, publica-do, sob o título *Un avvenimento metodologico, in Processo e ideologie*, Bolonha, 1969, pp. 253 e segs.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 105 1/2/2007, 08:50

que relegam a plano inferior preocupações de índole científica. Daí a ocorrência de intromissões e de superposições: regras pertinentes ao direito civil insinuam-se em códigos processuais, ou vice-versa (a doutrina chama-lhes *heterotópicas*), ou então certos assuntos se vêem tratados a um só tempo no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Convém registrar que semelhante fenômeno é capaz de gerar questões de índole constitucional. Se a Constituição divide com rigor a competência normativa de órgãos situados em níveis político-administrativos diversos, por exemplo atribuindo exclusivamente à entidade maior a possibilidade de editar normas de direito civil, e às entidades menores a de editar normas de direito processual, qualquer lei federal (ou nacional) que vise a disciplinar o processo estará eivada do vício de inconstitucionalidade; e outro tanto se dirá de qualquer lei estadual (ou provincial) que tenha por objeto matéria civil. Se, ao contrário, o mesmo órgão está autorizado pela Constituição a legislar sobre direito civil e sobre direito processual, terão de conviver as normas que ele edite em ambos os terrenos; e eventuais discrepâncias serão resolvidas, no plano infraconstitucional, mediante a aplicação de princípios tradicionais, como o de que a norma posterior revoga a anterior, e o de que a norma especial afasta, no seu âmbito próprio, a incidência da norma geral. É o sistema vigente em nosso país, onde a Constituição da República, a exemplo de suas antecessoras, outorga competência legislativa ao Congresso Nacional seja quanto ao direito civil, seja quanto ao direito processual (art. 48 c/c art. 22, nº I).

2. O Brasil demorou a ter um Código Civil. Enquanto o Império codificou o direito penal em 1830, não mais de oito anos após a independência, foi preciso aguardar quase um século para que, ao cabo de várias tentativas malogradas, chegassem a bom termo os trabalhos de codificação do direito civil. Nessa ocasião, conforme se sabe, tomou-se por base projeto redigido por CLÓVIS BEVILÁQUA e submetido a uma comissão revisora, o qual, com várias modificações, viria a ter lenta tramitação no Congresso Nacional, para afinal converter-se, passadas quase duas décadas, na Lei nº 3.071, de 1º.1.1916, que entraria em vigor um ano depois[3].

Volvido pouco menos de um século – período em que a humanidade em geral e o Brasil em particular experimentaram mudanças radicais do ponto de vista

3. Para a cumprida exposição dos trabalhos preparatórios, *vide* BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, 11 ed. (atualizada por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua), Rio de Janeiro – São Paulo – Belo Horizonte, 1956, vol. I, p. 17 ss.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 106 1/2/2007, 08:50

social, econômico, científico, técnico, ético – era natural que o Código Civil, em boa parte de seu texto, viesse a mostrar sinais de envelhecimento e deixasse de corresponder às necessidades e aos anseios da comunidade nacional. Abstraindo-se de alterações puramente tópicas, de escassa ou nenhuma relevância sistemática, dois tipos de reação suscitaram esse fenômeno. Um deles consistiu na edição de uma série de leis extravagantes, destinadas a regular matérias de que o legislador, tantos anos atrás, não havia cogitado (e, em alguns casos, *não podia sequer cogitar*), ou versara de maneira que já não se ajustava à realidade. Assim se deu, exemplificativamente, com o Código de Águas (Dec. nº 24.643, de 10.7.1934), com a disciplina do reconhecimento de filhos ilegítimos (Lei nº 883, de 21.10.1949), dos efeitos civis do casamento religioso (Lei nº 1.110, de 23.5.1950), da situação jurídica da mulher casada (Lei nº 4.121, de 27.8.1962), da legitimação adotiva (Lei nº 4.655, de 2.6.1965), da dissolução da sociedade conjugal e do casamento (Lei nº 6.515, de 26.12.1977, conhecida como "lei do divórcio"), da aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais (Lei nº 6.969, de 10.12.1981), da situação jurídica de crianças e adolescentes (Lei nº 8.069, de 13.7.1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente), da proteção ao consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor), da locação de imóveis (sucessivas "leis do inquilinato", das quais a mais recente é a de nº 8.245, de 18.10.1991), dos direitos resultantes da chamada "união estável" (Lei nº 8.971, de 29.12.1994, e Lei nº 9.278, de 10.5.1996), da arbitragem (Lei nº 9.307, de 23.9.1996). Quase desnecessário sublinhar que figuram nessa lista diplomas legais já revogados ou modificados em momentos posteriores. Por outro lado, é oportuno acrescentar referências à legislação trabalhista, à Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-lei nº 4.657, de 4.9.1942), que substituiu a antiga Introdução ao Código, e ao próprio estatuto processual de 1973, que não deixou de interferir aqui e ali na esfera civil.

O segundo tipo de reação, mais radical, manifestou-se em iniciativas ordenadas à elaboração de um novo Código Civil, que viesse a ocupar o lugar do diploma visto como obsoleto, em bloco, por setores doutrinários. Tal atitude não deixou de provocar a impugnação de alguns que simplesmente negavam a conveniência da empresa, por entenderem inadequada ao estágio atual da evolução do direito civil, sujeita à vertiginosa sucessão de mudanças no panorama da sociedade, a idéia mesma de codificá-lo. No extremo oposto, havia quem, favorável à tese do Código novo, preconizasse a incorporação, em seu texto, da disciplina do direito comercial, ou pelo menos de parte dela, na perspectiva do movimento a que se chamou, com expressão de duvidosa propriedade, de "unificação do direito privado". Venceu a idéia do novo Código e, parcialmente, a da inclusão de matéria comercial em seu texto.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 107 1/2/2007, 08:50

Extravasaria do objeto do presente estudo a recapitulação das vicissitudes por que passou, ao longo de várias décadas, o trabalho renovador. Bastará recordar os antecedentes mais próximos do diploma que em data recente chegou ao termo de sua gestação. Ele se baseia em anteprojeto redigido por uma comissão de juristas, sob a supervisão do Professor Miguel Reale. Publicou-se o texto no *Diário Oficial* da União, de 7.8.1972 (suplemento ao nº 149) e, após revisão, no de 18.6.1974 (suplemento ao nº 114). Enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional em meados de 1975, teve o projeto, tanto na Câmara dos Deputados (sob o nº 634/75) quanto no Senado Federal (sob o nº 118/84), tramitação morosa, para resultar afinal na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que deverá viger a partir de igual data de 2003 (art. 2.044, onde se estatui *vacatio* de um ano).

No que tange à estrutura, o novo Código em geral mantém as características básicas do anterior, de inspiração, bem se sabe, germânica. Há uma Parte Geral e uma Parte Especial, dividida em cinco Livros. Aí as inovações consistem: *a*) na mudança da ordem, pois, enquanto a Parte Especial do Código de 1916 principia pelo Direito de Família (Livro I), seguindo-se o Direito das Coisas (Livro II), o das Obrigações (Livro III) e o das Sucessões (Livro IV), no diploma que o vai substituir o Livro I versa o Direito das Obrigações, o Livro III o Direito das Coisas, o Livro IV o Direito de Família e o Livro V o Direito das Sucessões; *b*) na introdução de um Livro (nº II) dedicado ao Direito de Empresa – vitoriosa, no particular, a corrente "unificadora". Livro Complementar reúne em dezenove artigos (2.028 e segs.) as disposições finais e transitórias; no diploma de 1916 as disposições finais limitavam-se a dois artigos (1.806 e 1.807). Não sendo nosso propósito comentar o novo Código, mas tão somente as suas mais importantes repercussões no universo processual, os dados acima alinhados parecem-nos suficientes para desenhar uma imagem global do quadro em que pretendemos situar-nos.

3. Começaremos a nossa pesquisa pelos tópicos que nos parecem, à primeira leitura, menos problemáticos. Segundo já vinha acontecendo, mais de um assunto acha-se tratado em ambos os códigos, o civil e o de processo civil. Vamos limitar-nos a dois exemplos. Encontram-se no Código de Processo Civil regras sobre os bens de ausentes (arts. 1.159 e segs.), mas também as deparamos nos arts. 22 e segs. do novo Código Civil. Diga-se outro tanto do inventário e da partilha: arts. 982 do Código de Processo Civil e arts. 1.191 e segs. do novo Código Civil. Compreende-se com facilidade que, em casos desse tipo, nem todos os textos de um dos códigos tenham correspondente no outro. Há questões de que somente um deles se ocupa, assim como as há enfrentadas em ambos. Em geral, as disposições são complementares, e o estudo cabal de cada instituto terá

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 108 1/2/2007, 08:50

de levar em conta o conjunto delas. Descobrem-se superposições, nem sempre harmoniosas: devemos dar-nos por felizes quando os dois códigos, no tratamento desta ou daquela matéria, adotam posições coincidentes. É o que acontece, *v.g.*, no tocante à abertura da sucessão provisória: a relação dos "interessados" (*rectius*: legitimados) a requerê-la, constante do art. 27 do novo Código Civil, repete quase *ipsis litteris* o teor do art. 1.163, § 1º, do estatuto processual – o qual, por sua vez, copiara o art. 470 do diploma de 1916. Vale notar que no inciso III se aprimorou a técnica da redação: enquanto os diplomas anteriores aludem aos "que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte", faz menção o novo Código aos "que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte". Abandonou-se o *nomen iuris* "condição", na verdade incompatível, aí, com o conceito de condição adotado quer no art. 114 do estatuto ainda em vigor, quer no art. 121 do novo: a morte, com efeito – aí de nós! –, será tudo que se queira, menos um evento "incerto"…

Outra superposição, esta parcial, é a que se verifica em tema de argüição de sonegação de bens. Lê-se no art. 1.784 do Código Civil de 1916: "Só se pode argüir de sonegação o inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar e partir, e o herdeiro, depois de declarar no inventário que os não possui". O Código de Processo Civil – na esteira de seu antecessor de 1939 – reproduziu, no art. 994, a primeira parte daquele dispositivo, atinente ao inventariante, omitindo a referência ao herdeiro[4]. Não muda a situação com o advento do novo Código Civil, que repete *in totum* o disposto no anterior, com alteração formal, de nulo alcance prático, na redação da parte final ("assim como argüir o herdeiro, depois de declarar-se no inventário que não os possui"). Subsiste em ambos os diplomas, no civil e no processual, a cláusula relativa ao inventariante.

4. Merecem atenção duas figuras jurídicas que, pertinentes embora ao direito material, têm mais de um ponto de contacto com o processo. Referimo-nos à prescrição e à decadência, cuja relevância na órbita processual pode ser desde logo aferida pela freqüência com que os termos aparecem no Código de Processo Civil[5]. O Código Civil de 1916, como é notório, absteve-se de distinguir entre os institutos. Ao cuidar dos prazos prescricionais, nos arts. 177 e 178, juntou hipóteses vistas como heterogêneas pelo ângulo científico. Usou quase sempre a

4. Com o aplauso de MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939), vol. III, 2, 1 ed., Rio de Janeiro, 1949, p. 35, para quem só a parte relativa ao inventariante seria de direito processual.
5. PERES, Alcides Conejeiro. *Vocabulário do Código de Processo Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro, 1998, aponta treze dispositivos com a palavra "prescrição" (arts. 37, 219, 219, § 1º, 219, § 4º, 219, § 5º, 269, nº IV, 295, nº IV, 617, 741, nº VI, 746, 777, 810, 811, nº V) e cinco com a palavra "decadência" (arts. 37, 269, nº IV, 295, nº IV, 810, 811, nº V).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 109 1/2/2007, 08:50

expressão "prescreve… a ação", ao que parece rendendo tributo a uma idéia que ganhou certa difusão na literatura civilística, a saber, a de que a prescrição se caracterizaria por ferir de morte a ação[6].

Não pretendemos envolver-nos aqui na discussão doutrinária que se vai prolongando, no Brasil e alhures, sobre o assunto. O que nos interessa, neste ensejo, é pôr em relevo a opção tomada pelo novo Código Civil. O texto básico é o do art. 189, assim redigido: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que se referem os arts. 205 e 206". Nas várias disposições específicas do art. 206, distribuídas por cinco parágrafos, coerentemente, está dito que o que prescreve é "a pretensão", não a ação [7].

Inspira-se tal entendimento, sem sombra de dúvida, no direito alemão. O §194 do *Bürgerliches Gesetzbuch*, com toda a clareza, aponta a pretensão (*Anspruch*) como o objeto da prescrição (*Verjährung*). E conceitua a pretensão como "o direito de exigir de outrem um fazer ou um não fazer".[8] Na idéia de pretensão está ínsita a de exigência: o titular da pretensão exige que alguém faça ou deixe de fazer algo[9]. Essa consideração traz à mente, de imediato, a classificação dos direitos subjetivos em duas grandes categorias: a dos direitos a uma prestação e a dos direitos tendentes à modificação do estado jurídico existente (direitos potestativos)[10]. Deve-se recordar que só os direitos da primeira categoria são suscetíveis de lesão, a qual ocorre todas as vezes que o sujeito passivo da relação jurídica adota comportamento diferente do esperado, isto é, recusa a prestação, deixando de fazer o que devia ou fazendo o que não devia. Quanto aos direitos potestativos, "por sua própria natureza, já que não se dirigem contra uma obrigação, mas se exaurem no poder jurídico de produzir um efeito jurídico, e se

6. Em época ainda não muito remota, escrevia, por exemplo, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil, 1º vol., Parte Geral,* 3 ed., São Paulo, 1962, p. 297: "… a prescrição atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado".
7. Nota dissonante no art. 1.601, *caput*, onde se fala de "ação imprescritível", a propósito da contestação, pelo marido, da paternidade dos filhos nascidos de sua mulher".
8. Eis o texto original: "*Das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung"*. "*Nur Ansprüche verjähren* (Somente pretensões prescrevem)", lê-se no comentário de JAUERNIG *et alii,* Munique, 1979, p. 127. "*Die Verjährung besteht nur Ansprüchen gegenüber* (A prescrição existe apenas em relação a pretensões)"*,* dizia por sua vez LANGE, *BGB – Allgemeiner Teil*, 10 ed., Munique, 1968, p. 105. De resto, o asserto é corrente em toda a literatura alemã.
9. "Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa", ensinava MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. V, Rio de Janeiro, 1955, p. 451. Cf., sinteticamente, no âmbito penal, TORNAGHI*,* Hélio. *Instituições de processo penal,* 1º vol., 2 ed., Rio de Janeiro, 1977, p. 242: "pretensão (ou exigência)".
10. Nessa classificação, conforme se sabe, fundava CHIOVENDA sua proposta de enquadrar entre os potestativos o direito de ação: *vide Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de J. Guimarães Menegale, 2 ed., São Paulo, 1965, pp. 10 e segs.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 110 1/2/2007, 08:50

exercitam com uma simples declaração de vontade, com ou sem o concurso da sentença judicial, não podem ser *lesados* por ninguém"[11] .A esse respeito, não há cogitar de pretensão, nem portanto de prescrição: os prazos para o exercício do direito serão, tipicamente, de decadência. Deles não se ocupa o art. 206 do novo Código Civil, nem se descobre lista análoga em qualquer outra de suas disposições; preferiu o legislador estabelecer os prazos decadenciais em dispositivos específicos: sirva de exemplo o do art. 178, que fixa em quatro anos o prazo de decadência para a anulação do negócio jurídico.

A posição adotada parece-nos fundamentalmente correta. Ela retira, antes de mais nada, toda e qualquer base ao grave equívoco de supor que a prescrição extinga a ação. É certo que a tese já não se compadecia com o nosso direito positivo: bastará lembrar que, consoante o art. 269, nº IV, do Código de Processo Civil, encerra-se o processo *com julgamento de mérito* "quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição" – sinal claríssimo de que a ação foi exercitada, e o foi regularmente, tanto assim que se atingiu o resultado normal do processo de conhecimento, a saber, o julgamento do *meritum causae*. De qualquer modo, porém, é confortador ver corrigido o erro do diploma de 1916.

Formularemos duas observações. Na parte inicial do art. 189, diz-se que, "violado o direito, nasce para o titular a pretensão". No rigor da lógica, não é exato supor que a violação *efetiva* do direito (a uma prestação) constitua pressuposto necessário do nascimento da pretensão. Se esta consiste na *exigência* de que alguém realize a prestação, duas hipóteses, na verdade, são concebíveis: uma é a de que aquele que exige realmente faça jus à prestação, mas há outra: a de que se esteja exigindo sem razão – ou porque o direito inexista, ou porque não haja sofrido violação, ou ainda porque a prestação, por tal ou qual motivo, não seja exigível. Afinal de contas, há pretensões *fundadas* e pretensões *infundadas*. Mas compreende-se que o legislador se haja expressado como se expressou: a regra tem como pressuposto a existência de fundamento para a pretensão, e assim há de ser entendida.

O outro reparo concerne à declaração, constante da parte final do art. 189, de que a pretensão "se extingue" pela prescrição. É curioso como a idéia de *extinção* reluta em sair de cena. O novo Código Civil, que acertou em afastar a tese da extinção *da ação*, deixa entrar pela janela o que havia expulsado pela porta. Não é só a ação que a prescrição se revela impotente para extinguir: a pretensão também. Se assim não fosse, soaria incompreensível o disposto no art. 194 ("O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a

11. CHIOVENDA, op. e vol. cit., p. 20.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 111 1/2/2007, 08:50

absolutamente incapaz"), tal como já soaria, sob o diploma de 1916, o art. 166 ("O juiz não pode conhecer de prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes"). Sustentará alguém que o órgão judicial, diante de fato que *ex hypothesi* "extinguiu" a pretensão do autor, haja de dar-lhe ganho de causa, unicamente porque o réu deixou de argüi-lo? Pretensão que se "extinguiu" pode levar alguém à vitória no pleito? Caso se configure realmente a prescrição alegada pelo réu, o órgão judicial julgará improcedente o pedido, mas não porque o autor já nada pretenda, e sim porque o réu, ao alegar a prescrição, tolheu eficácia à pretensão manifestada[12]. Se a pretensão na verdade se houvesse "extinguido", jamais seria razoável, omisso que permanecesse o réu, a desconsideração desse fato pelo juiz, com a eventual emissão de sentença favorável ao autor.

Talvez nos possamos valer aqui, de uma imagem – aproximativa, como todas as imagens. Não se afigura despropositado dizer que a prescrição não subtrai arma alguma ao credor: cinge-se a fornecer ao devedor um escudo, do qual ele poderá servir-se ou não, a seu talante. Ao órgão judicial só incumbe extrair as conseqüências de semelhante opção, para decidir a favor do réu ou do autor, desde que outros fatores não o induzam a conclusão diversa.

5. Cabem aqui duas anotações que têm certa relação com o tópico anterior. Uma se prende à redação do art. 501, concernente ao prazo dentro do qual, na venda *ad mensuram*, toca ao vendedor ou ao comprador, conforme o caso, exercitar a ação destinada a corrigir a discrepância nas dimensões ou na área do imóvel vendido, ou a modificar o preço, ou ainda a resolver o contrato. Eis o texto: "Decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente [art. 500] o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar da transcrição do título".

A rigor, o "direito de propor" as aludidas ações – *rectius:* o de propor *qualquer* ação – não se sujeita a decadência. Propor uma ação é algo que cada qual pode fazer quando bem entenda. Não é do direito de ação, e sim do direito material invocado, que se decai. Por exemplo: o comprador pode decair do direito à complementação da área. Proposta que seja a ação, apesar da decadência, nem por isso deixará o juiz de julgar o *meritum causae.* (Código de Processo Civil, art. 269, nº II), conquanto em sentido desfavorável ao autor. É inegável, porém, que a este assistia o "direito de propor" a ação e que, ao propô-la – mesmo a

12. Expressivo este passo de MIRANDA, Pontes de. *Tratado*, t. VI, p. 101: "Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; *não cancelam, não apagam as pretensões*; apenas*, encobrindo a eficácia da pretensão*, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade" (sem grifo no original).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 112 1/2/2007, 08:50

destempo – ele simplesmente exerceu tal direito; a conseqüência de sua inércia situa-se toda no plano do mérito. Vale aqui, *mutatis mutandis*, a observação feita no item 4, *supra*, 4º parágrafo.

Dirige-se o segundo reparo ao art. 636, *verbis*: "O depositário, que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira". "Ceder ações" não é expressão tecnicamente exata; o que se pode ceder são direitos, ou pretensões com eles relacionadas. O fenômeno passa-se no nível do direito material. Não é sem razão que a doutrina processual tem criticado o uso do adjetivo "intransmissível" para qualificar "ação" no art. 267, nº IX, do estatuto de 1973[13].

6. O novo Código herdou de seu antecessor uma impropriedade terminológica que andaria melhor em repudiar. A propósito do pagamento em consignação, reza o art. 340: "o credor que, depois de *contestar a lide* ou aceitar o depósito, aquiescer no levantamento, perderá a preferência e a garantia que lhe competiam com respeito à coisa consignada, ficando para logo desobrigados os co-devedores e fiadores que não tenham anuído". Por sua vez, o art. 827, relativo aos efeitos da fiança, assim dispõe no *caput*: "O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a *contestação da lide*, que sejam primeiro executados os bens do devedor". E mais: cominadas nos arts. 939 e 940 as sanções a que se sujeita o credor por demandar o pagamento de dívida ainda não vencida, fora dos casos em que a lei o permite, ou o de dívida já paga, estatui o art. 941: "As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de *contestada a lide*, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido".

Não nos deteremos no emprego infeliz da palavra "penas", que conviria reservar para as sanções criminais. Interessam-nos aqui as expressões "contestar a lide", "contestação da lide" e "contestada a lide", que figuram, a primeira no art. 340, a segunda no art. 827 e a terceira no art. 941, sendo oportuno registrar que a esses dispositivos respectivamente correspondiam, com redação semelhante, os arts. 979, 1.491 e 1.532 do estatuto de 1916.

"Contestação da lide" é a tradução literal da locução *litiscontestatio*, com a qual se designava, no processo romano clássico, o ato (de natureza contratual) pelo

13. ARAGÃO, Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. II, 9 ed., Rio de Janeiro, 1998, p. 412; menos categórico, SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil,* vol. I, 6 ed., São Paulo, 1998, p. 518.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 113 1/2/2007, 08:50

qual as partes, comparecendo perante o pretor, acordavam, com a colaboração deste, submeter-se ao *iudicium*[14], seguindo-se a emissão da fórmula dirigida ao *iudex*. O posterior abandono do sistema formular subtraiu à *litiscontestatio* a antiga significação. Com as subseqüentes alterações da estrutura e da concepção mesma do processo, a expressão "contestação da lide" esvaziou-se de sentido, tanto mais quanto a palavra "lide", na ciência processual latina, veio a adquirir acepção própria, incompatível com o contexto romanístico, em que se teima em inserí-la.

Com efeito. Por influência da doutrina italiana, e em particular da obra de CARNELUTTI[15], tornou-se usual denominar "lide" o conflito de interesses entre as partes; tal conflito, no processo de conhecimento, caracteriza-se pela resistência que o réu, no comum dos casos, opõe à pretensão formulada pelo autor. É essa pretensão, e não a lide, que o réu geralmente contesta – abstraindo-se, *commoditatis causa*, de preliminares que ele porventura argua. Com isso bem se coaduna a dicção do art. 300 do Código de Processo Civil, *verbis* "Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir". Seria aconselhável, por conseguinte, que os mencionados dispositivos do novo Código Civil pura e simplesmente dissessem "depois de contestar", "até a contestação" ou "antes da contestação", suprimido o complemento impróprio e, além do mais, desnecessário.

7. É tempo, no entanto, de deixar de lado a terminologia e dirigir o olhar ao conteúdo de algumas disposições que se relacionam com o processo. Gritantemente heterotópica é a do art. 77, assim redigido: "O agente diplomático do Brasil, que, citado no estrangeiro, alegar extraterritorialidade sem designar onde tem, no país, o seu domicílio, poderá ser demandado no Distrito Federal ou no último ponto do território brasileiro onde o teve". Mal se compreende a inserção dessa

14. *Vide*, por todos, WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana,* trad, ital. de Orestano, Milão, 1938, pp. 100 e segs., 118, 205/6.

15. CARNELUTTI chegou a incluir uma espécie de definição da "*lite*" no art. 87 do projeto de Código de Processo Civil apresentado, em 1926, à Subcomisssão Real encarregada da reforma do processo civil italiano. Eis o teor do dispositivo: "*Due persone sono in lite quando l'una pretende che il diritto tuteli immediatamente un suo interesse in conflitto con un interesse dell'altra e questa contrasta la pretesa o, pur non contrastandola,, non vi soddisfa*". Cf., em nosso país, entre outros, MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 13 ed., São Paulo, 1990, p. 7: o litígio ou lide "pode ser definido como o conflito intersubjetivo derivado de uma pretensão insatisfeita". Pouco importa, aqui, que a doutrina haja exagerado a importância do conceito, como sustenta DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo, 2001, p. 296: o que nos interessa, no momento, é pôr em evidência a difusão que aquele obteve e a impropriedade em que se cai ao falar de "contestação da lide". Aliás, o mesmo autor aceita a definição carneluttiana e não deixa de reconhecer que o conceito é "preciso e inegavelmente útil".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 114 1/2/2007, 08:50

norma no Código Civil – e no título referente ao domicílio. A matéria aí regulada não é o domicílio do agente diplomático brasileiro, senão a competência territorial para as ações em que, sob determinadas circunstâncias, ele seja réu. Assunto, como salta aos olhos, tipicamente processual. É verdade que nada mais se fez, no particular, que repetir, com ligeiras alterações de redação, dispositivo que já constava do estatuto de 1916 (art. 41); mas nada justifica a reincidência no erro de localização.

Questão interessante é a que suscita o art. 391 do novel diploma, à luz do qual "pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor". O tema da responsabilidade patrimonial é versado extensamente no Capítulo IV do Título I do Livro II (arts. 591 e segs.) do Código de Processo Civil. Reza o primeiro desses dispositivos: "O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei". Explica-se a ressalva final pela existência de regras que excluem determinados certos bens da área coberta pela responsabillidade. Várias dessas regras situam-se no próprio estatuto processual: *ex vi* do art. 648, "não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis"[16] ; e os arts. 649 e 650 enumeram, respectivamente, os bens que em nenhum caso podem ser penhorados e aqueles que o podem ser "à falta de outros bens". Há mais exceções, previstas em leis especiais, como o "bem de família", definido na Lei nº 8.009, de 29.3.1990, o qual, com as ressalvas do art. 3º, "não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam" (art. 1º, *caput*).

A ausência de ressalva no art. 391 do novo Código Civil, após a menção a "*todos* os bens do devedor", porventura significará que se eliminam as exceções? Deve ser negativa a resposta. À luz do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a anterior". O citado art. 391 contém regra geral, que deixa intactas as disposições especiais – as do Código de Proces-

16. Note-se a redundância: se são "absolutamente impenhoráveis" os bens inalienáveis (art. 649, nº I, *principio*), era desnecessária a alusão a estes no art. 648, por já compreendidos na classe dos "impenhoráveis". Não convence a defesa da dualidade de normas que faz NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII, 6 ed., Rio de Janeiro, 1994, pp. 17/8. Esse autor reconhece que "da inalienabilidade resulta a impenhorabilidade", o que basta para tornar dispensável, no art. 648, a cláusula "ou inalienáveis". A abrangência da impenhorabilidade sem dúvida "é maior que a simples impenhorabilidade *resultante* da inalienabilidade". Quer isso dizer que nem todos os bens impenhoráveis são inalienáveis: a impenhorabilidade pode ter outra causa. Todos os bens inalienáveis são, entretanto, impenhoráveis; logo, não se justifica o "ou" do art. 648.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 115 1/2/2007, 08:50

so Civil e as constantes de outros diplomas. A expressão "todos os bens do devedor" há de ser lida com a ressalva implícita das hipóteses nelas contempladas.

Por não aspirarmos, obviamente, à exaustividade, vamos restringir-nos neste tópico a mais uma observação, concernente ao art. 1.585. O dispositivo anterior regula a guarda dos filhos, após a separação judicial ou o divórcio, na falta de acordo entre os cônjuges, e o de que agora cuidamos manda aplicar as mesmas disposições "em sede de medida cautelar de separação de corpos". Entende-se o que induziu o legislador, aí, a *qualificar* a medida: é que a separação de corpos pode decorrer da sentença de separação judicial (art. 1.575) ou, *a fortiori*, do divórcio. Ela pode igualmente, contudo, ser decretada a requerimento da parte interessada, "antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável" (art. 1.562). Quis-se deixar certo que, na hipótese de concessão *anterior,* será também aplicável o disposto no art. 1.585. A ela é que se pretendeu aludir com a qualificação de "cautelar".

A terminologia aí empregada tem precedentes: já aparecia na Lei nº 6.515, de 26.12.1977, arts. 7º, § 1º, e 8º. Nem por isso nos parece feliz, nesse contexto, o adjetivo "cautelar". No consenso da melhor doutrina, o critério básico para que uma providência judicial se qualifique como cautelar consiste em que ela se destine a assegurar a eficácia prática da tutela jurisdicional, cognitiva ou executiva, pleiteada no processo principal – ou, em outras palavras, o resultado útil desse processo. Tem-se mesmo criticado o Código de 1973 por incluir no Livro III medidas que não apresentam semelhante característica[17].

Pois bem: a separação de corpos, requerida e decretada antes do processo principal (de nulidade ou anulação do casamento, de separação judicial, de divórcio), não tem por finalidade assegurar a eficácia prática (ou o resultado útil) de tal feito. Tanto é assim, que nenhuma dessas sentenças depende, para ser praticamente eficaz e útil, da prévia separação de corpos. Tomemos o exemplo da separação judicial. A sentença que a decreta, tipicamente constitutiva, tem por efeito precípuo pôr termo à sociedade conjugal. Esse fenômeno ocorrerá quer estejam separados, quer não – e seja qual for o sentido em que se entenda o termo "separados" – os corpos dos cônjuges. A eficácia prática da sentença de separação judicial não se vê tolhida, ou sequer dificultada, pela inexistência da prévia separação de corpos, que por isso mesmo não é obrigatória, mas facultativa. Nem se argumente em contrário com o disposto no art. 8º da Lei nº 6.515, por força do

17. *Vide*, entre outros: PASSOS, Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X., t. I, São Paulo, 1984, pp. 62 e 63.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 116 1/2/2007, 08:50

qual aquela sentença retrotrairá seus efeitos à data da decisão que tiver concedido a separação de corpos: aí se trata exclusivamente de determinar a partir de quando se produzem os efeitos, não a consistência destes.

Medida como a separação de corpos, que se decrete previamente, tem maior afinidade, a rigor, com a antecipação da tutela do que com as verdadeiras cautelares. É certo que aquela, a julgar pelo teor do art. 273, § 5º, do estatuto processual, com a redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, *pressupõe* a pendência do feito ("Concedida ou não a antecipação da tutela, *prosseguirá o processo até final julgamento*"). No particular, todavia, a lei contempla a possibilidade de uma antecipação (parcial) *prévia* da eficácia da sentença que venha a dar ganho de causa ao autor. Realmente: segundo o art. 1.575 do novo Código Civil, a sentença de separação judicial importa, entre outras coisas, a separação de corpos; e o mesmo se dirá da sentença de nulidade ou anulação do casamento e da de divórcio. Esse efeito é *antecipado* pela medida a que se refere o art. 1.585.

8. Deixamos para o fim, de caso pensado, as observações atinentes à prova. É nesse domínio, com efeito, que surgem as questões mais delicadas. Em perspectiva tradicional, teríamos de começar por discutir qual a *sedes materiae* mais apropriada, o que nos levaria de volta à criticada maneira de equacionar o problema em função da pertinência das normas sobre prova ao direito material ou ao direito processual (cf. *supra*, nº 1 e, aí, nota 2). Preferimos não embrenhar-nos em tão intrincado cipoal dogmático. De resto, é muito provável que as incertezas e a oscilação constante entre as duas concepções tenham concorrido para que diversos ordenamentos importantes repartam os dispositivos entre o Código Civil e o Código de Processo Civil os dispositivos a respeito do assunto[18].

O novel estatuto dedica à prova o Título V do Livro III, cuja rubrica é "Dos fatos jurídicos". O Título compreende os arts. 212 a 232 e não tem subdivisões. Depara-se no primeiro dispositivo uma relação das provas em tese admissíveis para o fato jurídico, ressalvado "o negócio a que se impõe forma especial". Seguem-se disposições esparsas, relativas a cada uma das espécies de provas enumeradas no art. 212, na ordem que neste se adota, mas sem preocupação de exaustividade.

Parece-nos francamente assistemático e fragmentário o tratamento da matéria. Determinados tópicos de que cuida o Código de Processo Civil são retomados

18. Por exemplo: França (*code civil*, arts. 1.315 e segs.; *code de procédure civile*, arts. 9 e segs., 132 e segs.); Itália (*codice civile*, arts. 2.697 e segs.; *codice di procedura civile*, arts. 191 e segs., 281 *ter*); Portugal (Código Civil, arts. 341 e segs.; Código de Processo Civil, arts. 513 e segs.). Na Espanha, a "*disposición derogatoria única*" da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Lei nº 1, de 7.1. 2000) revogou expressamente a maioria (não a totalidade) dos artigos do *Código Civil* sobre prova.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 117 1/2/2007, 08:50

em algumas disposições, outros não, sem que fique perfeitamente claro o critério pelo qual se orientou o legislador para repetir, em certos casos, o que já constava do diploma processual, e não proceder de igual modo em outros.

Antes de passar ao exame pormenorizado das questões mais relevantes, e para que ninguém nos acuse de má vontade, apressamo-nos em registrar um aperfeiçoamento terminológico. Lê-se no art. 352, *caput*, do Código de Processo Civil que a confissão, "quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada". A dicção é defeituosa: não se trata aí, na verdade, de *revogação*, mas de *anulação*[19]. O art. 214 do novo Código Civil corrige o defeito, dizendo: "A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação". Só não se sabe por que foi omitido o dolo.

Questão que desde logo se põe é a de saber se pretende ser taxativa a enumeração constante do art. 212, que abrange: confissão, documento, testemunha, presunção e perícia. No caso positivo, seria preciso ver se e como se harmonizaria essa disposição com a do art. 332 do diploma processual, que consagra a tese da não taxatividade das provas especificamente reguladas, *verbis*: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". Quer isso dizer que o direito processual admite, além das provas "típicas", as "atípicas", para as quais não existe previsão expressa nem regulamentação legal. A rigor, em nossa opinião, a "atipicidade" não diz respeito às *fontes* de que o juiz pode extrair elementos para formar sua convicção: não se concebem outras que não as pessoas, as coisas e os fenômenos naturais ou artificialmente provocados – e todas elas estão cobertas pelo texto legal. O que se tem em vista, ao falar de provas "atípicas", é o *modo* pelo qual chegam ao órgão judicial as informações ministradas por essas fontes: por exemplo, uma declaração escrita de terceiro, em vez de seu depoimento colhido na forma do art. 416 do Código de Processo Civil[20]. Em tal perspectiva, não haverá propriamente conflito entre os dispositivos deste e do novo Código Civil, que poderão manter coexistência pacífica.

Desconforto real, em compensação, é o que nos assalta diante de textos como o do art. 215, *caput*, e o do art. 225, que empregam a expressão "prova plena" a

19. Procedente a crítica de MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), 3 ed., atualizada por BERMUDES, Sérgio. Rio de Janeiro, 1996, pp. 330 e 331, e *Tratado da ação rescisória*, 5 ed., Rio de Janeiro, 1976, pp. 330, 331 e 345, à qual manifestamos nossa adesão: *vide* BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil,* 9 ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 142.
20. Remetemos o leitor ao nosso ensaio *Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas* (comunicação ao XVI Congresso Mexicano de Direito Processual, Guanajuato, 1999), *in Temas de Direito Processual, Sétima Série*, São Paulo, 2001, pp. 39 e segs., espec. 44 e segs.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 118 1/2/2007, 08:50

propósito, respectivamente, da "escritura pública, lavrada em notas de tabelião" e das "reproduções fotográficas, cinematográficas, (…) registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas, (…) se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão". "Prova plena" é locução que não aparece no Código de Processo Civil, nem aparecia no texto originário do Código Civil de 1916: neste foi inserida pela Lei nº 6.952, de 6.11.1981, que acrescentou vários parágrafos ao art. 134. Lê-se no § 1º: "A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena (…)". Tais dizeres vêem-se agora reproduzidos no art. 215, *caput,* do novo Código Civil.

Bem antiga é a expressão, e freqüentemente a usavam os velhos praxistas, que falavam de "prova plena" e de "prova semiplena" para assinalar uma gradação da força persuasiva das provas: seria "plena" aquela que, por si só, trouxesse uma carga de convencimento bastante para fundar a decisão da causa; "semiplena" aquela que, não suficiente em si mesma, teria de conjugar-se com outros adminículos para servir de base à convicção do juiz. A semelhante classificação falta manifestamente qualquer dose de rigor científico. Os escritores que a acolhiam limitavam-se a ecoar textos legislativos de seu tempo; mas desde época já distante a classificação foi criticada em sede doutrinária [21]. Não era possível, de resto, continuar a prestigiá-la apesar do progressivo descrédito em que modernamente caiu o chamado sistema da "prova legal", no sentido de aprioristicamente tarifada. O princípio da livre valoração da prova pelo juiz predomina de modo significativo nos ordenamentos processuais contemporâneos e, segundo autorizada doutrina, "provavelmente representa o mais importante entre todos os pilares do direito probatório"[22]. É pena que o novo Código Civil insista aqui em coarctá-lo: no particular, se é lícito repetir locução um tanto desgastada pelo abuso, a Lei nº 10.406 trafega na contramão da História.

9. Chegamos aos dois últimos dispositivos do Título concernente à prova: os arts. 231 e 232, que por sua relevância merecem exame num item especial. Reza o primeiro: "Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa"; e o outro dispõe: "A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o

21. Sobre tudo isso, *vide* SANTOS, Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, 5 ed., São Paulo, 1983, pp. 60 e segs., com fartas abonações. A conclusão do autor é a de que a divisão da prova em plena e semiplena "não tem razão explicável, é repelida pela lógica".
22. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, 2001, vol. III, p. 102.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 119 1/2/2007, 08:50

exame". Enfrenta-se aí questão de gravidade inegável, que vem sendo posta sobretudo, no terreno civil, em matéria de investigação de paternidade e, em termos mais específicos, quanto à resistência do investigado em sujeitar-se a exame como o chamado DNA, cujo resultado permite certeza praticamente total, com grau de confiabilidade superior a 99,98%. O problema decorre da necessidade de obter-se algum fragmento do tecido corporal do indigitado pai e da recusa deste a fornecê-lo voluntariamente.

Ainda sob o ordenamento vigente, o assunto não é desconhecido na esfera judicial. Em decisão de 10.11.1994, tomada por maioria de votos, no julgamento do *habeas corpus* nº 71.373, o Supremo Tribunal Federal negou a possibilidade de conduzir-se pela força o investigando ao laboratório de análises clínicas, para a retirada de quantidade suficiente de sangue.[23] Ao ver do Ministro Marco Aurélio, cuja opinião prevaleceu, a providência ofenderia a "preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer". Salta aos olhos que nem todos esses argumentos têm o mesmo peso; e alguns decerto o têm menor que os invocados pelos Ministros que se pronunciaram em sentido contrário, buscando apoio principalmente no caráter indisponível do direito personalíssimo do investigante ao reconhecimento do estado de filiação (e, por conseguinte, à declaração da paternidade real), consagrado no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no dever de todos, sancionado pelo art. 339 do próprio Código de Processo Civil, de "colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade".

Seja como for, o acórdão não foi claro no tocante à conseqüência da atitude do réu, que se negara a colaborar. Nos termos da ementa, a situação "resolve-se no plano jurídico-instrumental, considerada a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos". A linguagem usada, com a devida vênia, nem é cristalina, nem concludente. A pergunta capital seria esta: admitida a impossibilidade de compelir *manu militari* o investigado recalcitrante à extração do material indispensável, que corolário será lícito tirar daí para a formação do convencimento do juiz? Há decisões que, com maior ou menor precisão e largueza, equiparam a força persuasiva da recusa à de uma presunção *hominis*: o órgão judicial estaria autorizado a inferir

23. Fonte: www.stf.gov.br, *sub* "DNA"; vale a pena ler o comentário de MORAES, Maria Celina Bodin de. [no substancioso artigo] *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade, in Rev. For.,* vol. 343, pp. 157 e segs. Também no sentido de considerar imprescindível a aquiescência do investigado, "dada a natureza da prova", o STJ, 9.5.2000, R. Esp. nº 248.277.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 120 1/2/2007, 08:50

do comportamento do réu conclusão a ele desfavorável, aceitando como veraz a afirmação de sua paternidade[24].

O novo Código Civil tomou posição a respeito do assunto. Se bem compreendemos o texto do art. 231, caso o juiz ordene a extração de material orgânico para pesquisa do DNA, e a parte não aquiesça, impossível será compelí-la pela força a sujeitar-se à diligência; em compensação, não lhe adiantará argumentar com a falta do elemento probatório cuja obtenção sua resistência impediu. O art. 232 vai além: permite que se equipare a própria recusa à prova que se pretendia conseguir mediante o exame. A lei autoriza o juiz a fundar a sentença no resultado de uma prova que não se fez, mas *é como se houvesse feito*, com sucesso desfavorável à parte recalcitrante. Particularizando o discurso: poderá o juiz considerar o panorama probatório idêntico ao que seria caso a pesquisa do DNA se realizasse e concluísse pela afirmação da paternidade. Não fica excluída, convém advertir, a possibilidade de que o investigado traga prova em sentido contrário, por exemplo a de sua infertilidade. Deixa-se ao julgador certa margem de flexibilidade: para ela aponta o emprego da locução "*poderá* suprir", que conduz a interpretação diferente daquela que caberia se a lei dissesse "suprirá". De qualquer maneira, torna-se muito precária a posição do investigando que recusa submeter-se ao exame. Pode-se, é óbvio, simpatizar ou não com a opção do legislador; o que não seria justo é tachá-lo de omisso, ainda que se entenda que a sede própria para a disciplina da matéria seria o Código de Processo Civil, e não o Código Civil.

10. Certamente muito ficou por ser dito nas observações feitas até agora. Exame mais demorado e cuidadoso do texto do novel diploma revelará outros pontos de contacto com o ordenamento processual e reclamará esforços dos estudiosos para a solução de vários problemas. Não se poderá prescindir deles, por exemplo, para verificar como se conciliarão as disposições dos arts. 247 a 251, que parecem ater-se, na substância, à tese clássica segundo a qual as obrigações de fazer e não fazer, quando descumpridas, se resolvem pura e simplesmente em perdas e danos, com os textos do Código de Processo Civil que, a partir da reforma levada a cabo pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994, e na esteira do Código de

24. *V.g.:* STJ, 6.4.1999, R. Esp. nº 55.958, e 8.6.2000, R. Esp. nº 141.689, este com a ressalva de aliar-se a reiterada recusa do réu "à comprovação do relacionamento sexual" (fonte: www.stj.gov.br, *sub* "DNA"; TJSP, 2.3.1988, A. I. nº 97.983, *in Rev.dos Trib*., vol. 633, p. 70; 7.12.1994, Ap. Cív. nº 225.649, *in Jur. do Trib. de Just.*, vol. 168, p. 104; 3.2.1998, A. I. nº 53.311*, ibid*., vol. 210, p. 203; TJAR, 24.3.1997, Ap. nº 96.000228-6, *in Rev. dos Trib*, vol. 746, p. 297. Afim dessa posição é a sustentada, já há vários anos, e em termos genéricos, por ARAGÃO, Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, vol. IV-1, Rio de Janeiro, s/d, p. 136, onde se diz que a "negativa [da parte] de submeter-se a certos exames (…) redundará em elemento de formação do convencimento do julgador".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 121 1/2/2007, 08:50

Defesa do Consumidor, dão prioridade, na medida do possível, à efetivação da tutela específica: vejam-se, sobretudo, o art. 461 e seus parágrafos, na redação atual. Entretanto – reitere-se mais uma vez – não se pretendeu, nem seria razoável que se pretendesse, nesta ocasião, esgotar o tema, senão apenas provocar a reflexão dos leitores sobre alguns tópicos de manifesta importância.

A quem espere um juízo de valor, só podemos dizer que, na perspectiva do presente trabalho, há na Lei nº 10.406 o que louvar e o que criticar. O novo Código Civil decerto invadiu aqui e ali a área do processo. Em mais de um caso, reconheça-se, veio suprir – com maior ou menor felicidade – deficiências do ordenamento processual. Na interpretação e aplicação do novel diploma, dúvidas e controvérsias inevitavelmente surgirão. Fazemos votos de que a jurisprudência as resolva com sabedoria e com a rapidez necessária para que não se prolonguem demais as perplexidades dos jurisdicionados. Em todo caso, seria imprudente formular desde já pronunciamentos categóricos. À guisa de fecho, não nos resta senão pedir licença para repetir o velho chavão: decididamente, a perfeição não é deste mundo.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 122 1/2/2007, 08:50

CAPÍTULO V

DAS RELAÇÕES ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Alexandre Freitas Câmara[*]

Sumário •1. Introdução. 2. Uma visão pessoal do Código Civil de 2002. 3. Das boas relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. 3.1. Dos conceitos do Código Civil aplicáveis em sede processual civil. 3.2. Das normas processuais bem localizadas no Código Civil. 4. Das más relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. 4.1. Das más relações decorrentes da inadequada inclusão de normas processuais no Código Civil. 4.2. Das más relações decorrentes da inadequada compreensão, pelo Código Civil, de conceitos processuais. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Entrou em vigor, em janeiro de 2003, no Brasil, um Código Civil que veio substituir aquele outro, em vigor desde 1917, e que havia sido elaborado pela ilustre pena de Clóvis Beviláqua. Este Código Civil, como qualquer outro código dessa natureza, exerce influência sobre outros ramos do Direito. Pense-se, por exemplo, na definição de domicílio que um Código Civil contém e seus reflexos sobre a determinação do foro competente para um processo civil, ou na fixação da idade a partir da qual se adquire plena capacidade civil e suas conseqüências sobre o regular desenvolvimento do processo penal.

Não só no Direito Processual essa influência se faz notar. A determinação, pelo Código Civil, dos modos de aquisição da propriedade exerce influência sobre a incidência de tributo sobre a transmissão de direitos, e essa enumeração, ainda que exemplificativa, poderia ser infindável.

O propósito deste breve ensaio é analisar as relações entre o Código Civil aprovado em 2002 e o Direito Processual Civil brasileiro. Para isso, será preciso, antes de qualquer outra coisa, apresentar – ainda que em linhas muito gerais – o modo como encaro o Código Civil de 2002. É o que passo a fazer no próximo item do estudo.

---

* Advogado. Professor de Direito Processual Civil da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro) e dos cursos de pós-graduação das Universidades Candido Mendes e Estácio de Sá.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 123 1/2/2007, 08:50

2. UMA VISÃO PESSOAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Nenhuma interpretação jurídica é possível sem que o intérprete estabeleça o lugar de onde faz sua interpretação. Só assim ele será claro para quem o lê, que poderá efetivamente saber como o intérprete vê o mundo e, inserido nele, o diploma legislativo que pretende interpretar.

Por esta razão, sinto-me no dever intelectual de informar a quem me lê como vejo o Código Civil de 2002. E a visão que tenho, é mister afirmar desde logo, não é das mais positivas.

Devo explicar essa afirmação. Não ponho em dúvida a qualidade intrínseca do Código Civil. Nem poderia fazê-lo, tendo em vista o talento dos notáveis juristas que o redigiram. Há, porém, dois aspectos que me fazem não ver o Código Civil com bons olhos.

Em primeiro lugar, parece-me que não havia necessidade de aprovação desse Código. A uma, porque ele a rigor já não era novo quando foi aprovado. Trata-se de um Código elaborado na primeira metade da década de 1970, quando o mundo era completamente diferente do que é atualmente. Isso se reflete no texto do Código, como se pode ver, por exemplo, pelo fato de que ali se regula a celebração de contratos epistolares (falando-se em fatos como, por exemplo, expedição da proposta ou da aceitação), quando é certo que hoje os contratos são freqüentemente celebrados por via eletrônica, e há muito tempo que ninguém envia mais cartas pela via tradicional. Outro exemplo disso é a afirmação de que o contrato de depósito só se prova por escrito (art. 646), não se admitindo provas outras, certamente difíceis de serem produzidas na década de 1970, mas de fácil obtenção hoje, como gravações em vídeo.

A duas, porque me parece que já não mais vivemos a era das codificações, tendo sido alcançada a era dos estatutos. O Código Civil não ocupa mais a posição que um dia ocupou no sistema jurídico, e não se pode nele ver a "Constituição da Vida Privada" (como, aliás, a ele se refere, ainda hoje, Miguel Reale).

Aliás, é de se dizer que o Código Civil de 1916 já não mais vigorava entre nós há muito tempo. No Código Beviláqua, a mulher casada era relativamente incapaz, era possível invalidar-se o casamento se a mulher, ao contrair núpcias, já não fosse virgem, havia distinção entre filhos havidos no casamento e fora dele *etc*. Nada disso vigorava mais no Direito Civil brasileiro.

O Código Civil de 1916 foi modificado ao longo do tempo, e me parece que nada impediria uma nova reformulação dele, sem a necessidade de elaboração de um outro Código. Para demonstrar o que digo, basta figurar um exemplo. Não há

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 124 1/2/2007, 08:50

dúvida de que, em matéria de contratos, a grande inovação trazida ao Direito brasileiro pelo Código Civil de 2002 foi a referência aos princípios da função social do contrato e da boa-fé (arts. 421 e 422). Ora, nada impediria que esses dois princípios tivessem sido inseridos no Código Civil de 1916 (por exemplo, através da criação, naquele diploma, dos arts. 1.078 – A e 1.078 – B, que inaugurariam o Título IV do Livro III da Parte Especial).

A três, e por fim, em alguns pontos é claramente deficiente o Código Civil de 2002, sendo certo que a doutrina especializada vem a ele dirigindo críticas duras. É o que se dá, *e.g.*, no que diz respeito à regulamentação da união estável (notadamente no que diz respeito aos direitos sucessórios dos conviventes).

Há, ainda, um outro aspecto que me faz não ver o Código Civil de 2002 com bons olhos: do ponto de vista do Direito Processual Civil, esse código é um verdadeiro desastre. Em primeiro lugar, o Código Civil contém dispositivos que mais bem estariam no Código de Processo Civil, como é o caso das regras (deploráveis, em sua maioria) a respeito das provas. Além disso, mesmo algumas regras cuja presença em um Código Civil se justifica (como, por exemplo, as que tratam da denunciação da lide em caso de evicção) foram elaboradas sem que se levasse em conta a evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa porque passou o Direito Processual Civil brasileiro nas últimas décadas (antes da aprovação do Código Civil, mas depois da elaboração do anteprojeto que lhe serviu de base). Há pontos em que se retrocede ao regime vigente à época do CPC de 1939 (que, registre-se, vigorava quando foi elaborado o anteprojeto de Código Civil, o qual data de 1972).

Não obstante tudo isso, *legem habemus*: o Código Civil está em vigor, e não há como evitar isso. Por tal razão, é dever dos processualistas estudar as relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. Neste brevíssimo ensaio pretendo fazer algumas breves considerações acerca de dois pontos, que assim denomino: a) das boas relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil; b) das más relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. Passo a elas, pois.

3. DAS BOAS RELAÇÕES ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Há relações entre um Código Civil e o Direito Processual Civil que só podem ser qualificadas como *boas*. Refiro-me, aqui, àquelas relações decorrentes do fato de que incumbe ao Código Civil estabelecer alguns conceitos que exercem inevitável influência sobre a aplicação de institutos processuais. Além disso, há também *boas* relações decorrentes da inclusão, no Código Civil, de normas

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 125 1/2/2007, 08:50

processuais que não ficariam bem em um Código de Processo Civil. É destas duas relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil que passo a tratar.

3.1. Dos conceitos do Código Civil aplicáveis em sede processual civil

Há em um Código Civil conceitos que, inevitavelmente, deverão ser aplicados em sede processual civil. Isto se dá, especialmente, naqueles códigos que – como o nosso – têm uma Parte Geral, em que estão incluídos conceitos que, mais do que ao Direito Civil, pertencem à Teoria Geral do Direito.

Seria evidentemente impossível, em um estudo breve como este, fazer uma análise exaustiva desses conceitos. Apresento, aqui, pois, uma enumeração exemplificativa desses conceitos.

A Parte Geral do Código Civil de 2002 está dividida em três livros, os quais se dedicam à regulamentação dos institutos fundamentais do Direito Civil: pessoas, fatos e bens. Em todos esses três livros serão encontrados conceitos de Direito Civil aplicáveis ao Direito Processual Civil.

É o que se dá, por exemplo, com o instituto da incapacidade (absoluta ou relativa), estabelecido pelos arts. 3° e 4° do Código Civil. Esses dispositivos conjugam-se com o art. 8° do CPC, segundo o qual os incapazes para estar em juízo serão representados ou assistidos na forma da lei civil.

Outro dispositivo do Código Civil que tem importância para o Direito Processual Civil é o art. 44, que enumera as pessoas jurídicas de direito privado. Ao separar os partidos políticos (inciso V) das associações (inciso I), o que decorreu da alteração promovida no Código Civil pela Lei n. 10.825/2003, esse dispositivo acaba por retirar dos partidos políticos a legitimidade ativa para a ação civil pública. Antes da referida lei modificadora do Código Civil, os partidos políticos eram tidos pela doutrina como associações civis, o que lhe conferia legitimidade *ad causam* para a ação civil pública, na forma do disposto no art. 5° da Lei n. 7.347/85 e pelo art. 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Agora, diante da modificação promovida no Código Civil, os partidos políticos deixam de ser enquadráveis no conceito de associações e, por conta disso, não têm mais legitimidade ativa para a ação civil pública.

Também o conceito de domicílio, estabelecido pelo art. 70 do Código Civil, incide em matéria processual ao permitir a fixação da competência na forma do art. 94 do Código de Processo Civil.

Não é só o livro que trata das pessoas que traz conceitos aplicáveis ao Direito Processual Civil. No livro destinado ao trato dos bens pode-se encontrar conceitos

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 126 1/2/2007, 08:50

assim. Veja-se, por exemplo, o que dispõem os art. 79 e 80 do Código Civil, que definem o que sejam bens imóveis. Esses dispositivos, evidentemente, se conjugam com o disposto no art. 95 do CPC, que estabelece a competência para os processos que versam sobre direitos reais sobre bens imóveis.

Também no livro que trata dos fatos jurídicos encontram-se conceitos aplicáveis em sede processual. Basta lembrar, aliás, que o processo é, do ponto de vista extrínseco, um conjunto de atos (atos processuais, que nada mais são do que atos jurídicos), e conjugar a isso o fato de que incumbe ao Código Civil regular os atos jurídicos em sentido estrito, o que faz através do disposto no art. 185.

Vê-se, pois, que a rigor não se poderia aplicar adequadamente o sistema processual civil brasileiro se não houvesse, no Código Civil, dispositivos como os aqui citados, que são responsáveis pela determinação desses conceitos que, antes de pertencerem ao Direito Civil, pertencem – como anteriormente já se disse – à Teoria Geral do Direito.

3.2. Das normas processuais bem localizadas no Código Civil

A função que atualmente exercem os códigos faz com que haja normas processuais bem localizadas no Código Civil. Refiro-me, aqui, a normas que – não obstante sua natureza processual – não deveriam mesmo ser tratadas no Código de Processo Civil.

Modernamente, cabe ao código exercer a função de repositório das normas gerais de um determinado ramo do Direito. Assim, por exemplo, ao Código de Processo Civil cabe dispor, apenas, sobre as normas gerais do Direito Processual Civil. Por essa razão, o Código de Processo Civil é o lugar apropriado para as normas que dispõem, por exemplo, a respeito do litisconsórcio, da intervenção de terceiros, do procedimento ordinário e do sumário, das provas, da sentença, da coisa julgada, dos recursos e da execução de títulos judiciais e extrajudiciais. Temas há, porém, que devem ser tratados, por sua especificidade, junto das disposições de direito material que virão a instrumentalizar. Assim, por exemplo, nada justifica a inclusão, em um Código de Processo Civil, de dispositivos acerca dos efeitos em que se deve receber a apelação nos processos que versem sobre locação, ou do procedimento da dúvida suscitada pelo oficial de registros públicos ou, ainda, da inversão do ônus da prova nos processos que versem sobre relações de consumo. O lugar apropriado para disposições assim é a legislação extravagante (e, nos exemplos citados, tais dispositivos existem e estão, respectivamente, na Lei do Inquilinato, na Lei de Registros Públicos e no Código de Defesa do Consumidor).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 127 1/2/2007, 08:50

Isto se dá porque, como já tive oportunidade de manifestar anteriormente, vive-se hoje o que pode ser chamado de era dos estatutos, uma fase da evolução do Direito em que os códigos mudaram de função, deixando de ser repositório de todas as normas que integram determinado ramo do Direito, para conter apenas suas disposições gerais. Ao lado dos códigos estão os estatutos, que com aqueles convivem harmoniosamente. Os estatutos são diplomas legislativos que disciplinam por inteiro um certo setor da vida em sociedade, dele tratando em todos os aspectos (civis, penais, processuais *etc*.). Entre os estatutos existentes no Direito Brasileiro destacam-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei do Inquilinato, o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor (que, apesar do nome, não é propriamente um código, mas um estatuto).

Ora, nada impede que um determinado diploma exerça a esse respeito dupla função. Pode-se elaborar um diploma legislativo que seja, para determinado ramo do Direito, um código mas que, além disso, trate de certos temas de forma completa, atuando também como estatuto (pelo menos em relação aos demais segmentos da ciência jurídica que encontrem disposições naquela lei que lhes sejam pertinentes). Pois é exatamente assim que funciona o Código Civil. De um lado, esse diploma é, inegavelmente, um código (para o Direito Civil). Trata ele, porém, de algumas matérias de forma mais completa, incluindo entre suas disposições normas que não são de Direito Civil, mas pertencentes a outros ramos do Direito, notadamente o Processual.

Essas normas processuais, que não são gerais, mas de aplicação específica a certas situações de Direito Material, pois, encontram sede adequada no Código Civil, e não em um Código de Processo Civil. Desse tipo de dispositivo passa-se, pois, a apresentar exemplos, apenas para confirmar o que vem de ser dito.

Os arts. 11 a 21 do Código Civil formam o que se pode chamar de *estatuto dos direitos da personalidade*. Ali, pois, justifica-se a reunião de dispositivos de direito material e de direito processual. Por essa razão, os arts. 12, 20 e 21 do Código Civil, que tratam da tutela jurisdicional inibitória relativa aos direitos da personalidade, bem assim da tutela jurisdicional de remoção do ilícito referente aos mesmos direitos, fica nesse diploma muito bem localizada, e formam, com as disposições contidas no art. 461 do CPC, um sistema completo, já que este último dispositivo serve como regra geral para esses dois tipos de tutela jurisdicional.

Já os arts. 521 a 528 do Código Civil compõem o *estatuto da venda a crédito com reserva de domínio*, e é justificável o conteúdo do art. 526, por força do qual "verificada a mora do comprador, poderá o vendedor mover contra ele a competente ação de cobrança das prestações vencidas e vincendas e o mais que lhe for devido; ou poderá recuperar a posse da coisa vendida". Pode-se, aliás, dizer que

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 128 1/2/2007, 08:50

não se justifica mais a manutenção, no Código de Processo Civil, dos arts. 1.070 e 1.071, cujo conteúdo poderia, tranqüilamente, ter sido transportado para o Código Civil, que disciplinaria por inteiro a execução e a recuperação da posse nos casos de venda a crédito com reserva de domínio.

O art. 980 é outro dispositivo do Código Civil que, não obstante trate de matéria processual, mais bem se localiza onde está do que em um Código de Processo Civil. Por força desse dispositivo, a sentença que decreta ou homologa a separação judicial do empresário, bem assim o ato de sua reconciliação, só produzem efeitos perante terceiros depois de arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis. Trata-se de norma que estabelece uma limitação à eficácia de tais atos processuais, condicionando sua plena aptidão para produzir efeitos à realização daqueles atos registrais. Digno de nota, porém, o fato de que o legislador esqueceu-se (provavelmente pelo fato de o anteprojeto de Código Civil ser anterior a 1977, não tendo sido bem feita a atualização do mesmo em alguns pontos) da sentença que decreta ou homologa o divórcio. Esta, porém, tem de se submeter ao mesmo regime que a sentença de separação, pois onde é a mesma a razão de ser, deve ser o mesmo o tratamento legal. Deve, pois, ser interpretado extensivamente o aludido dispositivo legal.

Também no Livro dedicado à regulamentação do Direito das Coisas há normas que tratam de temas processuais, mas que mais bem se localizam no Código Civil. Exemplo disso é o art. 1.471 do Código Civil, atinente ao penhor legal, por força do qual "tomado o penhor, requererá o credor, ato contínuo, a sua homologação judicial". Essa norma, registre-se, já podia ser encontrada no art. 874, princípio, do Código de Processo Civil, onde se lê: "Tomado o penhor legal nos casos previstos em lei, requererá o credor, ato contínuo, a homologação". Não tenho dúvida em afirmar que ao CPC deve caber, se tanto, a regulamentação do procedimento de homologação do penhor legal, nada havendo a recomendar que se afaste da regulamentação do próprio penhor legal a norma (processual) que determina o ônus do credor de demandar, ato contínuo, tal homologação.

O Livro do Direito de Família tem um grande número de disposições que veiculam normas de Direito Processual. Boa parte dessas normas tem justificável presença no Código Civil, que funciona (também) como um estatuto do direito de família, devendo regulamentar essa matéria em todos os seus aspectos. Bom exemplo disso é o art. 1.519 do Código Civil, que confere ao juiz o poder de suprir a falta de consentimento paterno para a celebração de casamento de menores de idade. Ao Código de Processo Civil não deve mesmo caber afirmar tal poder, que deve estar regulado no mesmo local em que se fala da necessidade de autorização dos genitores para que menores de idade possam casar-se. Reserva-se, pois, para o CPC a regulamentação do procedimento que deve ser observado

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 129 1/2/2007, 08:50

nesse caso (que é o procedimento comum da jurisdição voluntária, adequado para o suprimento de autorização, devendo-se observar que, no caso de ser suprida a falta de autorização e os pais não autorizarem o menor a sair de casa para casar-se, o CPC regula outro procedimento, destinado a permitir que o juiz autorize o menor a afastar-se do lar de seus pais, o que se faz na forma do art. 888, IV, c/c 889, ambos do Código de Processo Civil).

Não poderia fugir a essa regra o Livro do Direito das Sucessões, onde também podem ser encontrados pontos em que o Código Civil e o Direito Processual Civil mantêm boas relações. Exemplo disso é o que consta do art. 1.979 do Código Civil, que atribui ao testamenteiro (ou a qualquer outra pessoa interessada) o poder de requerer ao juiz que determine ao detentor do testamento que o registre. Esse artigo também estabelece – e aqui vai seu aspecto puramente processual – que o juiz tem o poder de determinar *de ofício* que aquele registro seja feito. Realmente parece melhor que essa norma esteja no Código Civil, junto da norma que estabelece a própria possibilidade de se exigir do detentor do testamento que o registre, do que em um Código de Processo Civil, junto dos dispositivos que regulam o procedimento destinado ao cumprimento do testamento.

O que se pode ver, do que até aqui se expôs, é que não há lugar do Código Civil em que não seja possível encontrar algum ponto em que esse código e o Direito Processual Civil mantenham boas relações.

4. DAS MÁS RELAÇÕES ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Se de um lado há, como visto, boas relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil, de outro lado há relações que não são boas e que, por isso, aqui qualifico como *más*. Essas relações são de duas espécies. Em primeiro lugar, há as normas de natureza estritamente processual que estão no Código Civil e sua presença aí não se justifica, como se dá, por exemplo, com todo o Título da Parte Geral dedicado à regulamentação das provas. Além disso, há normas cuja presença no Código Civil é perfeitamente justificável, mas têm um vício de conteúdo. Refiro-me às normas que foram elaboradas a partir de conceitos processuais inadequados, como se dá, por exemplo, com o dispositivo que, ao tratar da eficácia probatória da escritura pública diz que esta produz *prova plena*. É preciso, então, que essas duas más relações sejam apropriadamente examinadas, o que se passa a fazer.

4.1. Das más relações decorrentes da inadequada inclusão de normas processuais no Código Civil

Um dos pontos em que se estabelecem más relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil consiste na inclusão, naquele diploma, de normas

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 130 1/2/2007, 08:50

processuais que ali não ficam bem localizadas. Sobre esse ponto, porém, não se pode deixar de fazer uma observação. Quando o Código Beviláqua foi elaborado, havia no Brasil uma pluralidade de ordenamentos processuais, já que a competência para legislar sobre Direito Processual Civil era concorrente entre a União e os Estados. Isso, sem dúvida, justificou a inclusão, no Código Civil de 1916, de uma série de dispositivos processuais, como forma de assegurar uma relativa uniformização de certas normas em todo o território nacional. Para citar apenas um exemplo, pode-se lembrar o art. 523 do Código Civil de 1916, por força do qual "as ações de manutenção e as de esbulho serão sumárias, quando intentadas dentro em ano e dia da turbação ou esbulho; e, passado esse prazo, ordinárias, não perdendo, contudo, o caráter possessório". Essa norma processual, que estabelece (ainda que sem uma linguagem muito própria para os dias de hoje) que o procedimento através do qual se buscará a tutela jurisdicional da posse será especial ou ordinário conforme o prazo decorrido entre a moléstia à posse e o ajuizamento da demanda possessória, justificava-se como forma de uniformização do tratamento da matéria em caráter nacional. A partir do momento, porém, em que passou a haver uma uniformização do Direito Processual, com a competência exclusiva da União para legislar sobre a matéria, e a aprovação de um Código de Processo Civil nacional (primeiro o de 1939, depois o de 1973), esse tipo de norma não precisa estar mais no Código Civil (sendo certo que essa norma que se apresentou como exemplo consta do art. 924 do CPC).

Com a competência exclusiva da União para legislar sobre Direito Processual Civil (art. 22, I, da Constituição da República), pois, desaparece a razão de se incluir no Código Civil uma série de dispositivos que veiculam normas jurídicas processuais que estavam no Código Civil de 1916. Não obstante isso, porém, o Código Civil de 2002 traz uma série de dispositivos que tratam de matéria processual que não ficam, num diploma destinado ao trato do Direito Privado, bem localizadas.

Seria impossível, em um breve ensaio como este, fazer um exame exaustivo dos casos em que esse problema se manifesta. Não se poderia, sequer, dar um exemplo extraído de cada livro do Código Civil, como se fez anteriormente com as *boas relações* entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. Não se pode, porém, deixar de apresentar pelo menos um exemplo desse tipo de má relação, e o exemplo perfeito é a inclusão, no Código Civil, de todo um Título dedicado às provas (arts. 212 a 232 do Código Civil).

Não posso deixar de dizer que neste ponto não importa verificar o conteúdo de cada um desses dispositivos, isoladamente considerados. O que interessa aqui é, tão-somente, demonstrar que um Código Civil não é o lugar adequado para

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 131 1/2/2007, 08:50

trazer regras sobre provas, regras essas que deveriam estar no Código de Processo Civil.

É antiga a discussão a respeito da natureza das normas sobre provas. Entre os que defendem as posições extremadas (ou sustentando a natureza substancial ou a natureza processual, sendo certo que esta última é, a meu juízo, a orientação correta), há aqueles que defendem opiniões intermediárias, entendendo que algumas normas sobre provas são materiais e outras processuais.

Deixando de lado a tese segundo a qual as normas sobre provas seriam estritamente substanciais, opinião que parece estar inteiramente ultrapassada, deve-se fixar a atenção nas outras duas proposições doutrinárias. De duas uma: ou todas as normas sobre provas são processuais ou, pelo menos, algumas delas são, sendo substanciais as outras.

Ao se aceitar a idéia (a meu juízo correta) de que todas as normas sobre provas são processuais, não se poderia concluir de outro modo: o lugar apropriado para elas é o Código de Processo Civil, e não o Código Civil.

De outro lado, porém, aceita a outra corrente (e não é este, evidentemente, o foro apropriado para examinar as duas teorias e apontar as razões que me levam a aceitar uma e discordar da outra), também o CPC é o lugar apropriado para trazer *todas* as normas sobre provas, e não apenas as que sejam propriamente processuais.

Veja-se, pois, que sustento aqui que ainda que se considere que nem todas as normas sobre provas são processuais, mesmo as que não o sejam devem estar no Código de Processo Civil. É preciso explicar melhor este ponto. Essa necessidade de aprofundamento decorre, ainda, do fato de que algumas pessoas têm sustentado ser adequado incluir no Código Civil normas sobre provas, apontando como fundamento dessa afirmação o fato de haver no Direito Comparado exemplos de convivência de normas sobre provas no Código de Processo Civil e no Código Civil (como se dá, por exemplo, na Itália e na França).

Há, contudo, um aspecto a considerar, fundamental para que se entenda porque o modelo que eventualmente pode vir a ser tido por adequado em outro ordenamento jurídico, notadamente em ordenamentos europeus, não é correto no Brasil.

No sistema adotado no Direito da maioria dos Estados da Europa Continental, o processo civil é um instrumento de efetivação dos comandos do Direito Privado. Em outros termos, através do processo civil da Europa Continental (ou, pelo menos, de boa parte daqueles ordenamentos) atuam-se concretamente apenas

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 132 1/2/2007, 08:50

normas de Direito Privado. As questões de Direito Público não são atuadas pelo processo civil, já que não são submetidas ao Poder Judiciário, mas à Justiça Administrativa (Contencioso Administrativo). Daí encontrar-se, por exemplo, na doutrina italiana, a generalizada afirmação de que o processo civil é instrumento a serviço do Direito Privado.

Isso faz com que seja perfeitamente admissível (em sistemas assim, perdoe-se a insistência) que as normas substanciais sobre provas estejam localizadas no Código Civil, repositório das normas gerais do Direito Privado. Em sistemas como o brasileiro, porém, isso não seria adequado.

No Direito Brasileiro, o processo civil é instrumento de atuação *in concreto* de todo o direito substancial não-penal e não-trabalhista. Em outros termos, se a relação jurídica de direito material deduzida no processo não é penal ou trabalhista, estar-se-á diante de processo civil. Isto se deve ao fato de que o Direito Brasileiro optou por adotar o sistema da jurisdição una, ignorando-se o conceito de Justiça Administrativa. Assim, há processos *civis* em que são discutidas questões de direito público (administrativo, previdenciário, tributário *etc*.).

Ora, as normas sobre provas cuja natureza substancial é afirmada por parte da doutrina não pertencem ao *Direito Civil* mas, mais genericamente, ao *Direito Substancial*. Assim, seria preciso que elas estivessem reunidas em uma lei que fosse aplicável a direitos substanciais de toda e qualquer natureza, pública ou privada. Ora, não há no Direito Substancial nenhuma lei assim. O Código de Processo Civil, porém, é aplicável a todos os processos civis (ou seja, a todos os processos não-penais e não-trabalhistas). Assim, é o único diploma em que seria razoável incluir disposições sobre provas.

O fato de terem sido incluídas no Código Civil disposições a respeito das provas pode, pois, gerar dúvidas que em um Código de Processo Civil não se produziriam. Imagine-se um processo que verse sobre matéria previdenciária, e no qual se faça necessária a produção de provas. Serão aplicáveis a esse processo as disposições a respeito das provas contidas no Código Civil? Ou será que tais dispositivos só incidem quando o processo versar sobre questões de direito privado? Essas questões que caberá à doutrina e à jurisprudência enfrentar (e o máximo que aqui posso fazer é apresentar minha opinião a respeito do ponto: a meu juízo as normas sobre provas contidas no Código Civil são aplicáveis ainda que o processo verse sobre questões de direito público, já que no Brasil o sistema processual é uno, qualquer que seja a natureza da relação de direito material deduzida no processo).

A inclusão no Código Civil de normas que não deveriam estar ali, mas no Código de Processo Civil não é, porém, a única hipótese em que surgem más

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 133 1/2/2007, 08:50

relações entre aquele Código e o Direito Processual Civil. Outras más relações há, e elas surgem quando alguma norma é inserida no Código Civil sem que sejam observados adequadamente os conceitos oriundos da ciência processual. É do que se passa a tratar.

4.2. Das más relações decorrentes da inadequada compreensão, pelo Código Civil, de conceitos processuais

Há no Código Civil uma série de normas cuja presença naquele diploma é justificável, mas pecam pelo conteúdo. Isto porque em certos dispositivos do Código Civil se revela uma inadequada compreensão de certos conceitos processuais. Isto faz com que tais dispositivos do Código Civil tornem-se de difícil compreensão.

Mais uma vez não seria aqui possível uma apresentação de caráter exaustivo de tais dispositivos. Limito-me, pois, a uma enumeração (acompanhada da devida análise, claro) exemplificativa, buscando demonstrar que por todo o Código Civil há dispositivos assim.

Na Parte Geral, encontram-se pontos em que esse tipo de má relação entre o Código Civil e o Direito Processual Civil se manifesta em todos os três livros. Já no primeiro livro, que trata das pessoas, é inevitável fazer referência ao disposto no art. 32, inserido entre as disposições que regulam a sucessão provisória dos bens dos ausentes.

Por força de tal dispositivo legal, uma vez aberta a sucessão provisória, contra os sucessores correrão os feitos em que o ausente era demandado, cabendo-lhes representar o ausente nesses processos.

Esse dispositivo demonstra um claro desconhecimento de conceitos básicos da ciência processual. Senão, veja-se: A partir do momento em que se abre a sucessão provisória, os bens que anteriormente eram do ausente passam a ser do sucessor provisório. Assim, é absolutamente coerente a afirmação, contida no art. 32, segundo a qual o sucessor provisório passa a ocupar na relação processual a posição que anteriormente era ocupada pelo ausente. O sucessor provisório será, pois, também, sucessor processual.

Efetivada a sucessão processual, o sucessor provisório do ausente passa a estar no processo em nome próprio, na defesa de interesse próprio (já que o bem agora lhe pertence), o que faz com que se tenha de reconhecer que sua legitimidade *ad causam* é ordinária. Até aqui, tudo vai bem. O problema é que o Código Civil prossegue no dispositivo com a afirmação de que o sucessor provisório, então, representará o ausente em juízo. Ora, para que representá-lo se o ausente

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 134 1/2/2007, 08:50

não é incapaz? Registre-se, aliás, que o Código Civil de 2002 tirou o ausente do rol dos absolutamente incapazes, no qual se encontrava ao tempo do Código Civil de 1916. Posto o tenha tirado daquele rol, porém, o Código Civil não eliminou alguns dispositivos que tratavam o ausente como incapaz. Esquece-se, por exemplo, de retirar o dispositivo que trata da representação do ausente. Ora, para que dizer quem representa o ausente se este não é incapaz? Essa representação a que se refere o art. 32 não faz qualquer sentido, e deve ser simplesmente ignorada pelo intérprete. O ausente só poderia ser representado se continuasse a ser parte do processo, mas isto não acontecerá, já que o próprio art. 32 determina sua sucessão no processo.

No livro dedicado aos bens, os arts. 80, I, e 83, II e III, revelam o mesmo equívoco, razão pela qual os examino em conjunto. Esses dispositivos apontam a natureza de bem móvel ou imóvel de certos direitos *e das ações que lhes correspondem*. Ora, esses dispositivos, como se vê claramente, são inspirados pela teoria imanentista da ação, que fora a fonte de inspiração do art. 75 do Código Beviláqua (segundo o qual *a todo direito corresponde uma ação, que o assegura*). O referido art. 75, é certo, não tem correspondente no Código Civil de 2002. ademais, trata-se de dispositivo que recebeu da mais moderna doutrina interpretação que foi capaz de despi-lo por completo de sua roupagem imanentista. De toda sorte, os arts. 80 e 83, ao afirmar que a ação ora é bem móvel, ora imóvel, revelam uma absoluta e inescusável compreensão do poder de agir, que é autônomo em relação ao direito material para o qual se busca proteção em juízo. Aliás, não só a ação é autônoma, mas também é abstrata, o que significa dizer que a ação existe mesmo que o direito material não exista. Não faz, pois, qualquer sentido atrelar-se a natureza da ação à do direito material para o qual eventualmente se busque proteção.

Para encerrar a Parte Geral não se pode deixar de fazer referência ao livro dos fatos jurídicos, especialmente no que diz respeito ao título que trata das provas. Ali não só se trava má relação entre o Código Civil e o Direito Processual Civil pelo fato da inclusão da matéria nesse diploma (como já se viu acima), mas há dispositivos legais que, individualmente considerados, são por si só capazes de promover más relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil.

Bom exemplo disso é o art. 215, por força do qual a escritura pública faz *prova plena*. É sabido que o Direito Brasileiro adota, quanto à valoração das provas, o sistema da persuasão racional (art. 131 do CPC), por força do qual o juiz é livre para atribuir à prova o valor que entender adequado, desde que o faça fundamentadamente. Assim, não faz qualquer sentido afirmar que determinada prova é ou não *plena*.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 135 1/2/2007, 08:50

A referência à prova plena só faria sentido em um sistema em que se adotasse o princípio da prova legal, em que o valor das provas é previamente tarifado por lei. A rigor, nada impede a adoção do regime da prova legal como exceção ao da persuasão racional, como, aliás, faz o próprio Código Civil ao estabelecer, por exemplo, que o depósito voluntário só se prova por escrito (art. 646). Não é isso, porém, o que acontece no dispositivo ora em exame. Só haveria sentido em falar-se em *prova plena* se, em confronto com essa, houvesse alguma prova que não fosse plena (como, por exemplo, se ficasse dito que o instrumento particular é prova *semiplena*). Não havendo provas que não sejam semiplenas, nenhuma prova poderá ser considerada plena.

Esse tipo de problema também aparece na Parte Especial do Código Civil. Assim, por exemplo, no livro relativo ao Direito das Obrigações pode-se observar o disposto no art. 274, segundo o qual "o julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve". Esse dispositivo demonstra uma clara confusão de conceitos processuais. Senão, veja-se: fala-se, no texto da lei, em primeiro lugar, na hipótese de em um processo haver julgamento contrário a um dos credores solidários, afirmando-se que isto não atingiria os demais. Até aí não há nada demais.

Em seguida, porém, fala a lei no julgamento favorável a um dos credores solidários, que aproveitaria aos demais, salvo se fundado em *exceção pessoal ao credor que o obteve*. Ora, como poderia um julgamento ser favorável ao credor solidário se o fundamento da decisão é uma exceção pessoal ao próprio credor? Se o fundamento da decisão é uma exceção pessoal oponível ao credor resulta claro que o julgamento lhe será desfavorável, e não favorável como quer a lei civil. Não há qualquer possibilidade de um julgamento ser favorável a alguém se fundado em uma exceção pessoal que lhe seja oponível. Trata-se, pois, de dispositivo incompreensível se interpretado à luz do Direito Processual.

Também no livro do Direito de Empresa há problemas. Basta ver o que diz o art. 1.191, § 2º, do Código Civil. Afirma o *caput* do art. 1.191 que "o juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência". Nada haveria a opor a esse artigo se não fosse o disposto em seu § 2º, por força do qual "achando-se os livros em outra jurisdição, nela se fará o exame, perante o respectivo juiz". Ao se interpretar literalmente o dispositivo, seu campo de incidência seria restrito aos casos em que os livros tivessem de ser examinados por carta rogatória em juízo estrangeiro. Só assim se justificaria a afirmação, feita no

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 136 1/2/2007, 08:50

dispositivo legal, no sentido de que tal exame seria feito por outro juízo se os livros estiverem *em outra jurisdição*.

A jurisdição, como sabe qualquer estudante de Direito, é nacional, una e indivisível. Assim, para que os livros estejam em outra jurisdição seria preciso que eles estivessem em outro Estado Soberano. Não parece ser essa a real intenção do dispositivo. Tenho para mim que ele incidirá sempre que os livros estiverem em outro foro, para o qual o juízo do processo não tenha competência territorial. Parece-me, pois, e em outras palavras, que o legislador do Código Civil confundiu jurisdição e competência.

No livro do Direito das Coisas também se encontram casos de más relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. Basta ver que no Título I (Da posse) há todo um Capítulo (o III – Dos efeitos da posse) inadequado do ponto de vista conceptual. É absurda a idéia, para o atual estágio da ciência processual, de que a tutela jurisdicional da posse (que se dá através dos célebres *interditos possessórios*, de reintegração ou manutenção de posse ou interdito proibitório) seja considerada um efeito da posse. A tutela jurisdicional relativa à posse não é um efeito da posse, ainda mais porque o poder de exigir tutela jurisdicional (ou seja, o poder de ação) é autônomo em relação ao direito material (que, no caso em tela, é a própria posse).

O livro que regula o Direito de Família não fica atrás dos outros, como se pode notar pela leitura do disposto no art. 1.580. Trata esse dispositivo da conversão de separação em divórcio, estabelecendo que tal conversão é possível após um ano a contar do trânsito em julgado da sentença que decreta a separação ou da data da decisão concessiva da *medida cautelar* de separação de corpos. Acontece que a medida de urgência que decreta a separação de corpos não é, nunca foi e jamais será cautelar.

Chama-se tutela cautelar a tutela jurisdicional de urgência destinada a proteger a efetividade do processo contra uma situação de perigo de dano iminente. De outro lado, chama-se tutela antecipada urgente a tutela jurisdicional de urgência destinada a proteger uma pessoa contra uma situação de perigo de dano iminente. Veja-se, pois, a diferença. Na tutela cautelar protege-se, com urgência, um processo. Na tutela antecipada urgente protege-se, com urgência, uma pessoa. Assim é que, por exemplo, a medida que determina a apreensão de bens do devedor para garantir que no futuro o credor possa vir a receber o que lhe é devido é de natureza cautelar. De outro lado, a medida que determina a imediata realização de um pagamento, para que o credor receba desde logo o que lhe é devido e tenha, por exemplo, condições de pagar um tratamento de saúde, é de natureza antecipatória da tutela jurisdicional.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 137 1/2/2007, 08:50

Não pode haver qualquer dúvida de que a decisão que determina a imediata separação de corpos de um casal é proferida em função de situações de violência doméstica, caso em que tal medida é tomada para proteger, com urgência, uma pessoa. Não se trata, pois, de medida cautelar.

Há, aliás, um dado curioso. O art. 1.575 do Código Civil é expresso em afirmar que a sentença de separação produz dois efeitos: a separação de corpos e a partilha de bens. Ora, parece-me óbvio que se a separação de corpos é um efeito da sentença de separação, decretar a separação de corpos antes da sentença implica uma antecipação de um efeito da sentença final o que, a rigor, é a própria antecipação da tutela jurisdicional.

Por fim, há de se falar do livro destinado ao Direito das Sucessões. Este, logo no art. 1.785, afirma que a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido. O legislador parece ter confundido, aqui, abertura da sucessão com abertura do processo de inventário e partilha. Este, é certo, abre-se (ao menos como regra geral) no lugar do último domicílio do autor da herança (art. 96 do CPC). O que não faz qualquer sentido é confundir este fenômeno com a abertura da sucessão (ou seja, com a morte do autor da herança). Tenho como evidente (é, a meu juízo, uma manifestação do *óbvio ululante* rodriguiano) que a abertura da sucessão se dá no local da morte do autor da herança, e é certo que ninguém está obrigado a morrer em seu próprio domicílio. O legislador, pois, confundiu o inconfundível.

5. CONCLUSÃO

De todo o exposto, tudo o que se pode concluir é que se de um lado há boas relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil que são realmente *boas*, de outro lado há más relações que são verdadeiramente *más*. Que se aprimorem ainda mais as boas relações, e que se desfaçam as más relações, é tudo o que se pode augurar.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 138 1/2/2007, 08:50

CAPÍTULO VI
O NOVO CÓDIGO CIVIL E AS REGRAS HETEROTÓPICAS DE NATUREZA PROCESSUAL

Humberto Theodoro Júnior[*]

Sumário • 1. Interferência da nova lei civil na seara do direito processual civil. 2. Algumas normas do Código Civil que diretamente estabeleceram regras processuais inovadoras. 3. Prescrição e Decadência: cognoscibilidade ex officio. 4. Solidariedade ativa e coisa julgada. 5. Chamamento ao processo, do segurado, em ação direta da vítima contra a seguradora. 6. Chamamento da seguradora na ação de responsabilidade civil manejada apenas contra o segurado. 7. Litisconsórcio entre cônjuges nas ações reais imobiliárias. 8. Denunciação da lide per saltum. 9. Nomeação à autoria na ação reivindicatória contra o detentor. 10. Chamamento ao processo em ação de alimentos. 11. Regras traçadas pelo Código Civil para as arrematações reguladas pelo Código de Processo Civil. 11.1. Evicção. 11.2. Impedimentos à arrematação. 11.3. Hipoteca legal.

1. INTERFERÊNCIA DA NOVA LEI CIVIL NA SEARA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Houve época em que, na doutrina pátria, se apresentava como tema de grande relevância a completa e perfeita distinção entre as normas de direito civil, até mesmo porque diversa era a competência constitucional para legislar acerca de cada um desses ramos do direito. Enquanto no regime da 1ª Constituição Republicana, o direito privado se inseria na competência legislativa da União Federal, o direito processual ordinariamente deveria ser legislado pelos Estados. Diante do risco de invasão de competência, era muito importante a caracterização de cada novo preceito normativo, já que sob o rótulo de lei civil poder-se-ia estar criando ou inovando regras de processo, ou vice-versa, gerando de qualquer maneira preceitos inconstitucionais e, portanto, inválidos.

No regime de diversidade de competência legislativa não se admite, obviamente, que um Código Civil se ocupe de matéria típica de direito processual, e tampouco um Código de Processo Civil pode aventurar-se a disciplinar assuntos próprios do direito material privado.

Uma vez, porém, que a ordem constitucional tenha unificado, como se dá na atual Carta Magna brasileira, a competência para legislar sobre direito privado e direito processual, é de todo irrelevante o fato de uma norma rotulada de lei civil

* Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Doutor em Direito. Advogado.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 139 1/2/2007, 08:50

conter algum preceito de natureza processual, ou um código de processo civil incluir em seu texto alguma regra própria da lei material civil.

Sobrevindo, então, um Código Civil, como o de 2002, importa estar atento o processualista para verificar se no novo estatuto de direito privado não constou alguma regra que possa ter cunho processual e que seja diversa da que anteriormente vigorava no bojo do Código de Processo Civil.

Qualquer conflito normativo entre os dois estatutos legais não se resolverá pela especialização da lei, nem pela pesquisa da natureza intrínseca do preceito, mas pelos princípios do direito intertemporal consagrados pela Lei de Introdução. A lei nova revoga a anterior, desde que tenha cuidado do mesmo tema, de maneira diversa, pouco importando o tipo de Código dentro do qual o preceito inovativo tenha sido editado.

Daí o interesse que, após o advento do Código Civil de 2002, tem se verificado, entre os processualistas, à procura de artigos que de alguma forma tenham instituído regras de natureza processual inovadoras e, assim, tenham derrogado, em algum ponto, o Código de Processo Civil.

Aliás, sem embargo da autonomia científica do estudo do direito processual, a moderna doutrina do processo não se cansa de ressaltar seu caráter instrumental, o que o coloca em irrecusável simbiose junto ao direito material. Na verdade, é hoje mais relevante destacar os pontos de contato entre os dois grandes segmentos da ordem jurídica, do que isolá-los em compartimentos estanques, de bela configuração acadêmica, mas de escassa repercussão para a função prática ou de resultado que do direito processual se espera na pacificação social e na realização efetiva do direito material.

"Daí porque" – lembra LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA – "o direito processual sofre ingentes influxos do direito material, com a estruturação de procedimentos adequados ao tipo do direito material, adaptando a correlata tutela jurisdicional. Não é estranho, inclusive, haver normas processuais em diplomas de direito material e, de outro lado, normas materiais em diplomas processuais (chamadas pela doutrina de normas heterotópicas)".

2. ALGUMAS NORMAS DO CÓDIGO CIVIL QUE DIRETAMENTE ESTABELECERAM REGRAS PROCESSUAIS INOVADORAS

Não se pretende neste estudo proceder a uma varredura nos milhares de dispositivos do novo Código Civil para verificar todos os que, direta ou indiretamente, tenham alguma conotação com o direito processual. O objetivo é mais modesto e se cinge à análise e interpretação de alguns artigos que, de forma

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 140 1/2/2007, 08:50

ostensiva, tenham feito enunciações típicas de preceitos processuais e, com isto, tenham afetado regras anteriormente traçadas pelo Código de Processo Civil, em matéria de jurisdição contenciosa, sobretudo.

Com esse propósito enfocaremos os seguintes dispositivos do Código Civil de 2002:

a) Art. 194 (conhecimento pelo juiz, de ofício, da prescrição);

b) Art. 274 (coisa julgada em torno da solidariedade ativa);

c) Art. 788 (chamamento do processo do segurado, em ação direta da vítima contra a seguradora);

d) Art. 1.647, I e II (litisconsórcio necessário em ações reais imobiliárias);

e) Art. 456 (denunciação da lide *per saltum*);

f) Art. 787, § 3º (denunciação ou chamamento);

g) Art. 1.228 (nomeação à autoria na ação contra o detentor);

h) Art. 1.698 (chamamento ao processo em ação de alimentos);

i) Art. 447 (garantia de evicção diante da arrematação).

3. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: COGNOSCIBILIDADE *EX OFFICIO*

Ao disciplinar os efeitos da citação válida, o art. 219, caput, do CPC, neles incluía o de interromper a prescrição, regra que se harmonizava com o art. 172, I, do Código Civil da 1916, assim redigido: "A prescrição interrompe-se: I – pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente".

O § 1º do art. 219 do CPC, porém, havia introduzido um mecanismo de retroatividade que não existia na sistemática da lei material, segundo o qual, embora a causa interruptiva da prescrição fosse realmente a citação, os seus efeitos retroagiam "à data da propositura da ação".

O novo Código Civil foi além da literalidade do art. 219 do CPC e dispôs que o ato que interrompe a prescrição não é mais a citação, mas o despacho do juiz que ordena sua realização (Código Civil, art. 202, I). Ressalvou, contudo, que esse despacho somente interromperá a prescrição se o interessado, de fato promover a citação no prazo previsto na lei processual.

A inovação, desta maneira, se deu apenas literalmente, porque se a citação ocorrer fora do prazo do art. 219, § 2º, do CPC, não terá força interruptiva o despacho que a ordenou. Tudo na prática se manteve na mesma situação: sem a

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 141 1/2/2007, 08:50

consumação da citação não há interrupção alguma. Sempre haverá de realizar-se a citação, e o efeito se manifestará na data do despacho que a ordenou somente quando o cumprimento do ato citatório for tempestivo, segundo a lei processual. Mudaram-se os termos do enunciado legal, mas conservou-se o mesmo efeito concreto.

A efetiva derrogação do preceito processual ocorreu em face do § 5º, do art. 219 do CPC, onde se vedava o conhecimento de ofício, pelo juiz, da prescrição de direitos patrimoniais. É que o Código Civil de 2002 criou uma regra especial em relação aos débitos do absolutamente incapaz, autorizando ao juiz conhecer da prescrição independentemente de alegação da parte quando beneficiar devedor privado da capacidade civil, em caráter absoluto (Código Civil, art. 194).

O Código Civil de 2002, ao permitir o conhecimento *ex officio* da prescrição benéfica ao incapaz, não só derrogou o art. 219, § 5º, do CPC, como quebrou a clássica distinção entre os casos de objeção e exceção, em matéria de prescrição e decadência.

Com efeito, historicamente exceção substancial sempre se entendeu como defesa que o demandado opõe à eficácia da pretensão do demandante, de sorte que juiz somente pode apreciá-la quando exercida pela parte. Como a prescrição corresponde a uma exceção substancial, a regra observada pelo Código Civil de 1916 e pelo Código de Processo Civil atual era a de que não podia o magistrado conhecer de ofício os efeitos da prescrição. Já para a decadência, vigorava o regime da objeção – isto é, o de causa não de paralisação da pretensão, mas de eliminação ou extinção dela – de sorte que natural era o poder do juiz de apreciá-la *ex officio*. Afinal, a caducidade representa o desaparecimento completo do direito potestativo de alguém. Se não mais existe o direito subjetivo, não pode evidentemente o juiz tutelá-lo.

Por isso, sempre se manteve a observância, entre nós, no plano do processo civil, do princípio de que a decadência, como objeção que é, haveria de ser conhecida e levada em conta pelo julgador, na solução do litígio, quer tivesse sido, ou não, argüida pelo demandado.

Nada obstante essa tradição, o Código Civil de 2002 escolheu novos rumos para disciplinar o tratamento processual da prescrição e da decadência, pois:

a) embora continue a vigorar a regra das exceções no tocante à necessidade de provocação do demandado, para a prescrição em benefício do absolutamente incapaz a norma não mais vigora, visto que o juiz pode acolhê-la de ofício (Código Civil, art. 194);

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 142 1/2/2007, 08:50

b) Quanto à decadência, a cognoscibilidade *ex officio* continua prevalecendo para as causas extintivas legais. Quando, porém, a hipótese for de prazo convencional de caducidade, o regime não será o clássico da decadência, mas o das exceções, ou seja, o juiz não poderá atuar para seu reconhecimento sem provocação do demandado (Código Civil, art. 211).

Nessa perspectiva, pode-se concluir, com DIDIER JR., que "o legislador civil, atento aos aspectos práticos, e preocupado com a justiça das decisões, passou por cima da distinção teórica entre exceção e objeção substancial, aplicando a uma, em alguns casos, o regime processual da outra". É sempre bom ter presente que o legislador não fica jungido às construções teóricas do doutrinador, quando busca disciplinar concretamente as relações sociais por meio do direito positivo. Ao jurista é que cabe conformar suas teorias à nova ordem jurídica imposta pelo legislador.

4. SOLIDARIEDADE ATIVA E COISA JULGADA

Para o Código de Processo Civil a coisa julgada é a qualidade de que se reveste a sentença, quando não mais esteja sujeita a recurso, e que a torna "imutável e indiscutível" (CPC, art. 467).

Essa intangibilidade da solução judicial dada ao litígio, não é absoluta, pois a lei impõe à autoridade da *res iudicata* limites objetivos e subjetivos. Objetivamente, a força da sentença transitada em julgado manifesta-se "nos limites da lide e das questões decididas" (CPC, art. 468). No plano subjetivo, "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros" (CPC, art. 472).

Vale dizer: embora relacionada com o litígio sentenciado, não são abrangidas pela indiscutibilidade questões não enfrentadas pela sentença, desde que a sua posterior solução não importe modificar a situação jurídica assentada com autoridade de coisa julgada. Nem ficam privados do direito de discutir os reflexos da sentença em sua esfera jurídica, os terceiros que de nenhuma forma figuraram no processo em que se formou a *res iudicata*.

Da existência de coisa julgada decorre para os sujeitos da relação processual finda, um impedimento processual a que se reabra disputa em juízo, no mesmo ou em outro processo, e entre as mesmas partes, sobre a lide e as questões já definitivamente julgadas.

Essa sistemática processual sofreu interferência inovativa por parte do art. 274 do Código Civil de 2002, onde se encontra regra heterotópica de indiscutível

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 143 1/2/2007, 08:50

efeito sobre a disciplina do Código de Processo Civil, traçada por seu art. 472, para os limites subjetivos da coisa julgada.

Eis o preceito do dispositivo do novo Estatuto Civil:

> "Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve".

A norma permite, claramente, o desdobramento em duas situações bem distintas, a que correspondem soluções também diferentes, quais sejam:

a) Um credor solidário aciona o devedor e perde a demanda (tem o pedido julgado improcedente), caso em que a coisa julgada fica subjetivamente restrita às partes do processo, tal como se prevê no art. 472 do CPC. Por conseguinte, outros credores não estarão inibidos de exercerem em novo processo a pretensão de exigir o cumprimento da mesma obrigação. A indiscutibilidade do julgamento anterior não os atinge, visto que não figuraram como partes no processo em que a sentença foi proferida e assumiu a autoridade de *res iudicata*.

b) Um credor solidário aciona o devedor e ganha a demanda (seu pedido é julgado procedente). Aqui surge a grande novidade heterotópica da norma do Código Civil: embora a sentença tenha sido dada em favor de um dos credores solidários apenas, os demais poderão dela se prevalecer. A eficácia da sentença, portanto, dar-se-á ultra partes e *secundum eventum litis:* se é desfavorável ao credor demandante, não prejudicará os demais co-credores; se é favorável, todos os credores solidários da mesma obrigação dela se beneficiarão.

Até aqui está tudo muito claro na compreensão do preceito com que o Código Civil alterou, em parte, a regra processual constante do art. 472 do Código de Processo Civil. A dificuldade surge diante da ressalva aposta no final do texto do novel art. 274 da lei material, *in verbis:*

> "O julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve".

A propósito da solidariedade é bom registrar que, sem embargo de poder cada credor exigir por inteiro a obrigação, ou cada devedor se sujeitar ao cumprimento integral dela, não há necessariamente uniformidade da situação jurídica de todos os devedores ou de todos os credores.

Nesse sentido, dispõe o art. 273 do Código Civil que o devedor acionado por um dos credores solidários, não pode opor "exceções pessoais oponíveis aos outros". Isto quer dizer que, diante da obrigação solidária, podem coexistir exceções comuns e exceções pessoais. Vale dizer: as defesas com que se resiste à

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 144 1/2/2007, 08:50

pretensão podem variar, conforme seja o credor que promove a exigência do cumprimento da prestação. O que a lei civil não tolera é que o devedor demandado se defenda com exceções pessoais que digam respeito a outro ou outros credores. Cada credor sujeita-se, porém, a sofrer as exceções comuns a toda a obrigação solidária e mais as que pessoalmente se lhe apliquem na demanda individual.

Se o devedor derrubar a pretensão de um dos credores com base em exceção pessoal, a improcedência da demanda em nada prejudicará a futura pretensão de outros credores, contra quem o devedor não terá a mesma exceção a opor.

Aliás, se a exceção é acolhida, pouco importa saber se ela é comum ou particular, porque quando há insucesso da demanda do credor solidário, nunca se forma a coisa julgada ultra partes, segundo a primeira parte do art. 274. Sob o ponto de vista processual, a norma "dá suporte ao fenômeno da coisa julgada *secundum eventus litis* e *in utilibus,* já que, pela própria previsão legal em análise, o resultado desfavorável a um dos credores solidários não atinge os demais".

Assim, não se vê maior significado na ressalva que o legislador inseriu na segunda parte do art. 274, já que se alguma exceção tiver alguma influência no fracasso da demanda, nunca se formará a coisa julgada oponível aos co-credores que não figuram no processo.

Ademais, em sua literalidade é de difícil interpretação o teor da segunda parte do art. 274, quando correlaciona o julgamento favorável ao credor com decisório fundado "em exceção pessoal ao credor que o obteve". Se só ao demandado cabe excepcionar, como pode uma sentença contrária ao devedor fundar-se na exceção pessoal que ele mesmo invocou em vão?

A impressão que prevalece diante desse dilema parece ser a de que a literalidade do dispositivo não traduz o que, de fato, esteve na intenção normativa do legislador. A ressalva final, para não ficar totalmente sem sentido, deve cingir-se ao impedimento de formar-se a coisa julgada contra os outros credores na parte em que a exceção pessoal foi rejeitada, "que, exatamente por isso, nada tem que ver com os outros".

Merece acolhida, nessa ordem de idéias, a exegese proposta por FREDIE DIDIER JÚNIOR:

> "Segundo nosso entendimento, o que se afirma no Código Civil é que: *a)* se um dos credores vai a juízo e perde, qualquer que seja o motivo (acolhimento de exceção comum ou pessoal), essa decisão não tem eficácia em relação aos demais credores; *b)* se o credor vai a juízo e ganha, essa decisão beneficiará os demais credores".

A ressalva da lei a essa extensão só pode se referir a outra "exceção pessoal que possa ser oposta a outro credor não participante do processo".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 145 1/2/2007, 08:50

Em suma: frente ao art. 274 do Código Civil, a sentença obtida por um credor solidário contra o devedor comum estende sua eficácia em benefício dos demais co-credores, formando a coisa julgada ultra partes. Esta eficácia exterior do julgado não impede ao devedor vencido o manejo de novas exceções pessoais que acaso disponha contra outro ou outros credores que não figuraram no primitivo processo, e que ulteriormente venham a cobrar a mesma obrigação. A respeito dessas exceções não se pode pensar em eficácia da coisa julgada, porque versam sobre questões que não figuraram no processo anterior, nem poderiam ter figurado, e por dizerem respeito a pessoas que tampouco participavam da relação processual em que a sentença foi proferida. São essas questões estranhas ao objeto da causa já decidida que, segundo a ressalva do art. 274 do Código Civil, não podem ser prejudicadas pela coisa julgada.

5. CHAMAMENTO AO PROCESSO, DO SEGURADO, EM AÇÃO DIRETA DA VÍTIMA CONTRA A SEGURADORA

O Código Civil deu nova definição ao contrato de seguro. Ao invés de conceituá-lo como causa de instituição da obrigação de indenizar o prejuízo eventualmente sofrido pelo segurado, a nova definição atribui-lhe a função de "garantir interesse legítimo do segurado" (Código Civil, art. 757).

Nessa mesma perspectiva, o seguro de responsabilidade civil é visto como a garantia prestada, pela seguradora, de que realizará "o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro" (Código Civil, art. 787).

Em razão dessa natureza de contrato de garantia, o Código Civil de 2002 prevê a obrigação da seguradora de pagar a indenização diretamente ao terceiro prejudicado, na hipótese de seguro obrigatório de responsabilidade civil (art. 788, *caput*). Embora não se tenha feito expressa menção a igual direito da vítima, para o seguro facultativo de responsabilidade civil, a solução não pode ser diferente, uma vez que, por definição da lei, a obrigação da seguradora, em qualquer seguro da espécie (obrigatório ou facultativo) é a de garantir "o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro".

A novidade, em termos processuais, está no parágrafo único do art. 788, que cogita, na ação direta da vítima contra a seguradora, da possibilidade de a seguradora promover a citação do segurado "para integrar o contraditório", caso queira manejar a "exceção de contrato não cumprido".

Que tipo de intervenção de terceiro será esta? Não se trata, evidentemente, de denunciação da lide, porque a seguradora não tem direito regressivo a exercer contra o segurado inadimplente, a título de um vínculo de garantia entre eles,

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 146 1/2/2007, 08:50

pelo menos no sentido segurado-seguradora. O que caracteriza a denunciação da lide é o concurso de duas relações materiais distintas: uma entre autor e réu e outra entre a parte denunciante e o denunciado. Nesta última nem sequer figura o outro litigante, isto é, aquele que na causa principal litiga com o denunciante.

Já no chamamento ao processo a relação que se discute na causa é a mesma que serve de base para a intervenção do terceiro. Vale dizer, este também mantém relação material com o adversário daquele que o chama para o processo. O chamado vem para o processo como um co-responsável pela obrigação reclamada pelo demandante. Este escolheu o réu, mas poderia ter igualmente demandado contra o terceiro. O seu chamamento, por iniciativa do réu, destina-se a ampliar do pólo passivo do processo, de modo que sendo proferida a sentença condenatória, seus efeitos atinjam todos os coobrigados, e dessa maneira possa o réu primitivo, perante o chamado, ratear ou reclamar por inteiro o que vier a despender para cumprir a sentença. Nesse sentido, dispõe o art. 80 do CPC:

> "A sentença, que julgar procedente a ação, condenando os devedores, valerá como título executivo, em favor do que satisfazer a dívida, para exigí-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua cota, na proporção que lhe tocar".

A situação da seguradora, na espécie, equivale a do fiador que é executado diretamente pelo credor e que chama ao processo o afiançado (CPC, art. 77, I).

Portanto, a intervenção de terceiro previsto no art. 788, parágrafo único, do Cód. Civil 2002, não é a denunciação da lide, mas o chamamento do processo. Aliás, essa figura interventiva já, antes do Código Civil, havia sido prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, exatamente para que, sendo convocado o segurador pelo fornecedor demandado, o julgador pudesse proferir sentença contra ambos, permitindo, dessa maneira, ao consumidor executá-la diretamente contra qualquer um deles (CDC, art. 101, II).

Por conseguinte, o parágrafo único do art. 788 do atual Código Civil, ao permitir a citação do segurado por provocação da seguradora, criou, na verdade, um novo caso de chamamento ao processo, ampliando, assim, o elenco do art. 77 do Código de Processo Civil.

6. CHAMAMENTO DA SEGURADORA NA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MANEJADA APENAS CONTRA O SEGURADO

Não há mais dúvida de que, no direito brasileiro, é viável a ação direta da vítima contra a seguradora do causador do dano. Esta ação direta, todavia, não exclui, como é óbvio, a possibilidade de a vítima demandar diretamente contra o segurado, já que este é o responsável primário pelo ato ilícito.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 147 1/2/2007, 08:50

A respeito dessa hipótese, o Código Civil de 2002 estatuiu a seguinte regra:

> "Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador" (art. 787, § 3º).

Uma vez que as intervenções de terceiro são previstas pelo Código de Processo Civil em *numerus clausus*, urge definir como se procede processualmente para cumprir o aludido preceito do Estado Civil. No regime do Código Civil de 1916, que tratava do seguro como obrigação de reembolso, a denunciação da lide era o mecanismo processual adequado, pois se destinava justamente a instrumentalizar as garantias de regresso (CPC, art. 70, III).

Com o Código Civil atual, o segurador garante diretamente o pagamento das perdas e danos devidos pelo segurado. Assim, perante a vítima estabelecem-se dois responsáveis pela reparação: o causador do dano e a seguradora. Logo, não há mais direito de regresso, mas direito do segurado a que a seguradora cumpra a prestação objeto da garantia securitária. O seguro de responsabilidade civil, nesse contexto legal, opera como espitulação em favor de terceiro. Havendo responsabilidade direta da seguradora em face do beneficiário (vítima do dano), sua convocação pelo segurado para participar não pode mais ser feita por meio da denunciação da lide. O remédio interventivo adequado será o chamamento ao processo, figura própria para trazer a juízo terceiro que, diante do litígio em tramitação, tem também responsabilidade própria junto ao autor.

O novo Código Civil, ao conferir a estrutura de contrato de garantia ao seguro de responsabilidade civil, adequou-se, em termos gerais, ao mecanismo que o CDC já instituíra para a seguradora no âmbito das relações consumeristas: a seguradora não deve ser convocada como denunciada à lide, e sim como chamada ao processo, para que possa ser incluída na eventual condenação solidariamente com o fornecedor (CDC, art. 101, II).

Por força, portanto, do § 3º do art. 787 do Código Civil de 2002, incluiu-se mais uma hipótese de chamamento do processo no elenco do art. 77 do Código de Processo Civil.

7. LITISCONSÓRCIO ENTRE CÔNJUGES NAS AÇÕES REAIS IMOBILIÁRIAS

De acordo com o art. 10, *caput*, do CPC, o cônjuge necessita de consentimento do outro "para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários". Ocupando a posição passiva da relação processual, ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações "que versem sobre direitos reais imobiliários" (§ 1º, I, do mesmo dispositivo processual).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 148 1/2/2007, 08:50

Essa disciplina processual decorria da definição dos poderes conjugais traçada pelo Código Civil de 1916, que, a respeito do tema, assim dispunha:

a) referindo-se aos imóveis e aos direitos reais a eles pertinentes, "o marido não pode, sem o consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:… II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos" (art. 235, II);

b) "a mulher não pode, sem autorização do marido… I – praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235)";

O Código Civil de 2002 inovou, a respeito da legitimação dos cônjuges para esse tipo de pleito judicial, estatuindo no art. 1.647 que, "ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:… II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos".

Vale dizer: para o direito civil atual não há mais exigência do consentimento de um cônjuge para que o outro litigue sobre bem imóvel incomunicável, dentro do regime da separação absoluta.

Derrogou-se, por regra heterotópica, a norma do Código de Processo Civil que, nas ações em foco, exigia a autorização conjugal para a propositura da demanda, e o litisconsórcio necessário quando os cônjuges figurassem no pólo passivo do processo, sem distinção do regime matrimonial de bens (art. 10 e § 1º). Agora, o cônjuge poderá, acerca dos bens particulares, demandar e ser demandado sem a presença e sem o consentimento do consorte, desde que o regime de seu casamento seja o da separação absoluta.

A questão que subsiste é a de a regra do art. 1.647, do CC/2002 aplicar-se ao regime da separação de bens qualquer que seja a sua modalidade, isto é, tanto á separação legal como a convencional. Para FREDIE DIDIER JR., subsistiria a necessidade de vênia conjugal no regime de separação legal (art. 1.641), devendo aplicar-se a ressalva do art. 1.647 apenas à separação convencional (art. 1.687). Penso, todavia, que não há razão para tratar-se, *in casu,* de maneira diferente os regimes da separação obrigatória e da separação convencional. É, aliás, o que também pensa o Prof. MIGUEL REALE, ao cuidar da sucessão entre cônjuges no regime da separação de bens.

A nova sistemática do Código Civil deve refletir, também, sobre o parág. único do art. 669 do CPC, onde se exigia a intimação da penhora ao outro cônjuge quando recaísse sobre bem imóvel do executado casado, cuja razão de ser derivava do litisconsórcio necessário nas ações reais imobiliárias e da necessidade de outorga conjugal nos atos de alienação de bens imóveis. Como agora, para

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 149 1/2/2007, 08:50

a lei material, nos casos de separação absoluta, não mais vigora semelhante exigência, desnecessária se torna a medida intimatória a que alude o parágrafo único do art. 69 da lei processual.

8. DENUNCIAÇÃO DA LIDE *PER SALTUM*

No sistema anterior ao Código Civil de 2002, a denunciação sucessiva, isto é, a que atingia alienantes anteriores ao que transferiu o bem ao atual titular evicto, regia-se pelo art. 73 do CPC, cujo enunciado era o seguinte:

> "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".

A exegese dominante era, pois, no sentido de que a denunciação da lide somente cabia contra aquele de quem o denunciante tivesse havido o bem ou direito ameaçado de evicção. Embora pudesse estabelecer-se uma cadeia de denunciações, cada uma delas haveria de ser provocada pelo respectivo titular do direito de regresso.

Entendia-se, portanto, que a denunciação da lide poderia ser feita sucessivamente (e de forma cumulativa no mesmo processo), mas não poderia ocorrer *per saltum.*

O tema foi enfocado de maneira diferente pelo novo Código Civil, ao tratar, em seu art. 456, da garantia da evicção. Eis que nele se dispõe:

> "Para 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".

Com esta inovação, o direito de reclamar os efeitos da garantia da evicção passou a ser exercitável, mediante a denunciação da lide, não só ao alienante imediato, mas também perante qualquer outro que anteriormente tenha figurado na cadeia das transmissões do bem ou do direito.

Conferindo-se ao evicto direito de avançar na cadeia regressiva dos sucessivos alienantes, a lei civil acabou por instituir uma solidariedade passiva entre eles e perante aquele que sofre a evicção. O que afinal suportar o garantir terá, naturalmente, direito de reembolso junto aos alienantes que o precederam na cadeia.

Há quem entenda que continua prevalecendo o veto à denunciação *per saltum*, porque o novo Código Civil, no art. 456, teria recomendado observar-se o disposto nas leis de processo. No entanto, o que se previu no dispositivo do Código

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 150 1/2/2007, 08:50

Civil foi apenas a necessidade de observar-se o procedimento traçado pela lei processual para a denunciação da lide. Não foi a legitimidade para exercer o direito de garantia emanado da evicção, nem tampouco o seu alcance objetivo e subjetivo.

Melhor, portanto, a exegese feita por CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, para quem se deve ver, na lei civil posterior ao CPC, "a viabilidade de denunciar a lide a quem não tem relação jurídica de direito material direta com o denunciante. É esse o entendimento de se "notificar do litígio o alienante imediato ou qualquer dos anteriores". Até porque – conclui o autor – "a não se entender assim, a novidade da lei civil não tem significação jurídica alguma. O art. 73 do CPC, em última análise, é alimentado pela nova regra de direito civil".

9. NOMEAÇÃO À AUTORIA NA AÇÃO REIVINDICATÓRIA CONTRA O DETENTOR

Ao definir os poderes do proprietário, o art. 524 do Código Civil de 1916 arrolava o de reaver seus bens "de quem quer que injustamente os possua". Isto levava a doutrina a definir a ação reivindicatória como sendo a que cabe ao proprietário sem posse contra o possuidor sem título oponível ao dono.

Como o detentor não tem posse, pois apenas conserva a posse alheia, em virtude de relação de dependência e de cumprimento de ordens do proprietário ou possuidor (CC/1916, art. 487), o CPC instituiu a figura da nomeação à autoria (art. 62), por meio da qual o detentor, sendo demandado em nome próprio, deveria informar em juízo quem seria o proprietário ou possuidor, isto é, o legitimado a figurar no pólo passivo da ação real.

O art. 1.228 do Novo Código Civil alterou a descrição do direito de reivindicar pertencente ao proprietário, dispondo que lhe cabe, em relação à coisa, "o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

Diante da literalidade da atual norma de direito material, chegou-se à conclusão de que o art. 62 do Código de Processo Civil teria sido revogado, já que, após o Código Civil de 2002, teria sido conferida ao detentor (além do possuidor) a legitimidade passiva para a ação reivindicatória.

No entanto, para se reconhecer que o detentor, sem ser o titular do direito em disputa, pudesse defendê-lo, em nome próprio, ter-se-ia de conferir-lhe os poderes de um substituto processual. A substituição processual, no entanto, é excepcionalíssima e somente pode ocorrer nas expressas hipóteses autorizadas por lei (CPC, art. 6º).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 151 1/2/2007, 08:50

Nesse sentido, não é a circunstância de se autorizar, na reivindicação, a presença do detentor da coisa alheia, que irá dispensar a nomeação à autoria do respectivo dono ou possuidor. Lei alguma confere ao mero detentor o poder de dispor dos direitos do titular da propriedade ou posse, nem sequer lhe outorga a representação deste.

Para formar-se validamente a relação processual em que se reclama a posse ou propriedade da coisa litigiosa, forçosamente tem de ser citado aquele que se coloca na situação atual de possuidor ou dono. Somente em presença dele se estabelecerá a relação processual configuradora do devido processo legal assegurada pela ordem constitucional.

Quando, pois, o art. 1.228 do Código Civil em vigor proclama que o proprietário pode reivindicar sua coisa do possuidor ou detentor, não está autorizando a formação de um processo em que apenas o detentor ocupe o pólo passivo. Está simplesmente prevendo que o processo de reivindicação, manejado pelo proprietário tem eficácia contra quem quer que embarace o seu direito a ter contigo a coisa própria. Nada mais do que isto, ou seja: pouco importa saber a que título alguém conserve em seu poder a coisa do reivindicante, se não dispõe de título a este oponível.

A autorização de incluir o detentor na relação processual da reivindicatória não tem outro objetivo senão o de eliminar qualquer possibilidade de tentativa, após a sentença, de fugir ao seu cumprimento a pretexto de ser estranho à relação processual e, por isso, não alcançável pela coisa julgada. De forma alguma, porém, se pode pretender que o art. 1.228 do Código Civil tenha legitimado uma reivindicação apenas em face do detentor, salvo se este detiver a coisa em virtude de relação estabelecida diretamente entre o dono (reivindicante) e o réu (detentor).

Se aconteceu de a demanda desenvolver-se tão somente contra o detentor em nome de terceiro, aí, sim, ter-se-á uma sentença inexequível perante o verdadeiro titular da situação jurídica litigiosa, qual seja o que se acha realmente na condição de proprietário ou possuidor.

Nessa ordem de idéias, o texto inovador do art. 1.228 do atual Código Civil não revogou o art. 62 do CPC. Sua aplicação deve ser feita de maneira a harmonizá-lo com a figura da nomeação à autoria, e nunca no sentido de anulá-la. Ou seja, se a demanda for intentada contra ambos (detentor e possuidor), citar-se-ão os dois na posição de co-ocupantes da coisa litigiosa. Se, todavia, a demanda for proposta apenas contra o detentor, continuará ele com o dever de nomear à autoria o terceiro proprietário ou possuidor, em cumprimento de cujas ordenas ou instruções detém a coisa litigiosa. Somente não haverá nomeação à autoria, repita-se, quando a demanda se passar entre o dono e o detentor que ele mesmo constituiu.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 152 1/2/2007, 08:50

10. CHAMAMENTO AO PROCESSO EM AÇÃO DE ALIMENTOS

O art. 1.698 do Código Civil de 2002 é, em matéria de prestação de alimentos entre parentes, mais um exemplo de norma heterotópica, porque cogita de um caso de chamamento ao processo, a par daqueles arrolados no art. 77 do CPC. A hipótese se aproxima da solidariedade prevista no inciso III do dispositivo processual, mas que não chega a subsumir-se nela.

O enunciado da referida norma do Código Civil, que se aplica às ações de alimentos, é o seguinte:

> "Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos e, intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide".

Já se pretendeu ver em tal expediente processual uma modalidade de denunciação da lide, já que a prestação de alimentos não seria nem divisível nem solidária, mas sujeita a uma ordem sucessiva de legitimidade. Também já cogitou, na espécie, de um litisconsórcio *sui generis*.

Mas denunciação da lide não se entrevê, porque o réu da ação de alimentos não invoca relação de garantia nem tampouco exerce direito de regresso, não havendo como identificar o "chamamento a integrar a lide", de que fala o art. 1.698 do Código Civil, com a destinação da figura interventiva disciplinada no art. 70 do Código de Processo Civil. Tampouco se pode afastar a figura do chamamento ao processo para substituí-la por uma singela e atípica formação de litisconsórcio facultativo (e *sui generis*) superveniente, visto que as medidas processuais de intervenção de terceiro são sabidamente típicas e constam de previsão legal em *numerus clausus*.

Ora, a intervenção de terceiros concebida para formar o litisconsórcio incidental ou superveniente entre os vários coobrigados da mesma relação obrigacional é justamente o chamamento ao processo, prevista no art. 77 do CPC. É verdade que o inciso III do questionado artigo fala em chamamento "de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum". E a dívida de alimentos não configura obrigação solidária. É, no entanto, pela incapacidade do devedor de suportá-la por inteiro, obrigação que se torna comum entre os diversos alimentantes que deverão complementá-la.

Assim, mesmo não sendo obrigação solidária, a comunhão de devedores justifica sua inserção na sistemática do chamamento ao processo, porque a razão de ser da submissão dos devedores solidários ao referido remédio processual

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 153 1/2/2007, 08:50

interventivo – a dívida comum a diversos obrigados – se faz presente no concurso de vários responsáveis pela satisfação do débito alimentar.

Forte na preocupação de efetividade e instrumentalidade que o processo deve traduzir ao tornar realidade os mandamentos do direito material, creio, como CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, que o chamamento ao processo é a figura mais apta a realizar o "chamamento para integrar a lide" recomendado pelo art. 1.698 do Código Civil. O caso não é de solidariedade, como se prevê no inc. III do art. 77 do Código de Processo Civil. Indubitavelmente, "é de responsabilidade subsidiária a ser exercida consoante as 'forças' de cada um dos responsáveis pelo pagamento dos alimentos". Admitida essa premissa, forçoso é concluir que "o chamamento ao processo é instituto que bem realiza, processualmente, este regime de direito material".

FREDIE DIDIER JÚNIOR, por sua vez, prefere posicionar-se ao lado de YUSSEF SAID CAHALI, afastando, dessa maneira, o cabimento do chamamento ao processo pela inexistência de solidariedade entre o réu e os chamados a integrar a lide; e preferindo ver na espécie um litisconsório superveniente, cuja formação nem sequer seria de iniciativa do réu, mas do autor da ação alimentícia. Deve-se registrar que o próprio YUSSEF SAID CAHALI, invocado como base para a tese de rejeição ao cabimento do chamamento ao processo, em ação de alimentos, é de entendimento que a intervenção preconizada pelo Código Civil se opera por "provocação do réu", embora se trate de uma "intervenção em benefício do autor".

O certo, no entanto, é que nem sempre o réu chama para o processo alguém que apenas se destine ao cobrir a parcela de alimentos que não está em condições de custear. Segundo os próprios termos do art. 1.698 do Código Civil, o chamamento pode ser para que, dentre todas as pessoas que devam concorrer na prestação dos alimentos se estabeleça a quota de cada uma segundo "a proporção dos respectivos recursos".

Enfim, não me parece que se deva radicalizar na definição da forma de convocação dos demais co-responsáveis pela prestação alimentícia, numa época em que se bate pelas tutelas diferenciadas e, sobretudo, pela maior utilidade dos mecanismos processuais na busca pelo processo eficaz e justo.

Como adverte CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, o que se afigura mais relevante do que defender, com unhas e dentes, o prevalecimento da interpretação por ele sugerida (a de que o chamamento a integrar a lide previsto no art. 1.698 do Código Civil equivale ao "chamamento ao processo do art. 77, III, do Código de Processo Civil), "é verificar como o processo pode melhor servir ao direito material. Só isto. Chamando-se ao processo ou intervindo na qualidade de

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 154 1/2/2007, 08:50

litisconsorte passivo, o que mais importa, sobretudo em ação de alimentos, é que o alimentando possa ver satisfeito, da maneira mais completa possível, o direito material (a necessidade de receber alimentos) que motivou seu ingresso em juízo".

A oportunidade é muito boa para, mais uma vez, se ressaltar que o dogmatismo e o conceitualismo, assim como o formalismo exacerbado, cada vez menos se prestam ao progresso do estudo do direito processual. A visão estática das categorias processuais perde, dia a dia, importância, ao passo que é na visão dinâmica ou funcional que se divisa, com maior intensidade, o verdadeiro papel do processo contemporâneo. A idéia de devido processo legal evolui a passos largos para a de processo justo, onde os efeitos materiais alcançados é que, de longe, justificam a exegese das normas processuais e minimizam o desgaste de tempo e energia provocado pelas complicadas explicações dogmáticas e conceituais que, geralmente no terreno do processo, muito pouco contribuem para o aprimoramento político e social da prestação jurisdicional.

11. REGRAS TRAÇADAS PELO CÓDIGO CIVIL PARA AS ARREMATAÇÕES REGULADAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De três modos o Código Civil de 2002 invocou significativamente no regime das arrematações disciplinadas pelo Código de Processo:

a) Pelo art. 447, consagrou-se a incidência da garantia da evicção também nas alienações operadas em hasta pública, o que não era previsto no CPC;

b) Pelo art. 497, acrescentaram-se novas hipóteses de impedimentos à compra em hasta pública, ampliando-se o elenco do § 1º do art. 690 do CPC;

c) Pelo art. 1.489 generalizou-se a garantia da hipoteca legal para todas as arrematações de imóvel cujo preço não seja pago à vista, ampliando-se, portanto, a previsão do art. 700 do CPC.

11.1. Evicção

Era velha e séria a discussão sobre a sujeição da compra em licitação judicial ao regime da garantia de evicção.

O Código Civil de 2002 eliminou, de vez, a controvérsia. Seu art. 447, de forma expressa dispõe que em todos os contratos onerosos o alienante responde pela evicção e que esta garantia subsiste "ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública".

Não há dúvida, pois, que, doravante, se ocorrer, após a arrematação, que o adquirente venha a entrar em litígio com terceiro sobre o domínio da coisa adquirida

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 155 1/2/2007, 08:50

na hasta pública, terá o direito de fazer uso da denunciação da lide, como meio de exercer a competente pretensão de regresso, em busca do ressarcimento do prejuízo que a evicção possa lhe acarretar (CPC, art. 70, I, do CPC).

Resta determinar quem responderá pela indenização do arrematante, uma vez operada a evicção. Responde FREDIE DIDIER JR., informando que a doutrina brasileira segue a lição de LIEBMAN, reconhecendo que a pretensão regressiva voltar-se-ia contra o devedor, porque foi ele quem se enriqueceu indevidamente, ao solver o débito executado com o valor de uma coisa que não lhe pertencia; sendo ele insolvente, poderia o arrematante voltar-se contra o credor-exeqüente, que não tinha o direito de se pagar com o produto da alienação de bem de terceiro.

ARAKEN DE ASSIS, depois de filiar-se à corrente de LIEBMAN, acrescenta um último responsável pela evicção, o Estado, por ter sido, em última análise, quem promoveu a hasta pública. Se foi no desempenho de um serviço público que a transferência onerosa do bem se processou, não há mesmo como se recusar a reconhecer a responsabilidade estatal pela reparação do prejuízo acarretado ao arrematante vítima de evicção.

11.2. Impedimentos à arrematação

Segundo o § 1º do art. 690 do Código de Processo Civil, na arrematação, "é admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens". O próprio dispositivo, no entanto, excepciona, em três incisos, as pessoas que não têm legitimação para arrematar.

É a esse rol que o art. 497 do Código Civil de 2002 acresceu dois novos impedimentos, os quais foram enunciados em seus incisos II e IV. Dessa forma, além dos impedidos pelo texto primitivo do CPC, estão agora privados de legitimação para arrematar:

a) os servidores públicos, em geral, em relação aos "bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta" (CC, art. 497, II);

b) os leiloeiros e seus prepostos, em relação aos "bens de cuja venda estejam encarregados" (CC, art. 497, IV).

Quanto ao impedimento que já vigorava para o juiz e auxiliares do foro (CPC, art. 690, § 1º, inc. III), o inc. III do art. 497 do Código Civil esclareceu que a restrição legal é aplicável apenas à arrematação que ocorra "no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 156 1/2/2007, 08:50

11.3. Hipoteca legal

No sistema do Código de Processo Civil apenas na hipótese de venda judicial por intermédio de corretor é que, sendo realizada a prazo, o negócio deveria ser garantido por hipoteca judicial sobre o próprio imóvel alienado (CPC, art. 700).

Pelo art. 1.489 do Código Civil de 2002, entre os casos de hipoteca conferida pela própria lei (isto é, casos de hipoteca legal), figura a garantia em favor do credor (exeqüente), para assegurar o pagamento do restante do preço da arrematação (inc. V do citado artigo).

Ao invés de exceção, a hipoteca legal passou a ser a regra aplicável a qualquer arrematação de imóvel que não seja à vista, compreendendo, destarte, tanto a hipótese do art. 690, como a do art. 700, ambos do Código de Processo Civil.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 157 1/2/2007, 08:50

CAPÍTULO VII

ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Fredie Didier Jr.[*]

Sumário • 1. Consideração introdutória. 2. A premissa constitucional da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: a função social da propriedade. 3. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica: generalidades. 4. A citação dos sócios e o devido processo legal. 5. Notas ao Projeto de Lei n. 2.426/2003, que disciplina o procedimento de aplicação da sanção da desconsideração da personalidade jurídica. 6. Íntegra do Projeto de Lei n. 2.426/2003. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÃO INTRODUTÓRIA

O CC-2002 consagrou o instituto da desconsideração da pessoa jurídica (art. 50). Cumpre ao direito processual, então, criar os mecanismos para efetivá-lo. É preciso, portanto, *processualizá-lo*.

O objetivo deste ensaio é examinar alguns dos aspectos processuais da *desconsideração da personalidade jurídica*, partindo de duas premissas dogmáticas: a necessidade de preservação da garantia do contraditório e a de que a *desconsideração* é uma sanção e, como tal, somente poderia ser aplicada se respeitado o devido processo legal (passe o truísmo).

2. A PREMISSA CONSTITUCIONAL DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A exploração da atividade econômica, pela via empresarial, é manifestação do direito de propriedade.

> "A jurisprudência alemã reconhece que o 'direito ao exercício de uma exploração empresarial organizada' constitui objeto da garantia constitucional da propriedade".[1]

A personalidade jurídica das sociedades é instrumento fundamental para a chamada iniciativa privada, realizando importantíssimo papel na propulsão da

---

* Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia (graduação, especialização, mestrado e doutorado). Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Advogado (Bahia e Pernambuco).

1. COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *A questão agrária e a justiça.* Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 139, nota 25.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 159 1/2/2007, 08:50

atividade econômica – na verdade, o sistema de apropriação privada dos bens de produção, como o nosso, se organiza fundamentalmente em empresas. É possível, assim, relacionarmos o princípio da livre iniciativa (parágrafo único do art. 170, CF/88) com o também princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, XXIII e art. 170, III). É possível falar, portanto, em *função social da pessoa jurídica empresária*, corolário da *função social da propriedade*, o que acaba por demonstrar a relação existente entre esses dois princípios constitucionais.

Para continuar a análise, torna-se fundamental estabelecer a distinção entre *bens de produção* e *bens de consumo*. No atual contexto histórico – em que a vida social orienta-se para a produção e distribuição de bens em massa – esta distinção assume grande relevância.[2] Esta classificação se funda na destinação que se lhes dê, e não na sua natureza ou consistência: instrumento de produção ou coisa consumível[3].

Prossegue COMPARATO:

> "Especificamente no tocante aos bens de produção, a propriedade, no sentido que resulta da norma do art. 524 do Código Civil, veio a ser profusamente confundida com o poder de controle empresarial. Mas a partir do momento em que a empresa é criada, com a organização do trabalho alheio, já não há confundir o direito absoluto sobre o capital com o poder de organização e comando das forças produtivas"[4].

Nem sempre o proprietário da empresa coincide com o controlador; nem sempre o controlador é quem tem maioria do capital etc. As figuras de controlador e proprietário são distintas. Conclui, mais adiante, COMPARATO:

> "…em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos"[5].

FLÁVIA LEFÈVRE GUIMARÃES posicionou-se no sentido de que a personalidade jurídica (das sociedades empresariais) é manifestação do direito de propriedade, devendo, da mesma maneira, obedecer à sua função social[6].

---

2. COMPARATO, Fábio Konder. "Função Social da Propriedade de Bens de Produção". *Direito Empresarial.* São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29.
3. Sobre o assunto, mais longamente, COMPARATO, Fábio Konder. "Função Social da Propriedade de Bens de Produção", cit., p. 29-31.
4. COMPARATO, Fábio Konder. "Função Social da Propriedade de Bens de Produção", op. cit., p. 32.
5. COMPARATO, Fábio Konder. "Função Social da Propriedade de Bens de Produção", op. cit., p. 34.
6. GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor – Aspectos processuais.* São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 24.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 160 1/2/2007, 08:50

Subjacente à finalidade da sociedade, está a vontade de seus membros, que, depois de fixada em forma de objeto nos estatutos de constituição, ganha autonomia e independência com relação à vontade daqueles que a compõem. Os membros da sociedade recebem os frutos do resultado da atividade desenvolvida pelo ente personalizado, e como a propriedade significa o direito de usufruir, dispor e gozar de algo, a empresa ou sociedade é para seus membros um bem por meio do qual se exercem esses direitos. O bem jurídico constitui-se justamente na possibilidade de revestir de personalidade jurídica a concretização de vontades individuais, acompanhada de todos os apetrechos necessários para a sua consecução, bem como a autonomia patrimonial que daí surge e a limitação da responsabilidade dos sócios, fundamentais para incentivar o desenvolvimento da atividade econômica. O objeto da propriedade é a cota social – que confere ao sócio duas espécies de direito: uma patrimonial, relativa ao crédito; outra pessoal, relativa ao *status* de sócio.[7]

É com base nesta função social da sociedade empresarial que floresceu a *teoria da desconsideração da pessoa jurídica*, como forma de evitar os abusos que se vinha cometendo com as manipulações do instituto da pessoa jurídica – basta que se verifiquem as hipóteses clássicas que autorizavam o manejo desta técnica de responsabilização patrimonial dos sócios (abuso e fraude). Também com base nisso é que se pode analisar a técnica da *despersonalização*, mais radical, que implica a própria dissolução da entidade ou da cassação da autorização para o seu funcionamento.[8]

---

7. GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 29-30. Ainda: "Deve, porém, ter-se presente que a pessoa jurídica é instrumental. Sua reconhecida autonomia não a transforma num ente abstrato e totalmente alheio às pessoas dos sócios. Basta verificar que, pertencendo aos sócios tanto o capital quanto os frutos do capital, o patrimônio da pessoa jurídica é, através da ação ou quota social, expressão também do patrimônio dos sócios". (AMARO, Luciano. **"**Desconsideração da pessoa jurídica no CDC". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 5, p. 169.) Mais uma vez FÁBIO COMPARATO, em seu clássico livre sobre o poder de controle: "Ora, não existem em direito interesses e relações que não digam respeito unicamente aos homens. Por conseguinte, toda a disciplina jurídica concernente às pessoas jurídicas reduz-se, finalmente, a uma disciplina de interesses dos homens que as compõem, *uomini nati da ventre di donna*, como enfatizava. Toda e qualquer hipóstase, aí, é de rejeitar-se. A esse respeito, Ascarelli relembra a as conhecida interpretação da sociedade como um contrato plurilateral e afirma que as ações em que se divide o capital de uma sociedade anônima nada mais são do que 'bens de segundo grau'". (COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 267-268).
8. "Importa, no entanto, distinguir entre despersonalização e desconsideração (relativa) da personalidade jurídica. Na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão-só para o caso concreto". (COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na sociedade anônima*, cit., p. 283.)

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 161 1/2/2007, 08:50

JOSÉ AFONSO DA SILVA, após asseverar que a função social aplica-se a todas as espécies de propriedade, afirma que, correlacionando este princípio com o princípio da valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, CF/88), a defesa do consumidor (art. 170, V, CF/88), a defesa do meio-ambiente (art. 170, VI, CF/88), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF/88), tem configurada a sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, "especialmente imputada à empresa pela que se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial". Conclui, mais adiante: "…a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica."[9]

EROS ROBERTO GRAU examina o problema de outra forma, embora chegue a conclusões semelhantes. Assevera que a disciplina da propriedade é elemento que se insere no processo produtivo, e que este particular enfoque pertine unicamente aos bens de produção. Isto leva a que se delineie um novo perfil do direito de propriedade: a fase dinâmica. E como os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, visualiza-se o fenômeno como *função social da empresa*.[10]

A pessoa jurídica é, portanto, um instrumento técnico-jurídico desenvolvido para facilitar a organização da atividade econômica. Se assim é, o caráter de instrumentalidade implica o condicionamento do instituto ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina[11] .

A pessoa jurídica é técnica criada para o exercício da atividade econômica e, portanto, para o exercício do direito de propriedade. A chamada *função social da pessoa jurídica* (*função social da empresa*) é corolário da função social da propriedade, já tão estudada e expressamente prevista na Constituição Federal.

O estudo da *desconsideração da personalidade jurídica*, portanto, deve iniciar-se desta premissa: é indispendável a análise funcional do instituto da pessoa

9. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 745.
10. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.* 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 267-268.
11. "Trata-se de uma técnica de incentivação, pela qual o direito busca conduzir e influenciar a conduta dos integrantes da comunidade jurídica." *(*JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro.* São Paulo: RT, 1987, p. 49).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 162 1/2/2007, 08:50

jurídica, a partir da análise também funcional do direito de propriedade, para que se possa compreender corretamente a *desconsideração*, que, em teoria geral do direito, é *sanção* aplicada a ato ilícito (no caso, a utilização abusiva da personalidade jurídica).

Eis, portanto, a *premissa constitucional* da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*.

3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: GENERALIDADES.

Há situações em que a utilização da pessoa jurídica é feita ao arrepio da sua função. Não raras vezes, surgem notícias de utilização indevida do *ente moral* para fins de locupletamento pessoal dos sócios, ocultos pela aparente licitude da conduta da sociedade empresária.

É forçoso admitir que, nesses casos, assim como o direito reconhece a autonomia da pessoa jurídica e a conseqüente limitação da responsabilidade que ela invoca, a própria ordem jurídica deve encarregar-se de cercear os possíveis abusos, restringindo, de um lado, a autonomia e, do outro, a limitação. É nesse cenário, portanto, que desponta a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, visando a corrigir essa eventual falha do direito positivo. Trata-se, pois, de uma sanção à prática de um ato ilícito.

É como diz o pioneiro RUBENS REQUIÃO:

> "Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado à realização de um fim, nada mais procedente do que se reconhecer no Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através do seu uso."[12]

A *teoria da desconsideração* não tem por finalidade extinguir a pessoa jurídica, trata-se de uma técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar, no patrimônio dos sócios, bens que respondam pela dívida contraída.[13]

12. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)". *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1969, n. 410, p. 15.
13. Ainda RUBENS REQUIÃO: "O mais curioso é que a 'disregard doctrine' não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas e os bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos". ("Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)", cit., p. 14)

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 163 1/2/2007, 08:50

Cumpre alertar, ainda, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não pretende destruir o histórico princípio da separação dos patrimônios da sociedade e de seus sócios, mas, contrariamente, servir como mola propulsora da *funcionalização da pessoa jurídica*, garantindo as suas atividades e coibindo a prática de fraudes e abusos através dela. "Assim, de um lado, permanece intacta a personalidade jurídica, valendo a desconsideração apenas para aquele caso específico. Nesse sentido, a desconsideração é um eficaz antídoto contra as situações falimentares, já que permite a proteção do patrimônio social. (…) De outro lado, a desconsideração não influi sobre a validade do ato ou atos praticados, o que permite preservar direitos e interesses de terceiros de boa-fé"[14].

É importante frisar, curiosamente, que a aplicação da *teoria da desconsideração* pressupõe a prática de atos aparentemente lícitos (ao menos aparentemente). Aplica-se a teoria da desconsideração, apenas, se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária colocar-se como obstáculo à justa composição dos interesses; se a autonomia patrimonial da sociedade não impede a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe desconsideração. Uma regra geral que atribua responsabilidade ao sócio, em certos ou em todos os casos, não é regra de desconsideração da personalidade jurídica. Como visto, o método da desconsideração caracteriza-se por ser ela casuística/episódica[15].

Enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito; torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio, ou administrador: se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é caso de desconsideração. A personalidade jurídica é desconsiderada quando não se puder imputar diretamente o ato fraudulento ao sócio; o ato era aparentemente lícito. Não se deve falar em *desconsideração da personalidade jurídica* quando o sócio já for responsável pela dívida societária, de acordo com o regime de responsabilidade patrimonial do tipo de sociedade de que faz parte (limitada ou ilimitada, por exemplo).

Ex.: *a)* a responsabilização do administrador de instituição financeira sob intervenção por atos de má-administração faz-se independentemente da suspensão da eficácia do ato constitutivo da sociedade[16]; *b)* responsabilidade civil ilimitada decorrente de ilícito ambiental (art. 4º da Lei Federal n. 9.605/1998; *c)* responsabilidade civil ilimitada nas relações de consumo (art. 28, §5º, CDC);

14. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário.* São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 109.
15. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário,* cit., p. 108.
16. Adotamos, como se percebe, a concepção de FÁBIO ULHOA COELHO. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 42-43

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 164 1/2/2007, 08:50

d) responsabilidade civil no direito da concorrência (art. 18 da Lei Federal n. 8.884/1994)[17].

O art. 592, II, do CPC, que atribui responsabilidade patrimonial ao sócio, aplica-se às hipóteses em que a própria lei, ao determinar o regime jurídico do tipo societário, já imputa ao sócio a responsabilidade por dívidas da pessoa jurídica.[18-19] Nada tem a ver, pois, com a *teoria da desconsideração,* que exige a

17. "Nesses casos, e nos demais relacionados a titulares de direito à indenização, o tecnologicamente correto seria a responsabilização ilimitada dos sócios empreendedores majoritários, sem referência à desconsideração da personalidade jurídica" (COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no Novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9.).

18. Alguns exemplos de responsabilidade direta do sócio, que prescinde e dispensa a aplicação da teoria da desconsideração: a) sociedade cooperativa, art. 1.095, §§ 1º e 2º, CC-2002; b) sociedade simples, art. 1.023 do CC-2002; c) sociedade em nome coletivo, art. 1.039 do CC-2002; d) os comanditados, na sociedade em comandita simples, art. 1.045, CC-2002; e) sociedade limitada, art. 1.052 do CC-2002; f) sociedade de advogados, art. 17 da Lei Federal n. 8.906/94.

19. Em razão da importância do tema, convém apontar a divergência doutrinária que surgiu, após a edição do CC-2002, sobre a responsabilidade do sócio que não integralizou as cotas sociais na sociedade limitada (art. 1.052 do CC-2002). Se o sócio tiver integralizado sua participação no capital social, não será chamado para responder por dívidas negociais da sociedade. O sócio pode ser responsabilizado se qualquer um dos demais não tiver integralizado sua parcela no capital social: o valor do capital social subscrito e não-integralizado é o limite da responsabilidade do sócio na sociedade limitada. A dúvida é a seguinte: qualquer credor pode exigir a responsabilidade do sócio, mesmo em execução individual, ou esta legitimação é exclusiva da massa falida, portanto, em execução coletiva? MODESTO CARVALHOSA defende que qualquer credor pode exigir a responsabilidade do sócio pelo capital subscrito e não-integralizado. Verificadas a insuficiência dos bens da sociedade e a não-integralização do capital, os bens dos sócios poderiam responder pela dívida social, dentro daquele limite, mesmo em execução singular. (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195)*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 13, p. 13-15. Cf., ainda, com a mesma opinião: LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 202-203; CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 142-143). FÁBIO ULHOA COELHO trilha outro caminho, com argumentos bem impressionantes. Parte da premissa de que a responsabilidade do sócio, na sociedade limitada, é sempre subsidiária. Assim, antes de atacar o patrimônio dos sócios numa demanda executiva, é necessário que constate a ausência de bens sociais bastantes para "cobertura" daquele passivo. Trata-se, como afirma, de questão atinente ao direito falimentar. Ora, se a sociedade não tem bens suficientes para pagar o débito, encontra-se em estado jurídico de insolvência; impõe-se, então, a decretação da falência, com lastro no art. 2º, I, da Lei Falimentar. Constatada, posteriormente, a ausência da integralização por parte de um, alguns ou todos os sócios, o síndico deverá aforar a denominada "ação de integralização" do art. 50 da Lei Falimentar em face de qualquer um dos sócios (ou de alguns, ou, quiçá, de todos), para que este realize as entradas às quais estava compelido. Seria o único meio processual existente para impor aos sócios da sociedade limitada a responsabilidade pelo capital social subscrito e não integralizado. Nenhum credor individualmente poderia pretender a responsabilização do sócio, eis que o direito caberia exclusivamente ao concurso de credores. Se permitisse a execução em face do sócio, para atacar o patrimônio deste na quantidade faltante de integralização, estar-se-ia privilegiando este credor em detrimento dos demais, o que macularia princípios comezinhos do concurso de credores. É fundamental, segundo esta concepção, que a massa falida obtenha título executivo contra o sócio. Sucede que, "realizada a constrição judicial, suspende-se essa execução, no aguardo do desenvolvimento do processo falimentar", pois, em razão da subsidiariedade, a venda judicial dos bens dos sócios não pode ser realizada antes da completa realização do ativo da sociedade falida. (COELHO, Fábio Ulhoa. *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-18).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 165 1/2/2007, 08:50

verificação do preenchimento dos pressupostos legais que autorizem a aplicação da sanção (art. 50 do CC, por exemplo).

> "Na verdade, não se pode falar em desconsideração da personalidade jurídica, quando pela lei já existe uma previsão expressa de responsabilidade direta do sócio. Em tal caso, a obrigação é originariamente do sócio, mesmo que tenha praticado o ato na gestão social. A teoria da *disregard* não foi concebida visando a esse tipo de responsabilidade solidária ou direta, mas para aqueles casos em que a pessoa jurídica se apresenta como um obstáculo a ocultar os verdadeiros sujeitos do ato fraudulentamente praticado em nome da sociedade, mas em proveito pessoal do sócio.
>
> Se o sócio ou controlador, pelos atos de gestão, se apresentam, por regra legal, como responsáveis pelo prejuízo acarretado à pessoa jurídica ou a terceiros, não há lugar para desconsideração alguma. Justamente por se considerar a personalidade da sociedade é que ela poderá cobrar a indenização do prejuízo que lhe causou o mau administrador. (…)
>
> Para se cogitar da desconsideração é preciso que o sócio não possa ser alcançado senão 'afastando-se o véu' da personalidade jurídica. O negócio tem de ser camuflado de tal modo que não se chegue ordinariamente à responsabilidade do sócio".[20]

Exatamente em razão disso, é impertinente discutir *benefício de ordem* (art. 596 do CPC) na desconsideração da personalidade jurídica[21] . É irrelevante que a pessoa jurídica tenha ou não bens passíveis de ser executados. Na *desconsideração*, reputa-se o ato praticado pelo sócio, ou outra sociedade do mesmo grupo, que deverá responder, isoladamente, pela obrigação. O *benefício de ordem*, mencionado no art. 596 do CPC, aplica-se aos casos em que o sócio, juntamente com a pessoa jurídica, é também responsável pela obrigação, limitada ou ilimitadamente. Nesses casos, uma vez executado o sócio, que é responsável, poderá ele requerer primeiro sejam executados os bens da sociedade para que, só então, em caso de insucesso na satisfação do crédito, sejam os seus bens próprios sujeitos à execução.

O art. 50 do CC-2002 consagrou a teoria:

> "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios das pessoas jurídicas".

---

20. THEODORO Jr., Humberto. "Partes e terceiros na execução". *O processo civil no limiar do novo século.* Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 266.
21. Discorda-se, assim, do posicionamento de GILBERTO GOMES BRUSCHI, para quem, na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, deve ser observado o disposto no art. 596 do CPC (*Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 93-94).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 166 1/2/2007, 08:50

O desvio da finalidade da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial (entre os bens dos sócios e os bens da sociedade; adota-se a concepção objetiva apregoada por FÁBIO KONDER COMPARATO[22]) são os pressupostos de aplicação da *disregard doctrine*.

CALIXTO SALOMÃO FILHO explica o critério da confusão patrimonial:

> "A confusão de esferas caracteriza-se em sua forma típica quando a denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade não se distinguem em forma clara da pessoa do sócio, ou então quando formalidades societárias necessárias à referida separação não são seguidas. Com relação a primeiro caso (confusão de denominação), pode-se mencionar o emprego de nomes semelhantes ou de fácil confusão com o nome da sociedade controladora para designar a sociedade controlada. (…) Já os demais modos de identificação da confusão de esferas baseiam-se sobretudo em critérios formais, como a existência de administração e contabilidade separadas entre sócio e sociedade"[23]

Na verdade, quer-se, com essa técnica, impedir a utilização fraudulenta da pessoa jurídica. FÁBIO ULHOA COELHO bem sintetiza a questão: haverá propósito fraudulento sempre que, encoberto pela "máscara" da pessoa jurídica, o sócio vise a prejudicar interesse de terceiros, em nome de anseios próprios.[24]

CALIXTO SALOMÃO FILHO dá outros exemplos, além da confusão das esferas, de situações em que se admite a desconsideração. a) *Subcapitalização qualificada*: ocorre quando o "capital social é claramente insuficiente ao cumprimento dos objetivos e da atividade social e, conseqüentemente, o perigo criado pelo(s) sócio(s) no exercício do comércio é suficiente para caracterizar a responsabilidade"; b) *Abuso de forma*, que pode ser *individual*, que se verifica quando "há a utilização da personalidade jurídica com o objetivo específico de causar dano a terceiro", hipótese em que apenas este terceiro está legitimado a pleitear a desconsideração, ou *institucional*, que se caracteriza "por uma utilização do privilégio da responsabilidade limitada contrária a seus objetivos e à sua função… e tem como característica diferencial o fato de implicar a possibilidade de desconsideração a favor de qualquer credor".[25]

4. A CITAÇÃO DOS SÓCIOS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Muito se discute a respeito do problema do cerceamento de defesa e da ofensa ao princípio do contraditório, nas hipóteses em que se busca dar efetividade à

22. *O poder de controle na sociedade anônima.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 343.
23. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário.* São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 90.
24. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 31-56.
25. SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 90-91.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 167 1/2/2007, 08:50

desconsideração da personalidade jurídica. O cerne da questão é o seguinte: é possível desconsiderar a existência da pessoa jurídica sem prévia atividade cognitiva do magistrado, de que participem os sócios ou outra sociedade empresária, em contraditório? A resposta é negativa: não se pode admitir aplicação de sanção sem contraditório.

A despeito da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema – alguns se mostram mais flexíveis quanto à exigência de citação dos sócios na etapa de certificação – adota-se a posição de FÁBIO ULHOA COELHO[26], para quem, inexoravelmente, deve o membro da sociedade ser citado, já na fase de conhecimento, haja vista ser o entendimento mais afinado à segurança no processo[27]. A garantia do contraditório é um direito fundamental e, nessa condição, qualquer questão que envolva a possibilidade de sua mitigação ou eliminação deve ser vista com muita reserva.

O sócio, ou a sociedade (em caso de grupo de empresas), pode ser chamado em *litisconsórcio eventual* com a pessoa jurídica devedora. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO aborda o tema:

> "Questão elegantíssima, sobre a qual nada se conhece na literatura especializada brasileira, é a que diz respeito à admissibilidade do litisconsórcio alternativo ou eventual em nosso sistema de direito positivo. Igualmente na Itália pouco se escreveu a respeito, existindo algumas manifestações no direito alemão. Será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o art. 289 do Código de Processo Civil (cúmulo eventual), para que uma delas só seja apreciada no caso de rejeitada a primeira? Será lícito comparecerem dois autores, na dúvida sobre qual deles seja o verdadeiro credor, pedindo que o juiz emita um provimento contra o adversário comum, em benefício de um dos dois (cúmulo alternativo)?"[28].

O CPC autoriza que se formule mais de um pedido, em ordem sucessiva, a fim de que o segundo seja acolhido, não o sendo o primeiro. É a chamada cumulação eventual ou subsidiária, concretizada no artigo 289 deste diploma legal. Assim sendo, repita-se a pergunta de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: será lícito

26. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 54-56. Também assim, SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade – aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167 e segs.
27. A propósito, observe-se o que preconiza o ilustre professor: "…será sempre inafastável a exigência de processo de conhecimento de que participe, no pólo passivo, aquele cuja participação se pretende, seja para demonstrar sua conduta fraudulenta (se prestigiada a formulação maior da teoria) seja para condená-lo, tendo em vista a insolvabilidade da pessoa jurídica (quando adotada a teoria menor)" (*Curso de Direito Comercial*, cit., p. 56.).
28. Litisconsórcio. 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 390-391.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 168 1/2/2007, 08:50

colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o art. 289, do Código de Processo Civil?

A resposta é positiva. O *litisconsórcio eventual*, aplicado à hipótese em comento, permite atacar o patrimônio pessoal dos sócios, apenas e tão-somente, se for impossível liquidar o débito por intermédio do capital social da pessoa jurídica. Ora, na medida em que se poderá *desconsiderar* a personalidade jurídica de uma sociedade empresária – e, conseqüentemente, se instaurando a busca no patrimônio de seus sócios de bens para a satisfação da obrigação – nada mais razoável, assim, que sejam citados, *ab ovo*, os sócios, ou outra sociedade do mesmo grupo, já que, com a desconsideração, poderão ser tomadas medidas que acarretem a excussão dos seus patrimônios para a satisfação das pretensões de direito material postas em juízo[29].

Admite-se como lícita, também, a citação do sócio *já no processo de execução*, desde que se instaure um *incidente cognitivo* – o que não é raro nem esdrúxulo, basta ver o exemplo do *concurso de credores* – no processo executivo, para que se apure, em contraditório, o preenchimento dos pressupostos legais que autorizam a aplicação da teoria, bem como se lhe permita o exercício da sua ampla defesa.[30] Não é necessária a instauração de um processo de conhecimento com esse objetivo; o que se impõe é a existência de uma fase cognitiva, mesmo incidente, de modo que o contraditório possa ser exercitado.

Observe-se o enunciado n. 268 da súmula da jurisprudência dominante do STJ: "O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado". Ora, se o fiador, que é responsável contratual, precisa participar do processo de conhecimento, quanto mais o sócio, que não responde ordinariamente pelas dívidas da sociedade.

Cabe, porém, uma observação.

Se a *desconsideração por incidente* ocorrer em execução de título judicial, tendo em vista que o sócio/sociedade não participou do processo de conhecimento, a ele será permitido formular defesa ampla, podendo rediscutir a existência da dívida. Esse embaraço deve ser evitado. Por isso, reafirma-se o litisconsórcio

29. É o que pensam, também, ALBERTON, Genacéia da Silva. "A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais". *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 7, p. 25-26; GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor – Aspectos processuais.* São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 147; SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade – aspectos processuais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 172-176; FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica.* São Paulo: Atlas, 2002, p. 184-185.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 169 1/2/2007, 08:50

eventual como uma solução dogmática aceitável para esse problema. Se ocorrer em execução fundada em título extrajudicial, a defesa do sócio/sociedade será ampla, como já o é, nesta circunstância, a defesa de qualquer executado (art. 745 do CPC).

GILBERTO BRUSCHI, que segue a corrente que reputa desnecessária a prévia instauração do contraditório, vale-se de argumento por analogia, para fundamentar o seu posicionamento. Afirma o autor que, assim como a ineficácia relativa da alienação do bem em *fraude à execução* pode ser decretada por simples decisão nos autos, a *desconsideração* também poderia sê-lo, dispensado o processo autônomo de conhecimento com esse objetivo[31]. O argumento não convence, ao contrário: reforça a postura aqui defendida, notadamente porque a doutrina e a jurisprudência já vêm exigindo a integração do terceiro adquirente ao contraditório, ensejando-lhe a oportunidade de defender os seus interesses, até porque para a configuração da fraude à execução exige-se o conhecimento do terceiro-adquirente acerca da pendência da ação executiva[32].

O mesmo autor, porém, defende a criação (*de lege ferenda)* de um incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo de execução, de modo a viabilizar o contraditório (10 dias, por analogia ao art. 392 do CPC)[33]. Discorda-se do autor em apenas três pontos, que não são essenciais: a) o incidente faria parte do processo de execução; não seria um processo autônomo, como afirma; b) em razão disso, o *sócio* ou *sociedade empresária* tornar-se-iam partes do processo de execução; c) a decisão judicial que resolvesse o incidente seria uma decisão interlocutória, pois não encerraria o processo, e não uma sentença, como afirma.

Pois bem.

Seja pelo litisconsórcio eventual, seja pela instauração de um incidente cognitivo no processo de execução, o que importa é dar oportunidade ao debate, não sendo lícita a aplicação da sanção sem o prévio contraditório.

---

30. DINAMARCO, Cândido Rangel. "Desconsideração da personalidade jurídica. Fraude e ônus da prova". *Fundamentos do processo civil moderno.* 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, t. 2, p. 1.198.
31. BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 91-92.
32. THEODORO Jr, Humberto. "A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2001, n. 102, p. 84-86, com amplas referências; SOUZA, Gelson Amaro de. "A fraude de execução e o devido processo legal". *Revista Brasileira de Direito Processual.* Curitiba: Gênesis, 2000, n. 16, p. 272.
33. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 107.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 170 1/2/2007, 08:50

Não se pode, na ânsia por uma efetividade do processo, atropelar garantias processuais conquistadas após séculos de estudos e conquistas. Imaginar a aplicação de uma teoria eminentemente excepcional, que inquina de fraudulenta a conduta deste ou daquele sócio, sem que se lhe dê a oportunidade de defesa – ou somente se lhe permita o contraditório eventual dos embargos à execução, com necessidade da prévia penhora[34], dos embargos de terceiro ou do recurso de terceiro[35] – é afrontar princípios processuais básicos.

Nada impede, porém, que o credor solicite a tomada de providência cautelar, como o arresto, que pode ser concedida liminarmente, dês que preenchidos os respectivos pressupostos, como forma de preservar a utilidade/efetividade da prestação jurisdicional.

5. NOTAS AO PROJETO DE LEI N. 2.426/2003, QUE DISCIPLINA O PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DA SANÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Tramita no Congresso Nacional projeto de lei de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, cujo conteúdo é uma proposta de lei federal para regulamentar a aplicação da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*.

É conveniente fazer algumas anotações.

a) Há falhas técnicas no projeto que devem ser corrigidas.

Em primeiro lugar, a *desconsideração* é uma sanção e, portanto, deve ser *decretada* e não *declarada*, como afirma o projeto em diversos momentos (arts. 3º*, caput*, 5º e 6º).

Em segundo lugar, "lide" não é termo sinônimo de "processo", não podendo ser utilizado em seu lugar. Na parte final do art. 2º, por exemplo, há menção à participação do Ministério Público, nos "casos em que lhe couber intervir na lide". *Rectius*: "lhe couber intervir no *processo*". A mesma crítica é feita à utilização da palavra "lide" no § 2º do art. 3º.

b) A proposta consagra a distinção entre *responsabilidade do sócio (limitada ou ilimitada)*, de acordo com o tipo societário, e *desconsideração da personalidade jurídica*, nos exatos termos aqui expostos. Propõe-se a adoção de disciplina

34. Com esse posicionamento, aqui rechaçado, MEIRELES, Edilton. "Legitimidade passiva do sócio na execução judicial". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 1998, v. 9, p. 460-468; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 78.
35. BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, cit., p. 86.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 171 1/2/2007, 08:50

processual semelhante para ambas as situações (art. 1º, par. ún.), o que reforça a preocupação com a efetivação da garantia do contraditório. Nesse ponto, o projeto é digno de elogios.

c) O projeto consagra o posicionamento doutrinário, aqui defendido, que reputa indispensável a instauração do contraditório para que a *desconsideração* possa ser aplicada (art. 3º).

d) No projeto, consta exigência de que a *desconsideração* somente possa ser aplicada se houver pedido da parte ou do Ministério Público neste sentido, que deve indicar, necessária e objetivamente, "quais os atos praticados e as pessoas deles beneficiados" (art. 2º).

É imperiosa a menção às pessoas beneficiadas com o ato abusivo, porque "os efeitos da declaração de desconsideração da personalidade jurídica não atingirão os bens particulares de membro, instituidor, sócio ou administrador que não tenha praticado ato abusivo da personalidade em detrimento dos credores da pessoa jurídica ou em proveito próprio" (art. 6º)[36-37].

Há, ainda, autorização para a *desconsideração ex officio*, quando estivermos diante de execução que possa ter sido iniciada pelo magistrado, sem qualquer provocação da parte (art. 2º, par. ún.). Neste caso, o magistrado deve observar os mesmos pressupostos exigidos para o requerimento da parte (indicação das pessoas que serão responsabilizadas e quais foram os atos praticados), inclusive respeitando-se o princípio do contraditório. A permissão de *desconsideração* sem provocação está em conformidade com o sistema, que admite o reconhecimento *ex officio* da fraude à execução e da simulação (art. 168, par. ún., CC-2002)[38].

Como a *desconsideração* é útil principalmente na execução de prestação pecuniária, e essa somente pode começar *ex officio* no âmbito da Justiça do Trabalho, a incidência deste parágrafo único ficará restrita à execução destes créditos.

---

36. Conclusão n. 7 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, ao administradores ou sócios que nela hajam concorrido".
37. "Correto o legislador, em nosso sentir, quando exigiu, para a desconsideração, que fossem indicados, *em requerimento específico,* o agente causador do dano e o ato abusivo que praticou. Nada mais fez do que admitir o óbvio: o nexo de causalidade como elemento fundamental da responsabilidade civil. Isso evitará a imputação de responsabilidade a um sócio que já houvesse se retirado da sociedade, ou nunca tivesse exercido cargo de gerência. Claro está, todavia, que, existindo prova do beneficio experimentado por um dos sócios, ainda que não houvesse diretamente praticado o ato abusivo, poderá o mesmo, neste caso, e por razão de justiça, submeter-se à medida de desconsideração" (GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 261.).
38. Já defendia a *desconsideração ex officio,* SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade – aspectos processuais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 158.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 172 1/2/2007, 08:50

Obviamente, essa realidade normativa pode ser alterada com a edição de lei federal que generalize a possibilidade de o magistrado dar início de-ofício à execução para pagamento de quantia.

e) O projeto cria, portanto, um *incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica*. Trata-se de incidente cognitivo ao processo de execução, que segue o modelo já mencionado em item anterior deste ensaio.

Não se pode ignorar, não obstante o silêncio do projeto, a possibilidade de a *desconsideração* ser requerida já no processo de conhecimento originário, valendo-se o demandante da técnica do *litisconsórcio eventual.*

Pela proposta apresentada pelo Deputado Ricardo Fiúza, o incidente processual teria as seguintes características: *i)* teria autos próprios, que seriam apensados aos autos principais; *ii)* o prazo de defesa seria de cinco dias, o que me parece razoável; *iii)* seria possível a produção de provas, o que é corolário da garantia do contraditório e a própria razão de ser da instauração do incidente; *iv)* a decisão do incidente seria interlocutória (o que está correto, pois não se trata de decisão que encerra a execução) e o recurso cabível seria o agravo de instrumento (todas as características, até aqui, encontram-se no § 1º do art. 3º); *v)* há exigência de citação, no caso de o responsável ainda não fazer parte do processo, e de intimação pessoal, para o caso em que ele já fazia parte do processo. A exigência de *intimação pessoal*, e não pelo advogado, não se justifica e está em dissonância com o sistema do CPC, que, em diversas situações semelhantes, autoriza que a comunicação processual se perfaça na pessoa do advogado da parte, que a receberá, normalmente, por meio do órgão de publicação oficial (p. ex.: arts. 57, 316, 603, par ún, 659, § 5º); *vi)* se a citação ou intimação se efetuar por edital ou por hora certa, e o citado/intimado for revel, impõe-se a nomeação do curador especial (§3º do art. 3º); *vii)* o Ministério Público deve ser intimado para intervir no incidente, obrigatoriamente (art. 5º): essa exigência não se justifica, pois nada indica que se trata de hipótese em que há interesse indisponível, fundamento da intervenção do Ministério Público no processo civil[39].

f) Este incidente processual também deve ser observado nos casos de responsabilidade patrimonial decorrente de fraude à execução ou simulação (art. 4º).

g) Cria-se uma regra de interpretação em relação aos dispositivos legais que a autorizam: todos devem ser interpretados restritivamente (art. 5º, *caput*)[40].

39. Neste sentido, GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 262.
40. Conclusão n. 146 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 173 1/2/2007, 08:50

O grande problema deste dispositivo é o seguinte: como se viu, as hipóteses de abuso na utilização da personalidade jurídica não se restringem à fraude e à confusão patrimonial. Ademais, "desvio de finalidade social" é conceito vago, que, portanto, permite diversas interpretações. Para pouco eficaz impor interpretação restritiva de um enunciado que consagra um conceito indeterminado.

i) O projeto consagra a idéia, também aqui defendida, de que não é pressuposto para a desconsideração da personalidade jurídica "a mera inexistência ou insuficiência de patrimônio para o pagamento dos débitos contraídos pela pessoa jurídica" (art. 5º, par. ún.).

Nada impede que a lei crie hipóteses de responsabilidade ilimitada dos sócios, como o fez em relação às questões ambientais e relativas ao Direito do Consumidor. Quando o fizer, porém, já não se falará mais de *desconsideração*, mas de responsabilidade patrimonial ilimitada e subsidiária.

j) Essas regras processuais não precisariam ser aplicadas se "pela expressão percentual da participação atual de um sócio, verificável na data em que requerida a desconsideração, a pessoa jurídica devedora, que haja regularmente sido chamada a integrar a lide de conhecimento, se identificar com a pessoa física" (art. 8º).

Não se reputa conveniente a restrição, que é muito perigosa, pois pressupõe que há situações "obviamente fraudulentas", que dispensariam contraditório, e outras não tão escancaradas, para as quais o contraditório se impõe. Em toda discussão judicial, a única certeza que devem ter os litigantes é a da previsibilidade dos *meios*, pois o resultado do debate é sempre incerto (LUHMANN). A decisão judicial é construída pelo diálogo das partes, que, ao longo do embate, apresentam as suas razões e provas e que têm, enquanto ele durar, apenas *expectativas* de vitória. Não se deve aceitar que o "óbvio" dispense o contraditório. Trata-se de precedente assaz perigoso.

k) Como se trata de regras de direito processual, o art. 7º determina a aplicação imediata dos dispositivos "a todos os processos em curso perante quaisquer dos órgãos do Poder Judiciário referidos no art. 92 da Constituição Federal, em qualquer grau de jurisdição, sejam eles de natureza cível, fiscal ou trabalhista".

6. ÍNTEGRA DO PROJETO DE LEI N. 2.426/2003

Projeto de Lei n. 2.426/2003

Art. 1º. A desconsideração da personalidade jurídica, para fins de imputar obrigação passiva da pessoa jurídica a seu membro, instituidor, sócio ou administrador obedecerá aos preceitos desta lei.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 174 1/2/2007, 08:50

Parágrafo único. Aplica-se, também, o disposto nesta lei às decisões da justiça comum, federal e estadual, e da justiça do trabalho que implicarem na responsabilização direta, em caráter solidário ou subsidiário, do membro, instituidor, sócio ou administrador pelos débitos da pessoa jurídica.

Art. 2º. A parte que postular, no processo de execução, a desconsideração da personalidade jurídica ou a responsabilidade pessoal de membro, instituidor, sócio ou administrador por débito da pessoa jurídica, indicará, necessária e objetivamente, em requerimento específico, quais os atos praticados e as pessoas deles beneficiados, o mesmo devendo fazer o Ministério Público nos casos em que lhe couber intervir na lide.

Parágrafo único. Nas hipóteses em que a execução puder ser promovida de ofício pelo juiz, a decisão que declarar a desconsideração da personalidade jurídica ou aquela cujos efeitos implicarem na responsabilização pessoal de terceiros por débito da pessoa jurídica, além de nominar as pessoas atingidas, deverá indicar, objetivamente, quais os atos por elas praticados, sob pena de nulidade.

Art. 3º. Antes de declarar que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos membros, instituidores, sócios ou administradores da pessoa jurídica, o juiz estabelecerá o contraditório, facultando-lhes o prévio exercício da ampla defesa.

§ 1º. O Juiz, ao receber a petição, ou mesmo nos casos em que verificar, de ofício, a presença dos pressupostos que autorizem a desconsideração da personalidade jurídica ou a responsabilização direita dos membros, instituidores, sócios ou administradores da pessoa jurídica, mandará instaurar o incidente, em autos apartados, determinando o chamamento dos terceiros eventualmente atingidos em seus patrimônios pessoais para se defenderem no prazo de 05 dias, facultando-lhes a produção de provas. Em seguida, decidirá o incidente, e dessa decisão, de natureza interlocutória, caberá recurso ao tribunal competente.

§ 2º. Sendo várias as pessoas eventualmente atingidas, os autos permanecerão em cartório e o prazo de defesa para cada um deles contar-se-á a partir da respectiva citação, quando não figuravam na lide como partes, ou da intimação pessoal se já integravam a lide, sendo-lhes assegurado o direito de obter cópia reprográfica de todas as peças e documentos dos autos ou das que solicitar, e juntar novos documentos.

§ 3º. Nos casos de citação por edital ou com hora certa, aplicar-se-á o disposto no art. 9º, inciso II, da Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil).

Art. 4º. Sempre que constatar a existência de simulação ou de fraude à execução, o juiz, depois de declarar a ineficácia dos atos de alienação e constringir os bens alienados em fraude ou simulação, poderá determinar a responsabilização pessoal dos membros, instituidores, sócios ou administradores que hajam concorrido para fraude, observado o disposto no artigo anterior, sendo vedado o chamamento de outras pessoas antes de esgotados todos os meios de satisfação do crédito por parte dos fraudadores.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 175 1/2/2007, 08:50

Art. 5º. O juiz somente poderá declarar a desconsideração da personalidade jurídica ouvido o Ministério Público e nos casos expressamente previstos em lei, sendo vedada a sua aplicação por analogia ou interpretação extensiva.

Parágrafo único. A mera inexistência ou insuficiência de patrimônio para o pagamento dos débitos contraídos pela pessoa jurídica não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica quando ausentes os pressupostos legais.

Art. 6º. Os efeitos da declaração de desconsideração da personalidade jurídica não atingirão os bens particulares de membro, instituidor, sócio ou administrador que não tenha praticado ato abusivo da personalidade em detrimento dos credores da pessoa jurídica ou em proveito próprio.

Art. 7º. As disposições desta lei aplicam-se imediatamente a todos os processos em curso perante quaisquer dos órgãos do Poder Judiciário referidos no art. 92 da Constituição Federal, em qualquer grau de jurisdição, sejam eles de natureza cível, fiscal ou trabalhista.

Art. 8º. Não se aplicam os dispositivos desta lei quando, pela expressão percentual da participação atual de um sócio, verificável na data em que requerida a desconsideração, a pessoa jurídica devedora, que haja regularmente sido chamada a integrar a lide de conhecimento, se identificar com a pessoa física.

Art. 9º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTON, Genacéia da Silva. "A desconsideração da pessoa jurídica no Código do Consumidor – aspectos processuais". *Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo: RT, v. 7.

AMARO, Luciano. "Desconsideração da pessoa jurídica no CDC". *Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo: RT, n. 5.

CAMPINHO, *Sérgio*. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195).* São Paulo: Saraiva, 2003, v. 13.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial.* São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

_____. *A sociedade limitada no Novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *A questão agrária e a justiça.* Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: Saraiva: 1995.

_____. "Função Social da Propriedade de Bens de Produção". *Direito Empresarial.* São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *O poder de controle na sociedade anônima.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 176 1/2/2007, 08:50

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. "Desconsideração da personalidade jurídica. Fraude e ônus da prova". *Fundamentos do processo civil moderno.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t.2.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica.* São Paulo: Atlas, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na constituição de 1988.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *A Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor – Aspectos processuais.* São Paulo: Max Limonad, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro.* São Paulo: RT, 1987.

LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1

MEIRELES, Edilton. "Legitimidade passiva do sócio na execução judicial". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 1998, v. 9.

REQUIÃO, Rubens. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)". *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, 1969, n. 410.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário.* São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Gelson Amaro de. "A fraude de execução e o devido processo legal". *Revista Brasileira de Direito processual.* Curitiba: Gênesis, 2000, n. 16.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Osmar Vieira da. *Desconsideração da personalidade – aspectos processuais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO Jr., Humberto. "Partes e terceiros na execução". *O processo civil no limiar do novo século.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. "A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 2001, n. 102.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 177 1/2/2007, 08:50

CAPÍTULO VIII

O ART. 72 DO NOVO CÓDIGO CIVIL E SEU REFLEXO NA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

*Bruno Freire e Silva**

Sumário • 1. Reaproximação entre Processo e Direito Material. 2. Repercussões do Novo Código Civil no Direito Processual. 3. Competência Jurisdicional. 4. Domicílio. 5. O art. 72 do Novo Código Civil e seu reflexo na Competência Jurisdicional. 6. Conclusão. Bibliografia.

1. REAPROXIMAÇÃO ENTRE PROCESSO E DIREITO MATERIAL

O Direito é uma ciência organizada em ramos distintos de conhecimento: Direito Penal, Direito Tributário, Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Processual, entre outros. Apesar de ramos distintos, divididos em função de uma melhor organização e estudo das matérias[1], jamais se negou a inter-relação dessas disciplinas, uma vez que o Direito é uno.

No tocante à inter-relação entre o direito processual civil e o direito civil, houve um distanciamento dos estudiosos, talvez a partir da promulgação do Código de Processo Civil em 1973, separados e taxados de "civilistas" ou "processualistas", sem uma satisfatória interpenetração nas pesquisas realizadas e publicadas.

No momento atual, entretanto, a necessidade de reaproximação entre processo e direito material é preocupação de qualquer processualista atencioso à evolução da ciência processual. Nesse sentido, Rodrigo Reis Mazzei destaca muito bem que:

> "…já é mais do que o momento de conscientização na comunidade jurídica de que entre o Direito Material e o Processual existe interdependência, devendo ser afastada aquela idéia de outrora de ciências absolutamente distintas, sem convergência[2]".

---

* Advogado em São Paulo. Professor de Direito Processual Civil da UNINOVE. Pós-graduado em Direito Processual pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil na PUC/SP.

1. Miguel Reale *in* Lições Preliminares do Direito, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 335, chama atenção que a divisão do direito é encontrada desde a época dos romanos: "A primeira divisão que encontramos na história da Ciência do Direito é a feita pelos romanos, entre Direito Público e Privado, segundo o critério da utilidade pública ou particular da relação: o primeiro diria respeito às coisas do Estado (*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat*), enquanto que o segundo seria pertinente ao interesse de cada um (*privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat*).
2. MAZZEI, Rodrigo Reis. *Notas Iniciais à Leitura do Novo Código Civil*. *In* Comentários ao Código Civil, coordenação Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. XCVI.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 179 1/2/2007, 08:50

José Roberto dos Santos Bedaque também expressou essa preocupação através de marcante obra intitulada *DIREITO E PROCESSO Influência do Direito Material sobre o Processo*, em que propõe uma revisitação do sistema processual, através da tomada de consciência de que os institutos processuais são concebidos à luz do direito material e a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da ciência processual[3].

Não se pode, portanto, fechar os olhos para esse mister atual e de suma importância para os estudiosos e operadores do direito[4]. Principalmente com a promulgação do Novo Código Civil que trouxe inúmeras normas de repercussão no processo civil, que corroboram a afirmação da necessidade de reaproximação desses dois ramos do Direito[5].

2. REPERCUSSÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL NO DIREITO PROCESSUAL

A entrada em vigor do Novo Código Civil trouxe uma infinidade de regras que repercutiram, de forma direta, no direito processual[6]. Basta, para tanto, observar algumas questões que foram tratadas pela Lei 10.406/02. Vejamos.

O problema da desconsideração da personalidade jurídica tratada no art. 50 e a conseqüente necessidade de citação dos sócios da pessoa jurídica para fins de garantir suas respectivas responsabilidades e o devido processo legal.

Os tormentosos institutos da prescrição e decadência, no tocante ao seu reconhecimento judicial, tratado, respectivamente, nos arts. 193/194 e 210/211.

O regramento da prova regulado nos arts. 212, 213, 214, 224, 227, 228 e 230, que tanto demonstra a necessidade do estudo conjunto do direito material e processual.

---

3. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *DIREITO E PROCESSO Influência do Direito Material sobre o Processo.* São Paulo: Malheiros Editores, 1997, ps. 13/14.
4. Arruda Alvim, *in* Manual de Direito Processual Civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 112, de forma categórica afirma que: "Profundas são as relações do processo civil com o Direito Civil. Desde logo, lembre-se, têm estes ramos do Direito até mesmo o adjetivo *civil* em comum. Pode dizer-se, *grosso modo*, que grande parte do direito substantivo privado (direito privado comum) é constituída pelo Direito Civil, e que, por outro lado, o processo civil é o instrumento através do qual os casos controvertidos dessa parte do direito substancial são resolvidos."
5. É digno de registro que a idéia do artigo surgiu durante o atualíssimo curso ministrado pelo Professor Cássio Scarpinella Bueno na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, "Impactos do Novo Código Civil no Processo", válido como crédito para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, na sub-área de concentração Direito Processual Civil e, também, através do incentivo do amigo capixaba Rodrigo Reis Mazzei.
6. É leitura obrigatória a obra de Fredie Didier Jr., *Regras Processuais no Novo Código Civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, em que o autor aborda a influência do Código Civil de 2002 na legislação processual, com as principais regras processuais trazidas por esse diploma civil.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 180 1/2/2007, 08:50

O julgamento de credores solidários tratado no art. 274 e sua necessária harmonização com o instituto da coisa julgada, em especial os seus limites subjetivos regulados pelo art. 472 do Código de Processo Civil.

As novas regras sobre arrematação, trazidas nos artigos 447, 497 e 1.489 que, em resumo apresentado por Fredie Didier Jr.[7] são respectivamente: a) possibilidade de falar de evicção em hasta pública; b) alterações na legitimidade para arrematar; c) instituição, em favor do exeqüente, de hipoteca legal sobre o imóvel arrematado, para a garantia do pagamento do restante do preço.

A revelia do denunciado (art. 456, parágrafo único), novas regras sobre possessórias (art. 1.210), regime de bens e capacidade processual (art. 1.639, 1.643, 1.647), intervenção de terceiro em ação de alimentos (art. 1.698), procedimento especial da curatela de interditos (art. 1.489, 1.769, 1.770, 1.771), enfim, inúmeras são as repercussões do Novo Código Civil no processo[8].

Uma repercussão em especial nos interessa no presente trabalho: a nova regra de domicílio do art. 72 do Novo Diploma Civil e seu reflexo no instituto da Competência Jurisdicional.

3. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Através de critérios lógicos e pelos mais variados motivos, como extensão territorial e natureza da causa, distribuem-se entre os muitos juízes pátrios as atribuições referentes ao desempenho da atividade jurisdicional. A essa repartição de atribuições se dá o nome de competência[9].

Os critérios de determinação da competência estão primeiramente dispostos na Constituição Federal e, a partir da Carta Magna, vêm tratados pelas leis infraconstitucionais, como as Constituições estaduais, leis de organização judiciária e, principalmente, o Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil utilizou divisão tripartida de critérios para a classificação da competência. Conforme destaca Marcus Vinícius Rios Gonçalves[10], essa forma de repartição tornou-se clássica, em especial a partir de obra de Chiovenda, e os processualistas pátrios a adotam com algumas variações.

---

7. DIDIER JR., Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77.
8. Sobre outras repercussões do Novo Código Civil no processo ver o texto *"O Novo Código Civil e o Direito Processual"* de José Carlos Barbosa Moreira *in* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 19, Set-Out/2002, p.p 111/122.
9. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 91.
10. GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 57.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 181 1/2/2007, 08:50

Os critérios podem ser divididos nos seguintes grupos: a) objetivo: a competência é fixada em função da matéria e do valor da causa; b) funcional: abrange a competência de ordem hierárquica; c) territorial: regulamenta a competência de foro[11].

O critério territorial de competência é utilizado para a apuração do foro comum, em hipótese de não existir um foro especial. O foro comum, como opção legislativa, é considerado em função do domicílio do réu. É o que dispõe o art. 94 do Código de Processo Civil: "A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu".

O art. 94 do Estatuto Processual é regra válida para fixação de competência, porém, a incumbência de conceituar domicílio não é da lei processual, mas sim da lei civil. O Novo Código Civil o faz a partir do art. 70 e seguintes de sua parte geral.

4. DOMICÍLIO

O elemento que situa o homem geograficamente é essencial para a administração de seus bens e patrimônio, bem como para a segurança de suas relações jurídicas com terceiros.

Nesse sentido, os baianos Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[12] destacam a importância do domicílio ao frisarem que: "por imperativo de segurança jurídica, toda pessoa deve ter um lugar que seja considerado a sede central de seus negócios. Neste local, salvo disposição especial em contrário, a parte com quem contratamos poderá ser demandada".

O domicílio enseja, assim, conseqüências relevantes não somente para o direito civil, quando estabelece, por exemplo, o lugar em que a pessoa deve cumprir suas obrigações, mas também, como vimos, para o direito processual, haja vista o já demonstrado critério de fixação da competência territorial[13].

---

11. A competência em razão da matéria e hierarquia é absoluta e, portanto, inalterável. A competência em função do território e do valor da causa é relativa e, conseqüentemente, pode ser objeto de modificação, isto é, prorrogação. É o que diz o art. 111 do Código de Processo Civil, *in verbis*: "A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações".
12. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 243/244.
13. A importância do conceito de domicílio ainda pode ser constatada na Lei de Introdução ao Código Civil, ao dispor em seu art. 7º que "a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família", no próprio Código Civil,

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 182 1/2/2007, 08:50

O conceito legal de domicílio[14] é delimitado no art. 70 do Novo Código Civil que estabelece: "O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo"[15].

A partir da leitura dessa definição legal do instituto, pode-se vislumbrar um elemento objetivo, consistente na residência, e um elemento subjetivo, representado pelo *animus manendi*, isto é, intenção de se fixar por tempo indeterminado.

Ocorre que os jurisdicionados podem ter mais de uma residência, o que não gera qualquer problema em nosso sistema legal, uma vez que o Novo Código Civil, como o anterior, adota o princípio da pluralidade dos domicílios: "Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas" (art. 71 do Novo Código Civil).

A pluralidade de domicílio prevista na lei civil está em consonância com o Código de Processo Civil, no momento em que este diploma estabelece no parágrafo 1º, do art. 94, que: "tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles[16]".

Apesar da harmonia entre a lei civil e a lei processual, a codificação pretérita gerava controvérsias na doutrina e na jurisprudência por tratar, no mesmo

---

por determinar, no art. 1.785, onde será aberta a sucessão hereditária, no Código de Defesa do Consumidor, ao fixar, no seu art. 101, I, que a ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pode ser proposta no domicílio do autor, no âmbito da Lei dos Juizados Especiais, ao definir, no art. 4º, que o autor poderá optar, nas ações de reparação de danos de qualquer natureza, pelo seu domicílio, e, ainda, na Consolidação das Leis do Trabalho, ao dispor o art. 461 que ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança de domicílio.

14. Sobre o conceito legal de domicílio e suas implicações nos negócios jurídicos realizados através da internet, ver excelente trabalho de Bruno Miragem *"O Conceito de Domicílio e sua Repercussão nas Relações Jurídicas Eletrônicas" in* Revista de Direito Privado, ano 5, julho-setembro de 2004, coordenação Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery.
15. Tal definição é objeto de incessantes críticas da doutrina, tendo em vista a confusão que enseja entre os conceitos de moradia, residência e domicílio. Flávio Augusto Monteiro de Barros, *in Manual de Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral*, São Paulo: Editora Método, 2005, p. 158, traz a seguinte distinção entre eles: Morada é a pousada eventual. Exemplo: casa de praia para passar o verão, em que a pessoa chega, se abriga e parte, sem que haja qualquer estabililidade. Assim, a morada é o lugar onde a pessoa se encontra e permanece sem a intenção de ficar. Residência é a morada habitual. É o lugar onde a pessoa habita com uma estabilidade relativa. Tal ocorre, por exemplo, com o estudante do interior que vem para a cidade de São Paulo estudar durante um ano. Domicílio, por sua vez, é a residência com ânimo definitivo, isto é, com a intenção de tê-la por tempo indeterminado. É, pois, a morada estável e permanente.
16. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery chamam atenção no *NOVO CÓDIGO CIVIL e legislação extravagante anotados,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 41, que se cônjuges tiverem necessidade, em virtude de encargos públicos decorrentes do exercício de sua profissão, poderão se ausentar do domicílio conjugal, onde cumprem o dever conjugal de vida em comum (CC 1566 II c/c 1569), e estabelecer domicílio funcional em lugar diverso do fixado como de domicílio conjugal.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 183 1/2/2007, 08:50

dispositivo, do domicílio residencial e do domicílio profissional (denominado anteriormente de "centro de ocupações habituais")[17], o que ensejava a suposição por alguns da existência de um domicílio subsidiário[18].

Assim, o Novo Código Civil optou por redação ligeiramente diferente que, conforme visto na transcrição do art. 71, não inovou no tocante à pluralidade residencial, mas deixou para uma novel disposição legal, a do art. 72 e seu parágrafo único, o tratamento da pluralidade domiciliar profissional[19].

Tal inovação traz reflexo para a competência jurisdicional e, por tal razão, nos propomos interpretá-la.

5. O ART. 72 DO NOVO CÓDIGO CIVIL E SEU REFLEXO NA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

O Código Civil de 2002 tratou do domicílio profissional em artigo específico. Rege o art. 72 do Novo Diploma: "É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida[20]".

Pois bem. No momento em que o legislador trata do domicílio profissional em outro dispositivo, cinde os regimes. Ou seja, para efeito de competência, a nova regra sobre domicílio enseja a necessidade de averiguação de qual tipo de relação é objeto do litígio.

Tratando-se de questão relacionada ao trabalho da pessoa, além de sua residência, o lugar do exercício da profissão também é considerado domicílio e, portanto, foro competente para propositura de ações relacionadas a questões profissionais.

---

17. Art. 39 do Código Civil de 1916: "Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências onde alternadamente viva, ou vários centros de ocupações habituais, considerar-se-á domicílio seu qualquer destes ou daquelas".
18. A interpretação que gerou discussões acadêmicas e decisões jurisprudenciais em ambos os sentidos foi retratada por Moreira Alves *in A parte geral do novo Código Civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78-79.
19. José Bonifácio Borges de Andrada e Erika Moura Freire em excelente trabalho intitulado "*Domicílio no Novo Código Civil"in O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale,* Coordenadores Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Granda da Silva Martins Filho, São Paulo: Editora Ltr, 2003, p. 91, elogiam a alteração legislativa: "Disso resulta que o Código atual apenas pretendeu corrigir as possíveis distorções apresentadas na interpretação do artigo, melhorando substancialmente a redação anterior, na linha da melhor doutrina".
20. O Código Civil Português influenciou o nosso, uma vez que cuida de maneira similar do chamado domicílio profissional, ao dispor no seu art. 83 que: "A pessoa que exerce uma profissão tem, quanto às relações que a esta se referem, domicílio profissional no lugar onde a profissão é exercida. Se exercer a profissão em lugares diversos, cada um deles constitui domicílio para as relações que lhe correspondem".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 184 1/2/2007, 08:50

Em relação a questões pessoais, entretanto, que não digam respeito à atividade profissional do indivíduo, só poderá ser considerado domicílio e, conseqüentemente, foro competente para solução do litígio, a localidade em que a pessoa tenha residência. Essa é a interpretação literal do dispositivo em exame[21].

A nova regra de domicílio constante no art. 72 do Código Civil de 2002, portanto, traz claro reflexo na competência jurisdicional, uma vez que rompe com o sistema anterior em que "domicílios residenciais" e "domicílios profissionais" valiam para todos os efeitos.

Conforme vimos, a despeito de divergências doutrinárias[22], nos termos do art. 32 do Código antigo, a pessoa que tivesse diversas residências onde alternadamente vivesse ou vários centros ocupacionais, poderia ser acionado em quaisquer deles, sendo indiferente para fixação da competência jurisdicional. O que não mais ocorre com a regra do art. 72 do novo diploma.

No tocante a essa interpretação, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas[23] expõe exemplo esclarecedor:

> "A diferença reside no seguinte: antes, se alguém morava na cidade A e exercia a profissão (*rectius*, ocupação habitual) de, digamos, dentista na cidade B, poderia ser acionado em qualquer das duas, tanto a propósito de questões pessoais (uma colisão de automóveis, por exemplo) como profissionais (*verbi gratia,* uma indenização por tratamento dentário mal feito). Agora, porém – caso seguida estritamente a literalidade do presente dispositivo – mantida a mesma situação, a pessoa em causa poderá ser acionada tanto a propósito das relações pessoais como das profissionais na cidade A, mas na B só o poderá no tocante a essas últimas".

O parágrafo único do art. 72 reforça a nova dicotomia existente entre domicílio residencial e domicílio profissional, com claro reflexo na competência jurisdicional, ao dispor que:

---

21. Nesse sentido correta a colocação de Bruno Lewicki *no artigo* "*O domicílio no Código Civil de 2002"*, *in A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, Coordenador Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, quando na página 143/144 afirma: "Com a inovação, ganha importância precisar qual tipo de relação é objeto do exame: se ela tiver por propósito o trabalho da pessoa, o lugar do exercício profissional também poderá ser considerado para fins de determinação de domicílio. O raciocínio inverso não é possível; caso a relação em apreço não diga respeito à atividade profissional do indivíduo, só poderão ser levados em conta como possíveis domicílios as localidades onde a pessoa tenha residência".
22. A exegese feita por Clóvis Beviláqua, por exemplo, citada por José Bonifácio Borges de Andrada e Erika Moura Freire, *Op. Cit.* p. 91, era de que o centro de ocupações é idéia que somente aparece, na lei, quando a sua dualidade ou multiplicidade, mostrando a dispersão da atividade da pessoa, torna necessário submetê-la a foros, segundo os atos jurídicos se prendem à sua vida individual do lar, ou aos seus negócios.
23. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Parte Geral.* Coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 563.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 185 1/2/2007, 08:50

> "Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem".

Assim, se ocorrer a existência de múltiplos domicílios profissionais, a interpretação também é diferente daquela preconizada para a pluralidade de residências, uma vez que não se poderá escolher qualquer domicílio arbitrariamente, mas somente em função da relação concreta de trabalho. Um médico, por exemplo, que exerça sua profissão em São Paulo e Campinas, incidindo num erro por imprudência técnica numa cirurgia realizada na capital do estado, deverá somente nela ser demandado por seu paciente.

É patente, portanto, o reflexo do art. 72 do Novo Código Civil na competência jurisdicional, isto é, na determinação do foro competente para propositura de medidas judiciais.

6. CONCLUSÃO

Não há como negar que a nova regra do art. 72 do Novo Código Civil trouxe reflexo para determinação da competência jurisdicional. Porém, por cautela, cabe aqui registrar que a interpretação dada ao dispositivo foi literal.

Sabemos que a interpretação dada, por ser restritiva, poderá criar dificuldades para o exercício de direitos e, no contexto da atual reforma do judiciário, em que se privilegia a celeridade processual, há possibilidade de não ser aquela acolhida pela jurisprudência.

Somente o tempo dirá qual interpretação será a acolhida pelas nossas Cortes. O que importa sabermos é que a norma civil em exame, o art. 72 do Novo Código, tem claro reflexo na seara processual, sobre a competência jurisdicional para fixação de foro, tramitação e julgamento de ações.

E essa constatação, somente reforça nossa afirmação, feita no primeiro capítulo do trabalho, da necessidade de reaproximação entre o processo e o direito material.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Moreira. *A parte geral do novo Código Civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil.* São Paulo: RT, 2000.

ANDRADA, José Bonifácio Borges de Andrada; FREIRE, Erika Moura. "Domicílio no novo Código Civil". *O Código Civil: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale.* Domingos Franciulli Netto; Gilmar Ferreira Mendes; Ives Granda da Silva Martins Filho (coord.). São Paulo: Ltr, 2003.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 186 1/2/2007, 08:50

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil – Lei de Introdução e parte geral.* São Paulo: Método, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.* São Paulo: Malheiros, 1997.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

DIDIER, Fredie. *Regras processuais no novo código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral.* São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Marcos Vinicios Rios. *Novo curso de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados.* São Paulo: RT, 2002.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *"Notas Iniciais à Leitura do Novo código Civil". Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

MIRAGEM, Bruno. "O Conceito de Domicílio e sua Repercussão nas Relações Jurídicas Eletrônicas". *Revista de Direito Privado,* ano 5, julho-setembro de 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O novo Código Civil e o direito processual". *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil,* n. 19, Set-Out/2002.

LEWICKI, Bruno. "O domicílio no Código Civil de 2002". *A parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional.* Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito.* São Paulo: Saraiva, 1994.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 187 1/2/2007, 08:50

Capítulo IX
Reconhecimento dos fatos jurídicos e Estatuto de Direito Privado

*Gabriel Pintaude**

Sumário • 1. Introdução. 2. Estatuto de direito privado. 3. Prova como reconhecimento (dos fatos jurídicos). 4. Forma e prova: *ad solemnitatem*, *ad substantiam* e *ad probationem*. 5. Repercussões pragmáticas. 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A tradição ocidental da codificação do direito privado e da doutrina privatista separa a regulação sistematizadora da vida civil em duas partes: parte geral e parte especial. Nesta parte, encontra-se – como no atual diploma pátrio de direito material – a disciplina das obrigações (modalidades, transmissão, adimplemento, extinção e inadimplemento), incluindo os contratos (disciplina geral e regime das espécies), os atos unilaterais, os títulos de crédito, a responsabilidade civil e as preferências e privilégios creditórios; a disciplina da empresa (a figura do empresário, a sociedade – não personificada e personificada –, o estabelecimento e os institutos complementares); a disciplina das coisas, incluindo a posse e os direitos reais (regime jurídico-comum da propriedade, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador, penhor, hipoteca e anticrese); a disciplina familiar (direito pessoal de família – casamento e relações de parentesco – e direito patrimonial de família – regime de bens entre os cônjuges, usufruto e administração dos bens de filhos menores, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela) e a disciplina sucessória (regime geral da sucessão, sucessão legítima, sucessão testamentária, inventário e partilha). A parte geral, por seu turno, subdivide-se no livro das pessoas (pessoas naturais, pessoas jurídicas e domicílio), no livro dos bens (diferentes classes de bens) e no livro dos fatos jurídicos (negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos, prescrição, decadência e prova). O presente ensaio tenta contribuir na análise da razão de ser ou finalidade da regulação do último instituto mencionado (prova dos fatos jurídicos) no interior (topografia) do código de direito substancial, cujas normas (heterotópicas?) probatórias disciplinam a forma especial do negócio e a prova do fato jurídico (confissão, documento, testemunha, presunção e perícia)[1].

---

* Bacharel e Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, advogado e juiz-leigo em Porto Alegre/RS.

1. "O Código Civil brasileiro [*de 1916*], ao cuidar dos atos jurídicos, disciplinou também sobre a respectiva prova. Considerando atos, cuja forma de realização é de sua substância (arts. 129-130), relacionou, no art.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 189 1/2/2007, 08:50

A perspectiva é analítico-funcional: objetiva, mediante a análise dissociativa entre a disciplina probatória material e a disciplina probatória processual, a (possível) funcionalidade (precípua) das normas probatórias materiais. Da justificação da finalidade destas normas decorrem conseqüências (plano pragmático) no que tange às soluções jurídicas: desde os conflitos de leis no tempo e no espaço, passando pela questão da violação das normas probatórias e seu controle pelas instâncias superiores, até confrontar com os contornos da tutela jurisdicional e os princípios processuais constitucionais.

2.ESTATUTO DE DIREITO PRIVADO

O estatuto de direito privado é o estatuto do homem privado em suas relações civis: os papéis do homem na vida privada, tematizados no âmbito do diploma de direito comum, são, justamente, os papéis comuns, como contratante, empresário, proprietário, cônjuge e herdeiro[2] – institutos jurídicos pertinentes à estrutura da sociedade civil (vida das pessoas e dos cidadãos como titulares de direitos civis). São papéis[3] em que não se justifica a existência de normas especiais a regular as situações/relações[4], pela ausência de especificidades para tanto, como é o caso das particularidades que justificam o regime consumeirista (*massificação*

136, os meios que podem ser utilizados para prova daqueles que não dependem de forma especial, indicando a confissão, atos processados em juízo, documentos públicos e particulares, testemunhas, presunção, exames, vistorias e arbitramento. Cuidou também da forma específica de cada prova e até das respectivas limitações, como, no art. 141, para a prova testemunhal, restringindo-a a contratos de determinado valor, a não ser em caráter complementar. Sendo, na época da elaboração do Código Civil, a competência dos Estados para legislar sobre matéria processual, não seria de maior importância a classificação da prova como de direito material ou de direito processual, já que, se, na hierarquia das leis, prevalecia a federal, ela própria poderia definir a matéria que lhe fosse afeta. Neste caso, não se vedou aos Estados a disciplina da matéria, como processo certamente, mas desde que as normas respectivas se orientassem pelas traçadas na legislação federal. Com o retorno da competência das leis processuais à União, a questão passou a ter mais importância, não apenas para efeitos teóricos, mas também práticos, já que a classificação em um ramo ou outro tem conseqüências variadas, seja na formação dos atos jurídicos, seja na utilização dos conceitos para efeitos processuais", Ernane Fidélis dos Santos, *Sistema probatório do processo civil brasileiro, Revista Forense, 355, p. 51*

2. Não há como desenvolver o ponto nessa sede; a pesquisa requer a investigação da arché do direito privado, e as distinções entre justiça distributiva e justiça comutativa. Lembremos que a doutrina privatista delineou o contrato, a família e a propriedade como os 'pilares' fundamentais do direito privado. Consulte-se MICHELON, Claudio. "Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 21.
3. A questão dos "papéis" é tematizada pela sociologia dos papéis e pela análise transacional a partir dos papéis sociais.
4. "São relacionais os termos-sujeito na linguagem jurídica. Comprador/vendedor, locador/locatário, representante/representado, mutuante/mutuário, promitente/promissário, delegante/delegado, expropriante/expropriado, concedente/concessionário, eis posições de sujeitos compondo relações jurídicas, de direito privado ou de direito público. Gramaticalmente, são substantivos; logicamente, são termos relacionais, extremos ou pólos de relações, tecidas morfologicamente por verbos relacionantes", Lourival Vilanova, Causalidade e relação no direito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 186.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 190 1/2/2007, 08:50

social)[5], ou a regulamentação decorrente das vicissitudes do contrato de trabalho, ou, ainda, as normas que tutelam determinadas condições, como os idosos e as crianças/adolescentes. O estatuto de direito privado, portanto, preocupa-se com aquilo que o homem tem de comum[6] em sua atuação na vida prática de relação ("zona/faixa comum" nas "funções privadas"). Assim, no Código Civil encontram-se os "regimes comuns" dos institutos jurídicos essenciais: regime comum da propriedade, regime comum obrigacional e contratual e regime comum familiar, por exemplo. A Constituição também dispõe sobre propriedade, família (*status familiae*) e outros tantos institutos "tradicionalmente civis" (matéria formalmente constitucional? – "constitucionalização do direito privado" e "diálogo vertical de fontes"[7]), mas é na codificação civil que se encontra o conceito (geral) de propriedade, o de obrigação (perspectivada consoante a "cláusula geral no processo obrigacional" e a "ética da situação" – Judith Martins-Costa[8] e Clóvis do Couto e Silva[9] –, processo visto como totalidade à luz da tópica: "sistema em construção"), o de contrato e o de família (além de outros tantos, como sucessão, testamento, regime de bens, casamento, alimentos, sociedade, títulos de crédito, responsabilidade civil, empresa e estabelecimento). (Os "pilares fundamentais" do direito privado são representados pelo *contrato*, pelo *projeto parental* e pelas *titularidades* – "desenho jurídico das pertenças". São os *estatutos fundamentais jusprivatistas,* componentes do *estatuto de direito privado*, que podem ser sintetizados pela noção de *estatuto jurídico das titularidades de direitos civis*).

Mediante a investigação da arché (corretividade/correspectividade/correlatividade – relações de coordenação) do direito privado (em sua especificidade, para distinguir-se do direito público[10]) é possível a construção da Teoria Geral do Direito Privado, com os "cortes metodológicos particularizantes" em relação à Teoria Geral do Direito. A Teoria Geral do Direito Privado, nos moldes tópicos delineados por Luis Renato Ferreira da Silva, pode ser vislumbrada como a teoria que enfrenta o próprio conceito de Direito Privado e o âmbito das relações individuais

5. A doutrina jusprivatista contemporânea (principalmente Claudia Lima Marques e Judith Martins-Costa) vem ressaltando o 'diálogo de fontes' – a relação teórica e prática entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, por exemplo. Entendemos que, além desse 'diálogo horizontal', a denominada 'constitucionalização do direito privado' representa, também, as possibilidades no marco do 'diálogo vertical de fontes'. Consulte-se Claudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, RT, 2005.
6. Essa assertiva traz à lembrança a célebre definição de Cezar Saldanha sobre bem comum: "bem comum é o bem de todos naquilo que todos temos de comum".
7. O diálogo vertical de fontes, com porosidialização comportamental interprivada-horizontal pela axioteleologia jusfundamental (força normativa constitucional), implica relação de complementaridade entre justiça distributiva e justiça comutativa (a comutatividade pressupõe a distributividade). A busca pela justiça social e a igualdade material-real pressupõe a justice as fairness, dentro de um sistema institucional de liberdade igual e de igualdade de oportunidades, com favorecimentos aos menos favorecidos socioeconomicamente.
8. Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado,* São Paulo, RT, 1999.
9. SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976.
10. Direito do Estado ou Direito das Instituições Estatais.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 191 1/2/2007, 08:50

e das interações sociais. Problematiza, conforme já mencionado, a Constituição como fonte de direito e sua incidência nas relações privadas ("eficácia horizontal dos direitos fundamentais" ou "eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas" – "incidência direta da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares")[11]. Configura o *background* paradigmático da civilística: o conceito de "dogmática civil" e sua função sistemática – o papel da codificação como método de compreensão e organização da vida privada; a função sistemática da dogmática civil também no que tange ao papel dos conceitos (estatuto jurídico conceitual e a "racionalidade conceitualista"), na sua concretude e generalidade. Em decorrência do estudo da função social da dogmática civil[12], a teoria problematiza a questão da funcionalização dos direitos e sua aplicação no direito privado (exempli gratia: função social da posse e da propriedade – urbana e rural –, função social do contrato e função social da empresa; função social dos bens de produção, conforme Fábio Konder Comparato; a funcionalização dos direitos pode ser perspectivada ao lado da teoria do abuso de direito e da teoria dos atos ilícitos). Cabe à Teoria Geral do Direito Privado o enfrentamento do conceito de pessoa (e dos sujeitos de direito – prius de personis videamus quarum causa jus constitutum est) – entre universalidade e individualidade[13] – e de personalidade ("direitos personalíssimos"; dignidade, integridade, identidade, intimidade, honra; o "estado" da pessoa – tutela da personalidade e ações de estado –; nome e capacidade). Relacionada ao tema da personalidade está a teoria do patrimônio ("regime/estatuto jurídico do patrimônio mínimo" – Luiz Edson Fachin): a questão de sua centralidade no direito privado e a sua permanência[14].

11 Sobre isso, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado,* Coimbra, Almedina, 2003. O tema ('horizontalização') representa, também, o entrelaçamento entre sociedade civil e sociedade política, entre sujeito de direito/pessoa e cidadão (personalidade, capacidade jurídica e cidadania). O fenômeno pode tematizar a surgência de um 'macrocódigo', em contraposição a um 'microcódigo'.

12. Sobre o ponto, em perspectiva mais geral, FERRAZ JUNIOR,Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo, RT, 1982.

13. Obra imprescindível sobre a posição da pessoa-sujeito-indivíduo entre individualidade e universalidade é a de Axel Honneth, Luta por reconhecimento, Gramática moral dos conflitos sociais, São Paulo, Editora 34, 2004, onde o autor aborda o tema com o arsenal teórico de várias disciplinas, construindo uma teoria do reconhecimento intersubjetivo, para definir os contornos da identidade pessoal (reconhecimento das capacidades e propriedades das pessoas a partir de etapas de reconhecimento intersubjetivo: etapa afetiva, etapa jurídica e etapa solidária). Honneth, que se auto-intitula pós-metafísico, é o sucessor de Jürgen Habermas na cátedra e atual representante da tradição da Teoria Crítica da Sociedade da Escola de Frankfurt.

14. Marcos Bernardes de Mello distingue patrimônio de esfera jurídica. "Constitui a esfera jurídica individual o conjunto de todos os bens da vida que tocam a um sujeito de direito, nesse conceito abrangidas todas as relações jurídicas em que esteja inserido, bem assim os direitos, pretensões, ações e exceções, os deveres e obrigações que integram seu conteúdo, inclusive direitos públicos que não se subjetivam, e ainda as qualidades e qualificações relativas ao status das pessoas. A esfera jurídica é protegida como decorrência do princípio da incolumidade das esferas jurídicas, em razão do qual quem quer que interfira na esfera jurídica de outrem sem autorização do titular ou permissivo normativo, causando dano, está obrigado à reparação (responsabilidade civil)", Marcos Bernardes de Mello, Teoria do fato jurídico, plano da eficácia, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 228.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 192 1/2/2007, 08:50

A contemporaneidade (pós-modernidade/modernidade líquida; "egoísmo maduro e insensatez do capital?" – Pietro Barcellona; alguns filósofos preferem hipermodernidade)[15] depara-se com o entrelaçamento entre solidarismo (solidariedade social e sociabilidade) e relações contratuais: é a investigação sobre onde a função encontra a liberdade. È na Teoria do Direito Privado, também, que se estabelece o relacionamento entre autonomia privada (tutela constitucional da autonomia/iniciativa privada) e responsabilidade civil[16]. O direito de propriedade, por seu turno, perspectiva-se mediante a dicotomia elemento fático-poderes jurídicos. No âmbito familiar, a metodologia operacionaliza-se pela distinção direito patrimonial de família e direito pessoal de família (outrora denominados de "direito de família aplicado" e "direito de família puro", respectivamente); a pessoalização/personificação/(re)personalização (em contraponto à patrimonialização[17] – "racionalidade patrimonialista") revela o *substractum* de eticidade do direito privado[18] (irradiação teleológica e axiológica da personalidade; "réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana", conforme Antônio Junqueira de

15. Claudia Lima Marques, na esteira de Erik Jayme, relata que as características da cultura pós-moderna (da "aldeia global" – "sociedade sem fronteiras") são: o pluralismo, a comunicação, a narração e o *le retour des sentiments*. O *leitmotiv* do pós-modernismo é a valorização dos direitos humanos. O pluralismo é o pluralismo de fontes legislativas, pluralismo de sujeitos protegidos ("sujeitos difusos"), pluralidade de agentes ativos (despersonalização) e pluralismo de valores. A comunicação relaciona-se com a valorização extrema do tempo; é o direito como instrumento de comunicação e de informação; comunicação como método de legitimação (ética discursiva): o consentimento legitimador é aquele informado e esclarecido; comunicação, ainda, significa internacionalidade das relações jurídicas e a revalorização do direito internacional privado e das técnicas de harmonização e unificação das leis. A narratividade (crise das meta-narrativas provenientes da modernidade) consubstancia-se em normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no microssistema, de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas. O *retour des sentiments* representa a 'emocionalidade' no discurso jurídico (com elevado grau de incerteza, de insegurança e de imprevisibilidade nas soluções jurídicas). Por fim, o *leitmotiv* implica revival internacionalista dos direitos fundamentais (valorização dos direitos humanos oriundos dos tratados internacionais), diante do 'caos' legislativo e desregulador, de codificações parciais e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e de uma eqüidade mais discursiva que real.
16. "A teoria da responsabilidade civil vai abandonando progressivamente seu esquema básico voluntarista, para ser pensada como um problema de justa distribuição dos efeitos danosos", LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 83.
17. Da patrimonialização decorre o instigante e sensível tema da patrimonialização jurídica do corpo humano (dissociação), ligado à tecnociência. O tema relaciona-se com a Bioética (alguns autores já usam a denominação 'Biodireito' – estatuto jurídico da vida humana). Relaciona-se, também, com o tema da 'autonomia do sujeito e o biopoder'. Interessante também a questão do 'sujeito virtual' e a 'clausura patrimonial'.
18. 'Personalismo ético do direito privado'. "É esta valorização do poder jurisgênico do homem comum – sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mas ainda quando, como no direito das pessoas, a sua personalidade se defende, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, como no direito de família, a sua afetividade se estrutura, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e responsabilidade se potenciam –, é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do Direito Civil o *foyer* da pessoa, do cidadão puro e simples", CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites,* Coimbra, Centelha, 1981.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 193 1/2/2007, 08:50

Azevedo, formando uma moralidade "danificável"), viabilizando a construção da teoria da comunhão plena de vida (em paralelo com o "regime/estatuto jurídico da família de fato", na linguagem de Álvaro Villaça Azevedo; a comunhão plena de vida[19] decorre do reconhecimento do valor jurídico do afeto; famílias "não-matrimonializadas" ou famílias sem casamento e as famílias monoparentais; o reconhecimento jurídico de relações existenciais de fato, a problemática da concepção hierarquizada das entidades familiares e o estabelecimento da filiação e da paternidade)[20]. Por fim, pertence à Teoria do Direito Privado (consoante suas "fronteiras") a teoria jurídica da empresa: a empresa como atividade, sua estrutura negocial e sua finalidade econômica[21].

Ricardo Luis Lorenzetti[22] sistematiza os fundamentos do direito privado consoante os temas da descodificação, recodificação e ressistematização (relacionados com os microssistemas; "neo-estamentismo?" – status jurídico[23] e "neo-capitis diminutio?"); o direito privado como garantia de acesso a bens; o direito privado como limite ao poder; o direito privado como proteção do indivíduo; o paradigma do direito privado coletivo (ação humana individual, coletiva e grupal na conformação do direito privado coletivo – "ser coletivo", contraponto ao "individualismo proprietário"); as conseqüências públicas do direito privado (e o paradigma da ancoragem); as normas fundamentais de direito privado; as fontes; os direitos fundamentais, as regras institucionais, os princípios jurídicos e os valores; as garantias de bens fundamentais e a tutela civil inibitória como garantia jusfundamental (e os casos especiais de aplicação de garantias processuais e substantivas); a operatividade, a aplicação e a função limitadora das normas fundamentais; a dogmática sistemática e as provas de verificação da decisão jurídica; as antinomias e os casos e problemas fundamentais de direito privado; as instituições de direito privado; a pessoa e a individualidade pessoal; a esfera privada e social; a análise crítica da autonomia privada contratual/liberdade de contratar (com as novas questões sobre teoria contratual – mudanças no direito contratual: cláusulas abusivas, favor debilis, adesividade, dirigismo, condições gerais dos negócios – e a autonomia privada como fenômeno de recepção e de incorporação); as normas de intervenção (e as de coordenação, de proteção e de direção); inclui, ainda, as normas fundamentais em matéria ambiental.

19. "Comunhão de afetos".
20. Conecto a esse tema está o da natureza jurídica da relação homoerótica e o "tempo da família": o tempo como elemento da *fattispecie* "família".
21. A relacionalidade entre contrato (instrumento jurídico cujo substractum é uma operação econômica) e empresa é estabelecida em ROPPO, Enzo. O contrato, Comibra: Almedina, 1988.
22. *Fundamentos do direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
23. Teoria crítica do direito civil, à luz do novo Código Civil brasileiro, Rio de Janeiro, Renovar, 2003. A perspectiva crítica está presente, também, em Guido Alpa, Introduzione allo studio critico del diritto privato, Torino: Giappichelli, 1994.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 194 1/2/2007, 08:50

A teoria crítica do direito civil (ou direito das relações sociais – "a serviço da vida") de Luiz Edson Fachin[24] ("releitura crítica de estatutos jurídicos fundamentais do direito privado" – "radiografia" dos fundamentos jusprivatísticos) tem como marco inicial a "biografia do sujeito jurídico" (*anatomia do biografado na codificação*), as migrações do "trânsito jurídico" (circulabilidade – *projeto jurídico da dinâmica de circulação dos bens*) e a dogmática da "clausura das coisas" (*projeto jurídico da apropriação, conservação e manutenção dos bens*)[25]. A biografia do sujeito jurídico é feita a partir do antropomorfismo (relação entre *direitos subjetivos* e "raiz antropocêntrica") e o "estatuto do indivíduo patrimonial" (com base na teoria da relação jurídica: os deveres, os poderes e a "pecuniarização"). Na base da projeção, vislumbra o mapa dos sujeitos sem "glamour" (marginalização). Problematiza a tríplice vértice fundante do privado (os pilares de base e o *estatuto jurídico do objeto*[26] – as qualidades do objeto em trânsito e o "corpo" do objeto). Os novos paradigmas do direito privado ("reconstrução contínua da travessia") reclamam por transformações conceituais e pela busca de nova raiz antropocêntrica (dissecando o *rito de passagem no álbum da família jurídica*, trocando velhas imagens por novos paradoxos). A teoria crítica fornece um *esboço da cartografia da transdisciplinaridade* ("banco de provas", "afazeres epistemológicos", "o fim da *concepção insular*", "o outono da civilística clássica", "o privado do público" e "*cul de sac*"). Os comportamentos jurídicos na contemporaneidade são analisados à luz da *porosidade* (com novas perspectivas na *igualdade horizontal* – evolução dos "sujeitos recentes", *igualdade substancial*[27] em paralelo com a *hipossuficiência* – e com problematização da *função*

24. *Teoria crítica do direito civil, à luz do novo Código Civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. A perspectiva crítica está presente, também, em Guido Alpa, Introduzione allo studio critico del diritto privato, Torino: Giappichelli, 1994.
25. Existem, no direito civil, conceitos "híbridos", como as obrigações *propter rem.* Certas categorias, assim, ficam "entre a circulabilidade dinâmica creditícia" e a "titularidade dominial estática das pertenças": é a "dominificação" de determinadas relações de créditos, resultantes, no geral, da eficácia do registro de imóveis, como, por exemplo, o pré-contrato registrado (ato jurídico dotado de natureza mista). O Código Civil dispôs, no seu art. 1225, que "o direito do promitente comprador do imóvel" caracteriza-se como direito real (na taxatividade/tipicidade dos seus *numerus clausus*).
26. "E, no transitar da dinâmica jurídica, anatomizar a teoria geral do objeto da relação jurídica, no estado da mercadoria: patrimônio, bens e coisas. Patrimônio que não se confunde com esfera jurídica e que não se explica na classificação dos bens a concretude econômica que informa as divisões corpóreos e incorpóreos; móveis e imóveis; fungíveis e infungíveis; consumíveis e inconsumíveis; divisíveis e indivisíveis; singulares e coletivos; principais e acessórios; públicos e particulares; disponíveis e indisponíveis. Atingir, ainda, os excetuados do tráfego e a noção de patrimônio mínimo", FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil, à luz do novo Código Civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 10.
27. Observa Miguel Reale a importância que reside em distinguir na "bilateralidade atributiva", específica do direito, a bilateralidade contratual e a bilateralidade institucional. O que vem a articular a relação jurídica mostrando como os sujeitos (termos da relação, em linguagem lógica) se contrapõem, ora em relação de paridade contratual, ora em relações institucionais de coordenação, de subordinação e de integração. Assim, "múltiplas modalidades de enlace" fazem a tessitura do direito, ultrapassando-se a concepção da relação sob o ângulo exclusivo de prestações e contraprestações recíprocas. Vide a obra clássica *Filosofia do direito* de Miguel Reale.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 195 1/2/2007, 08:50

social dos institutos jusprivatistas), ao lado das resistências na formulação tradicional da "Constituição do homem privado" (como "estado da arte" da "crise espelhada"), por meio de *interferências subjetivas* e *ponderação de valores*. Para ir "além da mera exegese", a teoria crítica propõe *uma plataforma ou agenda possível* ("embalando o legado teórico"), não se furtando de exemplificar (novas) designações ("e divisar quão convidativo é o futuro que se escreve com ruptura e transformação", *na tentativa de construção* a partir da *revisão da ordem de exclusão*)[28].

A "trilogia fundamental" da Parte Geral – *pessoas-bens-fatos jurídicos* – caracteriza-se como *all-embracing norms* (Lourival Vilanova), cujo exemplo paradigmático é a *norma geral de validade do ato jurídico*[29]. (O livro *das pessoas* consubstancia o *estatuto jurídico do ser*; o livro *dos bens* consubstancia o *estatuto jurídico do ter*; e o livro dos *fatos jurídicos* consubstancia, por seu turno, o *estatuto jurídico do nexo entre o ser e o ter*). Assim, cabe à Teoria Geral do Direito, nesse particular, a sistematização generalizante (abstração formalizadora)[30]: ela é o resultado da generalização das teorias gerais dos subdomínios jurídicos. Todos os ramos (e suas dogmáticas) do direito possuem suas teorias gerais (constitucional,

28. "Ancorar nos princípios os fins fundamentais do Direito Civil, fundeando para além da suposta autonomia e pretensa igualdade; sem carpir-se no futuro acontecido ontem, saudar o reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade, mesmo que seja para prantear os não reconhecidos, os excluídos de todos os gêneros; no véu da liberdade contratual encontrar mais responsabilidade que propriedade, menos posse na formação epistemológica do núcleo familiar; e fotografar a legitimidade da herança e direito de testar na concessão que também outorga personalidade jurídica aos entes coletivos. E aí filmar o roteiro das tendências contemporâneas", FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil, à luz do novo Código Civil brasileiro,* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 9.
29. "A norma, de que resulta a relação básica, a de todo homem ser capaz de direitos, não se restringe ao domínio civil. Mas é o ser sujeito-de-direito que está integrando todas as normas de direito privado e de direito público: as normas em apreço são normas – partes de normas de maior composição", VILANOVA, Lourival *Causalidade e relação no direito,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 183. "Cabe à Teoria Geral do Direito, ao estudar a teoria do ato jurídico válido, estabelecer os pressupostos de licitude desse ato. Está no Código Civil, arts. 81 e 82, mas a norma está presente, expressa ou implicitamente, em todo o sistema. É uma *all-embracing norm*, quer em atos de direito material, quer em atos de direito processual, com a especificação que cada subcampo do direito positivo exige. É regra que tipifica a licitude do ato jurídico. Diz o art. 82 mencionado: 'a validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)'", ob. cit. p. 305. O jurista refere-se ao diploma civil revogado, mas a análise aplica-se, inteiramente, ao vigente estatuto de direito privado. Outro exemplo paradigmático é a norma geral da responsabilidade civil. Existem pressupostos constantes do regime jurídico geral da responsabilidade civil, com aplicações, inclusive, à responsabilidade estatal. Isso não infirma as especificações dos regimes jurídicos especiais da responsabilização, que vão adquirindo especialidade a partir das distinções no plano geral (extracontratual e contratual, pré e pós-contratual, culpa e risco, subjetiva e objetiva) e conforme os subcampos positivos (responsabilidade profissional, acidentária, etc.), podendo adquirir contornos extremamente especializados, aplicáveis a uma específica relação jurídica negocial-contratual.
30. A Teoria Geral do Direito pressupõe teorias especializadas, justamente as teorias elaboradas pelas diversas ciências jurídicas particulares. É uma continuação delas, pondo entre parênteses metódicos os problemas diferenciais e específicos dessas ciências particulares, e retendo o núcleo comum, a porção genérica, ou o geral que no particular se realiza ou concretiza.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 196 1/2/2007, 08:50

administrativo, tributário, penal, mercantil, processual, trabalhista, etc.); entretanto, a Parte Geral do Código Civil (e, conseqüentemente, a teoria geral do direito civil[31]) é a "mais geral" de todas elas (cunho mais generalizante – da Parte Geral para a Parte Especial opera uma "generalização decrescente"; "fórmulas abstratas com os princípios aplicáveis a todos os momentos, situações e modalidades do direito privado")[32] e, por isso, sua conceitualização/categorização irradia-se para todo o ordenamento jurídico (*all-embracing norms*) e representa, em última análise, o "corte de positividade" das construções da Teoria Geral do Direito, como "núcleo de homogeneização" ou estabelecimento de *continuum* de homogeneidade. Nas relações de direito, há um sujeito de direito (a pessoa: *subjetividade jurídica fundante*); um objeto (os bens) e um *nexo*, que une e submete o segundo ao primeiro (*o nexo consubstanciado nas relações de direito*). Existe, também, uma causa que suscita o "nascimento" dos direitos, os põe em movimento e os extingue (o *fato jurídico*, ou *jurígeno*)[33]. A Lei Introdutória ao Código Civil. a seu turno, estabelece a normatividade (geral) do Sobredireito (direito sobre direito, normas sobre normas), aplicável a toda ordem jurídica, tanto no que diz respeito ao conflito de leis no tempo – vigência das leis (Direito Intertemporal – Sobredireito temporal) –, bem como em relação ao conflito de leis no espaço – normas de Direito Internacional Privado ou Sobredireito interespacial ("relações privadas internacionais")[34].

31. Importante ressaltar a unificação do direito obrigacional ocorrida no direito brasileiro ("comercialização/mercantilização" do direito civil e "civilização do direito mercantil"); tal fenômeno, entretanto, não anula a teoria geral do direito mercantil (que já há bastante tempo vem sendo chamado de "direito empresarial"). Ocorre que as normas gerais societárias e as normas gerais dos títulos de crédito, por exemplo, foram incorporadas ao diploma civil; assim, a teoria geral do direito civil, formada por conceitos generalizantes, acaba significando teoria geral do direito privado e, por ser integrada por *all-embracing norms*, conforme dito, forma o substrato nuclear – "corte de positividade" – da teoria geral do direito.
32. Vale lembrar, ainda, a existência de "teoria geral da parte especial" em alguns âmbitos, como a "teoria geral da parte especial do Código Penal", por exemplo. No direito civil, além da norma fundante do 'ser-pessoa' (relacionada a outros conceitos gerais, como o de relação jurídica e o de direito subjetivo), a Parte Especial, consoante já afirmado, revela o conceito 'comum' de obrigação e o regime "comum" da propriedade, por exemplo ('direito comum').
33. Existem normas de aplicação geral, que não se acomodam em qualquer das classes de relações mencionadas. O conjunto das normas sobre pessoas, bens e fatos jurídicos, assim como as normas de aplicação mais alta, formam o conteúdo da Parte Geral do estatuto de direito privado. As relações de direito (específicas) constituem o objeto da Parte Especial.
34. "O direito privado é comum ou civil, se destinado a regular as relações familiares e patrimoniais, que se estabelecem na vida social (direito das pessoas, da família, das coisas, das obrigações e das sucessões). Cabe-lhe o nome de comum porque as suas regras são de aplicação geral. É comercial quando atende as relações especiais, que se originam das operações do comércio. E denomina-se internacional privado, quando tem por objeto as relações de ordem privada na sociedade internacional. Como a sociedade internacional, composta dos indivíduos de nacionalidades diferentes, não tem órgãos reveladores do direito, e as relações recíprocas dos membros, que a compõem, são, substancialmente, as mesmas, que disciplina a ordem jurídica privada, nos diversos países, o direito internacional privado é o mesmo direito privado nacional, aplicado a relações internacionais de ordem privada", BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 70. Interessante registrar que em Direito Internacional Público afirma-se o sujeito-de-Direito-Internacional.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 197 1/2/2007, 08:50

É mediante essa visualização holística da problemática que se relaciona a regulação do *reconhecimento dos fatos jurídicos no estatuto de direito privado* (*estatuto jurídico conceitual*): a "prova" é instituto geral de direito (*conceito geral de prova* – perspectiva generalizante)[35]; faz parte, portanto, dos temas da Teoria Geral do Direito: "as provas são assim um equivalente sensível do fato para uma avaliação, no sentido de que proporcionam ao avaliador um percepção mediante a qual lhe é possível adquirir o conhecimento desse fato."[36] Para Francesco Carnelutti, "a avaliação jurídica do fato faz-se – sendo assim, portanto, que a juridicidade do fato opera – mediante um confronto entre o conceito posto pela norma e a imagem fornecida pela realidade."

Teixeira de Freitas projetava sua codificação consoante a seguinte sistematização: o Livro Primeiro seria o Das Causas Jurídicas, composto por um Código Geral, com três seções (a Seção Primeira seria a Das Pessoas; a Seção Segunda seria a Dos Bens e a Seção Terceira seria a Dos Fatos); o Livro Segundo seria o Dos Efeitos Jurídicos, composto por um Código Civil, com três livros (o Livro Primeiro seria o Dos Efeitos Civis; o Livro Segundo seria o Dos Direitos Pessoais e o Livro Terceiro seria o Dos Direitos Reais). Segundo o jurisconsulto, no Código Geral unificavam-se o direito público e o direito privado, formando uma "vasta síntese dos princípios comuns do Direito"; no Código Civil entraria a "matéria comercial"[37].

---

35. Cândido Rangel Dinamarco afirma que entre o direito processual e o direito material existem "faixas/pontos de estrangulamento". Os exemplos mais paradigmáticos são: a responsabilidade patrimonial, a coisa julgada e a prova. Conferir a obra clássica do jurista, *A instrumentalidade do processo,* São Paulo: Malheiros, 1999.

36 CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito,* São Paulo: Lejus, 1999, p. 521. Sobre a pertença das provas ao Direito Processual, Carnelutti afirma que "das provas tem normalmente necessidade o juiz, porém podem ter necessidade também as partes" e que basta "esta reflexão excluir que as provas operem somente no processo e que, portanto, constituam exclusivamente uma instituição processual." Na *Teoria Geral do Direito,* Carnelutti logrou precisar a posição da instituição das provas, colocando-a na parte dedicada aos Julgamentos Jurídicos, com o qual encerra o exame da Dinâmica do Direito. Consulte-se, do jurista italiano, *A prova civil,* Campinas: Bookseller, 2005. O mestre italiano, ao discorrer sobre prova legal (que desenvolve segundo um instituto por ele denominado, genericamente, de título legal), estabelece o conceito de equivalente processual (do fato material). Desse modo, ele fala numa "inevitável incerteza de limites entre os conceitos de prova e de fato, nesta matéria, que se avoluma quando da prova histórica se passa para a prova crítica. Assim, quanto à primeira, a exigência de um documento como exclusiva prova do contrato equivale a converter a documentação em requisito deste; mas a contaminatio entre os dois conceitos é ainda mais patente na chamada presunção legal absoluta *(praesumptio iuris et de iure)*". Carnelutti divide o estudo da prova (inserido no capítulo Dos Fatos Jurídicos) na *Teoria Geral do Direito* segundo os seguintes tópicos: Provas; Aspecto estático e dinâmico de provas; Prova direta e indireta; Prova histórica e prova crítica; Provas históricas; Provas críticas; Juízo probatório; Classificação das provas históricas e críticas; Prova e título legal; Ônus da prova; Resultado do juízo histórico sobre o fato jurídico e Avaliação jurídica do fato material.

37. No Esboço, Teixeira de Freitas sistematizou da seguinte forma: Parte Geral, composta pela denominação Dos Elementos do Direito (Pessoas, Coisas e Fatos) e Parte Especial – Dos Direitos Pessoais (Direitos Pessoais em Geral, Direitos Pessoais nas Relações de Família e Direitos Pessoais nas Relações Civis); Dos Direitos Reais (Direitos Reais em Geral, Direitos Reais sobre Coisas Próprias e Direitos Reais sobre Coisas Alheias) e Disposições Comuns aos Direitos Pessoais e Reais (Herança, Concurso de Credores e Prescrição).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 198 1/2/2007, 08:50

Conforme os moldes delineados (*arché-típicos – arquétipos jurídico-gerais*), portanto, desvela-se a estrutura relacional externa jusprivatística. Esse *arranjo* edifica um sujeito (personalidade e capacidade), define as possibilidades do objeto (mediatizáveis pela licitude), regula a *forma* (*visibilidade do nexo*), estabelece os mecanismos de seleção sistêmica dos fatos (seletividade jurídica de fatos constitutivos de eficácia, fatos jurígenos) e, ainda, busca a garantia de efetividade da relacionadade jurídica intersubjetiva (garantia da satisfatividade dos "interesses em jogo"). O cerne da relação, liame entre os sujeitos, veicula-se em institutos que conferem sentido à estrutura interna.

3. PROVA COMO RECONHECIMENTO (DOS FATOS JURÍDICOS)

O reconhecimento dos fatos jurídicos é indissociável da teoria (geral) das provas. "Se os fatos são entidades lingüísticas, com pretensão veritativa, entendida esta cláusula como a utilização de uma linguagem competente para provocar o consenso (Jürgen Habermas), os fatos jurídicos serão aqueles enunciados que puderem sustentar-se em face das provas em direito admitidas. Aqui, no hemisfério do direito, usar competentemente a linguagem significa manipular de maneira adequada os seus signos e, em especial, a simbologia que diz respeito às provas, isto é, às técnicas que o direito positivo elegeu para articular os enunciados fáticos com que opera. De ver está que o discurso prescritivo do direito posto indica, fato por fato, os instrumentos credenciados para constituí-los, de tal sorte que os acontecimentos do mundo social que não puderem ser relatados com tais ferramentas de linguagem nos domínios do jurídico, por mais evidentes que sejam, ficam à parte da ordem jurídica. O sistema do direito positivo estabelece regras estruturais para organizar como fatos as situações existenciais que julga relevantes. *Cria, com isso, objetivações, mediante um sistema articulado de símbolos que vão orientar os destinatários quanto ao reconhecimento daquelas ocorrências*. Quais são os recursos de linguagem para constituir-se juridicamente o matrimônio? Como se prova a venda de um bem imóvel? De que modo se constitui o fato da posse, num cargo público, de um agente nomeado pelo Presidente da República? Quais os meios para dizermos, em linguagem do direito, que houve legítima defesa? E estado de necessidade? Com que argumentos alguém prova ser sujeito de direitos? Ser maior de idade para participar dos atos da vida civil? Como se identifica, juridicamente, o crime, o contrato, o ato jurídico administrativo?"[38]

38. CARVALHO, Paulo de Barros de. *Direito Tributário, Fundamentos jurídicos da incidência*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 102. O jurista menciona a hipótese de um magistrado, a quem cabe julgar um feito, ter visto, por coincidência, a ocorrência de um evento, formando seu juízo a respeito da autoria de certo delito, por exemplo. Ao compulsar os autos, porém, não encontra entre os argumentos e as provas juntadas pelas partes elementos hábeis para tipificar a ocorrência segundo aquele juízo que formulara. Poderia esse juiz

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 199 1/2/2007, 08:50

Paulo de Barros Carvalho diferencia *enunciados* de *objetos da experiência*: a *constituição jurídica do fato* torna este fato um *enunciado protocolar denotativo.* A *construção dos fatos jurídicos* depende dos *arquétipos de fatos jurídicos* (descritor resultante de "recorte no fato social", seletor de propriedades e de predicados) dos *enunciados conotativos.* Assim, *reside no capítulo das provas* o mecanismo fundamental para o *reconhecimento dos fatos da vida social juridicizados pelo direito*, bem como um dado imprescindível ao funcionamento do sistema de normas. Por isso que falar-se em meios de prova é cogitar dos instrumentos por meio dos quais os fatos serão representados no processo ("representações fáticas")[39] ou extraprocessualmente. Há meios hábeis para efetuar essa produção, de acordo com a natureza do fato e, por via de conseqüência, os meios de prova variam de acordo com as necessidades de utilização de métodos técnicos e juridicamente idôneos à fixação desses fatos em juízo em fora dele.

Paulo de Barros Carvalho leciona que o direito regula condutas intersubjetivas, impulsionando-as em direção a determinados valores, mediante o emprego de linguagem específica, não meramente descritiva de eventos e de condutas sociais. As proposições jurídico-prescritivas vertem-se sobre a realidade social, para constituir o plano da faticidade jurídica. A teoria da hierarquia das linguagens explica que as linguagens de sobrenível (metalinguagens) são redutoras das correspondentes linguagens-objeto. A "coincidência" entre as linguagens é impossível, tendo em vista a "curva assintótica" da teoria dos objetos sígnicos – percepção do objeto e categorias semióticas.

Dessa forma, o instituto "prova", a que se refere o estatuto de direito privado, revela-se como elemento integrante da *teoria do fato jurídico* (em seus planos da

decidir sem os fundamentos que o sistema requer? E, ainda que o faça, não deveria sua sentença ser reformada pelo órgão jurisdicional em instâncias superiores? A hipótese colocada por Barros de Carvalho remete, em última análise, ao tema do conhecimento privado do juiz, e sua influência na decisão judicial. Sobre isso, a teorização pioneira e clássica de Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez,* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

39. Aqui reside um problema delicado que não poderá ser desenvolvido nessa sede; trata-se daquilo que vem sendo denominado de realismo lingüístico ou construtivismo, cujo artífice é, justamente, Paulo de Barros Carvalho e tem seguimento no seu talentoso discípulo Eurico Marcos Diniz de Santi. Em linhas gerais, Barros de Carvalho assimila incidência da norma com aplicação, em dissonância com a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello. É uma maneira distinta de conceber a constituição jurídica do fato (e, no caso dos construtivistas mencionados, com implicações na doutrina do fato jurídico tributário, elemento central do ramo jurídico da especialidade destes juristas), que afasta a teoria da infalibilidade da incidência do plano do pensamento. Barros de Carvalho parte da premissa da existência do fato jurídico somente quando vertido em linguagem e Diniz de Santi utiliza o questionamento "o sujeito do verbo incidir é a norma?" e a afirmação de ser errônea a proposição de que "a incidência não falha; o aplicador é que erra". Pelos textos de Barros de Carvalho, no que tange ao tema que aqui nos interessa mais de perto, parece que o jurista assimila teoria da prova com processo; e isso é problematizável, conforme decorre do presente ensaio. Por seu turno, negar a infalibilidade da incidência do plano do pensamento acaba resultando na defesa de um "monismo processual" (ou monismo de direito processual), da qual não compartilhamos.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 200 1/2/2007, 08:50

existência, da validade e da eficácia) – *prova como reconhecimento*: a prova destina-se a *pôr em evidência ou demonstrar* o fato jurídico. Em Eduardo Espínola a prova é o meio de fazer conhecer a verdade, ou meio de se apurar a existência de um fato jurídico. Para Clovis Bevilaqua, por seu turno, a prova conceitua-se como o conjunto dos meios empregados para demonstrar legalmente a existência de um ato jurídico[40]. Antônio Junqueira de Azevedo, por exemplo, analisa a *forma* no plano da existência do negócio jurídico[41], relacionando a prova como demonstração da existência do ato.

Sendo o estatuto de direito privado o estatuto regulador da vida civil, o homem comum (*homo privatus*), ao exercer seus papéis inespecíficos na vida prática de relação (relações interprivadas/intersubjetivas – "atos da vida civil"), necessitam saber quais são as formas legais, ou juridicamente permitidas, pelas quais os fatos jurídicos em geral serão ou poderão ser reconhecidos, para a implementação da eficácia de direito requerida[42]. A autonomia privada, como diretriz fundante do direito privado, seria destituída de significado sem a (re)cognoscibilidade, pelos sujeitos de direito, acerca da(s) (possibilidades de) materialização dos fatos juridicizados/juridicizáveis; disso depende a caracterização da *relação*

40. Para Arnaldo Rizzardo, compete à teoria geral do direito civil a disciplina dos meios de prova e os seus requisitos; ao direito processual, por sua vez, compete abordar a técnica e a maneira de apreciação da prova. Veja-se o que diz a respeito Caio Mário da Silva Pereira: "o direito civil define os meios de prova, enuncia os lineamentos do regime a que se submeterá a comprovação do fato jurídico, natural ou voluntário, e especialmente a declaração de vontade. O direito processual afirma os preceitos que presidem à apreciação da prova em juízo, e à técnica de trazê-la à consciência do julgador. Assim, não cabe ao processo, porém ao direito civil, determinar o requisito formal para a emissão de vontade visando a certo efeito, e via de conseqüência a condição legal de sua comprovação. Mas não compete ao direito civil, e sim ao processual, adotar ou rejeitar o princípio da liberdade do juiz para decidir segundo a sua convicção", Instituições de direito civil, Rio de Janeiro, Forense, vol. I, 1986, p. 412.
41. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico. Existência, validade, eficácia, São Paulo, Saraiva, 2002.
42. "Contudo, a par desta verdade, não há negar que a prova dos atos jurídicos coloca-se também como contingência necessária, de momento a momento, no tráfico normal da vida jurídica, em seu desenvolvimento natural, à margem de qualquer situação de conflito, exigente da intervenção jurisdicional para sua superação. Por vezes, as múltiplas relações intersubjetivas criadas pelo direito necessitam de ter provados os fatos que as fundamentam para que possam corretamente definir-se. Nessas oportunidades os sujeitos das relações jurídicas criadas têm necessidade de recorrer à prova, por vezes um frente ao outro, para situar a relação direito-obrigação que os vincula. A simples necessidade da prova do casamento perante uma repartição pública ou a comprovação da titularidade de um crédito exigida pelo devedor, evidencia que há um espaço de utilização da prova fora do âmbito do processo", MACEDO, Ronaldo Porto. *Prova dos atos jurídicos,* Revista de Processo, 16. A prova dos atos jurídicos afeta as relações não litigiosas de direito material, facilitando e possibilitando o tráfico jurídico (substancial). Segundo Porto Macedo, se a existência ou a validade do ato jurídico estiver sujeita a determinada forma, a prova desse ato só será possível, em princípio, mediante a forma prescrita no direito substancial. Assinala que "se a prova do ato jurídico solene estiver limitada à forma especial imposta pelo direito material, a prova da manifestação de vontade feita sem sua observância pode ser concretizada por qualquer meio reconhecido pelo direito processual. A manifestação de vontade assim provada não produzirá os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes, mas poderá ser válida para a produção de efeitos laterais em relação aos quais a forma especial não seja necessária", ob. cit., p. 65.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 201 1/2/2007, 08:50

de causalidade especificamente jurídica: o binômio *fato jurídico-eficácia jurídica* (conceitos fundamentais da Teoria Geral do Direito). Os sujeitos privados (centro de confluência e imputação de direitos e deveres), em suma, precisam saber como se dá o *reconhecimento dos fatos jurídicos* (*rules of recognition*) – nesse sentido, como eles se provam –; essa necessidade decorre da própria razão de ser da autonomia privada e do *telos* direcionador das normas de direito privado (e para quem elas são dirigidas – integrantes da "sociedade civil")[43], conforme sua *arché* (identificável, no pensamento de Luis Renato Ferreira da Silva e no de Cláudio Michelon, com *comutatividade/sinalagmaticidade*, na perspectiva tomista-aristotélica)[44].

Assim, a finalidade da prova – consoante a teleologia e a axiologia do estatuto de direito privado – assenta-se na defesa dos direitos[45]. O direito (subjetivo), assim como o dever, a pretensão, a obrigação, a exceção, a situação jurídica e a relação jurídica, integram a eficácia jurídica; "ter" um direito (*efeito jurídico*) implica poder (ou conseguir) "comprová-lo", mediante a prova do substrato fático/pressuposto de fato (*fato jurídico*) da qual ele decorre[46]. Pontes de Miranda ensina: "direitos, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos: é preciso que se provem os fatos jurídicos para que se tenham por existentes, no tempo e no espaço, esses efeitos."[47] Por isso é que os fatos jurídicos consubstanciam enunciados proferidos na linguagem competente do direito positivo, articulados em consonância com a teoria das provas. Para relatar (*reconhecer*) os fatos jurídicos, nomeando-lhes os efeitos (jurídicos), mostra-se imprescindível, na realização deste desiderato, a operacionalização da teoria das provas, responsável pelo estilo competente para a referência aos acontecimentos do mundo do direito

43. IRTI, Natalino. *Società civile: elementi per un analisi di diritto privato,* Milano: Giuffrè, 1992.
44. Michelon identifica três concepções rivais acerca da arché do direito privado: a concepção autonômica, a concepção funcionalista e a concepção aristotélica-tomista.
45. Segundo Visconde de Seabra, todo o direito determinador, necessariamente, há de referir-se a "quatro pontos capitais, que podem servir como de pontos de triangulação, no levantamento da carta jurídica": 1) natureza do ente jurídico, a que corresponde a capacidade; 2) Seus meios de vida, a que corresponde a aquisição da propriedade; 3) Fruição desses meios, a que corresponde a propriedade e 4) Conservação, a que corresponde a violação e defesa dos direitos. Leibniz propôs a distribuição em classes das relações de direito privado, tomando por base (critério) as causas geradoras do direito; o critério de Visconde de Seabra era o sujeito de direito; o critério mais aceito, entretanto, é o do objeto do direito.
46. Aquele que se apresenta como titular de direitos nascidos de um ato jurídico determinado, tem, em princípio, o ônus de provar sua existência, dentro e fora do processo, pois nele encontra o fundamento da sua pretensão no sentido de ser reconhecido e acatado seu direito. Assim, aquele que invoca um ato jurídico como supedâneo de seu direito, tem o ônus de provar ao obrigado (lato sensu) a sua existência. Se se tratar de ato solene, legal ou convencional, a comprovação de sua existência deverá levar em conta a forma especial imposta.
47. MIRANDA, Pontes de. *Comentários do Código de Processo Civil,* Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. 4, p. 209.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 202 1/2/2007, 08:50

(*mundo jurídico*). O *reconhecimento dos efeitos de direito* (da qual o direito subjetivo é espécie) *requer o reconhecimento do fato jurídico* (*reconhecimento da relação de causalidade jurídica* – é a indissociabilidade do *reconhecimento do fato jurídico* com o *reconhecimento da relação de causalidade jurídica*)[48]: o reconhecimento da ofensa ao direito exige o reconhecimento do fato da ofensa ao direito. Para Arnaldo Rizzardo, o reconhecimento do direito está na dependência da prova de sua violação. Leciona o privatista: "avança-se na pesquisa de obter meios técnicos na demonstração dos fatos, especialmente no que pertine ao estado da pessoa, aos acontecimentos que levam a procurar o seu restabelecimento, e ao estudo de conclusões científicas de certos eventos, como acidentes de trânsito. Pelo fato de avançar o direito, de se aperfeiçoarem os instrumentos de aferição, de medida, e de constatação, avança-se na busca da qualidade da prova, de modo a imprimir mais certeza e justiça na aplicação do direito."[49]

O *reconhecimento dos fatos jurídicos* só se torna inteligível com o delineamento da *teoria do fato jurídico* (e a *classificação dos fatos jurídicos*), desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello a partir da doutrina pontiana.

4. FORMA E PROVA: *AD SOLEMNITATEM*, *AD SUBSTANTIAM* E *AD PROBATIONEM*

> "Entra na esfera do direito civil a determinação das provas, e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade. Ao direito processual cabe estabelecer o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo. Os dois campos estão perfeitamente delimitados. Na primeira fase, a prova é substancial, porque dela depende a existência ou a eficácia da relação jurídica. Como se prova o casamento? Que valor tem, para esse efeito, a posse do estado de casada, em que tenha vivido uma pessoa? Se o casamento se realizar no estrangeiro, quais os meios de prová-lo? São interrogações essas que o direito civil deve responder. O direito civil dirá que o instrumento público é da substância de certo ato jurídico. O processo regulará o modo de elaborar o instrumento. Provam-se atos e fatos por testemunhas, estatui o direito civil. Como se lhes tomam os depoimentos, estabelece o direito processual."[50]

---

48. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, São Paulo: RT, 2000. Pontes de Miranda: "donde duas causalidades: a física ou natural, quanto ao suporte fáctico; e a jurídica, segundo a regra jurídica, entre o suporte fáctico tornado jurídico e tudo o que entra na irradiação de sua eficácia", Tratado de direito privado, t. 1, p. 30.
49. RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil,* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 681. "Extenso o campo da prova, iniciando por princípios básicos de direito substantivo, e trilhando os múltiplos setores admitidos, como a confissão, o depoimento testemunhal, as perícias, as vistorias, os documentos, as presunções, os exames, o arbitramento, os cálculos", ob. cit., p. 681.
50. BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 86. Bevilaqua cita passagem de Mattirolo: "in materia di prove, si debbe distinguere l'ammissibilità, e il valore della prova, dal modo concui la medesima viene formata e somministrata nel giudizio." É de Bevilaqua, também, a seguinte lição: " a lei, umas vezes, impõe certas formas obrigatórias aos atos. É óbvio

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 203 1/2/2007, 08:50

Hernando Devis Echandía aceita a posição de Jaime Guasp, quando esse estabelece a distinção, para fins classificatórios, das normas probatórias de acordo com a *função da prova* e as *finalidades a que a prova visa.* Disso pode decorrer que a mesma prova possa, pelo que se destina, servir (*materialmente*) à formação do ato jurídico, como também (*processualmente*) à convicção judicial. Guasp afirma que "*prueba material* es aquella institución que, en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el derecho material, se destina a la justificación de existencia de determinados acaecimientos de la vida real; no tiene como finalidad específica lograr la convicción sicológica del juez, ni de ningún destinatario personal determinado, sino simplesmente acreditar objetivamente el dato a que la prueba se refiere, es decir, proporcionar en definitiva legitimaciones para el tráfico jurídico, abstracción hecha de cualquier repercución procesal en que ulteriormente pueda pensarse. En cambio, la *prueba processual* es, como

---

que, nesses casos, somente podem ser provados se puderem ser apresentados sob a forma exigida pelo direito positivo. Outras vezes a lei não impõe diretamente a forma do ato, mas declara que somente pode ser provado de um determinado modo". Para Clóvis do Couto e Silva, direito material é "aquele que disciplina uma ordenação da vida; que regula, em última análise, os direitos subjetivos, as pretensões, as ações e as posições jurídicas. Tudo, enfim, que resulta dos atos lícitos e ilícitos das pessoas. E a composição ou satisfação desse direito pode ser feita voluntariamente, e na maioria dos casos o é, porque uma das partes reconhece que tem o dever de prestar, e adimple. Mas, em outros casos, tal não sucede, porque uma delas não quer, ou não pode, isso não importa, satisfazer o dano ou cumprir a obrigação. É preciso que o Estado vá dirimir aquilo que se denomina de litígio e, pelo menos, a solução cogente dele não pertence ao direito material. O direito processual não está totalmente fora do direito substancial, porque em toda a ordenação vital está prevista a hipótese de não ser cumprido o ordenamento posto. Sem otimismo exagerado, embora se admita que em vários casos as próprias partes cumpram o que combinaram, ou satisfaçam os danos que causaram, é preciso prever que em muitos outros tal não sucederá. A existência do litígio, e portanto o próprio litígio está no plano geral do direito material. É uma possibilidade ínsita em toda ordenação, embora a solução cogente dele seja objeto do direito processual, porque os princípios que a comandam são outros, e há necessidade de que um órgão estatal venha a dirimir a controvérsia. Cria-se, em conseqüência, um conjunto de regras e princípios, destinado a resolver litígios, que se denomina de direito processual, embora nem todo direito processual, reversamente, tenha por finalidade a solução de litígios. Em outras situações, é o próprio Estado que se sente no dever de proteger, acautelar ou controlar certas atividades. No exercício de funções controladora e supervisora de atos e relações jurídicas, pratica o juiz atos jurisdicionais, embora não haja litígio. Chama-se a esta atividade de jurisdição graciosa, ou voluntária, em que se dá ao juiz uma posição diversa, uma vez que inexiste a vinculação e a limitação que emerge necessariamente do litígio, como sucede nos casos de jurisdição contenciosa. Sabemos que há uma distinção entre as regras do direito material, de que fluem os deveres e os direitos substanciais, e o litígio e a cautela, pois estes últimos pertencem a uma outra esfera do direito, ao direito público, e a uma outra disciplina, a do Direito Processual Civil. As normas de direito processual civil dirigem-se, em conseqüência, predominantemente à atividade dos órgãos do Estado e determinam como devem proceder para reparar o ilícito, dirimir o litígio, auxiliar os que pedem a aplicação do direito, e documentar ou controlar os assuntos privados mais importantes. Por esse motivo é que o direito processual tem uma função ancilar do direito material e supõe a sua existência", Direito material e processual em tema de prova, Revista de Processo, 13, p. 136. Couto e Silva ressalta que "as figuras do direito material e do direito processual não constituem uma substância *(Substanzbegriff),* sem nenhuma comunicação, pois há algumas que pertencem a ambas as esferas ('natureza dúplice')", ob. cit., p. 145. Diante disso, não importa tanto, para fins classificatórios, o conceito de substância, mas sim o conceito de função *(Funktionsbegriff)* que certas relações jurídicas têm de exercer para disciplinar eficientemente determinadas relações sociais.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 204 1/2/2007, 08:50

antes se ha dicho, la que se dirige a producir la convicción sicológica del juez en un sentido determinado, con respecto a un dato o conjunto de datos procesales. En este caso ya no hay hablar de justificaciones objetivas, sino de comprobaciones personalmente dirigidas a un sujeto parcularizado. La prueba procesal puede utilizar, fisicamente, los mismos medios de la prueba material, pero, en todo caso, la función del medio probatorio es radicalmente distinta en uno y otro aspecto."[51] Para Echandía, entretanto, tais "provas comuns" seriam apenas as referentes à substância do ato (*ad substantiam*).

Moacyr Amaral Santos, a seu turno, entende que "entram na esfera do direito material, particularmente o direito civil e comercial, a determinação das provas e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade. Ao direito formal cabe estabelecer o modo de constituir a prova, produzi-la em juízo."[52] Ao processo, todavia, não se impõe, como ponto fulcral da questão, apenas a função de produzir a prova, mas como deve ser aceita para a convicção judicial. Nesse diapasão, Ernane Fidélis dos Santos afirma que para a prova da compra e venda de imóvel mister se faz a escritura pública; não se faz, entretanto, judicialmente, nenhuma valoração da prova com tal indagação no processo, mas perquirição da própria existência do ato, do qual a forma é parte necessária.

O tema da *forma dos atos jurídicos*[53] relaciona-se com a (autonomia da) vontade dos sujeitos privados (relacionado com os *vícios do consentimento*), disso decorrendo a primazia da forma livre sobre a forma ritual/especial para conferir existencialidade aos atos e fatos jurídicos/jurígenos[54]. "Todas essas são, pois, formas de manifestação ou declaração da vontade, ou meios sensíveis mediante os quais ela ultrapassa os limites de seu campo puramente interno, para se revelar ao mundo exterior, transmitindo-se, comunicando-se a outrem, ou fazendo-se conhecida por terceiros em geral. E é assim que a forma, conferindo existência à vontade, existência também confere ao ato jurídico, pois o ato jurídico

51. GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil,* Madrid: Instituto de Estúdios Políticos, 1962, p. 333. A obra de Devis Echandía é Teoria general de la prueba judicial, Bogotá, ABC, t. I, p. 46.
52. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil,* Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, p. 18.
53. Galeno Lacerda utiliza o conceito de forma dos atos jurídicos para conceituar o direito material e o direito processual, lecionando que o primeiro regula as formas próprias que (con)substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o segundo subdomínio jurídico, como instrumento de definição e realização do direito material em concreto, disciplina as formas que (con)substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Vide Galeno Lacerda, O Código como sistema legal de adequação do processo, Revista do IARGS, comemorativa do cinqüentenário (1926-1976), Porto Alegre.
54. Art. 212 do Código Civil: "salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia." O dispositivo correspondente no Código Civil de 1916 (art. 136) incluía nas modalidades os 'atos processados em juízo', que, na realidade, constituem a própria definição do direito afirmado ou direito que se requer o reconhecimento judicial.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 205 1/2/2007, 08:50

se constitui e compõe pela exteriorização da vontade dos agentes, ou partes, observados os demais requisitos, isto é, os seus pressupostos e os outros elementos essenciais que a lei exige. Nesse sentido, é a forma um elemento essencial do ato jurídico, pois todo ato jurídico há de ter, necessariamente, uma forma."[55] Perceptível, consoante a lição de Vicente Ráo, o entrecruzamento entre forma e prova dos atos jurídicos (Carnelutti: "a exigência de um documento como exclusiva prova do contrato equivale a converter a documentação em requisito deste" – as *formas especiais* de constituição/configuração do ato jurídico equivalem às *formas especiais* de prova desse ato jurídico): ao mesmo tempo que confere existência à vontade e, conseqüentemente, ao ato jurídico, a forma proporciona o meio para prová-lo. Por vezes, porém, a lei exige que certo ato só mediante certa forma possa ser provado, decorrendo, portanto, a distinção entre forma *ad substantiam* ou *ad solemnitatem* e forma *ad probationem tantum*[56]. Vicente Ráo explica porque alguns autores repelem essa distinção: não podendo o ato ser feito valer

55. RÁO, Vicente. *Ato jurídico,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 154.
56. "É possível afirmar ser o art. 401 do CPC uma regra que, embora localizada no Código de Processo Civil, indiretamente, diz respeito à forma do ato jurídico, estando voltada a assegurar a sua existência e a sua validade, não propriamente a limitar o livre convencimento do juiz. Em contrapartida, não obstante se deva acentuar que a regra do art. 401 do CPC tem natureza eminentemente substancial, não se pode perder de vista que também causa limitação ao princípio do livre convencimento (art. 131 do CPC), já que o juiz não pode se valer de outros meios de prova para formar a sua convicção. Essa conclusão se impõe por razões lógicas, mas também porque se procura evitar o risco de se cometerem injustiças por confiar em meios probatórios incapazes de esclarecer a verdade dos fatos jurídicos. A partir da compreensão da natureza de direito material inerente à regra contida no art. 401 do CPC, é possível entender a sua finalidade dentro do sistema processual brasileiro. Para isso, basta asseverar ser essa norma apenas uma complementação da prevista no art. 366 do CPC, o qual dispõe que, quando a lei exigir como substância do ato o instrumento público, nenhuma outra prova pode suprir-lhe a falta. Percebe-se que nenhuma outra prova, não só a testemunhal, é permitida quando a lei impõe aos atos jurídicos forma especial. Isso está expresso na regra do art. 212 do CC, admitindo-se que os atos jurídicos sejam provados por todos os meios de prova, salvo quando se exige forma especial. O art. 134 do CC/1916 impunha forma especial (escritura pública) aos pactos antenupciais, às adoções e aos contratos constitutivos ou translativos de direitos, exceto ao penhor agrícola, de valor superior a Cr$ 50.000,00 (cinqüenta mil cruzeiros). Essa regra, embora não fosse exaustiva, não foi reproduzida no novo Código Civil, que, contudo, continua prevendo algumas hipóteses em que a escritura pública é essencial à formalização do ato jurídico, tal como ocorre com o próprio pacto antenupcial (art. 1640, parágrafo único), para a criação de fundações (art. 62 do CC), para o analfabeto e o deficiente visual serem fiadores (arts. 819 e 166, incs. II e IV, CC) e a instituição dos bens de família (art. 1711 do CC), também exigem escritura pública. Em todos esses casos, a forma escrita é um requisito de validade *(ad substantiam)* do ato jurídico (art. 104 do CC). Com efeito, essas regras são complementadas pela contida no art. 366 do CPC, a qual interpretada com a constante no art. 401 do CPC impede o juiz de formar a sua convicção sobre a existência do ato jurídico, senão pelo instrumento público, não se admitindo a prova testemunhal ou qualquer outro meio de prova. Conseqüentemente, por se tratar de uma regra especial de forma *ad substantiam,* o magistrado deve declarar o ato nulo (arts. 104 e 166 do CC), posto que, sem a escritura pública, o ato jurídico não tem capacidade para produzir efeitos. Portanto, com relação aos fatos que somente podem ser provados por esses documentos, o juiz pode indeferir a realização da prova testemunhal (art. 400, inc. II, CPC)," CAMBI, Eduardo. *A prova civil, Admissibilidade e relevância,* São Paulo: Revista dos Tribunais,2006, p. 209-210. Do mesmo autor, *Direito constitucional à prova no processo civil,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 206 1/2/2007, 08:51

senão através da forma probatória exigida, esta forma, em última análise, sempre equivale a um requisito da eficácia executória do ato[57]. Desse modo, *a forma e os meios de prova se conjugam através do efeito da execução obrigatória, ou forçada, dos atos jurídicos*.

O princípio é o da forma livre; assim, permite-se qualquer meio de prova, desde que não vedado ou impedido pela lei ou pelo sistema jurídico. Observadas as limitações impostas, não se proíbe a utilização das diversas formas de reconhecimento dos fatos jurídicos, tampouco dos meios necessários para esclarecer os fatos argüidos no processo[58]. De modo que não existe no ordenamento jurídico pátrio, em regra, uma escala rígida de valoração das formas e das provas, ou uma preferência absoluta por um determinado tipo[59]. Arnaldo Rizzardo consigna que a maior parte das pretensões não demanda uma prova especial ou individuada, como as ações de reivindicação, de reconhecimento de domínio, as possessórias, as indenizatórias ou reparatórias. Outras, por sua vez, apresentam caráter mais específico; dependem, assim, de elementos técnicos, carreados aos autos pela ciência (*desenvolvimento da ciência/avanço científico*; *verbi gratia*: DNA como meio de prova da filiação), como as que envolvem a propriedade

57. O art. 142 do projeto primitivo do Código Civil declarava que "quando a lei exige para o ato um determinado meio de prova, entende-se que estabeleceu uma forma para o mesmo". O art. 118 do Código de Processo Civil de 1939, a seu turno, dispunha que "quando a lei considera determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá prova por outro meio." Desse preceito era lícito extrair-se a recíproca de ser a prova especial, nos casos em que a lei a exige, um elemento essencial da obrigatoriedade do próprio ato. O art. 124 do vetusto Código Comercial já prescrevia: "aqueles contratos para os quais neste Código se estabelecem formas e solenidades particulares não produzirão ação em juízo comercial se as mesmas formas e solenidades não tiverem sido observadas". Assim, os contratos devem ser provados pela forma legal reclamada. O Código de Processo Civil vigente dispõe no art. 366: "quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta." O atual Código Civil dispõe no seu art. 107: "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir." Os arts. 108 e 109 do diploma civil pátrio dispõem sobre forma ad substantiam e o art. 110 dispõe sobre a reserva mental. Vide, também, arts. 215 e 227 do Código Civil. Veja-se, ainda, o art. 118 do Código de Processo Civil de 1939: "na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atentando aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio."
58. Art. 332 do Código de Processo Civil: "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa."
59. "Verdade que alguns tipos de prova são mais propensos para a cabal demonstração dos fatos, como se dá com as perícias e toda série de levantamentos técnicos, eis que averiguam cientificamente os fatos trazidos ao processo, imprimindo maior certeza e segurança. Já a prova testemunhal, em contrapartida, revela extrema precariedade, vindo prenhe de dúvidas, porquanto facilmente manobrada e de total inconsistência fática. Basta levar em conta as limitações da memória, do caráter das pessoas, do grau de inteligência e percepção, bem como a inconstância do interior psíquico ou da alma humana, sempre sujeita a alterações ou mudanças, agindo ou manifestando-se de acordo com os sentimentos, as impressões momentâneas e as simpatias a que todo ser humano está sujeito", RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil,* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 688.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 207 1/2/2007, 08:51

industrial, desenhos, inventos e patentes, marcas de indústria e comércio, o direito de autor (propriedade intelectual) e as retificações de registro imobiliário. Rizzardo afirma que essas demandas, mesmo assim, não configuram hipóteses em que o sistema imponha uma forma especial. Caio Mário da Silva Pereira, a seu turno, afirma que, em caráter excepcional, "a lei exige determinada prova para certo fato, e, então, a pessoa que dele pretende extrair conseqüências jurídicas terá de fornecer a prova especial dele. É por isso que o nascimento se prova pelo assento respectivo; o pacto antenupcial por escritura pública; a obrigação de valor superior à taxa legal por escrito público ou particular."[60] A prova especial é imposta expressamente pela lei, configurando-se também quando não admitida uma única modalidade[61]. Desse modo, a constituição de vários atos ou negócios depende da forma da escritura pública ou, inclusive, de sentença, o que se estende para a prova. Somente por escritura pública, por sentença ou pelo registro público são provados tais atos ou negócios, citando-se o pacto antenupcial (quando diverso daquele da separação parcial), a adoção e os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, além do casamento, do registro civil do nascimento e do óbito, dentre outros.

Importa ressaltar que a *forma especial* não se resume à escritura pública. A homologação de um ato ou negócio pelo juiz, o assentamento de disposição de vontade em um termo de audiência, a publicação de editais, as certidões expedidas por pessoas que gozam de fé pública e a decisão ou sentença judicial constituem outras modalidades de prova por instrumentos públicos, eis que elaboradas por pessoas incumbidas oficialmente, com a previsão dos respectivos atos por lei. As *formas especiais* de prova são, ainda, elaboradas por instrumento particular, com expressa autorização legal (*exempli gratia*: testamento particular). Em leis especiais encontram-se previsões de prova especial, elaborada por meio de documento particular, como a promessa de compra e venda (com existência de disposições legais que ordenam quais os elementos que apresentará o contrato) e o contrato de compra e venda realizado através de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação (com permissão legal expressa no que tange à sua possibilidade de formalização por instrumento particular).

Ao interessado, consoante as diretrizes do sistema, assiste a escolha da forma ou da prova que se mostra apropriada, sem que um meio eleito afaste outro, também da conveniência do sujeito ou da parte, ou que esteja de acordo com seus interesses

60. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil,* Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I, p. 414.
61. A lei ou a jurisprudência (especialmente por meio de súmulas), ao afastar um tipo de prova, acaba cerceando a plena liberdade na sua escolha.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 208 1/2/2007, 08:51

precípuos (*margem autonômica privada* ou espaço de atuação da autonomia da vontade – "espaço privado"). Entretanto, conforme já assinalado, esses meios são permitidos na ausência de norma que imponha, expressamente, uma forma ou uma prova diferente e mencionada. O casamento, o nascimento, o óbito e os atos cartorários, por exemplo, tem a sua forma descrita e prescrita em lei, de sorte a não ser suprida por outros meios que não aqueles expressamente consignados. Assim, o documento público, se previsto em norma, constitui uma *prova especial*. Assiste aos interessados expressar suas relações por meio do documento público, como ocorre, normalmente, com a procuração e as confissões de dívida.

Na teoria do negócio jurídico de Antônio Junqueira de Azevedo, *os elementos constitutivos do negócio* (distintos dos *elementos categoriais inderrogáveis* e da *causa*) *são as circunstâncias negociais, a forma e o objeto*. As circunstâncias negociais consubstanciam o elemento definidor da declaração de vontade (*exame dos elementos gerais intrínsecos*). O objeto representa o *conteúdo interno* do negócio. A forma, por seu turno, é o *aspecto externo de que se reveste o negócio* ("forma do negócio jurídico é o meio através do qual o agente expressa a sua vontade. A forma poderá ser oral, escrita, mímica, consistir no próprio silêncio, ou, ainda, em atos dos quais se deduz a declaração de vontade"):[62] *forma como exteriorização – fenomenologia do (f)ato jurídico.*

Estabelecidas essas premissas, algumas distinções devem ser feitas. A compra e venda de imóvel feita em escrito privado, de valor superior àquele estipulado no código de direito material, é compra e venda nula (plano da validade) e não inexistente, podendo converter-se em pré-contrato de venda. Em outras hipóteses, entretanto, a forma é elemento da substância, de tal sorte que, não cumprida a regra específica a respeito, o ato não é simplesmente nulo; ele não existe. Uma letra de câmbio, por exemplo, que não preencha os requisitos de lei não é título nulo apenas: *não é letra de câmbio.* Um casamento que não se realize conforme as formalidades legais não é casamento, ressalvada a hipótese de casamento putativo. Nesses casos, o ordenamento jurídico considera a forma como requisito absoluto. Quando for mero atributo do ato, de modo que se possa admitir sua existência, ainda que sem a forma imposta pela lei, ou pela vontade das partes, a forma é requisito de validade (o ato/negócio jurídico existe, mas é nulo). A

62. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico, Existência, validade, eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126. "Não há negócio sem forma. Que haja negócios com forma prescrita em lei e negócios com forma livre, é questão que diz respeito ao plano da validade; aqui, porém, no plano da existência, importa é não fazer a confusão elementar de entender que somente os negócios com forma prescrita é que têm forma, sem se dar conta de que todos eles, inclusive os de forma livre, hão de ter uma forma, do contrário, inexistiriam (plano da existência)", ob. cit., p. 126.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 209 1/2/2007, 08:51

forma, então, pode ser elemento de existência (*substância do ato*); outras vezes, requisito de validade (*mero atributo do ato*). Dessa distinção depende a doutrina da conversão dos negócios jurídicos. Desse modo, quando a forma é requisito de existência (*absolutidade como característica – fim em si mesmo*) não há, em princípio, permissão de relativização. Por outro lado, quando a forma é mero atributo (meio assecuratório de certos fins), cuja inobservância pode resultar a nulidade, cumpre examinar se a finalidade de que resultou a exigência de determinada forma não deveria ser limitada em razão de outros fins postos pelo ordenamento jurídico.

Quando o *princípio da liberdade formal* fica sem aplicabilidade nas hipóteses em que deva prevalecer a *forma especial*, essa forma acaba sendo um meio de prova do ato[63]. Assim é com a celebração de um pacto antenupcial; nele, a escritura pública é meio de prova. (O ordenamento admite, ainda, meios supletivos de prova[64]). Na hipótese em que haja dúvida sobre a existência do casamento, por exemplo, a codificação civil presume o vínculo (presunção em homenagem ao instituto jurídico do casamento[65]). A falta de representação objetiva da prova (formulário escrito) não significa a inexistência da relação jurídica. *Quando a forma é cogente, a própria forma confere visibilidade à prova.*

A forma relaciona-se, portanto, com a constituição do ato jurídico[66] (envolvendo os planos da existência, da validade e da eficácia), seja no âmbito do direito material, seja no âmbito do direito processual[67] (forma dos atos jurídicos pro-

63. A exigência de instrumento público pode ser feita negocialmente.
64. Se alguém vende ações de uma companhia por meio de escritura pública e esta é nula, o contrato de compra-e-venda, em si, é válido, uma vez que não há exigência legal dessa espécie de instrumentação para a venda de ações, podendo provar-se o negócio jurídico por outros meios. Vale lembrar que a transmissão de ações de sociedade anônima se dá pela assinatura do respectivo termo no Livro de Transferência de Ações.
65. Art. 1547 do Código Civil: "Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados." A relevância jurídica da posse de estado de casados sustenta a base socioafetiva das relações familiares. O código de direito substancial utiliza a expressão 'salvo prova em contrário' nos casos de presunções (relativas) em geral e nas presunções de boa-fé.
66. Art. 104 do Código Civil: "A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei." Também o art. 166 do mesmo estatuto: "É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção."
67. "No direito processual, diferentemente do direito material, naquilo que se refere à forma, rege o denominado sistema da legalidade das formas, expresso no art. 2º, *in fine*, do CPC, que, no entanto, não tem caráter absoluto, uma vez que atenuado pelos princípios da relevância das formas processuais (CPC, arts. 243 e 244, e CPP, art. 564, III), da finalidade (CPC, art. 244) e da não-prejudicialidade (CPC, arts. 249, §1º, e 250, parágrafo único, e CPP, art. 563). Esse conjunto de princípios implica a adoção do sistema da instrumentalidade da forma, em decorrência do qual os atos processuais devem ser praticados segundo as formas

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 210 1/2/2007, 08:51

cessuais; forma *stricto sensu*, como "invólucro" do ato ou maneira como deve o ato exteriorizar-se: "modo de aparecer na realidade" – *forma dat esse rei*).[68]

Consoante a linguagem de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, se a lei exige, para a formalização de ato jurídico, determinada forma, esta, por constituir *elemento complementar do seu suporte fáctico* (e não *elemento nuclear completante do suporte fáctico*)[69], há de ser atendida sob pena de invalidade. Se o emprego de determinada forma é proibido, a sua utilização faz inválido o ato. O mesmo ocorre quando se trata de solenidade que, sem integrar a forma, a norma jurídica considera essencial à validade do ato.

A *finalidade da forma* é a de *documentar* a conclusão do ato ou negócio jurídico, fazendo certas as manifestações de vontade, com vistas, primordial e conseqüentemente, à sua *prova*. Por certo que a forma não visa somente à prova do ato jurídico, mas, sim, à certeza das declarações de vontade. Quanto mais importante o ato, maiores as exigências de forma. Entretanto, *toda forma especial serve à prova (reconhecimento) do ato jurídico.* Por isso que o *estatuto de direito privado, consoante sua sistemática e teleologia, trata conjuntamente da*

---

prescritas em lei; no entanto, se essa forma não for considerada relevante a ponto de se cominar a nulidade para o caso de seu descumprimento, considera-se válido o ato praticado por outra forma, desde que alcance a sua finalidade e não cause prejuízo a qualquer das partes. Por esse sistema, mais do que à forma em si, deve-se atender à finalidade a que se destina o ato, desde que não haja prejuízo para as partes. Sob o aspecto da validade dos atos processuais, há forma (a) substancial e (b) não-substancial. (a) Forma substancial, também dita essencial, é aquela a que, por ser considerada indispensável, a lei comina a sanção de nulidade para o caso de não ser atendida. A sua falta não pode ser relevada, como ocorre com a intervenção necessária do Ministério Público em certos processos. (b) Diz-se não-substancial a forma quando o seu desatendimento pode ser relevado, desde que, tendo o ato atingido a sua finalidade, não haja prejuízo para as partes", MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico, plano da validade, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 46-47. A instrumentalidade das formas pode ser designada, também, por princípio da relevância relativa das normas legais. Pontes de Miranda menciona, nos seus comentários ao Código de Processo, o princípio da determinação racional do nulo.

68. Sobre o ponto, a obra fundamental de OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil,* São Paulo: Saraiva, 2003. O formalismo processual, segundo o processualista, inclui a forma lato sensu, que significa a "totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais", OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. ob. cit., p. 7. Consulte-se, também, a obra do talentoso discípulo de Alvaro: MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Interessante notar que o diploma civil anterior arrolava os 'atos processados em juízo' entre os meios de prova dos atos jurídicos em geral: os atos processuais eram vistos como 'meio de prova' dos atos materiais, pela intervenção da autoridade estatal (juiz) presente nos atos do procedimento; entretanto, tal disposição acabava por confundir os planos do ordenamento jurídico, não sendo acolhida no estatuto em vigor.

69. Há, porém, espécies em que a forma ainda constitui elemento completante do núcleo do suporte fáctico, sendo, desse modo, dado essencial à própria existência do ato (e não apenas à sua validade). A nulidade é causada pela falta de alguma solenidade prevista para a espécie, enquanto a inexistência se dá quando as declarações são feitas por outra forma que não uma daquelas enumeradas em lei.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 211 1/2/2007, 08:51

forma e da prova dos atos jurídicos[70]*, o que se coaduna com a perspectiva da teoria do reconhecimento dos fatos jurídicos.*

Nesse diapasão, distingue-se a forma *ad probationem* (a *forma externa*, documental em princípio, cuja finalidade principal é a *prova do ato*) da forma *ad solemnitatem* (a *forma interna*: os rituais impostos pela lei na realização do ato). A forma visa a documentar o ato, conferindo certeza sobre a vontade e credibilidade ao conteúdo. *A forma instrumental tem por objetivo principal facilitar a prova do negócio jurídico*. Nesse sentido, segundo Bernardes de Mello, toda forma especial é *ad probationem.*[71] O jurista alagoano classifica as solenidades, por seu turno, em *solenidades formais* (aquelas definidas pela lei como integrantes da forma prescrita para o ato jurídico, ou seja, o ritual exigido que integra a forma) e *solenidades substanciais* (exigências formais que a lei estabelece para a perfeição do ato jurídico, mas que não integram o seu ritual próprio, isto é, não dizem respeito diretamente à forma, mas à realização do ato em si).

5. REPERCUSSÕES PRAGMÁTICAS

As normas probatórias do estatuto de direito privado ganham em significação prática na *teoria da qualificação*, componente do *Sobredireito interespacial*: qualificação da natureza jurídica do preceito/regulação para fins de aplicação do direito estrangeiro. Assim, se determinado preceito for qualificado como de natureza estatutária processual, ainda que no país cuja legislação se cuida de aplicar seja havido como pertencente à codificação material, não incide o direito estrangeiro (as normas processuais *stricto sensu* se submetem à *lex fori*). Para Clóvis do Couto e Silva[72], nesses casos, deve-se levar em conta o critério da predominância: quando o dispositivo visa a desonerar o juiz de uma verificação mais ampla da controvérsia judicial (como função ou finalidade precípua da edição do preceito), a norma em questão deve ser considerada como de direito processual para fins de resolução de problemas no âmbito do Sobredireito interespacial.

---

70. Arts. 212 a 232 do Código Civil. Entre tais dispositivos encontram-se regulamentadas a confissão e sua validade, a escritura pública e sua validade, a anuência e a autorização para a prática de ato, os documentos estrangeiros, a imposição do começo de prova escrita, os meios de prova, os casos em que a força probante da confissão fica excluída, a prova documental e as presunções que dela emanam, a força probante dos livros comerciais, as limitações à utilização de algumas fontes de prova, a inadmissibilidade das presunções judiciais e o exame médico em perícia, sua presunção e seu ônus.
71. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico, plano da validade,* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43. Segundo o jurista, entre o testamento e o contrato de compra-e-venda, em que se exija o instrumento público, há diferença no ritual (solenidades) em razão da complexidade, mas ambos os negócios jurídicos são formais e são solenes e, ao final, os documentos que deles resultam (os instrumentos do testamento e do contrato de compra-e-venda) se destinam, precisamente, a prová-los. Em ambos os casos, no entanto, são exigidas solenidades indispensáveis próprias de cada um (forma interna). O autor alagoano afirma que em relação à forma há negócios jurídicos solenes e não-solenes; portanto, forma solene e não-solene.
72. SILVA, Clóvis do Couto e. *Direito material e processual em tema de prova,* Revista de Processo, 13.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 212 1/2/2007, 08:51

A lição de Hermenegildo de Souza Rego, no que tange aos *conflitos espaciais*, é a de que não se deve apartar o princípio da incidência da *lex fori* quando se trate de meros efeitos processuais da disciplina de institutos substanciais, não relacionados com a causa *sub judice*.[73] Quanto aos *conflitos temporais,* leciona o autor que não há razão para alterar, em relação às provas, a colocação tradicional, no sentido de que a norma processual aplica-se imediatamente, mesmo aos processos pendentes e com referência a atos e fatos anteriores à sua entrada em vigor. O respeito ao direito adquirido, conjugando-se à norma da "retroatividade", em princípio, da lei processual, é suficiente, segundo o monografista, para disciplinar a matéria.

Importante consignar as conclusões de Souza Rego no que tange às repercussões pragmáticas da natureza das normas sobre prova.[74] Primeiro, dissocia o autor, do tema da natureza das normas probatórias, a questão da forma *ad solemnitatem* (*in sollemnibus forma dat esse rei*), a questão das presunções absolutas e as normas heterotópicas do estatuto de processo, que disciplinam institutos substanciais. Segundo, o tema diz respeito somente à contraposição direito material-direito processual, com exclusão de *tertium genus*. Terceiro, a elucidação da questão vem a partir da caracterização das *provas cogitáveis no processo*, pois só em relação a elas se colocam os problemas que justificam a indagação sobre *lex fori* ou *lex causae* e sobre retroatividade ou irretroatividade. Assim, com base nessas conclusões, o autor inclina-se pela natureza processual das normas probatórias[75], conclusão que alcança as normas que, disciplinando institutos não processuais, têm reflexos no desenvolvimento da atividade processual, *no que se refira a esses reflexos*. Quarto, "da norma processual, como da norma substancial, podem resultar direitos adquiridos, e inexiste razão para que o raciocínio não se aplique em matéria de provas. Assim como não posso ser prejudicado por uma lei que seja amanhã promulgada, tornando irrecorríveis as decisões do tipo da que hoje me tenha condenado, assim também não posso ser atingido por uma lei que passe a vedar a prova a que tinha direito, quando ajuizei a demanda. O mesmo raciocínio se aplica à regra do ônus da prova e às presunções relativas, que implicam mera inversão desse ônus."[76] Quinto, entende o autor que existem normas suscetíveis de bipartição. Tais normas contêm, de um lado, por exemplo, uma disciplina do contrato (o contratante deve cuidar de munir-se de começo de prova

73. REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 140.
74. REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 143.
75. Importante ressaltar que a conclusão de Hermenegildo de Souza Rego não é feita sob o enfoque do reconhecimento dos fatos jurídicos presente nesse ensaio; suas afirmações são aqui consignadas a título de exemplificações para a verificação das repercussões pragmáticas que do tema, em sentido amplo, podem decorrer.
76. REGO, Hermenegildo de Souza. ob. cit., p. 144.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 213 1/2/2007, 08:51

escrita a partir de determinado valor) e, de outro, uma sanção de natureza processual (se a disciplina estabelecida na primeira parte for desobedecida, não se admitirá prova testemunhal em processos que eventualmente se instaurem). "A primeira parte é de direito material. Não pode ser alterada por lei posterior ao contrato. Assim, por exemplo, uma norma que passe a exigir começo de prova escrita em contratos de valor *menor* não poderá ser aplicada aos contratos anteriores à sua vigência. A segunda parte é de direito processual. Lei posterior pode, portanto, admitir a prova testemunhal que era inadmissível ao tempo do contrato, elevando o teto a partir do qual se exigirá começo de prova escrita. Mas hão de ser respeitados os direitos adquiridos. Isto é: *instaurado* o processo sob a norma que inadmitia prova testemunhal, não deve ela ser admitida."[77]

Maricí Giannico[78] arrola como critérios para a definição da natureza jurídica das normas sobre prova: a *imediatidade das leis processuais* e o *direito adquirido*; a *prova fora do processo* e a *prova vinculada ao processo*; as *normas cogentes* e as *normas dispositivas*; as *normas* ordinatoria litis e as *normas* decisoria litis e o *critério topográfico*. "Quanto ao conflito de leis no espaço, o posicionamento também varia de acordo com a corrente que se adote. Assim, as normas que regulam a prova podem seguir o critério da *lex fori*, ou seja, o que submete a matéria às regras legais do foro em que tramita o processo (*princípio da territorialidade das normas processuais*); ou o da *lex loci actus*, que a vincula à lei do lugar em que se verificou sua ocorrência ou realização. A grande maioria dos ordenamentos jurídicos adota como válido o sistema da *lex loci*, impedindo assim que o julgador ordene a realização de provas outras que não as previstas na lei do local, sob o pretexto de que não formou sua convicção."[79]

---

77. REGO, Hermenegildo de Souza. ob. cit., p. 144.
78. GIANNICO, Maricì. *A prova no Código Civil,* natureza jurídica, São Paulo: Saraiva, 2005.
79. Maricí Giannico, A prova no Código Civil, natureza jurídica, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 189. A Lei de Introdução ao Código Civil, no seu art. 13, dispõe: "a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros prova que a lei brasileira desconheça." Muitos autores entendem que a *lex loci* indicará quais provas serão admitidas (ressalvadas aquelas não conhecidas pela lei brasileira, as quais, obviamente, são inadmissíveis) e a *lex fori* regulará o modo pelo qual serão produzidas em juízo (matéria estritamente processual). Giannico transcreve as lições dos clássicos quanto ao conflito de leis no tempo: 'os meios de prova, em princípio, são regidos pelas leis em vigor ao tempo em que o ato jurídico foi realizado; e a força probante do ato instrumentário é determinada pela lei em vigor ao tempo em que ele foi feito' (Baudry-Lacantinerie); 'as condições de admissibilidade deste ou daquele meio de prova, por exemplo, a questão de se saber se tal ato poderá ou não provar-se com testemunhas, são determinadas, não pela lei do tempo em que se exercita a ação, mas pela do tempo em que o ato a ser provado foi concluído. Neste ponto, deve sobreviver a lei antiga, prevalecerá esta sobre a lei nova' (Colin e Capitant); 'quando uma lei suprime um meio de prova admissível pelo direito anterior, por exemplo, suprime a prova testemunhal e pede prova escrita, tal norma não será aplicável às relações antes constituídas, porque dar-se-ia ao procedimento das partes uma diversa condição jurídica daquela que anteriormente lhe era atribuída' (Francesco Ferrara). Todavia, a corrente majoritária adota como correta a opção segundo a qual a matéria probatória está sujeita à lei vigente no momento de sua apreciação.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 214 1/2/2007, 08:51

6. CONCLUSÕES

A teoria geral exsurgente das *all-embracing norms* componentes da *parte geral do estatuto de direito privado* consubstancia-se em *rules of recognition* no que tange aos fatos jurídicos; referido estatuto reconhece, assim, a prova admissível dos fatos jurídicos ou *como se dá o reconhecimento dos fatos jurídicos*, mediante o "corte" de *positividade generalizante* (*abstração formalizadora*).[80]

Desse modo, compõe o conteúdo do *estatuto jurídico do nexo ser-ter* as *formas de reconhecimento* (exteriorização) dos fatos jurídicos. Esse conteúdo, juntamente com o *reconhecimento jurídico do ser* (qualificação jurídica de pessoas) e com o *reconhecimento jurídico do ter* (qualificação jurídica de coisas), especifica a parte geral do código de direito material.

As formas de reconhecimento dos fatos jurídicos são os pressupostos das formas de tutela dos direitos materiais – tutela dos direitos no plano do direito material. Ao lado da atributividade de direitos e deveres, faculdades e ônus, poderes e sujeições, existem as formas de tutela (material) dos direitos, como garantias e mecanismos de realizabilidade prática e de satisfatividade desses direitos no plano da realidade fenomênica (mundo sensível), mediante a perfectibilização da integridade de posições jurídicas[81]. Assim, ao lado da atribuição dos direitos, o plano do direito material apresenta, em uma dimensão genérica e abstrata, as formas de tutela desses direitos (materiais).[82] Podemos modalizar sintaticamente: *normas*

---

80. Ronaldo Porto Macedo baseia-se na distinção prova jurídica/prova judiciária para decorrer suas conclusões doutrinárias acerca da prova dos atos jurídicos. O autor estabelece três significados do termo prova: a) verificação acerca da existência de um fato; b) meio adotado para evidenciar a verdade de tal verificação e c) procedimento por meio do qual esse trabalho de verificação se desenvolve. Nessa ordem de idéias, fatos são provados enquanto verificada a exatidão da proposição que expressa sua existência. "O ato jurídico, como modalidade do fato jurídico (lato sensu) que é, tem suas características fáticas próprias previstas no tipo legal que o define. Assim, sua comprovação está na dependência da demonstração da ocorrência concreta de todos os requisitos (fatos) que o compõem", MACEDO, Ronaldo Porto. *Prova dos atos jurídicos,* Revista de Processo, 16, p. 62.
81. Importante, nesse tema, as construções doutrinárias de MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti,* Milano: Giuffrè, 1993.
82. "As formas de tutela são garantidas pelo direito material, mas não equivalem aos direitos ou às suas necessidades. É possível dizer, considerando-se um desenvolvimento linear lógico, que as formas de tutela estão em um local mais avançado: é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as formas capazes de atendê-las. (...) Como se vê, a postura dogmática, preocupada com as tutelas, é atenta para as formas de proteção ou de tutela dos direitos. Ela não está preocupada em saber se os cidadãos têm este ou aquele direito, ou mesmo com a identificação de direitos difusos e coletivos. É que, na perspectiva das formas de tutela dos direitos, a atribuição de titularidade de um direito fica na dependência de que lhe seja garantida a disponibilidade de uma forma de tutela que seja adequada à necessidade de sua proteção. Ou melhor, o sujeito só é titular de um direito, ou de uma posição juridicamente protegida, quando esse direito disponha de uma forma de tutela que seja adequada à necessidade de proteção que tal posição exija. Como está claro, há aí um proposital desvio de rota dirigido a permitir a diferenciação entre a atribuição/proclamação de direitos e a existência de 'posições jurídicas protegidas'", MARINONI, Luiz Guilherme. "Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos", In: *Polêmica sobre a ação, A tutela*

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 215 1/2/2007, 08:51

atributivas de direitos-formas de tutela necessárias-posições jurídicas protegidas. Imprescindível, no tema, a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

> "…também no plano do direito material, o Estado estabelece conseqüências que, segundo seus desígnios, devem suceder à inobservância daqueles preceitos destinados a proteger certos interesses, sancionando de modo ainda abstrato as possíveis transgressões. Ali residem as *obrigações* e *situações novas* que a lei estabelece em relação a todos os que, no futuro, venham a incidir em suas previsões – como as obrigações de ressarcimento, obrigações de repristinar situações anteriores (entre as quais a de restituir), suspensão ou perda de direitos, interdição ao exercício de poderes etc. Essa tutela normativa (ressarcitória, inibitória etc.) mostra-se, contudo, abstrata, prevista para o geral das espécies. De mais a mais, o 'núcleo fisionômico' da obrigação não contém, como seu conteúdo, a ação creditória ou o elemento sanção em geral, porque *exteriores à sua estrutura*."[83]

A teleologia da regulação probatória no estatuto de direito privado consubstancia-se na *defesa dos direitos materiais*; os direitos só são defensáveis mediante o reconhecimento (*comprovabilidade*) dos fatos jurídicos (fonte da eficacidade jurídica e da irradiação dos efeitos jurídicos, gênero de que os direitos são espécie). Embora exsurgente da topografia codificada, essa teleologia vai além da *arché* específica da *comutatividade* (aristotélica-tomista) jusprivatista ("ambiência privada"): os direitos materiais podem consubstanciar-se em direitos subjetivos públicos, por exemplo. Isso porque as partes gerais das dogmáticas (a teoria geral do direito civil, a teoria geral do processo) representam generalização no interior de cada ciência jurídica particular, e preparam o passo para a teoria geral do direito. Em grande porção, representam aplicações da teoria geral do direito ao subdomínio jurídico de cada disciplina. A teoria geral do direito, desse modo, configura-se como um "prolongamento" das ciências jurídicas dogmáticas: o ponto que liga os campos específicos de conhecimento jurídico é a parte geral de cada campo ou as denominadas teorias gerais (teoria geral do direito civil, teoria geral do direito constitucional, teoria geral do direito penal, teoria geral do processo, teoria geral do direito tributário, teoria geral do direito administrativo). A parte geral é uma zona de intersecção entre o subcampo específico e a órbita da teoria geral do direito. Em vista dessa abrangência, a(s) (formas de) comprovabilidade/constatabilidade dos fatos jurígenos da codificação substancial pode ser lida à luz da integridade da perfectibilização do ato jurídico (como pressuposto para a proteção das posições jurídicas), consoante a irradiação axiológica da norma

---

jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo, Guilherme Rizzo Amaral e Fabio Cardoso Machado (orgs.), obra com os seguintes autores: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero, Fabio Cardoso Machado, Gabriel Pintaúde, Guilherme Rizzo Amaral, Hermes Zaneti Junior, Luiz Guilherme Marinoni e Ovídio Baptista da Silva, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

83. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Direito material, processo e tutela jurisdicional", In: *Polêmica sobre a ação*, ob. cit., p. 288.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 216 1/2/2007, 08:51

jusfundamental (constitucional) do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, pilares tradicionais da segurança jurídica[84].

A *prova dos fatos jurídicos*, consoante o *estatuto jurídico conceitual*, está em relação de necessariedade com a exteriorização, no plano fenomênico-empírico (*fenomenologia do fato jurídico*), do esquema modal e implicacional da relação de causalidade jurídica (*fato jurídico-eficácia de direito*). A atributividade dos direitos (e a vinculabilidade jurídica resultante das *normas atributivas*) decorre do *nexo causal especificamente jurídico*. O fato jurídico/jurígeno (suporte factual de efeitos; suscetibilidade de efeitos pela *com-ponência efectual*) é um *nexus* para a atribuição de direitos; por isso sua regulação caracteriza o *estatuto da qualificação jurídica do liame ser-ter*. Esse *nexus* é condição de possibilidade do *plexus* de direitos e deveres, poderes e sujeições, faculdades e ônus decorrentes das posições jurídicas (*nexus-plexus*). Da juridicização dos suportes factuais decorre a necessidade de comprovação dos fatos jurígenos (*comprovabilidade da concrescência das situações jurídicas e das relações jurídicas*). O reconhecimento do suporte juridicizado, então, faz a transposição da modalização *normas atributivas-formas (adequadas e efetivas) de tutela material-proteção da integridade das posições jurídicas* do plano da sintaxe para o plano da pragmática, passando pelo plano da semântica. Desse reconhecimento depende a efetivação das formas (específicas) de tutela normativa material, para garantir a integridade e a proteção das posições jurídicas substanciais.

O reconhecimento dos fatos jurídicos (*normas de reconhecimento – rules of recognition*) pode ser vislumbrado consoante o esquema *normas primárias-normas secundárias* (correspondentes, respectivamente, ao plano do direito material e ao plano do direito processual, segundo Lourival Vilanova; em Carlos Cossio o esquema recebe a designação *endonormas-perinormas*). Da norma primária decorre o *plexus* de posições jurídicas substanciais; da norma secundária, por sua vez, decorre o *plexus* de posições jurídicas processuais (correlacionadas com a *produção probatória intraprocessual* e suas respectivas normas disciplinadoras). Segundo Cossio, a norma completa é bimembre (*bimembridade da norma jurídica*): duas proposições, uma *endonorma*, disjuntivamente ligada a uma *perinorma*. Portanto, a norma jurídica, na linguagem kelseniana, apresenta composição dúplice: norma primária e norma secundária. Na primeira, realizada a hipótese fática (dado um fato sobre o qual ela incide), sobrevém, pela causalidade que o ordenamento jurídico institui, o efeito, a relação jurídica com sujeitos em posições passiva e ativa, com pretensões e deveres. Na segunda, a hipótese fática tem

84. A teoria do reconhecimento dos fatos jurídicos deve ser vislumbrada em associação com a noção de fato (jurídico) constitutivo, modificativo, impeditivo e extintivo.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 217 1/2/2007, 08:51

como pressuposto o não-cumprimento, a inobservância do dever de prestar, positivo ou negativo, que funciona como fato jurídico (ilícito, antijurídico) fundante de outra pretensão, a de exigir coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária[85].

O reconhecimento dos fatos jurídicos (*normas probatórias do estatuto de direito privado*), então, insere-se na estrutura da norma primária, caracterizando-se, além disso, por sua imprescindibilidade na conexão com a norma secundária, instauradora do *plexus* de posições jurídicas processuais, consoante as normas (processuais) distribuidoras de poderes, deveres, faculdades e ônus das partes e do juiz e das normas de dilação probatória (dilação *stricto sensu – fase instrutória* – e dilação *lato sensu*, pois o ato concreto de demanda já contém substrato probatório ou deve contar com prova que componha a representação fática global do libelo de postulação).

A mediação entre o *estatuto jurídico de titularidade dos direitos civis* e o *estatuto jurídico de titularidade dos direitos fundamentais* revela-se pela *personalidade*[86]. A personalidade (*autodeterminação*; *respeito à pessoa*) projeta-se na *inserção familiar* (parentalidade, em seus aspectos afetivo-pessoal e patrimonial); revela-se na garantia de *patrimônio mínimo* (garantia de bens fundamentais[87] e titularidade mínima conservatória) – a teoria do patrimônio mínimo à luz da *teoria geral do bem jurídico* –; a personalidade obtém concreção, ainda, na projeção migratória dos bens (*circulabilidade mercadológica*) decorrente das manifestações dos sujeitos (trânsito da dinâmica jurídica – contratualidade circulatória).

A personalidade civil pressupõe o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. A irradiação axiológica (constitucional) da dignidade da pessoa humana significa que a *titularidade de direitos civis pressupõe a titularidade de direitos fundamentais.* Esses direitos são diferenciados em direitos-liberdades, direitos políticos e direitos socioeconômicos e culturais. A primeira categoria refere-se aos direitos negativos que protegem a pessoa de intervenções estatais (proteção da esfera jurídica da liberdade, da vida e da propriedade – *direitos à não-intervenção*

85. "Norma primária (oriunda de normas civis, comerciais, administrativas) e norma secundária (oriunda de norma de direito processual objetivo) compõem a bimembridade da norma jurídica: a primária sem a secundária desjuridiciza-se; a secundária sem a primária reduz-se a instrumento, meio, sem fim material, a adjetivo sem o suporte do substantivo", VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 190.

86. Direitos personalíssimos são "prerrogativas de conteúdo extrapatrimonial, inalienáveis, perpétuas e oponíveis *erga omnes*, que correspondem a toda pessoa, por sua própria condição e desde antes de seu nascimento até depois de sua morte, e de que não pode ser privada pela ação do Estado ou de outros particulares, porque isto implicaria desprezo ou menoscabo da personalidade", LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado,* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 291.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 218 1/2/2007, 08:51

estatal); a segunda categoria, aos direitos positivos de participação em processos de formação pública da "vontade (política) estatal" (*direitos à intervenção participativa no ente estatal*); e a terceira categoria, finalmente, àqueles direitos positivos prestacionais de participação na distribuição eqüitativa de bens básicos (direitos sociais de bem-estar mínimo – *direitos à intervenção estatal*). O ponto de partida para uma tal tripartição já se encontra em Georg Jellinek, que distinguiu em sua influente teoria dos *status*, a par dos meros deveres de obediência, o *status* negativo, o *status* positivo e o *status* ativo do sujeito; a construção teve prosseguimento em Robert Alexy, em sua fundamentação sistemática dos direitos fundamentais. Nos denominados direitos a ações positivas do Estado (*prestações em sentido amplo*), Alexy distingue os direitos de proteção, direitos à organização e ao procedimento e direitos a prestações em sentido estrito (*direitos sociais fundamentais*). (O publicista alemão ainda teoriza sobre o *direito geral de liberdade* e sobre o *direito geral de igualdade*, além de discorrer sobre *o sistema de posições jurídicas fundamentais*, que inclui os *direitos a algo*, as *liberdades* e as *competências*).[88]

A qualificabilidade jurídica do sujeito proporciona a transição de *status*: "estado civil" e "estado da pessoa" (*status familiae* e capacidade civil), estado da nacionalidade e *status* de cidadão. Assim, pode-se dizer que a norma jurídica não incide diretamente no homem total, mas no sujeito-de-direito e conduta sua (ação/omissão). Há, sim, incidência imediata da norma no dado, que pode ser o próprio homem. Isso ocorre na norma que toma o *factum* do nascimento do ser humano com vida como suporte factual do ser sujeito-de-direito. Desse modo, a personalidade (o poder ser sujeito-de-direito, ativo ou passivo, em relações jurídicas) é o pressuposto fático, imediato ou mediato, de todo fato juridicamente relevante. Não é o homem, em sua concreta individualidade, que é "captado" pelo sistema de normas do direito positivo. É a conduta sua; ele mesmo é suporte fático de normas de personalização: porção normativamente recortada de sua personalidade integral. O que do homem integral entra no sistema de direito pela incidência de suas normas são porções suas, como suportes fáticos do ser sujeito-de-direito, como doador-donatário, comodante-comodatário, ser eleitor e ser elegível (o *homo juridicus* e a insuficiência do direito de que falou Giorgio del Vecchio).

Diante desse panorama, o reconhecimento do fato jurídico/jurígeno do ser-pessoa[89] e do ser-sujeito-de-direito configura condição de possibilidade do reconhecimento intersubjetivo[90], indispensável, por sua vez, para os paradigmas

87. Inclusive a garantia constitucional da herança.
88. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.
89. Reconhecimento da personalidade como fato jurídico ou reconhecimento do fato jurídico da personalidade.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 219 1/2/2007, 08:51

jusprivatistas do *personalismo ético* e do *solidarismo.* Ambos paradigmas devem conformar-se à sociedade de escassez, onde há colisão de direitos fundamentais, em que deve atuar a ponderabilidade proporcional (balanceamento) de bens jurídicos (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), com necessidade de concordância prática e com proibição de excessos e retrocessos. O Estado Democrático de Direito[91] é o Estado Constitucional que garante, no plano da realizabilidade prática e efetiva (*plenitude de gozo e exercício dos direitos em equilíbrio com os demais direitos*), a *titularidade de direitos fundamentais* – "constitucionalismo de direitos" –; conseqüentemente, garante a *titularidade de direitos civis*. O *diálogo vertical de fontes*, assim, viabiliza a *institucionalização da sociedade civil* (*civitas*), promovendo a *coordenação com a sociedade política*.

A *atributividade* é indissociável da *defensabilidade dos direitos* e esta, por seu turno, da *comprovabilidade como reconhecimento dos fatos jurídicos* (fatos-fonte

90. Segundo Axel Honneth, o nexo existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades e capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau da auto-realização positiva cresce com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito: desse modo, está inscrita na experiência do amor a possibilidade da autoconfiança, na experiência do reconhecimento jurídico, a do auto-respeito e, por fim, na experiência da solidariedade, a da auto-estima. Assim, a socialização deve ser vista à luz das estruturas das relações sociais de reconhecimento e dos padrões de reconhecimento intersubjetivo. A eticidade é construída, desse modo, com base nas condições intersubjetivas da integridade pessoal. A teoria de Honneth é um contraponto às concepções de filosofia social atomista individualista, na tentativa de uma formulação acerca da auto-realização positiva a partir da construção de visões compartilhadas da eudaimonia. O filósofo alemão entende que aos conflitos sociais não subjaz, unicamente, demandas por justa distribuição de bens materiais, mas também a luta pela dignidade humana, pela integridade e pelo reconhecimento do valor das diversas culturas e modos de vida. Distingue, como dimensões da personalidade, o indivíduo (carências concretas e afetivas/emotivas), a pessoa (autonomia formal e imputabilidade, em que opera a generalização) e o sujeito (particularidade individual, em que opera a individualização – capacidades e propriedades – e igualização na comunidade de valores – solidariedade). Em HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento, a gramática moral dos conflitos sociais,* São Paulo: Editora 34, 2003.

91. A teoria do Estado de Direito (Supremacia do Direito), segundo Cezar Saldanha, engloba fundamentos jurídicos e fundamentos sociológicos. Os primeiros fundamentos subdividem-se em fundamentos (filosóficos) de base ontológica (relações entre pessoa humana e Estado): 1- dignidade da pessoa humana; 2- direitos fundamentais (direitos-liberdades, direitos políticos e direitos sociais); 3- bem comum e 4- princípio da subsidiariedade (que viabiliza a transição da pessoa e da sociedade civil para a sociedade política e o Estado). Também os fundamentos de base antropológica (dimensões do humano): 1- pluralismo socioeconômico e cultural e 2- pluralismo político. Por fim, os fundamentos (processualísticos) de base instrumental: 1- soberania e cidadania (democracia política) e 8- separação funcional de poderes: 8.1- horizontal entre política e direito e 8.2- vertical entre os níveis da razão prática (distinguindo jurisdição constitucional, legislação e jurisdição ordinária). Para Cezar Saldanha, o Estado de Direito é formado pela prospectividade/segurança jurídica, controlabilidade/inafastabilidade do controle jurisdicional, isonomia/igualdade, legalidade devida (legalidade qualificada pela constitucionalidade), devido processo jurídico, razoabilidade e proporcionalidade. Em Humberto Ávila, o Estado de Direito abarca uma finalidade ampla de garantia de juridicidade, responsabilidade e previsibilidade à atuação estatal e tem como subelementos a separação de poderes, a legalidade, os direitos e garantias individuais, a segurança jurídica, a determinabilidade fática, a moralidade e a proteção da confiança e da boa-fé.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 220 1/2/2007, 08:51

de irradiação de eficácia jurídica). Essa defensabilidade articula-se nas formas de tutela material, sejam as do plano jusprivado (integrantes do plano ordinário infraconstitucional), sejam as do plano constitucional, que estabelecem a *relação de pertinencialidade* com uma *posição jurídica de vantagem* (em contraponto às posições jurídicas de desvantagem).[92] "Pertinência de uma *posição jurídica*: por posição jurídica entendemos a relação normo-dispositiva entre o sujeito e tudo quanto situacionalmente a norma lhe atribui. (...) Posição jurídica é, portanto, o termo que congrega em síntese todas as relações possíveis que cabem a um sujeito, dentro da unidade normo-dispositiva impressa pela norma a cada situação jurídica. Para que haja *posição* – ensinara Aristóteles – é necessário haver uma *disposição*. No caso, a disposição é aquela que é impressa pela norma aos elementos estruturais da situação jurídica."[93]

Assim, "o *sujeito é titular de posições jurídicas* que são *âmbitos de atuação normativos reconhecidos* ou *que deve reconhecer o ordenamento*, para o *desenvolvimento do sujeito num Estado de Direito*[94]", como garantia de sustentação de uma posição ou garantia de que esta posição não seja lesada. A garantia de posição engloba a garantia da integridade e da incolumidade da esfera da individualidade pessoal (estabelecimento dessa esfera ou a sua manutenção). "A posição jurídica é abstrata, mas se subjetiviza a fim de melhorar sua proteção. A violação produz o direito ao ressarcimento de danos ou a ações processuais preventivas. Em alguns casos podem dar lugar à fixação de prazos para o *reconhecimento destas posições*. Se o Direito *reconhece posições jurídicas*, tais como o proprietário ou contratante, e elas são abstratamente universais, o indivíduo não pode delas ser excluído arbitrariamente."[95]

---

92. A construção nocional de posições jurídicas de (des)vantagem encontra-se em FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo,* Milano: Giuffrè, 1957. Também, do mesmo processualista italiano, *Instituzioni di diritto processuale,* Padova: Cedam, 1989. Os direitos subjetivos, que ligam os sujeitos da relação jurídica, conectam-se com deveres. No terreno dos direitos subjetivos, os contornos usuais distinguem posições de vantagem jurídica e posições de desvantagem jurídica. Dentre as primeiras estão os vários conceitos de direitos subjetivos (quando forem direitos subjetivos propriamente ditos, e que não sejam potestativos), e neles se distinguem os poderes das faculdades e as pretensões das ações. Nas segundas posições inserem-se as prestações (objeto da obrigação), os deveres, os ônus e as situações de sujeição. Também são reconhecidas, ao lado dessas duas posições, as situações neutras, como o estado de pessoa – 'radiografia' do *status* pessoal, familiar e o da nacionalidade. Vale mencionar, também, a existência de outros direitos, designados de personalíssimos, submetidos a regime jurídico próprio, como o direito ao nome, à vida, à liberdade, à honra, ao seu próprio corpo e, inclusive, sobre partes do corpo. Os direitos personalíssimos (que não se confundem com os direitos pessoais) caracterizam-se pela imprescritibilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade. Se inalienáveis, por conseqüência, são insuscetíveis de serem objeto de garantia. Segundo Fachin, há alguns direitos de personalidade que transcendem a existência biológica e jurídica da pessoa e são mais que vitalícios.
93. CASTRO,Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional, estrutura, causa e título legitimário do sujeito,* São Paulo, Saraiva, 1985, p. 96.
94. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 296.
95 LORENZETTI, Ricardo Luis. ob. cit., p. 296.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 221 1/2/2007, 08:51

O entrecruzamento das *titularidades*[96], a de *direitos civis* e a de *direitos fundamentais*, além de funcionar como substrato para a compreensão da *teoria do reconhecimento dos fatos jurídicos*, ressalta a *democraticidade intrínseca* exsurgente da axiologia subjacente da dogmática dos direitos fundamentais, como *ordem subjetiva* e como *ordem objetiva* no interior do ordenamento jurídico. Essa *intrínseca democraticidade* relaciona-se, diretamente, com a *multifuncionalidade dos direitos fundamentais*: além da *eficácia vertical* e da *eficácia horizontal*, essa multifuncionalidade (multivetorialidade) revela-se na *eficácia lateral* e na *eficácia transversal*; a *eficácia transversal* decorre do *diálogo transversal de fontes*, estabelecido entre as *fontes do direito constitucional* e as *fontes do direito ordinário* (*regime comum* e *regime consumeirista*)[97]. A multifuncionalidade jusfundamental e o diálogo transversal de fontes guardam relação de necessariedade com o *postulado da maximização da aceitabilidade racional, regulativo da dogmática jurídica*[98]*: função social da dogmática.* Além desta funcionalização da dogmática, a referida multifuncionalidade está sobrejacente à funcionalização[99] dos direitos (incluindo os direitos civis e os consumeiristas): é o "elo de ligação (ponto de encontro)" e "elemento de legitimação" entre a *função* e a *liberdade* e entre o *solidarismo*, o *personalismo* e a

96. A titularidade decorre da atributividade; a sua efetividade depende da defensabilidade (com as formas de tutela material e a conseqüente proteção das posições jurídicas), que pressupõe as formas de reconhecimento dos fatos jurídicos (reconhecimento do fato-causa para o reconhecimento do fato-efeito) – 'escalada de situações jurídicas'. A titularidade (relacionada ao título legitimário do sujeito) pode estar dissociada do exercício e da legitimidade *ad causam*.
97. O regime consumeirista consolidou a normatividade dos direitos coletivos e difusos – transindividuais –, e instaurou a normatividade específica dos direitos individuais homogêneos (e seus meios de tutela). Disso decorre a necessariedade de sua inserção na transversalidade dialógica das fontes normativas do ordenamento jurídico, como um dos eixos analíticos do sistema de centralidade da pessoa humana.
98. A aceitabilidade racional, como postulado regulativo da dogmática jurídica, foi teorizada pelo jusfilósofo finlandês Aulis Aarnio em *Lo racional como razonable,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
99. A funcionalização pode ser vislumbrada como um instrumento para alcançar finalidades que o legislador delega aos particulares (como a imposição de funções públicas aos particulares). Segundo Lorenzetti, no direito privado os objetivos respondem a dois propósitos fundamentais: a tutela e a eficiência. "Para atribuir funções o Direito leva em conta a qualidade do titular ou as características de alguma atividade. A qualidade do titular é considerada quando se impõem funções à empresa em matéria de responsabilidade civil. A atividade pode ser sustentáculo de uma função, no caso da função social da propriedade ou da função ambiental. Não se trata de um direito subjetivo entendido como poder, já que inclui deveres e faculdades. A função permite o exercício de faculdades, como as que se reconhecem ao proprietário, mas ao mesmo tempo se impõem deveres, como os que resultam do uso regular deste direito conforme a uma finalidade social. Esta tarefa impõe ao titular o dever de cumprir ou de desenvolver uma atividade tendente a lograr o objetivo proposto. Para tais fins a função outorga poderes, faculdades, direitos e deveres num feixe unificado pela finalidade, que lhe confere homogeneidade. Neste sentido, é uma norma fundamental, posto que se relaciona com o funcionamento social e geralmente tem sua fonte nas normas constitucionais. Como norma fundamental serve para estabelecer limites ou para perseguir a eficácia e a tutela dos direitos fundamentais. Como regra institucional, sua característica é que serve para ordenar o comportamento social em relação a finalidades pré-determinadas," LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 312.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 223 1/2/2007, 08:51

autonomia da vontade. (Antônio Herman Benjamin suscita a *função ambiental*). Correlacionada com os contornos dos institutos jurídicos, a funcionalização[100], portanto, associa-se com a *institucionalização* e com a *processualização*, em perspectiva geral. A *função social do processo* – "procedimento em contraditório" (legislativo, administrativo, judicial*,* indo até os "processos negociais" do direito material)[101] é o exemplo paradigmático que consubstancia o Estado Democrático de Direito. (A *função social* coaduna-se com o *Estado Social*, característica integrante do Estado Constitucional). Alguns autores já teorizaram, especificamente, sobre a função social do processo judicial, como José Carlos Barbosa Moreira e José Joaquim Calmon de Passos[102]. Neste passo, podemos falar, em paralelo com a função social da dogmática, em *função social da processualística.*[103] A função social da dogmática processual insere-se no *diálogo transversal de fontes*, *in casu* entre o estatuto de direito privado e o estatuto de processo (*estatuto jurídico conceitual processual*, que operacionaliza os *conceitos gerais*, como o conceito de *prova* – em sua fenomenologia de defesa dos direitos em juízo –; estabelece-se, assim, um diálogo com o conceito de prova do estatuto de direito material). A prova consubstancia-se como um "ponto de conexão" entre direito material e direito processual; o *reconhecimento dos fatos jurídicos* compõe a relação de conexidade existente entre a norma primária e a norma secundária.

100. Resta estabelecer se a função social confunde-se – sendo intercambiável lingüisticamente – com a finalidade/fim social dos direitos; também, resta estabelecer se a funcionalidade (precípua) dos direitos exaure-se em uma funcionalidade geral/genérica ou se a função social deve levar em conta funcionalidades especiais/específicas (não aplicáveis a todos os direitos indistintamente), que leve em conta a estrutura dos direitos, relacionando estrutura e função. Ainda, necessário ressaltar se a função é externa ao direito ou se ela acaba ingressando no seu conteúdo interno.
101. A aplicação da categoria "processo" no âmbito negocial (com conceituação dos "módulos processuais") foi feita por FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo,* Milano: Giuffrè, 1957. Também, do mesmo processualista italiano, Instituzioni di diritto processuale, Padova, Cedam, 1989.
102. Ambos os processualistas escreveram ensaios intitulados "Função social do processo".
103. Lenio Luiz Streck, em Jurisdição constitucional e hermenêutica, Rio de Janeiro, Forense, 2006, fala em função social do Direito em geral e função social da atividade dos juristas. A função social do processo e a função social da processualística viabilizam, mediante o *background* da multifuncionalidade jusfundamental e da funcionalização/institucionalização/processualização, o devido processo social, exsurgente do devido processo jurídico procedimental proporcional (devido processo legislativo, devido processo administrativo e devido processo judicial), que subdivide-se em *substantive due process* e *procedural due process*.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 223 1/2/2007, 08:51

CAPÍTULO X

DISTINÇÃO CIENTÍFICA ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. UM TRIBUTO À OBRA DE AGNELO AMORIM FILHO.

Humberto Theodoro Júnior[*]

Sumário • 1. Introdução. 2. A prescrição na teoria de Agnelo Amorim Filho. 3. A decadência na teoria de Agnelo Amorim Filho. 4. A imprescritibilidade de algumas ações ("ações perpétuas"). 5. Conclusões a que chega a tese de Agnelo Amorim Filho. 6. Prescrição e decadência no novo Código Civil brasileiro. 7. A prescrição como extinção da pretensão. 8. Não é o direito que prescreve. 9. Direito, pretensão, ação e responsabilidade. 10. Ação de direito processual e ação de direito material. 11. A instituição de um regime próprio para a decadência pelo novo Código Civil. 12. Conexão entre o direito material e o direito processual. 13. Objeção e exceção em matéria de prescrição e decadência.

1. INTRODUÇÃO

No direito comparado sempre houve sérias divergências doutrinárias em torno da distinção entre prescrição e decadência e não poucos e renomados doutores chegaram à conclusão de que gram falíveis ou imprestáveis os critérios propostos para a separação e identificação dos dois institutos, de sorte que só o casuísmo é que, realmente, poderia levar à qualificação de um prazo como prescricional ou decadencial[1].

Sob influência desse clima teórico, o primitivo projeto preparado por CLÓVIS BEVILÁQUA para o Código Civil brasileiro dispunha genericamente sobre os prazos prescricionais e os de decadência se achavam dispersos, junto à disciplina dos direitos que a eles se subordinavam. Assim permaneceu durante as discussões regimentais. Na redação final, foi que a comissão dela encarregada, na suposição de aprimorar o projeto, transferiu da Parte Especial para a Parte Geral todos os prazos de decadência, colocando-os ao lado dos prazos prescricionais. Sobre essa esdrúxula e confusa unificação não chegou a haver debate, de

---

* Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Doutor em Direito. Advogado.

1. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1957, v. 1, §34, p. 367; BAUDRY-LACANTINERIE; TISSIER, Albert. *Teoria geral*. 2 ed., p. 367; BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975, §76, p. 285 (edição atualizada pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira); GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones*, v. 9, p. 217. Todos são citados por AGNELO AMORIM FILHO. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, v. 300, pp. 7-8, out./1960, pp. 7-37.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 225 1/2/2007, 08:51

sorte que o planejado melhoramento acabou por redundar, para os aplicadores do Código num dificílimo problema, pois o que efetivamente se deu foi um "erro manifesto de classificação", como registrou COSTA MANSO[2].

Em conseqüência da inominável impropriedade legal de rotular indiscriminadamente de prescricionais tanto os prazos de prescrição como os de decadência, se viram os doutrinadores envolvidos na inglória tarefa de desdizer a literalidade do Código, tendo em conta que seria absurdo admitir que a lei possa ignorar e contrariar a natureza das coisas.

Do penoso labor da doutrina e jurisprudência, aos poucos foram se estabelecendo, de forma empírica, quais seriam os prazos do Código que, malgrado o *nomen iuris,* não seriam de prescrição, mas de decadência.

Teoricamente, os civilistas se limitavam a remontar às origens romanas da prescrição, para afirmar singelamente que esta *extingue a ação,* enquanto a decadência *extingue o direito.* A afirmação, se era verdadeira, não era científica, porque registrava a diferença de efeitos, mas não explicava as causas que levariam um prazo a afetar a ação e outro a atingir o próprio direito. Nem mesmo CÂMARA LEAL, autor do estudo mais extenso e detalhado sobre a prescrição no Código Civil de 1916, conseguiu ir além da casuística e empírica separação entre os casos legais de prescrição e de decadência[3].

Foi nesse clima nebuloso da doutrina pátria, que se manifestou o talento científico do Prof. AGNELO AMORIM FILHO, da Faculdade de Direito da Paraíba, para iluminar, com elementos sólidos e bem concatenados, o caminho para atingir, com técnica inconteste, a distinção substancial entre o fenômeno da prescrição e o da decadência. Seu enfoque, exposto em denso estudo divulgado em outubro de 1960, pela *Revista dos Tribunais* (v. 300, pp. 7-37), toma como ponto de referência não mais a distinção entre direito e ação. Leva em conta as diferentes categorias de direitos subjetivos e à luz do bem da vida que se insere nos respectivos objetos, distingue aqueles que podem ser violados pelo sujeito passivo (porque o exercício respectivo depende de ato do devedor) daqueles que não dependem de

2. *Revista dos Tribunais,* v. 85, pp. 257.
3. "É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio de ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição" (LEAL. Antônio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 124). O critério, como se vê, é puramente empírico ou prático, não chegando ao estabelecimento de uma regra realmente científica a respeito da distinção.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 226 1/2/2007, 08:51

atuação de outrem para produzir o efeito a que tem direito o titular (porque o respectivo exercício é conseqüência apenas e tão somente da vontade do titular).

A partir da classificação preconizada por CHIOVENDA, AGNELO AMORIM FILHO registra: (a) a categoria dos direitos subjetivos cuja finalidade é assegurar, para o titular (sujeito ativo), *uma prestação,* positiva ou negativa, devida por outrem (sujeito passivo), e que, por isso, se denominaram "direitos a uma prestação"; e (b) a outra categoria que é a dos direitos subjetivos que conferem *poder* ao respectivo titular de interferir, com declaração unilateral de vontade, sobre situações jurídicas de outra pessoa, sem depender do concurso da vontade do sujeito passivo; a essa categoria dá-se o nome de "direitos potestativos".

Enquanto, nos direitos a uma prestação, o titular depende da cooperação do sujeito passivo para exercer seu direito subjetivo, nos direitos potestativos, esse exercício independe de qualquer ato do sujeito passivo. Não há prestação a ser por este cumprida. O que há é tão apenas a sua *sujeição* a um estado jurídico que o titular do direito potestativo cria sem a necessidade do concurso da vontade ou de qualquer atitude do destinatário da declaração unilateral de vontade. Inserem-se nessa categoria direitos como o de promover a extinção do condomínio, a resolução do contrato não cumprido, a revogação da doação ou do mandato, a invalidação dos negócios jurídicos defeituosos etc.

2. A PRESCRIÇÃO NA TEORIA DE AGNELO AMORIM FILHO

Os direitos *a uma prestação,* por dependerem de ato do sujeito passivo, são aqueles que podem ser objeto de *violação* (isto é, de inadimplemento), por parte deste. Os direitos *potestativos,* por não se encontrarem na dependência de ato do sujeito passivo, não se sujeitam a *violação* de sua parte.

Diante da violação ao direito subjetivo, o titular quando vai perante a justiça em busca da prestação jurisdicional, o faz com objetivo de contar com esta para impor ao inadimplente o cumprimento da prestação devida. O processo é utilizado como instrumento de reação contra a violação do direito subjetivo. Essa violação não é senão o inadimplemento da prestação devida, e o fim do processo vem a ser a imposição da sanção que afinal incidirá sobre o obrigado, compelindo-o a realizar a prestação inadimplida, sob pena de sofrer a execução judicial em seu patrimônio. A *ação* de que se vale o credor, na ótica processual moderna, é, pois, uma ação *condenatória,* que é justamente aquela que se presta a exigir do réu uma determinada prestação[4].

4. "Um dos pressupostos da ação de condenação é 'a existência de uma vontade de lei que garanta um bem a alguém, impondo ao réu a obrigação de uma prestação'" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, §7, n. 43, p. 184 *apud* AMORIM FILHO, Agnelo. *op. cit.,* p. 14-15).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 227 1/2/2007, 08:51

Já a ação *constitutiva* – para a atual processualística – "cabe quando se procura obter, não uma prestação do réu, mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou a extinção de um estado jurídico anterior"[5]: Donde a conclusão:

> "Por aí se verifica, de pronto, que as duas mencionadas espécies de ação correspondem exatamente, com rigorosa precisão, àqueles dois grandes grupos nos quais CHIOVENDA divide os direitos: as ações condenatórias são meios de proteção daqueles direitos suscetíveis de violação ('direitos a uma prestação'); e as ações constitutivas são o meio de exercício daqueles direitos insuscetíveis de violação ('direitos potestativos')".

Há, ainda, uma terceira modalidade de ação, que é a das ações declaratórias, cujo objetivo é apenas conseguir uma "certeza jurídica", "sem o fim – no dizer de CHIOVENDA – de preparar a consecução de qualquer bem, a não ser a certeza jurídica"[6].

Assentadas essas premissas estabelecidas pelo moderno direito processual, AGNELO AMORIM FILHO as coteja com o instituto da prescrição, segundo sua concepção histórico-jurídica: desde as origens romanas, como registra SAVIGNY, a prescrição tem sido vista como um meio de fixar as relações jurídicas incertas, após um lapso determinado de tempo[7]. Com esse propósito, o instituto "serve à segurança e à paz públicas"[8]. Mas a partir de que momento a prescrição começa a atuar em prol da segurança e da paz pública? A resposta dos clássicos na matéria sempre foi: é o nascimento do direito à ação, provocado pela *violação* de um direito subjetivo, que fixa o marco inicial da prescrição, o que SAVIGNY denomina de *actio nata.* Ou seja, dois elementos definem o nascimento da *ação* (em sentido substancial): a) a existência de um *direito subjetivo atual,* suscetível de ser reclamado em juízo; e b) a *violação* desse direito[9].

Tem-se, portanto, o momento inicial do prazo de prescrição determinado pelo evento da "*violação*" de um direito atual, ou seja, justamente quando nasce para o titular o direito de remover dita *violação* praticada pelo sujeito passivo[10].

---

5. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais,* v. 300, p. 16.
6. "O autor que requer uma sentença declaratória não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, seja que o bem consista numa prestação do obrigado, seja que consista na modificação do estado jurídico atual; quer, tão-somente, saber que seu direito existe ou quer excluir que exista o direito do adversário; pleiteia, no processo, a certeza jurídica e nada mais" (CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, v. I, §9, n. 59, p. 210).
7. SAVIGNY, Federico Carlo de. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. de Scialoja. Torino: Unione Tipografico, 1886, v. 5, §237, p. 309.
8. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. VI, §662, p. 100.
9. SAVIGNY, Federico Carlo de. *Sistema del diritto romano attuale* cit., v. V, §239, p. 324-325.
10. No sentido de conjugar o nascimento de ação e a violação de um direito para ter-se o início da prescrição, AGNELO AMORIM FILHO cita numerosa e abalizada doutrina nacional e estrangeira (*Revista dos Tribunais*, v. 300, p. 19).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 228 1/2/2007, 08:51

É bom ressaltar, a essa altura, que a ação de que se cogita não é simplesmente o direito de obter uma sentença (conceito abstrato do moderno direito processual). No plano do direito material, a ação é tratada como a defesa com que o direito subjetivo conta para reagir contra sua concreta violação. É essa tutela que se pode perder pela inércia do titular, diante da violação sofrida, depois que se ultrapassa o prazo de prescrição.

Seguindo essa trilha clássica, chega-se ao Código Civil Alemão, onde se procedeu à definição de *pretensão* (§ 194), que corresponde à idéia de *actio nata* ("direito de exigir de outrem uma ação ou uma omissão", isto é, uma *prestação*) e onde se determinou que "a prescrição começa com o nascimento da *pretensão*" (§ 198)[11].

Não é, portanto, para AGNELO AMORIM FILHO, qualquer tipo de ação que se sujeita ao regime da prescrição, mas apenas aquelas por meio dos quais se reclama "uma prestação destinada a restaurar o direito" que fora antes violado[12].

Por via de conseqüência, chega "a uma segunda conclusão importante: só as *ações* condenatórias podem prescrever, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem os direitos suscetíveis de lesão", isto é os da categoria de "direitos a uma prestação"[13].

3. A DECADÊNCIA NA TEORIA DE AGNELO AMORIM FILHO

Os direitos subjetivos entram no mundo jurídico, em princípio, sem limitação temporal, ou seja, nascem com possibilidade perpétua de exercício. Nem sempre, porém, as coisas são assim. A prescrição, como já se viu é um marco traçado pela lei, para o credor de prestação inadimplida reagir pelas vias judiciais. Há outrossim aqueles direitos que representam uma sujeição para outra ou outras pessoas, como se passa com os direitos potestativos, cuja perpetuação também seria indesejável socialmente. Tal como se passa com os direitos à prestação, a lei reconhece que a duração perpétua da sujeição à vontade do titular do direito potestativo, ou, pelo menos de certos direitos potestativos, gera uma intranquilidade, que, conforme sua intensidade reflete sobre interesses de toda a coletividade, ou de parte dela, "criando uma situação de intranqüilidade de âmbito mais geral". Daí o estabelecimento – a exemplo do que se passa com as pretensões

11. A noção de *pretensão,* portanto, nada mais é do que uma nova denominação para o antigo fenômeno da *ação* em sentido material ou civilístico, que, obviamente é muito diverso do direito de ação conceituado no plano do direito processual (direito público).
12. AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.,* p. 19.
13. AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.*, p. 19-20.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 229 1/2/2007, 08:51

tuteladas pela ação condenatória – de um prazo também "para o exercício de alguns (apenas alguns) dos mencionados direitos potestativos cuja falta do exercício concorre de forma mais acentuada para perturbar a paz social". É o que, por exemplo, se passa com o exercício dos direitos de preferência, de invalidação ou resolução de negócios jurídicos, de renovação ou revisão de contratos etc.

Os direitos potestativos nem sempre dependem de ação para ser exercidos. Quando isto, porém, se torna necessário, a ação será do tipo constitutivo. Ainda aqui poderá o recurso ao processo permanecer aberto indefinidamente (pense-se na ação de investigação de paternidade, na ação de separação ou de divórcio etc.) ou poderá ser condicionado a um limite temporal. Para a primeira modalidade, prevalece a *perpetuidade* dos direitos, ou seja, "os direitos não se extinguem pelo não-uso". Mas, para aqueles subordinados a prazo, este "não é fixado, propriamente, para a propositura da ação, *mas para o exercício do direito*"[14].

Enquanto, frente aos "direitos à prestação", a ação nasce da lesão e serve para proteção do direito contra a violação, no caso dos direitos potestativos a ação constitutiva não é meio de proteção, é forma de exercício do próprio direito, o qual não depende do sujeito passivo, nem pode por ele ser violado.

Na prescrição, faz-se cessar a tutela à pretensão, mas não se põe fim ao direito, que continua a existir, embora sem a proteção da ação condenatória, cuja força ficará na dependência de usar, ou não, o devedor, a exceção de prescrição. Quando, por sua vez,

> "…a lei fixa prazo para o exercício de um direito potestativo, o que ela tem em vista, em primeiro lugar, é a extinção desse direito e não a extinção da ação. Esta também se extingue, mas por via indireta, como conseqüência da extinção do direito"[15].

Dessas considerações AGNELO AMORIM FILHO extrai as seguintes conclusões em torno do fenômeno da decadência[16]:

Em primeiro lugar,

> "…só na classe dos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude de seu não-exercício". Donde se infere que "os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de *decadência,* uma vez que o objetivo e efeito desta é, precisamente, a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados".

14. AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.* p. 21-22.
15. AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.,* p. 22.
16. AMORIM FILHO, Agnelo, op. cit., p. 22-23.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 230 1/2/2007, 08:51

Em segundo lugar, chega-se a uma outra e inevitável conclusão: "as únicas ações cuja não propositura implica na *decadência do direito* que lhes corresponde são as *ações constitutivas*, que têm prazo especial de exercício fixado em lei, e apenas essas, pois – insista-se – a lei não fixa prazos gerais para o exercício de tais ações, a exemplo de que ocorre com as condenatórias"[17].

4. A IMPRESCRITIBILIDADE DE ALGUMAS AÇÕES ("AÇÕES PERPÉTUAS")

Fala-se, em doutrina e jurisprudência, numa categoria de ações que compreenderia as *ações imprescritíveis*, que viriam ser aquelas que não se subordinam nem aos prazos prescricionais nem aos decadenciais. AGNELO AMORIM FILHO, diante da diversidade de natureza entre a prescrição e a decadência, prefere denominá-los de "ações perpétuas"[18].

O que já foi grandemente complexo no passado torna-se singelo na sistematização de AGNELO AMORIM FILHO, quando se procura explicar o que vem a ser *ação perpétua* ou *imprescritível*.

Tratando-se, no caso da imprescritibilidade (ou perpetuidade), de um "conceito negativo", a ele se chega por exclusão, a partir dos casos para os quais a lei instituiu a prescrição ou a decadência. Como esses são os das pretensões disputáveis em ação condenatória e os do exercício dos direitos potestativos por via de ação constitutiva, pode-se concluir que: a) as ações condenatórias nunca são imprescritíveis, pois a lei, quando não as submete a prazo especial aplica-lhes um prazo geral ou universal de prescrição; b) todas as ações meramente declaratórias são perpétuas, pois não tendem nem à proteção contra a violação de direito (prescrição) nem ao exercício de direito potestativo (decadência). Seu plano de atuação é apenas o da "certeza jurídica", que, em si, não se subordina à eficácia do tempo[19]; c) algumas constitutivas referem-se a direitos cujo exercício se sujeita a prazos determinados pela lei; outras não sofrem qualquer restrição temporal. Aquelas são instrumento de direitos potestativos decadenciais; e estas

17. AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.,* p 23.
18. AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.*, p. 33.
19. A lei não subordina as ações declaratórias a prazos extintivos, "pois o seu uso, ou não-uso, não afeta, direta ou indiretamente, a paz social, uma vez que elas nada criam e nada modificam – apenas declaram a certeza jurídica… há até mesmo uma impossibilidade lógica em filiar as ações declaratórias aos institutos da prescrição ou da decadência, uma vez que elas não são meio de restauração de direito lesados, nem meio de exercício de direitos potestativos" (AMORIM FILHO, Agnelo. Revista dos Tribunais, v. 300, p. 34).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 231 1/2/2007, 08:51

são meios de exercício de direitos perpétuos, devendo, por isso ser classificadas como *imprescritíves* ou *perpétuas*[20] .

5. CONCLUSÕES A QUE CHEGA A TESE DE AGNELO AMORIM FILHO

O autor encerra sua preciosa exposição reunindo três regras que traduzem um critério dotado de irrecusáveis bases científicas, extremamente simples e de fácil aplicação, por meio do qual se pode identificar, *a priori,* as ações sujeitas a *prescrição* ou a *decadência*, e as ações perpétuas (imprescritíveis). Assim[21] :

> "1ª – Estão sujeitas a *prescrição*: todas as *ações condenatórias,* e somente elas;
> 2ª – Estão sujeitas a *decadência* (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem): as *ações constitutivas* que têm prazo especial de exercício fixado em lei;
> 3ª – são *perpétuas* (imprescritíveis): a) as ações *constitutivas* que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; b) todas as ações declaratórias"[22] .

6. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 2002 saiu da indefinição em que se metera o Código anterior, enfrentando claramente o problema de conceituar a prescrição e de definir os casos de decadência de maneira objetiva, separando de forma racional os dois institutos. Para tanto, o legislador, sem dúvida, consagrou a teoria idealizada, ainda ao tempo do Código de 1916, pelo Professor AGNELO AMORIM FILHO[23] .

---

20. AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.*, p. 34.
21. AMORIM FILHO, *Agnelo, op. cit.*, p. 37.
22. Lembra AGNELO AMORIM FILHO que a declaratória pode referir-se a qualquer tipo de direito subjetivo, inclusive aqueles que se ligam a alguma prestação ou a alguns que ostentem a natureza potestativa. O objeto da declaratória, portanto, pode também ser objeto de condenatória ou de constitutiva. Nesses casos, a prescrição ou a decadência não pode deixar de refletir sobre a ação declaratória. Não há, contudo, razão para se considerar também prescrita a correspondente ação declaratória. O que se dá é a sua inviabilidade não por prescrição, e sim por *faltar interesse* para justificar a declaração de interesse em torno de direito já inexigível (Cf. CHIOVENDA. *Ensayos de derecho procesal civil*, v. I, p. 129; FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*, p. 458 *apud* AMORIM FILHO, Agnelo, *op. cit.*, p. 25-26).
23. "Das várias tentativas de se definir prescrição, a que, tradicionalmente, é a mais aceita, por ser a mais lógica, atribui-se a AGNELO AMORIM FILHO. Segundo ele, haverá prescrição quando se der a perda do direito de ação (ação que nasce 'quando o direito material é violado') pela inércia de seu titular, que deixa expirar o prazo fixado em lei, sem exercê-lo". Haverá decadência quando se der a perda do próprio direito subjetivo material pela inércia de seu titular, que não o exerce no prazo fixado em lei". Assim, só o direito a alguma prestação pode ser violado e, portanto, "só se pode falar em prescrição quando se tratar de direitos a uma prestação". Assim, "somente as ações condenatórias estão sujeitas a prazos prescricionais". Decadência, por sua vez, diz respeito aos direitos potestativos, de sorte que são as ações constitutivas que se sujeitam aos efeitos da decadência (FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 8.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 250-252).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 232 1/2/2007, 08:51

Como já observamos, ao noticiar a notável obra do mestre da Universidade da Paraíba, uma grande deficiência do Código velho se fazia sentir no tratamento dos prazos extintivos, já que eram todos eles englobados sob o *nomen iuris* de prescrição e, por isso, literalmente se regiam pelos mesmos princípios e regras.

Como a lei não pode contrariar a natureza das coisas, doutrina e jurisprudência tiveram de assumir a tarefa de joeirar entre os prazos ditos prescricionais no texto da lei os que realmente se referiam a prescrição e os que, embora assim rotulados, representavam, na verdade, casos de decadência[24].

Por falta de parâmetros na lei, a tarefa se mostrou inçada de dificuldades, porque no direito comparado não havia uniformidade de posições e conceitos em que se pudesse apoiar. Basta lembrar que no direito romano e no medieval, sempre se teve a prescrição como um fenômeno do plano processual, que afetava a *actio* e não diretamente o direito material. Nessa linha, o direito alemão e suíço evoluíram para a extinção da *pretensão*, como sendo o efeito do transcurso do prazo prescricional aliado à inércia do titular do direito violado. O direito italiano, todavia, fez declarar literalmente em seu Código de 1942 que a prescrição era causa de extinção do próprio direito.

Entre nossos doutrinadores, por isso, estabeleceu-se uma divisão de teses entre os que se mantinham fiéis às tradições romanas, para defender a prescrição como causa de extinção apenas da ação[25] e os que a qualificavam como causa de extinção dos próprios direitos[26].

A falta de critério legal e a controvérsia doutrinária acerca da conceituação da prescrição tornavam tormentosa a diferenciação entre esta e a decadência.

---

24. "Prescrição e decadência. Embora o Código civil – de 1916 – não faça distinção entre os dois institutos, um e outros se distinguem, tanto pela natureza ou essência, como pelos seus efeitos" (TARJ, Ap. 38.586, Rel. Juiz Wilson Marques, ac. 14.05.1987, *RT* 625/193).
25. MIRANDA, Pontes de: "só pretensões e ações prescrevem" (*Tratado de direito privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. VI, §668, n. 2, p. 136); LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 22; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. I, p. 288.
26. GOMES, Orlando: "A prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue em virtude da inércia, durante um certo lapso de tempo, do seu titular, que, em conseqüência, fica sem *ação* para assegurá-lo" (*Introdução ao direito civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I, n. 294, p. 496). "É preciso reconhecer que, embora a prescrição se refira à ação, em regra a extinção da ação e do direito são contemporâneos, porque um direito que se não pode valer é ineficaz" (SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. III, p. 372). "Perda do direito, dissemos, e assim nos alinhamos entre os que consideram que a prescrição implica algo mais do que o perecimento da ação" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, n. 121, p. 435).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 233 1/2/2007, 08:51

Para os que viam na prescrição a extinção apenas da ação, era mais fácil distingui-la da decadência porque esta, ao contrário daquela, funcionava como causa de extinção do direito, que por sua própria natureza deveria ser exercido em certo prazo, sob pena de caducidade. Se, todavia, tanto a prescrição como a decadência se apresentam como causa de extinção do direito subjetivo, torna-se penosa e quase impossível uma distinção precisa entre as duas figuras extintivas.

O novo Código tomou posição no debate travado no direito comparado e optou por conceituar a prescrição como perda da *pretensão* (art. 189), idéia que se aproxima da posição romana *(actio)* e que é a atual do direito alemão e suíço. Com isso, facilitada restou a configuração dos casos de decadência (art. 207), aos quais se dedicou regulamentação separada (arts. 207 a 211). Foi o que também fez o novo Código Civil do Peru (de 1984), para o qual, textualmente, "*la prescrición extingue la acción pero no el derecho mismo"* (art. 1989); enquanto *"la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente"* (art. 2003).

7. A PRESCRIÇÃO COMO EXTINÇÃO DA PRETENSÃO

Entre as duas grandes propostas de conceituação da prescrição, oferecidas pelo direito comparado – a do direito alemão (extinção da *pretensão* não exercida no prazo legal) e a do direito italiano (extinção do *direito* por falta de exercício pelo titular durante o tempo determinado pela lei) – o novo Código brasileiro optou pelo primeiro modelo, que assim é explicado pela própria lei:

> "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206" (CC. 2002, art. 189).

Donde:

A prescrição faz extinguir o direito de uma pessoa a exigir de outra uma prestação (ação ou omissão), ou seja, provoca a extinção da pretensão, quando não exercida no prazo definido na lei.

Não é, pois, o direito subjetivo descumprido pelo sujeito passivo que a inércia do titular faz desaparecer, mas é o direito de exigir em juízo a prestação inadimplida que fica comprometido pela prescrição. O direito subjetivo, embora desguarnecido da pretensão, subsiste, ainda que de maneira débil (porque não amparado pelo direito de forçar o seu cumprimento pelas vias jurisdicionais), tanto que se o devedor se dispuser a cumprí-lo, o pagamento será válido e eficaz, não autorizando repetição de indébito (art. 882), e se demandado em juízo, o devedor não argüir a prescrição, o juiz não poderá reconhecê-la de oficio (art. 194).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 234 1/2/2007, 08:51

Evitou o Código a linguagem do direito antigo, segundo a qual a prescrição provocaria a perda da *ação.* E o fez para evitar o conflito com os conceitos do direito processual moderno, que emancipara a *ação* de seu vínculo com o direito material da parte e a deslocara para o campo do direito público, onde exerce o papel de direito subjetivo à prestação jurisdicional, qualquer que seja o sentido dado à composição do litígio. Nesse rumo não mais se pode ver a ação como a reação judicial à violação do direito subjetivo, porquanto até mesmo o autor que afinal não se reconheceu como titular do direito invocado contra o réu, teve *ação.* Na ótica do direito processual ação é, pois, um direito autônomo e abstrato, que se satisfaz com a prestação jurisdicional (direito à sentença de mérito), não importa em favor de qual dos litigantes. O titular do direito prescrito não perde o direito processual de ação, porque a rejeição de sua demanda, por acolhida da exceção de prescrição, importa ela mesma, uma sentença de mérito (CPC, art. 269, n. IV).

Daí que andou corretamente o Código ao prever que a inércia do titular do direito violado, que deixa de fazer atuar a *pretensão* durante o prazo determinado pela lei, provoca a extinção desta, segundo o mecanismo da prescrição.

A *pretensão,* para o art. 189 tem um sentido que se aproxima não da *ação* moderna, mas da antiga *actio* do direito romano. Para evitar dificuldades teóricas, o Código teve o cuidado de dizer o que era a *pretensão* atingível pela força extintiva da prescrição, servindo-se, para tanto, do conceito de SAVIGNY a respeito da *ação em sentido material,* que se contrapõe ao de *ação em sentido processual*:

> "Il rapporto qui descritto nascente della lesione del diritto si chiama diritto ad agire od anche azione, quando si riferisca questa espressione alla semplice facoltà dell'offeso, la quale si manifesta in forma determinata, nel qual caso essa significa il fatto stesso dell'agire e quindi (ne presupposto del processo scrito) è sinonima di citazione o libello introdutivo. Qui può parlarsi soltanto dell'azione in quel primo (sostanziale) significato della parola, cioè del diritto d'agire: l'azione nel secondo significato (formale), ossia l'atto, mercè cui si fa valere il diritto, colle sue condizioni e forme, spetta alla teoria della procedura"[27].

Anota MOREIRA ALVES, em seu relato na Comissão Revisora do Projeto que se transformou no atual Código Civil, que PUGLIESE, ao analisar o conceito de *pretensão* (*Anspruch*), moldado por WINDSCHEID, concluiu que nada mais continha do que uma denominação nova para a figura que SAVIGNY tratava como *ação* em *sentido material.* Com efeito WINDSCHEID concebera, como

27. SAVIGNY, Federico Carlo de. *Sistema del diritto romano attuale.* cit., v. 5, § 205, p. 5.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 235 1/2/2007, 08:51

Anspruch, o direito de postular a eliminação da violação de um direito primário, e, portanto, uma figura distinta do direito violado e cuja não satisfação seria a condição da *actio*[28].

É, pois, a *actio* em sentido material – direito à prestação que irá reparar o direito violado – que será o objeto da prescrição. Não é nem o *direito subjetivo material* da parte, nem o direito processual de *ação* que a prescrição atinge, é apenas a pretensão de obter a prestação devida por quem a descumpriu (*actio* romana ou ação em sentido material).

Essa concepção facilita, e muito, a separação das ações que se submetem ao regime da prescrição daquelas que se sujeitam à decadência. Sempre que, consoante a doutrina de AGNELO AMORIM FILHO, a parte não tiver *pretensão* a exercer contra o demandado (porque este não tem obrigação de realizar qualquer *prestação* em favor do autor), o prazo extintivo, se houver, não será de prescrição, mas de decadência. É o que se passa com as ações constitutivas e declaratórias, porque nas primeiras se exerce um direito potestativo, e nas últimas, apenas se busca a certeza acerca da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Vale dizer: em nenhuma delas o autor reclama prestação (ação ou omissão) do réu, não havendo *pretensão* para justificar a prescrição.

Em resumo, para haver prescrição é necessário que:

a) exista o direito material da parte a uma prestação a ser cumprida, a seu tempo, por meio de ação ou omissão do devedor;

b) ocorra a *violação* desse direito material por parte do obrigado, configurando o *inadimplemento* da prestação devida;

c) surja, então, a *pretensão,* como conseqüência da violação do direito subjetivo, isto é, nasça o *poder de exigir a prestação* pelas vias judiciais; e, finalmente,

d) se verifique a *inércia* do titular da *pretensão* em fazê-la exercitar durante o prazo extintivo fixado em lei.

8. NÃO É O DIREITO QUE PRESCREVE

Prevê o art. 189 que, violado o direito, surge a pretensão, que se extinguirá quando não exercitada no prazo fixado pela lei. Nisso consiste a prescrição:

28. PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milano: Giuffrè, 1939, n. 43, p. 253, *apud* ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 151, nota 7.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 236 1/2/2007, 08:51

perda ou extinção da *pretensão* (poder de reagir contra a violação do direito) e não na extinção do próprio direito subjetivo[29].

Os que vêem a prescrição como causa de extinção do direito material, argumentam que não pode ser havido como direito, o interesse desprovido de tutela estatal (ação)[30].

Acontece que a simples consumação do prazo prescricional não priva, de imediato e de todo, o interesse do credor da tutela jurisdicional. O efeito extintivo não opera *ipso iure,* pela mera ultrapassagem do termo fixado na lei. Para que a pretensão do credor seja paralisada é indispensável que o devedor, quando demandado, árgua a prescrição como meio de defesa (art. 193). O que esta na verdade gera é uma *exceção,* que o devedor usará, ou não, segundo suas conveniências. Assiste-lhe o direito de renunciar à prescrição (art. 191) e de simplesmente não alegá-la, visto que ao juiz é vedado conhecê-la de ofício (art. 194). Em última análise, o que irá bloquear a ação exercida pelo titular do direito, será a *exceção* e não diretamente a *prescrição,* já que esta, sem aquela nenhum efeito terá sobre a pretensão deduzida em juízo[31].

Nessa ordem de idéias não é, de fato, correto afirmar-se que a prescrição provoca a extinção do direito do credor. Em realidade, consiste ela na abertura de uma faculdade que a lei faz ao devedor para poder este, amparado no transcurso do tempo, negar-se a cumprir a prestação devida, que só veio a ser reclamada depois de ultrapassado o prazo da prescrição. Assim, embora não desapareça o direito pelo decurso do tempo e pela inatividade do credor, a ordem jurídica o deixa sob a boa vontade do sujeito passivo, "retirando do titular o poder de *impô-lo* ao inadimplente"[32].

---

29. Na verdade, a lei faz uma redução ou simplificação do fenômeno. A prescrição, em si, mesmo depois de consumada, não extingue de imediato a pretensão. Apenas faculta ao devedor usá-la para, por meio de defesa (exceção), provocar a neutralização da pretensão, exercitada pelo credor. O que inibe a pretensão, de tal sorte, é a *exceção de prescrição* e não propriamente a prescrição.
30. "Com a maioria sustentamos nós que o efeito extintivo (da prescrição) se dá sobre o próprio direito; com a ação prescrevem ao mesmo tempo o próprio direito, e isto não porque se confunda direito substancial com ação (conceitos e momentos diversos), mas sim porque, sendo a tutela judiciária um caráter imanente e essencial do direito, perdida a tutela, também com ela se perdeu o direito" (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil.* cit., v. I, §34º, p. 355).
31. A prescrição "só releva se for invocada pela parte interessada. O juiz não pode declarar *ex officio* a prescrição, mesmo que tenha num processo elementos para isso. É necessário pois que o réu manifeste a sua vontade de se valer da prescrição" (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. 8. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1998, v. II, n. 210, p. 454).
32. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil – I – introducción y parte general*. 14 ed. Barcelona: Bosch, 1996, t. I, v. II, § 107, p. 468.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 237 1/2/2007, 08:51

A perda do poder de imposição do direito, se o devedor se opuser a cumpri-lo, embora o debilite profundamente, não equivale necessariamente à sua extinção. Esse quadro é o que melhor se harmoniza, segundo ALBALADEJO, não só com a consciência social, como com a sistemática operacional que a própria lei adota para a prescrição.

Com efeito, a consciência social não costuma aceitar que o direito desapareça apenas pelo passar do tempo e, ao contrário, censura o devedor que se ampara na prescrição como única justificativa para não pagar o que deve[33].

No plano da sistemática do direito positivo, a debilitação, e não a extinção do direito, é a única explicação aceitável para a postura legal que assegura a renunciabilidade da prescrição pelo devedor, assim como impõe a vedação a que o juiz a conheça de ofício[34].

A tese da extinção do direito como efeito da prescrição não consegue explicar, de maneira convincente, como extinto um direito, ainda possa o devedor renunciar ao efeito já operado fazendo, só com seu ato unilateral, reviver uma relação jurídica bilateral, sem nenhuma aquiescência do credor. E muito menos justifica, racionalmente, como o juiz, diante do silêncio do devedor, deva acolher a pretensão do credor, não obstante esteja sua demanda fundada em direito extinto pela prescrição. A ter-se como correta a tese da extinção do direito submetido à prescrição, estar-se-ia diante de uma profunda desarmonia dentro do sistema do direito positivo no campo obrigacional, e ter-se-ia de admitir uma verdadeira ruptura entre o processo e a realidade substancial[35]. A sentença tutelaria, contra a evidência, um direito extinto, só porque o devedor se omitiu.

A tentativa de contornar essa desarmonia evidente é feita pela atribuição de um suposto efeito constitutivo à exceção de prescrição. O efeito prescricional seria obtido não pelo decurso do prazo legal, mas por via da exceção. Entretanto, a incongruência entre a tese e a lei é inegável: como explicar que o devedor só possa renunciar à prescrição depois que esta já estiver consumada (art. 191)? Teria o devedor que primeiro propor a exceção para depois renunciar à prescrição? Isto seria um contra-senso, e nada há na lei que o imponha. Ao contrário, o que se deduz do sistema de direito positivo é que a prescrição se consuma no momento em que se completa o lapso fixado na lei. Desde então o devedor está autorizado a usar a exceção competente, caso o credor venha a ajuizar a ação para fazer valer sua pretensão. Desde o momento, pois, do termo final do prazo,

33. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil* cit., t. I, v. II, §107, p. 469.
34. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil* cit., t. I, v. II, §107, p. 469.
35. PANZA, Giuseppe. Verbete *cit.*, *Digesto cit.*, v. XIV, p. 229.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 238 1/2/2007, 08:51

a prescrição está consumada e, por isso, pode ser renunciada, expressa ou tacitamente, pelo devedor, independentemente de estar, ou não, ajuizada a causa.

Se, como adverte PANZA, fosse a exceção que consumasse a prescrição e lhe desse a eficácia extintiva do direito do credor, a renúncia só seria, de fato, admissível depois de excepcionada em juízo, porque a lei só permite renúncia à prescrição consumada. Ora, se isto fosse verdadeiro, "non si compreende poi come la renunzia possa risultare anche da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione"[36] (Código italiano, art. 2.937, 2º e 3º co.; Código brasileiro, art. 191).

Em conclusão: a violação de um direito subjetivo gera, para o respectivo titular a pretensão, que se define como o poder ou a faculdade de exigir de alguém uma prestação (ação ou omissão)[37]. A pretensão sujeita-se a um prazo legal de exercício, que findo sem que o credor a tenha feito valer em juízo, provocará a prescrição.

A prescrição, porém, não extingue o direito subjetivo material da parte credora. Cria apenas para o devedor uma *exceção,* que se for usada no processo de realização da pretensão do credor, acarretará a extinção desta.

Se não exercitada a exceção, o direito do credor será tutelado normalmente em juízo, sem embargo de consumada a prescrição. E mesmo depois de a exceção ter sido acolhida, se o devedor efetuar o pagamento da prestação devida, ou renunciar aos efeitos da prescrição já operada, tudo se passará como se o direito do credor jamais tivesse sido afetado pelo efeito prescricional.

O efeito da prescrição, dessa maneira, é uma exceção que, quando exercida, neutraliza a pretensão, sem, entretanto, extinguir propriamente o direito subjetivo material do credor[38].

9. DIREITO, PRETENSÃO, AÇÃO E RESPONSABILIDADE

Para CÉSAR FIUZA, a prescrição não extingue a *ação* que protege um direito violado, como queria a doutrina de AGNELO AMORIM FILHO, porque na

36. PANZA, Giuseppe. Verbete *cit.*, *Digesto cit.*, v. XIV, p. 220.
37. PRIETO, F. Pantaleón. Prescripción. Verbete in Enciclopédia Jurídica Básica. Madrid: Editorial Civitas, 1995, v. III, p. 5008.
38. A rigor, a prescrição não extingue, o direito, nem mesmo a pretensão, visto que o juiz não pode acolhê-la se o devedor não manejar a respectiva exceção (art. 194). Logo, o que se cria com a prescrição é, na verdade, uma defesa para o devedor, que se manejada inviabilizará a pretensão. Dessa maneira, "a prescrição não subtrai arma alguma ao credor: cinge-se a fornecer ao devedor um escudo, do qual se poderá servir-se ou não, a seu talante" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o direito processual, Revista Forense, v. 364, p. 186).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 239 1/2/2007, 08:51

moderna concepção do direito de ação jamais se pode retirar de alguém o direito do credor de ir à justiça em busca de uma sentença condenatória. O direito à prestação jurisdicional independe da efetiva existência do direito subjetivo que a parte intenta realizar. O resultado do exercício do direito de ação tanto pode ser favorável como desfavorável ao titular do direito de ação. Também entende que nascida a pretensão para o titular do direito a uma prestação "rigorosamente ela não se extingue", tanto que "se o pagamento for realizado espontaneamente será válido", e se acionado o devedor, não for por este alegada a prescrição, "será proferida sentença condenatória favorável ao credor que poderá executá-la", concretizando assim a pretensão, mesmo depois da prescrição.

Assim, não estaria correta nem a doutrina que identifica a prescrição com a perda da ação, nem o conceito legal de perda da pretensão. Para CESAR FIUZA, a extinção seria da responsabilidade, ou seja, com o decurso do tempo, "o devedor passa a não mais responder pela dívida, passa a não mais responder pelo inadimplemento do direito a uma prestação do credor"[39] .

Ora, se o credor não perde a pretensão, porque pode obter pagamento ou condenação, se não for invocada a prescrição, o mesmo acontece com a responsabilidade, ou seja, também a responsabilidade prevalecerá, levando o devedor a sofrer a expropriação executiva, se a exceção de prescrição não for tempestivamente argüida. Como então falar, *in casu,* em extinção da responsabilidade?

De fato, a prescrição não gera imediatamente a perda da pretensão, mas conduz à sua extinção se o devedor, acionado, fizer uso da respectiva exceção. Uma vez exercida dita exceção, não será o direito subjetivo material, nem a ação no sentido processual que sofrerão o efeito extintivo, mas apenas a pretensão, visto esta como o poder de exigir a prestação devida, que corresponde ao sentido antigo (romanístico) de direito de ação, qual seja o de direito do titular à proteção do seu direito subjetivo contra a violação praticada pelo obrigado.

Portanto, no plano material, onde opera o fenômeno da prescrição, não está em jogo o direito de ação concebido pelo moderno direito processual, mas a *pretensão,* que nasce por força do relacionamento obrigacional e em torno dele se desenvolve, podendo ser, ou não, levada ao processo judicial.

O poder de exigir a prestação *(i.e,* a *pretensão),* nessa ordem de idéias, nasce antes do direito de ação e independe deste. Pode ser exercido fora do juízo e tanto pode ser satisfeito como extinto sem interferência da prestação jurisdicional. É preciso, todavia, que, uma vez instaurado o processo judicial, a eficácia extintiva

39. FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 252-253.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 240 1/2/2007, 08:51

seja adequadamente argüida pelo devedor, para que a perda da pretensão efetivamente se consume.

10. AÇÃO DE DIREITO PROCESSUAL E AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

Quando AGNELO AMORIM FILHO elaborou seu estudo sobre a prescrição, vigorava o art.75 do Código Civil de 1916, segundo o qual "a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura". Ter-se-ia tornado incorreta ou revogada a norma civil depois que passou a conceber o direito de ação como direito a prestação jurisdicional, de forma autônoma e abstrata?

A resposta é negativa: o fato de se ter detectado a ação no plano processual não invalida o reconhecimento (aliás, indispensável) de que o direito subjetivo tem de contar com a proteção estatal, quando ameaçado ou violado. As duas realidades têm de coexistir, cada uma em seu terreno, mormente quando os mais recentes estudos processuais não se cansam de refrear o excesso de autonomia que se pretendeu dar ao direito processual. Direito e processo são duas faces de uma só realidade, são órgãos do mesmo organismo, pelo que, mais importante do que cuidar da autonomia entre eles é pesquisar e determinar seus pontos de contato. É precisamente o que faz a moderna processualística ao defender a meta da instrumentalidade e efetividade: o processo deve proporcionar a quem realmente tem o direito subjetivo tudo o que este direito lhe confere.

Vale dizer que o direito de ação é, hoje, visto na ótica do direito processual, como autônomo e abstrato, frente ao direito material, mas não é hostil a este nem é com ele incompatível. Sendo certa a instrumentalidade de um direito em relação ao outro, pode-se perfeitamente encarar o direito de ação tanto do ponto de vista processual como material. E será apenas na perspectiva do direito processual que prevalecerá a sua autonomia e abstração. Estar-se-á cuidando apenas do direito à prestação jurisdicional. Pode, porém, a ação ser encarada dentro da perspectiva do direito material. Nesse ângulo, é com a *tutela jurisdicional* que o titular do direito subjetivo material irá contar, ou seja, o acesso à justiça lhe assegurará a *tutela* ou *proteção* que a ordem jurídica assegura a todos os direitos subjetivos materiais. Ter *ação*, no sentido material ou civilístico, é, portanto, ter direito à *proteção jurisdicional*[40] e não apenas direito à resposta judicial (simples *prestação jurisdicional*). Daí que não há impropriedade alguma em reconhecer

40. "A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito do *resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material*. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 147).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 241 1/2/2007, 08:51

que há uma *ação material* distinta da *ação processual,* a qual desta se vale para implementar-se, quando necessário[41] .

Sendo inegável que o processo deve assegurar a "efetividade da tutela jurisdicional", que por sua vez tem de "atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem"[42] .

Ao se descobrir e conceituar a moderna *ação processual*, destarte, não se aboliu, nem poderia pensar em abolir, a *ação material,* porque a jurisdição deve a proteção aos direitos materiais e é por meio do processo que essa proteção se realiza.

A ação que se perde quando o titular do direito material incorre em prescrição, portanto, é a *ação de direito material*, ou seja, o poder de exigir a prestação do obrigado, fenômeno que o atual Código Civil brasileiro, na esteira do BGB, chama de *pretensão.*

11. A INSTITUIÇÃO DE UM REGIME PRÓPRIO PARA A DECADÊNCIA PELO NOVO CÓDIGO CIVIL

Embora fosse antiga a advertência de que não se deve confundir a prescrição com a decadência[43], o Código de 1916 não fez o menor esforço para distinguilas, e, o que é pior, reuniu todos os prazos extintivos sob o rótulo único da prescrição. Simplesmente ignorou a existência da decadência, o que, aliás, entre os Códigos primitivos, era comum[44]. Com efeito, foi por meio da doutrina e da jurisprudência que se isolou e conceituou a decadência como fenômeno distinto da prescrição, durante a formação do direito de origem românica. Diversamente da prescrição, que sempre despertou a atenção do legislador, a decadência quase sempre careceu de uma específica disciplina legislativa[45].

Entre nós, a total ausência de referência no Código antigo ao fenômeno da decadência, fez com que a doutrina não tivesse parâmetro algum no direito

41. Ao falar em *ação de direito material,* "trata-se da *atuação concreta da norma* por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual. op. cit.*, p. 147).
42. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual. op cit.*, p. 147.
43. GALLO, Paolo. Prescrizione e decadenza in diritto comparato. Digesto delle discipline privatistiche. Torino: UTET, 1996, v. XIV, p. 252.
44. O certo, contudo, é que "siendo la prescripción y la caducidad dos instituciones, no solo distintas sino excluyentes, por cuanto, mientras la primera, solo extingue la acción y la segunda, no solo extingue la acción, sino además el derecho mismo, no se procede aplicar ambas simultaneamente" (Jurisprudência peruana citada por FELIPE OSTERLING PARODI. Código civil y código procesal civil. Lima: Libreria y ediciones jurídicas, 2002, p. 258).
45. GALLO, Paolo. Prescrizione e decadenza in diritto comparato. op. cit., p. 252.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 242 1/2/2007, 08:51

positivo para construir a teoria delimitadora daquele fenômeno em relação à prescrição. Por outro lado, nem mesmo a prescrição chegou a ser definida na lei. Daí o aparecimento de teses pouco claras e de orientações não convergentes durante os longos anos de vigência do Código Beviláqua, quer a respeito da prescrição, quer a propósito da decadência.

A exemplo dos Códigos mais modernos como o italiano e o português, o novo Código brasileiro define o que é prescrição (art. 189) e institui uma disciplina específica para a decadência (arts. 207 a 211), agrupando em capítulos separados os preceitos reguladores de cada uma das duas figuras jurídicas[46].

O ponto de partida da tomada de posição do Código de 2002 está na idéia de pretensão, sobre a qual se constrói a teoria da prescrição. Não se tratando de pretensão – exigência de uma prestação omitida pelo obrigado – não há que se pensar em prescrição. Os prazos extintivos de direitos desprovidos de pretensão é que constituem o objeto da decadência.

Explica a Comissão Revisora do Projeto que se converteu no atual Código:

> "Ocorre a decadência quando um *direito potestativo* não é exercido, extrajudicialmente ou judicialmente (nos casos em que a lei – como sucede em matéria de anulação, desquite etc. – exige que o direito de anular, o direito de desquitar-se só possa ser exercido em Juízo, ao contrário, por exemplo, do direito de resgate, na retrovenda, que se exerce extrajudicialmente), dentro do prazo para exercê-lo, o que provoca a decadência desse direito potestativo"[47].

Se a prescrição é a perda da pretensão (força de reagir contra a violação do direito subjetivo), não se pode, realmente, cogitar de prescrição dos direitos potestativos. Estes nada mais são do que poderes ou faculdades do sujeito de direito de provocar a alteração de alguma situação jurídica. Neles não se verifica a contraposição de uma obrigação do sujeito passivo a realizar certa prestação em favor do titular do direito. A contraparte simplesmente está sujeita a sofrer as conseqüências da inovação jurídica. Por isso, não cabe aplicar aos direitos potestativos a prescrição: não há pretensão a ser extinta, separadamente do direito subjetivo; é o próprio direito potestativo que desaparece, por completo, ao término do prazo marcado para seu exercício[48]. Explica a Comissão Revisora:

---

46. Igual orientação é seguida pelo novo Código Civil do Peru (de 1984): "La prescrición extingue la acción pero no el derecho mismo" (art. 1.989). "La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente" (art. 2003).
47. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro. op. cit.*, p. 155.
48. "Sabe-se que a prescrição é o encobrimento dos direitos análogos à pretensão; enquanto a decadência trata da extinção dos direitos potestativos, de modo que a solução adotada (pelo novo Código) é extremamente operativa, motivo pelo qual MIGUEL REALE com ela exemplifica a diretriz que dominou, entre outras, os trabalhos codificatórios (MARTINS-COSTA, Judith. O projeto de Código Civil brasileiro: em busca da 'ética da situação'. *Revista Jurídica*, v. 282, p. 38).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 243 1/2/2007, 08:51

> "Os direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insuscetíveis de violação, já que a eles não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém (o meu direito de anular um negócio jurídico não pode ser violado pela parte a quem a anulação prejudica, pois esta está apenas sujeita a sofrer as conseqüências da anulação decretada pelo juiz, não tendo portanto, dever algum que possa descumprir)"[49].

Quando se estipula, na lei ou no contrato, um prazo determinado para que a parte exerça um direito de cunho potestativo, a própria aquisição deste direito restou condicionada ao dado temporal. A decadência se insere na estrutura formativa do próprio direito.

A prescrição participa, da vida do direito subjetivo, de modo acidental. O direito deve ser exercido e satisfeito independentemente de termo extintivo. A prescrição nasce do fato anormal do inadimplemento. É porque o obrigado a uma prestação deixou de cumpri-la, que começa a correr o prazo de prescrição, dentro do qual o credor deverá reagir, para forçar a realização da prestação descumprida. A inércia da reação à ofensa ao direito provocará, ao final do prazo assinalado na lei, a perda da tutela jurisdicional, embora ainda subsista o direito subjetivo, já então debilitado, mas não extinto (se o devedor não argüir a prescrição, o juiz não poderá recusar a tutela jurisdicional, e se o devedor pagar a dívida prescrita o pagamento será válido e irrepetível). É o que se passa, por exemplo, com o débito proveniente de qualquer mútuo ou com o preço da compra e venda ou da locação.

No campo dos direitos potestativos, surgem faculdades, a cujo exercício se marca de antemão um termo, de sorte que ditas faculdades não mais se poderão fazer valer quando, por qualquer motivo, já tenha decorrido o tempo previsto[50]. É o que se dá, por exemplo, com a anulação do negócio jurídico por vício de consentimento, com a revogação da doação por ingratidão, com a retrovenda, com a resolução do contrato de compra e venda por vício redibitório, com o direito de preferência do condômino ou do locatário etc.

Quando se trata de caducidade ou decadência (ou preclusão) o tempo se conta necessariamente desde o nascimento do direito potestativo (ou facultativo). Quando é de prescrição que se cogita, o prazo extintivo começa não do nascimento do direito, mas do momento em que a inércia do titular se manifestou, depois que ele já existia e veio a ser violado[51].

---

49. ALVES, José Carlos Moreira, *op. cit.*, p. 155.
50. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil.* op. cit., v. I, § 34º, p. 357.
51. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil. op. cit.*, t. I, v. II, § 108, p. 506.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 244 1/2/2007, 08:51

Assim delineados os contornos da prescrição e da decadência, pode-se definir a decadência como o fenômeno que faz extinguir os direitos potestativos, cujas faculdades nascem com um prazo de duração limitado[52].

Inspirado no pensamento de JHERING, de que a essência do direito está na sua *realizabilidade* (aquilo que os processualistas contemporâneos chamam de *efetividade*), o Código adotou o critério mais operacional possível para enfrentar e solucionar um dos mais intrincados problemas do direito civil, que era o de conceituar e separar a prescrição e a decadência.

Em primeiro lugar, definiu-se a pretensão como sendo o objeto da prescrição e, em seguida, arrolaram-se em dois únicos artigos todos os casos de prescrição (art. 205 e 206), deixando os de decadência para a regulamentação específica de cada modalidade de direito (art. 207 a 211)[53].

A medida legislativa foi de extrema singeleza, mas de evidente *operabilidade*, na linguagem de MIGUEL REALE, para quem, na aplicação da nova sistemática dos prazos extintivos, "não haverá dúvida nenhuma: ou figura no artigo que rege a prescrição, ou então se trata de decadência"[54].

O lugar destinado à fixação dos prazos decadenciais foi a Parte Especial do Código. Raros foram os casos em que prazos da espécie apareceram na Parte Geral, situações em que se teve o cuidado de explicitar a natureza do prazo extintivo, como complemento do artigo em que, especificamente, aplicável (por exemplo: arts. 45, parágrafo único, 47, parágrafo único, 68, 119, parágrafo único, 178 e 179).

Na parte especial, numerosas são as hipóteses de decadência, podendo lembrar-se, a título exemplificativo: *art. 501* (ações relativas às diferenças de área de compra e venda de imóvel); *art. 504* (ações de preferência do condômino na venda de quinhão de outro comunheiro); *art. 505* (cláusula de retrovenda); *art. 512* (venda a contento); *art. 516* (direito de preferência, cláusula especial de compra e venda); *art. 554* (doação a entidade futura); *art. 559* (revogação de

52. "*Caducidade* ou *preclusão* é um instituto por via do qual os direitos potestativos se extinguem pelo facto do seu não-exercício prolongado por certo tempo" (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica.* op cit., v. II, n. 214, p. 463).

53. "No que concerne ao regramento da prescrição e da decadência – tema tormentoso no Código Civil vigente (de 1916), que mistura ambas as espécies – o Projeto (novo Código) adotou interessante solução metodológica: trata sistematicamente apenas a prescrição (art. 189), enunciando as hipóteses na Parte Geral (art. 206) e acoplando as regras relativas à decadência em cada preceito onde cabível, salvo a regulação genérica dos arts. 207 a 211" (MARTINS-COSTA, Judith. O projeto de Código Civil brasileiro: em busca da 'ética da situação'. *Revista Jurídica*, v. 282, p. 38).

54. REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 10-11.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 245 1/2/2007, 08:51

doação por ingratidão); *art. 618* (prazo para reclamar defeitos de construção contra o empreiteiro); *art. 859* (concurso com promessa de recompensa) etc.

Explica MIGUEL REALE como se organizou o tratamento da decadência na visão do novo Código, nos seguintes termos:

> "Qual é o tratamento dado à decadência? Há, por exemplo, o direito do doador de revogar a doação feita, por ingratidão. Aí o prazo é tipicamente de decadência. E então a norma vem acoplada a outra: a norma de operabilidade está jungida ao direito material. Como se vê, cada norma de decadência está acoplada ao preceito cuja decadência deve ser decretada. De maneira que, com isso, não há mais possibilidade de alarmantes contradições jurisprudenciais.
>
> O critério de operabilidade leva-nos, às vezes, a forçarmos um pouco, digamos assim, os aspectos teoréticos. Vou dar um exemplo, para mostrar que prevalece, às vezes, o elemento de operabilidade sobre o elemento puramente teorético-formal. Qual é o prazo da responsabilidade de um construtor, pela obra que ele entregou, numa empreitada de material e de lavor, ou seja, de mão-de-obra e com fornecimento de material? É um prazo de cinco anos – um prazo extenso. Porém estabelecemos que, não obstante a aparência de uma norma prescritiva, ela devia ser colocada como norma de decadência, para que não houvesse dúvida na jurisprudência, nem dúvida na responsabilidade, quer do proprietário, quer do empresário, um a exigir uma responsabilidade, outro a fazer face àquilo que assumiu como obrigação contratual[55].

Em resumo: prazos prescricionais são apenas os dos arts. 205 e 206. Todos os demais que figuram no Código, mormente os da Parte Especial, são decadenciais.

12. CONEXÃO ENTRE O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL

Já se acentuou que a prescrição se instala numa relação entre credor e devedor, quando aquele não reage contra a violação por este praticada. Na prescrição, há, destarte, um direito e uma obrigação em confronto. Na decadência apenas um sujeito se apresenta como titular de uma faculdade. Não há obrigação descumprida. Daí porque é no terreno dos direitos potestativos (ou facultativos) que opera a decadência.

Cotejando o direito subjetivo do titular de um direito potestativo com o sistema processual, ver-se-á que, na classificação das ações pela eficácia da sentença, a prescrição é aplicável às *ações condenatórias,* e a decadência, às *ações constitutivas.*

É que nas ações condenatórias o que se obtém em juízo é um comando judicial tendente a impor a realização, pelo demandado, de uma prestação em favor

55. REALE, Miguel. *O projeto.* op. cit., p. 11.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 246 1/2/2007, 08:51

do demandante. As pretensões, que se extinguem pela prescrição, são justamente as exigências de prestações não cumpridas a seu tempo pelo obrigado. Daí a conclusão de que são as ações condenatórias as que ensejam a prescrição, quando não exercitadas no prazo da lei.

Já nas ações constitutivas, o que se busca é a atuação de faculdades do demandante capazes de operar alteração na situação jurídica existente entre ele e o demandado. São ações que versam sobre direitos sem pretensão, porque não correspondem a prestações sonegadas pelo réu. A decadência, desta maneira, é fenômeno próprio das ações constitutivas[56].

Convém observar, no entanto, que o direito potestativo nem sempre depende de sentença para implementar-se. Muitas vezes pode ser exercitado extrajudicialmente (como no direito de opção, no direito de renovação de certos contratos, no direito de retrovenda etc.). Sempre, porém, que se tiver de exercer em juízo o direito potestativo, a ação adequada será a constitutiva. Por outro lado, é de destacar que alguns direitos potestativos são insuscetíveis de prazo extintivo, como os ligados ao estado de família.

Feitas estas ressalvas, o critério de correlação entre as ações de direito material e as de direito processual é correto e útil, tendo a grande virtude de ligar o problema da prescrição à existência da *pretensão*, como no direito alemão e no novo direito brasileiro; e de permitir por meio da noção de *direito potestativo*, "visão mais clara do problema da *decadência*"[57].

É nesse rumo que – desde o famoso estudo de AGNELO AMORIM FILHO – já se encaminhava a doutrina brasileira, mesmo antes do advento do atual Código Civil, que veio, sem dúvida, prestigiar e consolidar o entendimento exposto[58]. Pode-se, de tal maneira, sintetizar o quadro de diferenciação entre a prescrição e a decadência da seguinte forma: a) as *ações condenatórias* sujeitam-se aos efeitos

56 "Os direitos desprovidos de pretensão, os chamados *direitos potestativos,* se necessário seu exercício por meio de ação judicial, demandam *sentença constitutiva*" (GOMES, Orlando. *Introdução cit*., n. 302, p. 509).

57. GOMES, Orlando, *Introdução.* op. cit., n. 302, p. 509.

58. "A preferência dos estudos mais modernos sobre a distinção entre a prescrição e a decadência parece se fixar no tema do cotejo entre as ações condenatórias e as ações constitutivas. Dessa forma a prescrição diz respeito a direitos já constituídos e que são ofendidos pelo sujeito passivo, sem que o respectivo titular tenha reagido por via de ação condenatória, no prazo devido. Já a decadência refere-se a direitos potestativos, cuja ação constitutiva não foi manejada em tempo útil pelo titular (cf. GUIMARÃES, Carlos da Rocha. Prescrição e decadência. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, n. 27, p. 103; AMORIM FILHO, Angelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista dos Tribunais, v. 300, p. 7-37, out./1960, 1962; PINTO, Nelson Luiz. Ação de usucapião. São Paulo: RT, 1987, n. 3.2.1, p. 33, e n. 3.2.2, p. 39).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 247 1/2/2007, 08:51

da prescrição; b) as *ações constitutivas* sujeitam-se à decadência do direito potestativo que as fundamenta; e c) as *ações constitutivas*, que não têm prazo especial de exercício fixado em lei, e todas as ações declaratórias não se sujeitam nem à decadência nem à prescrição"[59].

13. OBJEÇÃO E EXCEÇÃO EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Ao disciplinar os efeitos da citação válida, o art. 219, *caput,* do CPC, neles incluía o de *interromper a prescrição*, regra que se harmonizava com o art. 172, I, do Código Civil da 1916, assim redigido: "A prescrição interrompe-se: I – pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente".

O § 1º do art. 219 do CPC, porém, havia introduzido um mecanismo de retroatividade que não existia na sistemática da lei material, segundo o qual, embora a causa interruptiva da prescrição fosse realmente a citação, os seus efeitos retroagiam "à data da propositura da ação".

O novo Código Civil foi além da literalidade do art. 219 do CPC e dispôs que o ato que interrompe a prescrição não é mais a citação, mas o despacho do juiz que ordena sua realização (Código Civil, art. 202, I). Ressalvou, contudo, que esse despacho somente interromperá a prescrição se o interessado, de fato promover a citação no prazo previsto na lei processual.

A inovação, desta maneira, se deu apenas literalmente, porque se a citação ocorrer fora do prazo do art. 219, § 2º, do CPC, não terá força interruptiva o despacho que a ordenou. Tudo na prática se manteve na mesma situação: sem a consumação da citação não há interrupção alguma. Sempre haverá de realizar-se a citação, e o efeito se manifestará na data do despacho que a ordenou somente quando o cumprimento do ato citatório for tempestivo, segundo a lei processual. Mudaram-se os termos do enunciado legal, mas conservou-se o mesmo efeito concreto.

A efetiva derrogação do preceito processual ocorreu em face do § 5º, do art. 219 do CPC, onde se vedava o conhecimento de ofício, pelo juiz, da prescrição de direitos patrimoniais. É que o Código Civil de 2002 criou uma regra especial em relação aos débitos do absolutamente incapaz, autorizando ao juiz conhecer da prescrição independentemente de alegação da parte quando beneficiar devedor privado da capacidade civil, em caráter absoluto (Código Civil, art. 194).

59. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis. Revista dos Tribunais, v. 300, p. 37.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 248 1/2/2007, 08:51

O Código Civil de 2002, ao permitir o conhecimento *ex officio* da prescrição benéfica ao incapaz, não só derrogou o art. 219, § 5º, do CPC, como quebrou a clássica distinção entre os casos de *objeção* e *exceção*, em matéria de prescrição e decadência.

Com efeito, historicamente exceção substancial sempre se entendeu como defesa que o demandado opõe à eficácia da pretensão do demandante, de sorte que juiz somente pode apreciá-la quando exercida pela parte. Como a prescrição corresponde a uma *exceção substancial,* a regra observada pelo Código Civil de 1916 e pelo Código de Processo Civil atual era a de que não podia o magistrado conhecer de ofício os efeitos da prescrição[60]. Já para a decadência, vigorava o regime da *objeção* – isto é, o de causa não de paralisação da pretensão, mas de eliminação ou extinção dela – de sorte que natural era o poder do juiz de apreciá-la *ex officio.* Afinal, a caducidade representa o desaparecimento completo do direito potestativo de alguém. Se não mais existe o direito subjetivo, não pode evidentemente o juiz tutelá-lo[61].

Por isso, sempre se manteve a observância, entre nós, no plano do processo civil, do princípio de que a decadência, como *objeção* que é, haveria de ser conhecida e levada em conta pelo julgador, na solução do litígio, quer tivesse sido, ou não, argüida pelo demandado[62].

Nada obstante essa tradição, o Código Civil de 2002 escolheu novos rumos para disciplinar o tratamento processual da prescrição e da decadência, pois:

a) embora continue a vigorar a regra das exceções no tocante à necessidade de provocação do demandado, para a prescrição em benefício do absolutamente incapaz a norma não mais vigora, visto que o juiz pode acolhê-la de ofício (Código Civil, art. 194);

---

60. "A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem co-elimina atos de realização da pretensão…, só encobre a eficácia do direito" (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. VI, p. 10-11). "A exceção opera no plano de eficácia. Quem excetua não nega a eficácia, busca neutralizá-la ou retardá-la" (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, n. 3.3.1., p. 21).
61. Para CALMON DE PASSOS, o fato impeditivo ou extintivo, configurador da exceção, quando o juiz o ignorava porque a parte não o argüi, não leva a uma sentença *injusta* (no sentido de ser contrariado o direito). Pelo princípio dispositivo somente ao interessado cabe decidir sobre a conveniência de opor ou não a exceção de que dispõe. A *objeção*, contudo, corresponde a fatos impeditivos ou extintivos que o magistrado não pode ignorar, "porquanto a sua existência impede a prolação de uma sentença favorável, que será sempre *injusta* (contrária ao direito), se não foram aqueles fatos levados em consideração pelo juiz, tenha ou não havido provocação do interessado" (PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III, p. 255).
62. "Costumava-se dizer que a decadência era uma objeção, e como tal, poderia ser conhecida *ex officio* pelo juiz" (DIDIER JÚNIOR, Fredie, op. cit., n. 3.3.2., p. 25).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 249 1/2/2007, 08:51

b) Quanto à decadência, a cognoscibilidade *ex officio* continua prevalecendo para as causas extintivas *legais*. Quando, porém, a hipótese for de prazo convencional de caducidade, o regime não será o clássico da decadência, mas o das exceções, ou seja, o juiz não poderá atuar para seu reconhecimento sem provocação do demandado (Código Civil, art. 211).

Nessa perspectiva, pode-se concluir, com DIDIER JR., que "o legislador civil, atento aos aspectos práticos, e preocupado com a justiça das decisões, passou por cima da distinção teórica entre exceção e objeção substancial, aplicando a uma, em alguns casos, o regime processual da outra"[63]. É sempre bom ter presente que o legislador não fica jungido às construções teóricas do doutrinador, quando busca disciplinar concretamente as relações sociais por meio do direito positivo. Ao jurista é que cabe conformar suas teorias à nova ordem jurídica imposta pelo legislador. Este só não pode ir contra a natureza da coisa. Quanto às sistematizações doutrinárias, o legislador pode adotá-las, modificá-las ou ignorá-las, segundo as conveniências políticas e práticas perseguidas.

63. DIDIER JÚNIOR, Fredie, *op. cit.*, p. 25.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 250 1/2/2007, 08:51

CAPÍTULO XI

A PRESCRIÇÃO E A SUA *PRONÚNCIA* DE OFÍCIO: QUAL A EXTENSÃO DA REVOGAÇÃO DO ART. 194 DO CÓDIGO CIVIL?*-**

Rodrigo Mazzei[1]

Sumário • 1. Introdução. 2. A prescrição no Código Civil de 2002. 2.1. Critério diferenciador com a decadência. 2.2. Regras processuais sobre a prescrição no corpo do Código Civil de 2002. 3. Da real extensão do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil no Código Civil. 4. Compatibilização entre o art. 219, § 5º do Código de Processo Civil como art. 191 do Código Civil. 5. Prescrição não é matéria de ordem pública. 6. Efeitos da reforma nos ditames do art. 191 do Código Civil. 7. A reforma e o art. 193 do Código Civil: da necessidade de contraditório. 7.1. Da necessidade de intimação do réu ("devedor"). 7.2. Da necessidade de intimação do autor ("credor"). 7.3. Conclusões sobre a importância do contraditório. 8. Prescrição intercorrente *versus* § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil. 9. Prescrição aquisitiva, § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, função social da propriedade e o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil. 9.1. Natureza jurídica da cláusula geral do parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil. 9.2. Do uso (e compreensão) da expressão *prescrição aquisitiva*. 9.3. Necessidade de observância ao disposto no art. 220 do Código de Processo Civil. 10. Direito intertemporal. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Como é de conhecimento geral, a Lei 11.280/2006 – *um dos vetores da terceira etapa da reforma processual* – invadiu o tecido do Código Civil de 2002, com a revogação do art. 194 da dita codificação, consoante a firme dicção do art. 11 da lei em tela.

Em resumo, ao reformar o § 5º do art. 219 do CPC, o legislador apontou que o julgador *poderá* pronunciar a prescrição de ofício, situação vedada pelo art. 194 do Código Civil que, somente em regra de exceção, permitia tal procedimento

---

* Em estudo anterior analisamos a novidade legislativa com visão mais voltada para os reflexos processuais, a saber: Reconhecimento *ex officio* da Prescrição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção *et al. Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006.* São Paulo: RT, 2006, cap. 20, p. 424-453. No presente texto desenvolvemos de forma mais aguda as questões ligadas aos possíveis efeitos materiais da Lei 11.280/2006, sem deixar de destacar alguns desdobramentos processuais (não todos), com a revisão e atualização de pontos anteriormente desenvolvidos.

** Agradeço a colega Sarah Vargas, pesquisadora do Instituto Capixaba de Estudos (ICE), pela inestimável ajuda na pesquisa e formatação final do artigo.

1 . Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e do Instituto Capixaba de Estudos (ICE). Advogado. Vice-presidente do Instituto de Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES). Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). rodrigo@rmazzei.com.br.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 251 1/2/2007, 08:51

para beneficiar o incapaz. Dessa forma, o novo § 5º do art. 219 do CPC revogou não apenas a redação pretérita do dispositivo, alcançando também o art. 194 do Código Civil. Confira-se o panorama:

	NORMAS REVOGADAS	DISPOSITIVOS CONTIDOS NA REFORMA (LEI 11.280/06)
Código de Processo Civil	**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. (...)§ 5º. **Não se tratando de direitos patrimoniais,** o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição **e decretá-la de imediato.**	**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. (...)§ 5º. O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.
Código Civil	**Art. 194.** O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.	**Art. 11.** Fica revogado o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil.

Como se vê, a incompatibilidade entre os ditames do § 5º do art. 219 do CPC e do art. 194 do Código Civil é flagrante, tendo o legislador lançado mão da revogação expressa, através do art. 11 da Lei 11.280/06, para que não subsista qualquer dúvida quanto à possibilidade de argüição da prescrição de ofício pelo julgador.[2]

2. É relevante destacar que não se trata de uma novidade total, já que o disposto no § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), com a redação conferida pela Lei 11.051/2004, dispõe: "Art. 40. (...) § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato". Dessa forma, o novo § 5º do art. 219 do CPC não pode ser tido como norma absolutamente inédita, eis que já existia paradigma legal próximo no diploma das execuções fiscais. Entretanto, a aplicação do disposto no § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, segundo a jurisprudência, era limitada aos casos de prescrição intercorrente (regra restrita, portanto, a uma casuística). No sentido da limitação da norma, confira-se: "Só recentemente, com o advento da Lei 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/80, passou a ser possível a decretação de ofício da prescrição pelo julgador, mas somente nos casos de prescrição intercorrente, após ouvido o representante da Fazenda Pública. 4. *In casu*, merece ser repelida a decretação de ofício pelo

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 252 1/2/2007, 08:51

Saliente-se que a postura do legislador foi, ao mesmo tempo, criticada e elogiada pela doutrina processual, gerando interpretações díspares quanto ao efeito e alcance da reforma.[3]

No presente texto abordaremos alguns pontos que entendemos como relevantes, sempre tendo como guia a indagação: *qual a extensão da revogação do art. 194 do Código Civil?* Isso porque, desde logo adiantamos, na nossa visão, a alteração introduzida pela Lei 11.280/06 é pontual e de índole unicamente processual, afetando tão somente o art. 194 do Código Civil, motivo pelo qual permanecem íntegras as demais regulações contidas no diploma codificado de 2002 (arts. 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205 e 206).

2. A PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Para a compreensão da nossa posição é importante, ainda que em resenha, fixar alguns contornos da prescrição.[4]

2.1. Critério diferenciador com a decadência[5]

No maior exemplo doutrinário de aplicação do *princípio da operabilidade*,[6] o legislador civil optou por adotar a fórmula de Agnelo Amorim Filho para

juízo singular, determinando-se o retorno dos autos à primeira instância para o prosseguimento da ação executiva" (STJ, 1.ª T., REsp. 794.737/RS, rel. Min. José Delgado, j. 06.12.2005, DJ 20.02.2006, p. 241 – destaque nosso). No mesmo sentido: 1.ª T., REsp. 794.613/RS, rel. Min. José Delgado, j. 06.12.2005, DJ 06.02.2006, p. 228. Há ainda o disposto no art. 112 da Lei nº 8.112/1990, que adiante comentaremos na nota de rodapé número 28. De toda sorte, afirma Alexandre Freitas Câmara que não há no direito comparado uma experiência semelhante, pelo menos não na Itália, na França, na Suíça, na Argentina e nem em Portugal, de modo que "o direito brasileiro envereda, agora, por um caminho em que trafegará solitário" (Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua. Disponível em: <www.flaviotartuce. adv.br>, p. 2).

3. Apenas como exemplo, registre-se, de um lado, censurando a revogação do art. 194 pela Lei 11.280/2006: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas Reformas do Código de Processo Civil* . Rio de Janeiro: Forense, 2006, cap. II, p. 50 e SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *Anotações sobre as recentes Reformas do Código Processual Civil (processo de conhecimento)*. Vitória: s.n., 2006, p. 49. Em sentido contrário, entendendo como relevante a reforma, confira-se: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, cap. IV, p. 38 e Luis Guilherme Aidar Bondioli, O Novo CPC: a terceira etapa da reforma. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 212.

4. Registre-se que, apesar de algumas novidades, em que há destaque para o critério diferenciador com a decadência, a prescrição foi mantida no Código Civil de 2002 dentro da estrutura consagrada: castigo à negligência, em prol do 'interesse público' (estabilização de determinadas situações jurídicas). Vale, pois, a leitura da introdução da clássica obra de Antônio Luís da Câmara Leal (Da Prescrição e da decadência. 3. ed. Atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 3-29).

5. Traçamos no corpo do texto a diferenciação com a decadência por ser o instituto mais afim à prescrição, até mesmo pela natureza material das duas figuras. Preclusão e perempção, apesar de representadas por palavras mais próximas do que a decadência, não podem ser confundidas com a prescrição, diante da raiz processual das primeiras. A preclusão consiste na perda de faculdade processual, somente tendo efeitos internos à ação em curso. A perempção decorre da atuação contumaz do autor, dando ensejo a três arquiva

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 253 1/2/2007, 08:51

distinguir a prescrição da decadência,[7] associando a primeira às *ações condenatórias* e a segunda figura às *ações constitutivas*, com a exclusão das *ações puramente declaratórias* dos espectros dos institutos em voga.

Com tal bússola, o legislador civil afirmou no art. 189 que "violado o direito, nasce para o titular *pretensão*,[8-9] a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206",[10] fixando-se, assim, as hipóteses ligadas à prescrição no bojo do Código Civil, ao passo que as situações não constantes em tais dispositivos devem ser recepcionadas como decadência, mormente se a natureza da ação for constitutiva.[11]

Ademais, ao se vincular a prescrição ao *nascimento da pretensão* e a decadência ao exercício *de direito potestativo,* fez-se didático divisor entre as duas figuras, pois o último, em essência, é direito sem pretensão, já que não pode ser objeto de violação.[12-13]

---

mentos do mesmo feito (art. 268, parágrafo único, do CPC). É uma sanção processual que não extingue o direito material, nem sua pretensão, pois admite-se a invocação do 'direito' como matéria de defesa. Diferentemente da preclusão, a perempção projeta seus efeitos para fora do processo. Para pesquisa mais longa, confira-se, com ótimo roteiro comparativo entre a preclusão e os institutos, Maurício Giannico (A preclusão no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84-106).

6. No sentido, entre vários, confira-se: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por eqüidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 56 e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.
7. "Critério cientifico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis", *Revista dos Tribunais,* São Paulo, ano 7, n. 300, p. 725-744, out. 1961. Em excelente texto, de publicação recente, Humberto Theodoro Júnior aborda toda teoria do professor paraibano, a saber: Distinção cientifica entre prescrição e decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. In *Reflexos no novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Júnior e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2006, p. 177-203. Com boa resenha, confira-se: Flávio Tartuce (*Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral.* São Paulo: Método, 2005, v. I, p. 297-327).
8. Segundo Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: "[...] pretensão é fenômeno processual, pois trata-se de expressão sinônima de mérito, de pedido, de fundo do litígio, de objeto litigioso. Ora, a afirmação de um direito material, do ponto de vista processual, é uma pretensão (ou pedido, ou lide, ou mérito, etc.)" (Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2. São Paulo: RT, 2006, p. 39-40).
9. É interessante destacar que a utilização do termo pretensão afasta, a um só tempo, tanto a teoria da prescrição enquanto extintiva do direito material como a teoria da prescrição como extintiva do direito de ação, esta última anteriormente adotada pelo Código Civil de 1916.
10. Destaque nosso.
11. Aplicando o entendimento, na I Jornada de estudo sobre o Código Civil de 2002, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, editou-se o Enunciado n. 14: "Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer".
12. Ademais, segundo Humberto Theodoro Júnior: "Enquanto, frente aos 'direitos à prestação', a ação nasce da lesão e serve para a proteção do direito contra a violação, no caso dos direitos potestativos, a ação constitutiva não é meio de proteção, é forma de exercício do próprio direito, o qual não depende do sujeito passivo, nem pode por ele ser violado" (Distinção científica entre prescrição e decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. In *Reflexos no novo Código Civil no Direito Processual.* Fredie Didier Jr. Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2006, p. 182).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 254 1/2/2007, 08:51

Além da distinção efetuada com base na análise da *pretensão* e do *direito potestativo,* colhe-se do Código Civil outras diferenças frisantes entre a prescrição e a decadência, podendo se sintetizar com olhos específicos no direito material:

• Somente haverá prazo prescricional se a lei assim tratar (arts. 205 e 206), não podendo as partes fazer qualquer tipo de alteração nos prazos legais (art. 192). A decadência comporta divisão, podendo decorrer da lei (*decadência legal*) ou da fixação pelas partes para o exercício do direito potestativo (*decadência convencional*). No caso da decadência convencional, como é óbvio, a fixação do prazo se sujeitará a vontade das partes (art. 211);

• Segue-se a idéia de que a fluência dos prazos decadenciais é imune a obstáculos de impedimento,[14] de suspensão ou de interrupção (art. 207), enquanto a prescrição possui expressamente a regulação de hipóteses que impedem e suspendem o prazo prescricional (arts. 197, 198, 199, 200 e 201), assim como que permitem a interrupção do lapso temporal do instituto (arts. 202, 203 e 204);

• Não é possível a renúncia da *decadência legal* (art. 209), ao passo que a prescrição é perfeitamente renunciável (art. 191), sendo a última, por tal passo, *disponível*.

As divergências acima assinaladas não são as únicas, mas merecem destaque desde logo, uma vez que não sofreram qualquer abalo com o novo § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil.

Na nossa opinião, os efeitos trazidos pela reforma (Lei 11.280/06) operam-se puramente no *plano processual*, ao propiciar que o magistrado possa suscitar de ofício a prescrição em todos os casos, haja vista que o art. 194 (revogado) somente permitia que o juiz suprisse a manifestação para beneficiar o absolutamente incapaz.

2.2. Regras processuais sobre a prescrição no corpo do Código Civil de 2002

É enganosa a afirmativa de que o legislador seguiu cegamente a diretriz do item *'j'* da Exposição de Motivos do nosso segundo diploma civil, a qual dispõe sobre a eliminação no Código Civil de "quaisquer regras de ordem processual, a

13. Parte da doutrina considera o critério diferenciador ultrapassado. No sentido, por todos, colhe-se crítica de César Fiuza (Ainda a Prescrição e a Decadência. In: *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: IOB Thompson, 2004, p. 334-335).
14. Regra que comporta exceção, conforme art. 208 do Código Civil, pois não há fluência de prazo decadencial contra o absolutamente incapaz, absorvendo-se o disposto no art. 198, I.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 255 1/2/2007, 08:51

não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o significado".

Ao contrário do que pode se imaginar da simples leitura da orientação, na realidade existe, no Código Civil, gama bem razoável de normas com vínculo processual, ou seja, o legislador se valeu muitas vezes de *regras heterotópicas*[15-16] e *bifrontes*, trazendo no ventre do Código Civil vários regramentos com carga eminentemente processual. Em alguns momentos foi feliz e em outros não, havendo intensa abordagem da doutrina a respeito.[17]

No caso específico da prescrição, não há como negar a inserção de normas com repercussão processual, destacando-se:

• Art. 193 – ao permitir a alegação da prescrição pelo interessado em qualquer grau de jurisdição;[18]

• Art. 194 (agora revogado) – que dispunha que prescrição deveria ser tratada como matéria de *exceção,*[19] não podendo o Judiciário suprir sua alegação, salvo para favorecer o absolutamente incapaz;

15. A expressão norma heterotópica combina o termo héteros, de origem grega que transmite a idéia de diferente, desigual, com a designação topikòs, de mesma etimologia, que alude a lugar. Assim, pela literal locução, norma heterotópica é aquela que se situa em lugar diferente. Significa então que uma norma a qual se possa atribuir a característica de ser heterotópica é aquela cuja localização no sistema normativo não coincida com a matéria que ela se lança a regulamentar. Em termos práticos, é o caso, por exemplo, de normas de direito processual que tenham sido inseridas no bojo do Código Civil e vice-versa. Em que pesem as semelhanças, não podem estas normas ser confundidas com as chamadas normas bifrontes, nas quais coexistem, simultaneamente, núcleos de direito material e processual. Nestes casos, não se poderia, a rigor, falar em heterotopia, uma vez que, por se tratar de dispositivo ambivalente o deslocamento seria apenas parcial. No tema, confira-se Rodrigo Mazzei: Algumas Notas sobre o ('dispensável') art. 232 do Código Civil. In: *Prova, Exame Médico e Presunção: o artigo 232 do Código Civil.* Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: *Jus*PODIVM, 2006, p. 261-262.
16. Sobre o conceito de norma heterotópica, confira-se também: Leonardo José Carneiro da Cunha (Algumas regras do novo Código Civil e sua repercussão no processo – prescrição, decadência, etc. *Revista Dialética de Direito Processual,* São Paulo, n. 5, p. 69, 2003).
17. Sobre as boas e más relações do Código Civil de 2002 com o Direito Processual Civil recomendamos a leitura dos textos que formam a coletânea *Reflexos no Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: *Jus*PODIVM, 2006, em especial os estudos O novo Código Civil e o Direito Processual (de autoria de José Carlos Barbosa Moreira), Das relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil (de lavra de Alexandre Freitas Câmara), e O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual (escrito por Humberto Theodoro Júnior). Merece também leitura as observações de Fredie Didier Jr. (Regras processuais no novo Código civil. São Paulo: Saraiva, 2004) e os artigos que compõem a obra coletiva *Questões processuais do Código Civil de 2002*. Rodrigo Mazzei (Coord.). Barueri: Manole, 2006 (que, inclusive, contém texto específico de Sérgio Shimura sobre a prescrição no Código Civil de 2002).
18. Igualmente no caso de decadência, conforme conjugação dos arts. 210 e 211.
19. No caso da decadência a possibilidade de suprimento dependeria da natureza da figura (art. 210). Quando se tratar de decadência legal o juiz deve atuar de ofício, preenchendo a alegação, postura que não pode ser adotada em se tratando de decadência convencional.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 256 1/2/2007, 08:51

• Art. 202, I – ao prever que a interrupção da prescrição se dará pelo despacho do juiz que ordenar a citação.

Excetuando-se o disposto no art. 193, que já possuía paradigma anterior no art. 162 do Código Civil de 1916, os arts. 194 e 202, I, seguiram linhas não traçadas pelo diploma pretérito, demandando interpretação.[20]

No que se refere ao art. 202, I, do Código Civil, esforço intelectivo permite a sua compatibilização com o art. 219, § 1º, do CPC.[21] Ainda que a interrupção da prescrição se opere com a *decisão liminar positiva* de determinação da citação (art. 202, I, Código Civil), os efeitos de tal ato judicante serão retroativos à data de ajuizamento da ação (art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil).

O art. 194 (repita-se, revogado), causou impacto maior, redundando na revogação do então § 5º do art. 219 do CPC. Resumidamente, o art. 194 do Código Civil – seguindo o caminho de vincular prescrição à *pretensão* – superou a superfície do antigo § 5º do art. 219, para permitir que o Judiciário pudesse suprir a alegação de prescrição para favorecer o absolutamente incapaz em questões patrimoniais. Por tais razões, correta a conclusão tirada na III Jornada de estudos sobre o Código Civil de 2002, de realização do Conselho da Justiça Federal, em seu verbete 155:

> "Art. 194: O art. 194 do Código Civil de 2002, ao permitir a declaração *ex officio* da prescrição de direitos patrimoniais em favor do absolutamente incapaz, derrogou o disposto no § 5º do art. 219 do CPC".[22]

Ademais, seguindo-se a concepção no atual Código Civil de que só haverá prescrição quando ocorrer violação de um direito que gere para o seu titular uma *pretensão*, o então § 5º do art. 219 do CPC perdeu qualquer utilidade, pois, pelo critério adotado na noviça codificação civil, não há sentido na expressão "*prescrição não patrimonial"*. Ora, sabemos que as ações condenatórias não se dissociam do direito patrimonial.

Assim, o intérprete deve ficar atento à leitura do Código Civil, uma vez que nem todos dispositivos que regulam a prescrição naquele diploma legal possuem núcleo material.

---

20. O art. 202, III, do Código Civil de 2002 – apesar de ser uma novidade – não possui natureza processual, razão pela qual não foi destacado no rol acima.
21. Art. 219 [...] § 1º – A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.
22. O enunciado fica, contudo, superado pela nova redação do art. 219, § 5º, do CPC.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 257 1/2/2007, 08:51

3. DA REAL EXTENSÃO DO § 5º DO ART. 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO CÓDIGO CIVIL

O corte que fizemos é fundamental para se compreender o impacto que o novo § 5º do art. 219 do CPC causa no corpo do Código Civil de 2002.

Sem rebuços, é salutar a depuração entre as normas puramente materiais e as que possuem reflexos processuais, uma vez que as primeiras, como já gizamos, estão absolutamente imunes à reforma implementada pela Lei 11.280/06.[23]

A prescrição não será, dessa forma, igualada à decadência em todos os seus termos, havendo apenas uma equivalência em alguns efeitos da *decadência legal*. Com tal idéia, não vacilamos em afirmar que permanece íntegro o desenho material da prescrição, consagrado em nosso sistema legal. Diante disso, não se pode pensar que os dispositivos que regulam as hipóteses de impedimento, suspensão e interrupção da contagem do prazo prescricional tenham sido afastados (arts. 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203 e 204).

Talvez o maior problema se fixe na tentativa de compatibilizar a regra processual do art. 219, § 5º, do CPC com o art. 191 do Código Civil, uma vez que, segundo a norma de direito material, a prescrição pode ser *renunciada* por quem lhe aproveita.

4. COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O ART. 219, § 5º, DO CPC COM O ART. 191 DO CÓDIGO CIVIL

De fato, há aparente paradoxo. Em uma ponta o art. 191 do Código Civil indica que a prescrição é matéria disponível, pois, uma vez consumada, o beneficiado poderá abrir mão da situação favorável. Contudo, de outro lado, o § 5º do art. 215 determina que o julgador deve se *pronunciar de ofício* sobre a prescrição.

Raciocínio açodado poderá levar à conclusão de que, com a reforma processual, o atual § 5º do art. 219 revogou o art. 191 do Código Civil, encaixando a prescrição no rol das matérias indisponíveis. A premissa é falseada, uma vez que, conforme alertamos, a Lei 11.280/06 somente pode ser aplicada para fins processuais, não atingindo o instituto da prescrição em sua célula de direito material.

23. Bem próximo: CHAVES, Luciano Athayde *A recente reforma do processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 150-151.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 258 1/2/2007, 08:51

5. PRESCRIÇÃO NÃO É MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA

Apesar da reforma legislativa ter conferido ao magistrado poderes para *pronunciar* de ofício à prescrição, o atual § 5º do art. 219 do CPC não a transformou em matéria de ordem pública, eis que esta categoria jurídica é deveras incompatível com a característica de *disponibilidade* da prescrição, prevista no art. 191 do Código Civil de 2002.[24]

Na concepção que seguimos as normas consideradas de ordem pública estão dentro do rol das matérias tidas pelo legislador como *estruturantes*, sem qualquer margem de disposição para as partes e (ou) adequação pelo Judiciário. São normas com absoluta cogência, não podendo ser afastadas, ainda que a requerimento do próprio interessado.[25]

Sendo a renúncia ato dispositivo, a manutenção do art. 191 do Código Civil de 2002 demonstra que a prescrição não passou a integrar o quadro dos dispositivos de ordem pública, pois as premissas são díspares na essência. Se há *renúncia*,

24. No sentido de que a Lei 11.280/2006 transformou a prescrição em matéria de ordem pública, confira-se o entendimento de Misael Montenegro Filho, em Cumprimento da Sentença e outras Reformas Processuais. São Paulo: Atlas, 2006, p. 158. Cassio Scarpinella Bueno, de maneira menos conclusiva, parece adotar a mesma orientação em seu A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 98: "[...] É como se dissesse, para todos os fins, que o prazo prescricional passou a ser de ordem pública, de interesse público, e que, por isto mesmo, é reconhecido ao juiz o dever de negar seguimento a qualquer ação que não tenha sido exercida dentro do prazo legal". Assim também Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (Código Civil Comentado. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 302).

25. Reconhecemos que há uma grande dificuldade para o alcance da expressão "ordem pública", pois, como bem assevera Maria Coeli Simões Pires, "a noção de ordem pública, por sua equivocidade, provoca perplexidade no campo da doutrina, da jurisprudência e do direito positivo" (Direito adquirido e ordem pública. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 398). De todo jeito, nos parece ser necessário fixar pontos mínimos, uma vez que a confusão no uso do conceito acaba por criar, de fato, "perplexidades", não sendo permitido, dentro da linha que defendemos, alargar por demasia o conceito de ordem pública. Isso implicaria, por exemplo, em opor obstáculos na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que a interpretação restritiva do seu art. 1º, que enaltece o seu caráter de "ordem pública" (Art. 1° O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias), poderia inviabilizar atos de natureza dispositiva que contém naquele diploma, afastando, por exemplo, a possibilidade de transação em hipóteses em que o direito do consumidor é perfeitamente disponível (a variação do grau de disponibilidade das normas do CDC indica que, dentro daquele corpo legislativo, coexistem regras de 'ordem pública', em que não há possibilidade de flexibilização – p. exemplo o art. 51 – com outras que, nada obstante o 'interesse publico' que marca o microssistema, admitem certa flexibilização (p. exemplo o art. 18, § 2º). Daí porque o intérprete, pensamos, há de diferenciar a 'ordem pública' (situação absolutamente aguda) do 'interesse público'. Há matérias em que se vislumbrará o interesse público, mas isso não as tornará indisponíveis, como é o caso hoje da prescrição. A importância da verificação de que há graus diferenciados de disponibilidade nas matérias açambarcadas pelo CDC receberá nova abordagem nas notas de rodapé 57, 65 e 66 do presente estudo, quando fixamos extensão da aplicação das chamadas cláusulas gerais restritivas.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 259 1/2/2007, 08:51

por certo, *há campo para disposição a critério do interessado*, o que é *incompatível* com a concepção de ordem pública.[26]

Não suficiente, vale lembrar ainda que, nos termos do art. 882 do Código Civil,[27] a dívida prescrita não pode ser repetida, demonstrando-se, claramente, que a prescrição é matéria de cunho disponível. Se assim não fosse, o pagamento não poderia ser tido como saudável, quitando a obrigação natural. Teria o juiz que não vislumbrasse o pagamento indevido (já que era hipótese de prescrição), num momento posterior, o dever de ofício de determinar a devolução da quantia paga, pois o procedimento do devedor estaria contrariando preceito de ordem pública?

Na realidade, o poder de pronúncia (de ofício) da prescrição, conforme será mais bem explicitado adiante, depende do necessário concurso da vontade do devedor,[28] pois a manifestação do desejo de renúncia constitui obstáculo à prolação

26. A adoção da idéia de que a prescrição não é matéria de ordem pública, dentro da arquitetura do conceito vago em análise que propomos, permite a compreensão de que o instituto poderá ter certa mitigação quando a pretensão possuir raiz em violação de direitos da personalidade (ou ainda de outros direitos tidos como indisponíveis). O tema (que se desenvolvido verticalmente no presente espaço extrapolará as fronteiras do estudo sobre a revogação do art. 194 do Código Civil) começa a ser enfrentado pela doutrina. No sentido, confira-se: Gustavo Kloh Müller Neves (Prescrição e Decadência no Direito Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 55-64). Observe-se que o aprofundamento dos estudos e a evolução da sociedade demonstrou que a clássica visão de que 'direito subjetivo' vinculado apenas à exigência de prestação ou do exercício potestativo deve ser reavaliada, uma vez que nem sempre haverá esquadro perfeito no dueto. Note-se, pois, em pertinência ao nosso trabalho, que a prescrição e a decadência são normalmente atreladas a tal concepção binária acerca do direito subjetivo. Ocorre que, como bem observou o professor Hermes Zaneti Júnior (em texto inédito, intitulado Regime jurídico da prescrição e da decadência dos direitos coletivos lato sensu, gentilmente cedido pelo jurista), existe – ao lado do clássico par – outro pilar que sustenta grande parte dos direitos (subjetivos) fundamentais não-patrimoniais, que são os direitos-deveres. Segundo o autor gaúcho: "na quadra atual de desenvolvimento da teoria dos direitos, seria possível falar em três categorias de 'direitos subjetivos' os direitos subjetivos stricto sensu, comuns ou simples, reconhecidos como direitos-prestação (ex.: relações obrigacionais de débito e crédito); os direitos potestativos ou formativos geradores reconhecidos como direitos-poderes (ex.: revogação de um mandato, já que não depende da vontade do mandatário ou de qualquer comportamento seu); e, por último, mas em crescente importância, os direitos-deveres, decorrentes de uma determinação objetiva proferida pelo ordenamento jurídico, quer tutelando os interesses de um sujeito determinado, especialmente protegido pela norma (a exemplo do poder familiar e do dever de educação dos filhos), quer tutelando à coletividade (a exemplo do dever-poder da administração pública de agir em conformidade com a legalidade na sua atividade executória)". Feitas tais céleres considerações, a aplicação dos ditames da prescrição (ou mesmo da decadência) poderão merecer colorido diferenciado quando a questão envolver os chamados direitos-deveres, abrindo certo espaço para flexibilizações diante das peculiaridades do direito subjetivo ali tratado. Sobre a classificação utilizada, é obrigatória a leitura de Fernando de Noronha (Direito das obrigações, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51-64), expressamente referenciado pelo autor citado.
27. Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.
28. A afirmação de que a prescrição não é matéria de ordem pública, mas que pode ser pronunciada de ofício pelo juiz, implica em intuitiva pergunta, sob o ângulo da tipologia das defesas: trata-se de exceção ou de

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 260 1/2/2007, 08:51

de sentença com fundamento no art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, sendo o magistrado compelido a julgar com espeque no inciso I, do mesmo dispositivo, acaso não ocorra nenhum outro obstáculo que impeça a resolução da própria pendenga.[29]

---

objeção? Antes da revogação do art. 194 do Código Civil de 2002 pela Lei 11.280/2006, o tratamento processual da prescrição podia ser extraído a partir de uma análise conjugada deste dispositivo com art. 193 deste mesmo diploma legal. Uma vez realizada esta tarefa, chegava-se à conclusão de que, em regra, a prescrição não poderia ser pronunciada de ofício pelo magistrado, mas o interessado poderia alegá-la em "qualquer grau de jurisdição" [na realidade, segundo a maioria, 'até o fechamento da instância ordinária', ante a exigência constitucional de prequestionamento, conf. Inácio de Carvalho Neto (Curso de Direito Civil Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2006, cap. 24, p. 486), e Cleanto Guimarães Siqueira (Anotações sobre as recentes Reformas do Código Processual Civil (processo de conhecimento). Vitória: s.n., 2006, p. 51), que estão acordes com a Súmula 153 do Tribunal Superior do Trabalho ("Não se conhece da prescrição não argüida na instância ordinária")]. Esta moldura processual evidencia que a prescrição, no contexto do Código Civil de 2002, sempre foi tida como exceção substancial extintiva, posto que somente poderia produzir efeito liberatório, caso fosse alegada pela parte a quem lhe aproveitasse. Na realidade, a vedação ao conhecimento de ofício das matérias tidas como exceções decorria, inclusive, do próprio princípio da demanda, visto sob a ótica do réu, posto que o direito à alegação destas questões constituía verdadeiro contra-direito, correlato à pretensão autoral. Se o enquadramento da prescrição como matéria de exceção era questão pacífica até a entrada em vigor da Lei 11.280/2006, é inegável que após as alterações introduzidas por esta reforma processual, esta conclusão anterior merece nova avaliação, gerando a indagação posta em debate. De nossa parte, a resposta a este questionamento deve ser buscada na própria amplitude do conceito de objeção. Ora, a Lei 11.280/2006, apesar de ter dado ao magistrado poderes para pronunciar de ofício à prescrição, não a transformou em matéria de ordem pública, posto que esta categoria jurídica é de fato incompatível com a característica de disponibilidade da prescrição, conforme deflui dos arts. 191 e 882 do Código Civil de 2002. Por esta razão é que concluímos que, a despeito de ter sido dado ao órgão julgador poderes para conhecer da prescrição sem prévia provocação das partes, é inadequado falar em objeção material. A questão está longe de ser pacífica, tanto assim que Humberto Theodoro Júnior (As novas Reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. cap. II, p. 58-59), apesar de não fornecer uma resposta taxativa à questão, parece entender que embora a intenção do legislador tenha sido transformar a prescrição em matéria de objeção, na prática a situação revela-se complicada, eis que toda a disciplina sistemática da prescrição como matéria de exceção prevista no Código Civil de 2002 conservou-se íntegra. Sérgio Shimura, por sua vez, afirma que com a entrada em vigor da Lei 11.280/2006, a prescrição passou a ser matéria de objeção (Prescrição e Decadência. In: MAZZEI, Rodrigo (Coord.). Questões Processuais do Novo Código Civil. Barueri: Manole, 2006, cap. 9, p. 239). Nos parece ser útil, para resolver o enleio, a sistematização efetuada por Fredie Didier Jr., no sentido de que as exceções e objeções podem ter fundamentos processuais e-ou materiais (Da Exceção: tipologia das defesas. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 376, p. 77). Sendo assim, ainda que com algumas variantes à proposta do jurista baiano e fazendo o corte necessário na figura em comento, a prescrição em seu âmbito material continua sendo matéria de exceção, ao passo de que, no que se refere apenas à faceta processual, pode ser vista como matéria de objeção.

29. Há, no entanto, situações especialíssimas em que o legislador optou por transformar a prescrição em matéria de ordem pública, impedindo a sua disponibilidade, notadamente por meio de renúncia. No sentido, muito antes da reforma processual inserida pela Lei 11.280/2006, a Lei nº 8.112/90 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais,) cuida da prescrição como matéria de ordem pública, ao dispor em seu art. 112: "A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração". Observe-se no particular que se trata de norma específica, para determinado microssistema. Aqui, no art. 112 da Lei 8.112/90, o legislador buscou expressamente alcançar a célula material, pois, ao dispor que a prescrição não pode ser "relevada", impediu a administração de optar pela renúncia, bem como de exercer qualquer outro ato de disponibilidade que se encontre na esfera do direito material e não da relação jurídica processual. Neste caso, não há dúvida que a prescrição será tratada como objeção.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 261 1/2/2007, 08:51

6. EFEITOS DA REFORMA NOS DITAMES DO ART. 193 DO CÓDIGO CIVIL

Em busca de aceleração processual e considerando que estatisticamente são raros os casos em que o devedor renuncia à prescrição consumada em seu favor, o legislador criou ferramenta para que o julgador suscite a matéria que passou desapercebida pela parte beneficiária, pois se tal litigante não vier a renunciar da posição que possui, o resultado final da ação será mais rapidamente alcançado, abreviando-se a demanda judicial.

O escopo da reforma está ligado, portanto, a dotação de mais poder (*processual*) ao julgador no desembaraço e finalização de ações, pois a pretensão respectiva foi alcançada pelo prazo prescricional. A participação ativa do magistrado agilizaria o resultado final da controvérsia, pois a pronúncia de ofício poderá precipitar a extinção da ação. Contudo, reiteramos que isso não significa dizer, *data vênia*, que a prescrição tenha sido transformada genericamente em matéria de ordem pública.

Note-se que mesmo que a prescrição vislumbrada seja afastada, depois de ouvidas as partes interessadas pelo julgador, a formação de tal *"incidente*" poderá ter efeito positivo na marcha processual, eis que se consolidará decisão sobre a matéria que, se não recorrida, receberá os efeitos da preclusão. Evita-se, com tal procedimento, invocação posterior da prescrição, com base no art. 193 do Código Civil (que se repita, tem escopo processual e não material), em contra marcha dos atos de ascendência processual, aplicando-se à questão decidida os efeitos do art. 471 do CPC.

Sem dúvida, o art. 471 do CPC detém peso para sepultar os efeitos do art. 193 do Código Civil,[30] pois, havendo decisão respeitante à prescrição (ainda que para afastá-la), a questão não poderá ser novamente analisada pelo mesmo julgador, mormente por ser a prescrição uma matéria de natureza disponível.[31]

---

30. Bem próximo, confira-se o pensar de Luciano Athayde Chaves: "Parece-me, a toda evidência, que a intenção da reforma foi a de abreviar a tramitação dos processos, em especial em relação àqueles em que se apresenta manifesta a prescrição do direito objeto da pretensão judicial, especialmente tendo em mira que o art. 193 do Código Civil que se mantém incólume, estabelece que 'a prescrição pode ser aproveitada em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveita'. Sendo assim, a lógica da mudança repousa na tentativa de se evitar que um feito tramite, por exemplo, perante o Primeiro Grau de jurisdição sem que a prescrição tenha sido alegada pelo réu, em sua resposta, somente o fazendo em grau de recurso, após o dispêndio de energia e de trabalho em torno da máquina judiciária, o que poderia ser evitado caso a matéria pudesse ser argüida ex officio pelo Juiz" (A recente reforma do processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 147)

31. Sobre o tema, é essencial a leitura de Daniel Amorim Assumpção Neves (Preclusões para o juiz: preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004, em especial p. 242-244). [32] Em sua justificativa de aprovação, consta o seguinte: "Os contornos do instituto da prescrição civil permanecem substancialmente os mesmos, na medida em que a alteração promovida pela Lei nº 11.280/2006 é pontual, alterando apenas o mecanismo de seu funcionamento em juízo."

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 262 1/2/2007, 08:51

7. A REFORMA E O ART. 193 DO CÓDIGO CIVIL: DA NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO

Como se viu, sendo o art. 193 do Código Civil norma de índole hetereotópica (ou seja, atinente ao processo apesar de inserido no ventre da codificação civil) os efeitos da reforma o alcançam totalmente, diferentemente dos arts. 191 e 882 que não estão voltados apenas para a relação jurídica processual.

Logo, nos casos dos arts. 191 e 882 a recepção do novel legislativo deve se dar de forma mais cautelosa, com respeito ao direito material ditado nas respectivas normas. A confirmar nossa assertiva, ao menos no que tange ao art. 191 do Código Civil, foi aprovado o Enunciado nº 295, da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, nos seguintes termos:

> "Art. 191. A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado."[32]

Com tal norte, é certo que o § 5º do art. 219 não permite que o julgador, sem prévia oitiva das partes, possa extinguir o processo com base na prescrição. O contraditório é, sem dúvida, necessário para que se promova a extinção do processo com motivação envolvendo a prescrição, ainda que cogitada pela primeira vez pelo órgão judiciário. Vejamos:

7.1. Da necessidade de intimação do réu ("devedor")

Não se admite a dispensa da prévia oitiva da parte que se beneficia com a prescrição, haja vista que esta pode, perfeitamente, apresentar renúncia nos termos do art. 191 do Código Civil. O atual § 5º do art. 219 não abalou tal direito material do demandado.

É inviável impor marcha processual que implique na perda de um direito material (aqui o disposto no art. 191, do Código Civil), notadamente quando o réu possui o legítimo interesse de ver julgado improcedente o pedido do autor. Sobre o tema, é correta a anotação de Arruda Alvim:

> "É possível que alguém seja demandado por determinado débito, em relação ao qual seja evidente a prescrição. Mas é possível que esse alguém nada deva, e, que a esse seja preferível uma decisão de improcedência da ação, por este fundamento.

32. Em sua justificativa de aprovação, consta o seguinte: "Os contornos do instituto da prescrição civil permanecem substancialmente os mesmos, na medida em que a alteração promovida pela Lei nº 11.280/2006 é pontual, alterando apenas o mecanismo de seu funcionamento em juízo."

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 263 1/2/2007, 08:51

> Do contrário, se fosse decretada a prescrição *poderia vir a ser rotulado como mau pagador, beneficiado, apenas, pela ocorrência de prescrição*."[33]

O interesse do requerido, diga-se de passagem, poderá extrapolar a órbita do direito moral, uma vez que se acionado por dívida paga, o afastamento da prescrição, através da válvula de renúncia do art. 191 do Código Civil, lhe permitirá ter ação de reparação contra o autor da demanda, tendo ao seu favor o espeque do disposto no art. 574 do CPC, que dispõe:

> **Art. 574.** O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.

O requerido somente poderá se valer do art. 574 do CPC se a sentença, através de capítulo decisório específico, declarar a *inexistência da obrigação*, situação inocorrente quando é pronunciada a prescrição, que em *mérito periférico* é analisado antes do núcleo da pendenga (*"obrigação adimplida ou não"*).[34-35]

Em outro exemplo, talvez até mais agudo, devemos nos lembrar do disposto no art. 940 do Código Civil, pois somente poderá o devedor gozar da reparação ali posta se a dívida reclamada pelo credor não estiver prescrita. Confira-se a letra da norma:

> **Art. 940**. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, *salvo se houver prescrição.* (destaque nosso).

Ora, se o insucesso do pedido do autor for a improcedência no núcleo da controvérsia, demonstrando o requerido que a dívida já está paga, o autor se sujeitará ao pagamento de verba em favor do réu, abrindo as portas inclusive

---

33. Breves notas sobre o § 5º do art. 219 CPC (Lei 11.280/06). 2006. Texto inédito gentilmente cedido pelo autor, p. 1 no original.
34. Correta a observação de Arruda Alvim: "[...] a prescrição não é extintiva do direito que possa estar subjacente à pretensão, pois é esta que prescreve. Este é o melhor conceito e é o do art. 189 do Código Civil" [Breves notas sobre o § 5º do art. 219 CPC (Lei 11.280/06), op. cit., p. 2 no original]
35. Vale lembrar também que os efeitos da prescrição e da absolvição no Direito Penal não são iguais, mormente se projetadas para o Direito Civil. Há posição de que "somente no caso de ser a denúncia improcedente, surge o direito ao exercício da indenizatória no cível" (STJ, REsp. 34.807/PR, Rel. Ministro Hélio Mosimann, 2ª Turma, j. 13.12.1995, DJ 12.02.1996, p. 2414). Com entendimento próximo, em pesquisa, encontra-se acórdão de improcedência de pedido indenizatório por dano moral, em situação que o autor – que teve a punibilidade extinta pela prescrição – afirma ter sofrido dor íntima por notícia que narrou fatos de uma possível conduta criminosa sua (TJES, ap. civ. 024.01.015951-5, rel. Des. Maurílio de Almeida Abreu, 4ª Câmara Cível, j. 18/05/2004, p. 10/09/2004).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 264 1/2/2007, 08:51

para eventual indenização quanto ao dano de ordem moral.[36] No entanto, se for declarada a prescrição, por não se julgar a existência da obrigação em si, mas apenas o afastamento da pretensão pela consumação do tempo, não terá aquele que figurou como réu o mesmo benefício da sentença de improcedência que reconheceu o adimplemento da obrigação.[37]

A parte final do art. 940 do Código Civil se justifica exatamente pelo fato da prescrição não formar uma certeza quanto ao direito controvertido, razão pela qual o réu, suposto devedor, para alcançar os efeitos positivos da referida norma, deve renunciar à prescrição.[38]

Forçoso, assim, reconhecer que não se trata de um simples "capricho" a intimação prévia daquele que se beneficia com a prescrição. Em revés, suprimir a oitiva do réu poderá importar em prejuízo que envolve o direito material deste, já que, consoante art. 191 do Código Civil, detém a faculdade de renunciar ou não à prescrição consumada dentro da sua esfera jurídica.

---

36. Em sentido próximo já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, senão vejamos: "Apelação cível – Danos – Cobrança de dívida paga e busca e apreensão do veículo – Dano moral caracterizado (...) 1. A partir do momento em que ficou comprovado o pagamento da dívida, surge a obrigação de indenizar em dobro, artigo 940 do Código Civil. 2. Com a busca e apreensão do veículo, ocorreu lesão moral ensejando a indenização a este título" (TJES, Ap. Cível 035.02.019235-3, Rel. Jorge Góes Coutinho, 3ª Câmara Cível, j. 18.11.2003, DJ 09.12.2003).
37. Em especial se partimos da premissa de que o reclame do réu não necessita ser veiculado por reconvenção. Confira-se, no sentido, acórdão em volta do art. 1.531 do Código Civil de 1916, 'antecessor' do art. 940 atual: "Restituição em dobro. Dívida já paga. Reconvenção. A demanda sobre dívida já paga permite a imposição da obrigação de restituir em dobro, independentemente de reconvenção. Art. 1531 do Ccivil". (STJ, REsp. 229.259/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 27.05.2003, DJ 01.09.2003 p. 290); mais recente: "A aplicação da penalidade do pagamento do dobro da quantia cobrada indevidamente [art. 1.531] pode ser requerida por toda e qualquer via processual, notadamente por meio de embargos à monitória"(STJ, REsp. 608.887/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 18.08.2005, DJ 13.03.2006, p. 315) Em sentido inverso: A aplicação do artigo 1.531 do Código Civil está sujeita à reconvenção. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no Ag 326.119/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, j. 17.04.2001, DJ 04.06.2001, p. 176). A discussão – para nós – foi eliminada com o Código Civil de 2002, que pé norteado pelo princípio da operabilidade, de modo que se conspiraria contra os ditames do art. 940 exigir reconvenção para se obter seu resultado. Tanto assim que existem vários dispositivos que, pelo seu perfil, podem permitir contrapedido por parte do réu, como é o caso dos arts. 157, § 2º, 479 e 1.241. No sentido: Rodrigo Mazzei (Aspectos panorâmicos do "tempo" na "realização do direito". Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Bruno Freire e Silva e Rodrigo Mazzei (Coords.). Curitiba: Juruá, 2006, p. 531-533).
38. Corroborando com nossa opinião, Inácio de Carvalho Neto e Érica Harumi Fugie, acerca do art. 940 do Código Civil, comentam: "O credor que pedir em juízo mais do que lhe for devido, ficará obrigado a pagar o devedor o equivalente do que ele exigir. Ressalva a lei a hipótese de prescrição. Perdendo o credor a causa pelo reconhecimento da prescrição, não será obrigado a indenizar o devedor. Embora se tenha aí uma hipótese de cobrança indevida, impede a lei indenização neste caso porque a prescrição pode ser dispensada pelo devedor, além de poder ser para o credor causa de justificada dúvida" (Novo Código civil comparado e comentado: contratos e obrigações extracontratuais. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003, v. III., p. 259).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 265 1/2/2007, 08:51

No particular, é interessante ressalvar que, transcorrido integralmente o prazo de resposta sem qualquer manifestação do demandado, não poderá o magistrado presumir ter havido renúncia tácita à prescrição, em razão da regra prevista no art. 114 do Código Civil de 2002,[39] segundo a qual os atos de renúncia devem ser interpretados estritamente,[40] até mesmo porque o art. 193 do Código Civil de 2002 faculta ao interessado a possibilidade de alegação da prescrição em qualquer grau de jurisdição.[41]

7.2. Da necessidade de intimação do autor ("credor")

O contraditório obrigatório não está voltado apenas para os que estão no pólo passivo, tendo mira também todos aqueles que, como *parte*, compõem o processo. Isso porque devemos ter atenção ao *princípio da cooperação* que, como é curial, faz com que o magistrado tenha a necessidade de dialogar com (todas) as partes, na busca de decisão final hígida. Perfeitas as observações de Fredie Didier Jr. sobre o *princípio da cooperação*:

> "Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação de juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir.
>
> (...)
>
> Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas as partes sejam intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso posta em contraditório, antes de decidida. Eis o dever de

39. Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.
40. A utilização do art. 114 do Código Civil de 2002 como baliza interpretativa para a hipótese prevista no art. 91 deste mesmo Diploma é também recomendada por Roberto Senise Lisboa, [Comentários ao Código Civil: artigo por artigo. Camilo Carlos Eduardo Nicoletti et al (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 281].
41. No mesmo sentido, Cleanto Guimarães Siqueira afirma que: "[...] não é correto dizer que a não apresentação, pelo réu, na contestação, da exceção de prescrição, caracterizaria hipótese de 'renúncia tácita' de que trata o artigo 191 do Código Civil de 2002." (Anotações sobre as recentes Reformas do Código Processual Civil (processo de conhecimento). Vitória: s.n., 2006, p. 51). Por sua vez, Fredie Didier Jr (A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, cap. IV, p.41), aduz que: [...] a regra do § 5º do art. 219 do CPC deve ser aplicada apenas antes da citação do réu, no momento de exame da petição inicial. Após a apresentação da resposta pelo réu, o magistrado deve esperar sua provocação. Se a matéria é disponível, não há sentido em conferir-se ao magistrado o poder de exercitar um direito pelo réu que, estando em juízo e podendo exercê-lo, não o exerceu [...]. Igualmente no sentido de que a ausência de alegação da prescrição pelo réu em contestação configura renúncia tácita, confira-se Humberto Theodoro Júnior (As novas Reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, cap. II, p. 54).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 266 1/2/2007, 08:51

> consultar. Trata-se de manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tenta influência na solução da controvérsia."[42]

Apesar de no Código de Processo Civil não constar norma específica que abrigue a faceta citada do *princípio da cooperação*, determinando que o julgador faça a prévia oitiva das partes – antes de decidir – quando verificar a existência de matéria que poderá ser declarada de ofício (e não foi suscitada pelo interessado), imperioso se torna destacar que o seu conteúdo encontra-se permeado por este vetor. A interpretação inteligente e vertical da legislação processual nos leva, ainda, a tal conclusão.[43]

Com efeito, o art. 327 do CPC determina que se o réu alegar qualquer das matérias do art. 301, deverá o juiz ouvir o autor antes de decidir sobre a questão ali localizada, nada obstante a permissão contida nos arts. 267, § 3º e 301, § 4º do mesmo CPC, para que o julgador *de ofício* conheça da questão. É absolutamente ilógico pensar que somente haverá contraditório se a matéria for deduzida pelas partes. O requerido, ao observar que há matéria a seu favor que pode ser conhecida de ofício, furtar-se-ia de apresentar postulação no sentido, passando a trilhar *'caminhos meta-jurídicos'*, na tentativa de que *'o julgador sozinho descubra a questão'* que deve ser pronunciada. Como se procederia tal empreitada? Uma *'reza'* para iluminar as idéias do julgador? Um "*sussurro* no ouvido" do magistrado?

Assim, adequando o art. 327 do CPC ao princípio do contraditório, realçado no particular pelo *princípio da cooperação*, o julgador deve ouvir as partes previamente, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública, antes de prolatar decisão final sobre a questão argüida de ofício.[44]

---

42. Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6 ed. Salvador, *Jus*PODIVM, 2006, p. 72-73.
43. O direito estrangeiro também nos permite tal conclusão. Por exemplo: o poder de decisão do juiz, sem qualquer contraditório, não é adotado no Código de Processo Civil português que expressamente prevê no n° 3 de seu artigo 3°*:* "O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo em caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito e de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem". Nesse sentido, bem fundamentado: Fernando Luso Soares; Duarte Romeira Mesquita; Wanda Ferraz de Brito, Código de Processo Civil anotado, 12. ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 117-118. Igualmente na França, consoante a parte final do atual art. 16 da codificação processual ("o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenha sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes para apresentar suas observações."). Com esteira semelhante, confira-se ainda itens (2) e (3) da ZPO Alemã (de acordo com a Lei de 27.07.2001).
44. Bem próximo (e mais profundo), confira-se: José Roberto dos Santos Bedaque [Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas. José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (Coords.). São Paulo; Editora Revista

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 267 1/2/2007, 08:51

Apesar da prescrição não estar encartada no art. 327 do CPC, a leitura atenta do dispositivo anterior (art. 326), absorvido a partir de leitura *cooperativa* demonstra que a alegação de prescrição gera contraditório obrigatório,[45] pois se trata de fato extintivo do direito do autor.[46-47]

Se o art. 326 obriga o julgador a ouvir o autor sobre a prescrição argüida pelo réu, igualmente, caso seja a matéria pronunciada pelo órgão judicial, deverá ocorrer a oitiva tanto do autor quanto do réu. O primeiro para que convença o julgador de que está errado, permitindo-lhe, inclusive, argüir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional,[48-49] e o segundo, em outra esfera, para demonstrar que as luzes da decisão estão em foco correto (ou que, nos termos do art. 191 do Código Civil, irá renunciar à prescrição, pois deseja julgamento quanto à própria controvérsia e não a simples extinção da pretensão do autor).

Lembre-se, outrossim, que a necessidade de respeito ao contraditório sob o ângulo do autor foi anotada na composição do atual § 4º do art. 40, da Lei 6.830/80, o que reforça a necessidade de uma releitura da nossa legislação processual com agasalho ao princípio da cooperação que, consoante bem ressaltado pelo professor baiano Fredie Didier Jr., informa e qualifica o contraditório nos embates judiciais.

---

dos Tribunais, 2002, p. 38-42]. Segundo o autor (que cita Comoglio) "[...] admitir que questões sejam solucionadas sem a prévia manifestação das partes, mesmo aquelas cujo exame de ofício é possível, importa conferir significado ilusório ao direito de defesa. Para que o contraditório seja pleno e efetivo, deve realizar-se antes da decisão, sob pena de nulidade. Trata-se de exigência de um processo justo e leal, sem surpresas para os participantes" (op. cit., p. 42).

45. Próximo: STJ, REsp. 309.814/RJ, Rel. Ministro Vicente Leal, 6ª Turma, j. 02.08.2001, DJ 03.09.2001 p. 272.
46. Segundo Antônio Cláudio da Costa Machado "fatos extintivos são a decadência, a prescrição, o pagamento, a remissão, o desaparecimento da coisa (...) Basta a alegação de qualquer desses fatos – ou outros que na classificação se enquadrem – para que nasça o dever do juiz, sob pena de nulidade do processo, de abrir vista da contestação ao autor para réplica (...)" (Código de Processo interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4 ed. Barueri: Manole, 2004. p. 449)
47. O art. 326 merece interpretação ampla, no sentido de prestigiar contestação que, com base no princípio da eventualidade, contenha conjuntamente de defesa direta e indireta. Assim, é perfeitamente possível afirmar que ocorreu a prescrição da pretensão e que, mesmo que se o prazo não tivesse se consumado, a dívida estaria paga. Pensar em inverso importaria em violação do princípio constitucional da ampla defesa. Em lição lapidar, Cleanto Guimarães Siqueira sustenta a necessidade de compatibilização do art. 300 do CPC, com o art. 5º, LV, da Constituição Federal (A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo e conhecimento. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 261-264)
48. No sentido: Luciano Athayde Chaves que cita, para o processo do trabalho, o verbete 258 do Tribunal Superior do Trabalho: "A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação em relação a pedidos idênticos" (A recente reforma do processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 155).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 268 1/2/2007, 08:51

7.3. Conclusões sobre a importância do contraditório

De tudo que foi exposto, conclui-se que é perfeitamente possível compatibilizar o § 5º do art. 219 do CPC com o art. 191 do Código Civil,[50] devendo-se, para tanto, serem instadas as partes para contraditório prévio, ainda que tenha a prescrição sido *'localizada'* de ofício, não ocorrendo qualquer prejuízo para a apresentação de eventual renúncia desta pelo réu, caso assim venha optar. No entanto, a oitiva deve ser geral, para possibilitar que:

a) o autor demonstre que o magistrado seguiu caminho incorreto ao trilhar pela prescrição, indicando, até mesmo, eventuais causas suspensivas e interruptivas preteritamente ocorridas, como por exemplo o protesto prévio, renúncia extrajudicial da prescrição por parte do réu, ou ainda qualquer das situações previstas na legislação.[51]

b) o réu tenha a opção de renunciar à prescrição, e, caso assim não proceda, traga razões que reforcem o convencimento do julgador quanto à consumação do lapso prescricional.[52]

---

49. Afinal, como bem pontua Gustavo Kloh Müller Neves: "[...] o reconhecimento da prescrição de ofício somente retira do devedor o ônus da alegação, mas não modifica a natureza fática da prescrição (o que pode determinar a necessidade de atividade probatória mais intensa e delongada), tampouco torna irrelevantes as alegações feitas por credor e devedor acerca dos fatos que cercam a situação prescricional" (Prescrição e Decadência no Direito Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 114). Daí porque, com razão Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, quando ponderam que: "[...] a autorização que com a Reforma foi dada ao juiz, para que reconheça a ocorrência da prescrição, não o isentará de verificar, com cautela, se efetivamente ocorreu a prescrição" (Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2. São Paulo: RT, 2006, p. 45).
50. Nada obstante nossa opinião, a resistência por parte da doutrina em aceitar a nova norma tem sido expressiva, como é o caso de Alexandre Freitas Câmara, que se posicionou pela inconstitucionalidade da atual redação do artigo 219, § 5º do CPC (Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua. Artigo disponível na Internet no endereço eletrônico <www.flaviotartuce.adv.br>), ou de Humberto Theodoro Júnior que chegou a sugerir a sua revogação, de lege ferenda (As novas Reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, cap. II, p. 69). Não nos parece a melhor solução, sendo possível a compatibilização da atual redação do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil com a norma do art. 191 do Código Civil de 2002, devendo-se, pois, fazer a recepção de acordo com a natureza do dispositivo, daí a necessidade do corte inicialmente proposto, fixando-se a reforma apenas no âmbito processual da prescrição, ou seja, apenas quanto a sua pronúncia em juízo, sem afetação de sua célula material. A conclusão acerca da possibilidade de compatibilização sistêmica nos leva a deduzir, concordando no ponto com a doutrina de Fredie Didier Jr., que "a possibilidade de conhecimento *ex officio* da prescrição é uma opção legislativa, e não uma exigência teórica" (A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, cap. IV, p. 41).
51. Confira-se, em especial, arts. 197-204 do Código Civil.
52. Em sentido contrário a alguns pontos aqui defendidos, especialmente quanto à questão do contraditório obrigatório, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, invocando a nova redação do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, decidiu: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. FEITO PARALISADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.280/2006). DIREITO SUPERVENIENTE E INTERTEMPORAL. 1. Vinha entendendo, com base em inúmeros

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 269 1/2/2007, 08:51

Sem prejuízo, conclui-se também que o indeferimento liminar de petição inicial com fundamento na prescrição, apesar da previsão do art. 295, inciso IV, do Código de Processo Civil, é inviável, pois esbarra a um só tempo, na possibilidade de renúncia da prescrição pelo devedor e no princípio do contraditório.

De outra banda, ainda que se diga que não haverá prejuízo "material" para aquele que foi indicado como réu da ação, pois se não há demanda instaurada, não há no que se cogitar na aplicação dos arts. 940 do Código Civil e 574 do Código de Processo Civil em seu favor, tal concepção não prevalece. Pensar neste sentido implicaria em afastar-se, sumariamente, direito relativo à própria personalidade do requerido que, imune de dúvidas, pode pretender seja julgado improcedente o pleito pela 'inexistência de dívida pendente', ou mesmo reconhecer juridicamente o pedido do autor e quitar a dívida, dando por encerrada a obrigação.[53-54]

---

precedentes desta Corte, pelo reconhecimento da possibilidade da decretação da prescrição intercorrente, mesmo que de ofício, visto que: – O art. 40 da Lei nº 6.830/80, nos termos em que admitido no ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do CTN. – Repugnam os princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida. Assim, após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo-se segurança jurídica aos litigantes. – Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, nele não incluídos os do artigo 40 da Lei nº 6.830/80. Há de ser sempre lembrado que o art. 174 do CTN tem natureza de lei complementar. 2. Empós, a 1ª Turma do STJ reconsiderou seu entendimento no sentido de que o nosso ordenamento jurídico material e formal não admite, em se tratando de direitos patrimoniais, a decretação, de ofício, da prescrição. 3. Correlatamente, o art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80 foi alterado pela Lei nº 11.051/04, passando a vigorar desta forma: 'Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato'. 4. Porém, com o advento da Lei nº 11.280, de 16/02/06, com vigência a partir de 17/05/06, o art. 219, § 5º, do CPC, alterando, de modo incisivo e substancial, os comandos normativos supra, passou a viger com a seguinte redação: 'O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição'. 5. Id est, para ser decretada a prescrição de ofício pelo juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se refere-se a direitos patrimoniais ou não, e desprezando-se a oitiva da Fazenda Pública. Concedeu-se ao magistrado, portanto, a possibilidade de, ao se deparar com o decurso do lapso temporal prescricional, declarar, ipso fato, a inexigibilidade do direito trazido à sua cognição. 6. Por ser matéria de ordem pública, a prescrição há ser decretada de imediato, mesmo que não tenha sido debatida nas instâncias ordinárias. In casu, tem-se direito superveniente que não se prende a direito substancial, devendo-se aplicar, imediatamente, a nova lei processual.7. "Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da execução decidir a respeito da sua incidência, por analogia, à hipótese dos autos" (STJ, REsp. 814696/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10/04/2006). 8. Execução fiscal paralisada há mais de 5 (cinco) anos. Prescrição intercorrente declarada. 9. Recurso especial parcialmente provido para anular a decisão recorrida, a fim de que outra seja proferida pelo juiz singular, após a ouvida da Fazenda Pública" (STJ, REsp. 836083/RS, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. 03.08.2006, DJ 31.08.2006, p. 263).

53. Sem desprezar as particularidades dos casos de prescrição cambial, mesmo que seja a execução obstada pela declaração judicial da prescrição, não haverá obstáculo a que cobrança seja renovada, utilizando-se o credor de caminho mais longo (em regra a ação monitória), munido do 'titulo prescrito como prova'. Para tanto, tem de admitido a ação monitória ainda que configurado também o prazo prescricional para ação de locupletamento ilícito, com a dispensa ao credor da demonstração da causa debendi, ou seja, a declaração

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 270 1/2/2007, 08:51

Haveria na hipótese, ao menos na nossa visão, violação ao disposto no art. 11 do Código Civil[55] e no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal,[56] reduzindo-se, em razão de regra processual, a esfera da proteção e preservação de direito da personalidade, uma vez que, repita-se, a parte pode ter o interesse em ver afastada a pecha de *mau pagador,* configurada a partir da inércia do credor.[57]

8. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE *VERSUS* § 5º DO ART. 219 DO CPC

Não constando qualquer ressalva no § 5º do art. 215 do CPC, o alcance da reforma abarca também a prescrição intercorrente. Reforça esta assertiva o disposto no § 4º do art. 40, da Lei 6.830/80 (com a redação conferida pela Lei 11.051/05) que permite, no âmbito das execuções fiscais, o reconhecimento da prescrição intercorrente pelo julgador, depois de ouvida a Fazenda Pública.

---

judicial da prescrição cambial tem efeito limitados na inibição ao credor para mover nova demanda. Confira-se: "O cheque prescrito serve como instrumento de ação monitória, mesmo vencido o prazo de dois anos para a ação de enriquecimento (Lei do Cheque, Art. 61), pois o Art. 1.102a, do CPC exige apenas 'prova escrita sem eficácia de título executivo', sem qualquer necessidade de demonstração da causa debendi" (STJ, REsp. 365.061/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 21.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 263); "(..) A jurisprudência do STJ é assente em admitir como prova hábil à comprovação do crédito vindicado em ação monitória cheque emitido pelo réu cuja prescrição tornou-se impeditiva da sua cobrança pela via executiva. II. Para a propositura de ações que tais é despicienda a descrição da causa da dívida" (STJ, REsp. 402.699/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 04.06.2002, DJ 16.09.2002, p. 194).

54. Para afastar o rótulo de mau pagador, pensamos ser é crível a hipótese em que devedor de professores, curadores e médicos venha, em processo judicial, renunciar à prescrição e efetuar o pagamento das verbas reclamadas, mormente em casos de natureza íntima da dívida.
55. Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.
56. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (destaques nossos).
57. A própria insistência pelo (suposto) credor em exigir dívida já paga pode ocasionar, em certas situações, abalo psicológico ao devedor, que merece ser coibido. No sentido: "Nas peculiaridades da espécie, a insistente cobrança de dívida já quitada, inclusive com ameaças de inclusão do nome no Serviço de Proteção ao Crédito e demais cadastros semelhantes, não obstante a apresentação do recibo de pagamento pela autora em todas as oportunidades que foi cobrada, enseja ofensa moral" (STJ, AgRg no Ag 645.308/BA, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, 4ª Turma, j. 03.05.2005, DJ 01.07.2005, p. 548) . Ademais, fique bem claro que os arts. 940 do Código Civil e 574 do Código de Processo Civil não são instrumentos de proteção ao direito da personalidade ou da própria esfera moral daquele que foi incorretamente tachado como devedor. Nessa linha: "O artigo 1.531 do Código Civil de 1916 [art. 940 do Código civil de 2002] estabelece penalidade contra aquele que demanda dívida já paga, por deliberada má-fé, a qual não se confunde com a indenização por danos morais, pelo que não estão estes limitados à previsão do dispositivo" (STJ, AgRg no REsp. 456.328/SP, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, j. 15.08.2006, DJ 11.09.2006, p. 245).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 271 1/2/2007, 08:51

Fazemos apenas a ressalva que a intimação não deve ser dirigida apenas à Fazenda Pública, mas também ao executado, em razão do disposto no art. 191 do Código Civil, já que, em princípio, seria possível a renúncia da prescrição intercorrente.

9. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA, § 5º DO ART. 219 DO CPC, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2.035 DO CÓDIGO CIVIL.

O art. 219, § 5º, não faz nenhuma alusão específica à espécie de prescrição que poderá ser suscitada de ofício pelo julgador. Intuitivamente, pela tradição do disposto no art. 219, parece ter o legislador se preocupado apenas e tão somente com a *prescrição extintiva*, não sendo possível que a *prescrição aquisitiva* (usucapião) seja declarada de ofício.

Contudo, o § 5º do art. 219 pode adquirir colorido diferenciado às experiências pretéritas, a partir da sua conjugação com o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, que dispõe:

> **Art. 2.035**(...)
> Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Como se percebe, poderá o julgador atuar de ofício para assegurar a *função social da propriedade*, razão pela qual é possível surgir indagação sobre a possibilidade de reconhecimento da *prescrição aquisitiva* de ofício pelo julgador, tendo em vista o reforço legal efetuado pelo § 5º, do art. 219, do CPC.

Há, contudo, três argumentos que afastam a possibilidade do órgão julgador argüir a chamada *prescrição aquisitiva* de ofício.

9.1. Natureza jurídica da cláusula geral do parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil

De plano, o § 5º, do art. 219, do CPC não altera a situação legal existente antes de sua aparição no mundo jurídico. Isso porque o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil é uma plataforma aplicável apenas para as chamadas *cláusulas gerais restritivas*,[58] utilizadas para delimitar ou restringir determinadas situações que decorram de regra ou de princípio jurídico.

58. As cláusulas gerais são dispositivos com amplitude dirigida ao julgador, em forma de diretrizes. Ao mesmo tempo em que contemplam critérios objetivos, estes não são fechados, cabendo ao Estado-Juiz, em valoração vinculada ao caso concreto, preencher o espaço da abstração da cláusula geral. Da possibilidade de existência de cláusulas gerais com técnicas diferenciadas na sua tipologia, a doutrina tem classificado tal instituto,

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 272 1/2/2007, 08:51

A função social da propriedade, nos termos do § 1º do art. 1.228 do Código Civil de 2002, é exemplo de *cláusula geral restritiva*, na medida que afeta as faculdades inerentes ao proprietário previstas no *caput* (usar, gozar, dispor e reaver).[59]

Assim, o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil permite a intervenção judicial de ofício do magistrado em atuação de *repressão*, para que seja afastada pretensão fora do gabarito das diretrizes de ordem pública do Código Civil, em especial se contidas em negócios jurídicos, daí porque o uso da expressão "convenções" na referida norma.

Dessa forma, a *prescrição aquisitiva* poderá ser declarada como meio de *coibir* atitude que viola a função social da propriedade, o que não significa dizer que o julgador poderá conhecê-la de ofício e deferir a usucapião ao possuidor, *criando pedido*. Não é este, absolutamente, o alcance de uma *cláusula geral restritiva*.

Será possível, e isto já acontecia antes do § 5º do art. 219 do CPC, que o julgador analise a *prescrição aquisitiva* como fator de motivação para sua decisão, independentemente de ter sido suscitada pelo interessado, se tal se fizer necessário em ação que envolva discussão – com aplicação concreta – da *função social da propriedade*.

Em hipótese, pensamos ser viável que o magistrado, mesmo sem expressa referência do réu possuidor, possa julgar improcedente pedido do proprietário se for verificado que o imóvel em questão já tiver sido absorvido pela *prescrição*

---

quanto à sua estrutura, em três espécies, a saber: a) restritivas: as cláusulas gerais surgem para delimitar ou restringir determinadas situações que decorrem de regra ou de princípio jurídico. A função social da propriedade, nos termos do parágrafo 1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, é um exemplo de cláusula geral restritiva, na medida que afeta as faculdades inerentes do proprietário previstas no caput (usar, gozar, dispor e reaver); b) regulativas: são utilizadas como princípio para regular situações fáticas sem desenho acabado na legislação, como é o caso do abuso do direito (art. 187 do CC/2002); c) extensivas: permitem o alargamento da regulação jurídica, através do uso de regras e princípios de outros textos legais, como ocorre na parte final do parágrafo 1º do artigo 1.228, ao remeter à conformidade do uso da propriedade com o estabelecido na lei especial. Sobre a sistematização das cláusulas gerais, confira-se: Rodrigo Mazzei (Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In. Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral (arts. 1º a 103). Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coords.) Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXXIX-XCIV) e de forma mais curta (Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In Reflexos no novo Código Civil no Direito Processual. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2006, p. 32-58). Confira-se, ainda, no tema: André Osório Gondinho (Codificação e cláusulas gerais, Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 2, p. 3-35, jan./mar. 2000) e Judith Martins-Costa (O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 87, n. 753, p. 24-48, jul. 1998).

59. Tratamos da função social da propriedade no seguinte texto: A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. Função do direito privado no atual momento histórico. Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 273 1/2/2007, 08:51

aquisitiva, mormente em situação em que se verifique a *posse qualificada*,[60] uma variante direta da função social da propriedade. Todavia, fique bem claro que tal posição do magistrado se dará em *proteção* da função social da propriedade, impedindo a retomada do bem pelo proprietário que não a incluiu, em seu tempo, na ciranda social. A decisão judicial, portanto, não desprezará a arquitetura do parágrafo único do art. 2.035 que, repetimos, somente pode ser absorvida como *cláusula geral restritiva*, ou seja, de atividade de controle (= *repressão*). Para que a prescrição aquisitiva seja declarada em favor do possuidor, mister se fará ação própria ou a alegação em sede de defesa, na forma de *pedido contraposto*, com a utilização da novidade inserida pelo art. 1.241 do Código Civil[61-62] que, na nossa visão, aplica-se para todas as formas de usucapião, em resultado à postura de *recodificação*, alargando, assim, as hipóteses antes existentes no art. 13 do Estatuto da Cidade[63] e no art. 7º da Lei 6.969/81.[64-65]

---

60. De forma bem resumida, pode-se dizer que se as acessões e/ou benfeitorias introduzidas pelo possuidor criarem bônus social (= resultado positivo à sociedade), a posse respectiva se qualificará, gerando situação de vantagem em benefício do possuidor. Teori Albino Zavascki afirma que a posse qualificada é "marcada por elemento fático caracterizador da função social: é a posse exercida a título de moradia e enriquecida pelo trabalho ou por investimentos" (A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado. Judith Martins-Costa (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 844).
61. Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.
Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
62. Note-se que o art. 1.241, sem correspondente no Código Civil de 1916, não faz qualquer indicação restritiva de que a declaração de aquisição da propriedade imóvel pela usucapião somente poderia ser alcançada mediante ação a ser movida pelo possuidor, devendo ser entendido também que tal resultado poderá ser obtido através da apresentação de contrapedido pelo possuidor, enquanto réu de ação reivindicatória ou possessória. Pensar diferente significa afirmar que a novidade do Código Civil de 2002 é uma regra inócua, tendo em vista nosso sistema sempre admitiu a ação de usucapião (figurando o possuidor no polo ativo), com regulação procedimental no art. 941 e seguintes do CPC. Ademais, a interpretação restritiva ao art. 1.241 do Código Civil de 2002, além de desprezar que o diploma atual se valeu da recodificação (por aproveitar aqui soluções já contidas em outros corpos legais) implicará em leitura disforme ao princípio da operabilidade, pois, por tal diretriz, os dispositivos da codificação devem ser aplicados para a resolução do embates, afastando-se discussões de cunho acadêmico. Não é por acaso que no Código Civil de 2002 estão presentes várias hipóteses de pedido contraposto, não sendo o art. 1.241 uma estrela solitária, consoante é possível se aferir dos arts. 479 e 157, § 2º, do mesmo diploma. Especificamente comentando o art. 1.241, confira-se Marcelo da Rocha Rosado (Alguns aspectos relevantes da usucapião e da expropriação privada. Questões processuais no novo Código Civil. Rodrigo Mazzei (Coord.) Barueri: Manole, 2006, p. 230-242).
63. Art. 13. A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.
64. Art. 7º. A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no registro de imóveis.
65. Proposição nossa no sentido foi abonada pela Comissão de Direito das Coisas da IV Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho da Justiça Federal, resultando na edição do enunciado nº 315, a saber: "Art. 1.241. O art. 1.241 do Código Civil permite que o possuidor que figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória formule pedido contraposto e postule ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro imobiliário, ressalvados os eventuais interesses de confinantes e terceiros."

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 274 1/2/2007, 08:51

Portanto, não será possível invocar o § 5º do art. 219 para fins de reconhecimento da usucapião, formando coisa julgada em favor do possuidor, sem que ocorra *pedido* no sentido pelo interessado.[66-67]

66. Segue-se, aqui, a mesma regra do Código de Defesa do Consumidor que, apesar de conter matérias de ordem pública, o sistema somente permite que o julgador atue de ofício em forma de repressão, com limitada atuação oficiosa do magistrado nas situações em que há graus de disponibilidade do consumidor. Os acórdãos que tratam sobre a temática são, sem dúvida, exemplos de utilidade no particular. Entendendo que as normas de ordem pública permitem controle de ofício de cláusulas contratuais, confira-se: "A jurisprudência permite afastar, de ofício, as cláusulas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC, questão de ordem pública" (STJ, AgRg no REsp. 540.947/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 28.09.2004, DJ 06.12.2004, p. 288); "A nulidade da cláusula eletiva de foro em contrato de adesão, que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, causando prejuízo para sua defesa, por tratar-se de questão de ordem pública, torna absoluta a competência, donde a possibilidade de declinação de ofício. Precedentes. Recurso não conhecido" (STJ, REsp. 205.449/PE, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, j. 20.05.1999, DJ 02.08.1999, p. 193 – destaque nosso). Observe-se, de outra ponta, que não se tratando de atividade de controle, em ações de natureza condenatória, apesar de reconhecer a aplicação do CDC, os efeitos do art. 1º da lei consumerista não permitem o julgamento além do pedido, confira-se: "Responsabilidade civil. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Assalto à mão armada iniciado dentro de estacionamento coberto de hipermercado. (..) Relação de consumo. (..) Julgamento além do pedido. (..) Por ser a prestação de segurança e o risco ínsitos à atividade dos hipermercados e shoppings certers, a responsabilidade civil desses por danos causados aos bens ou à integridade física do consumidor não admite a excludente de força maior derivada de assalto à mão arma ou qualquer outro meio irresistível de violência. A condenação em danos materiais e morais deve estar adstrita aos limites do pedido, sendo vedada a fixação dos valores em salários-mínimos"(STJ, REsp. 419.059/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ªTurma, j. 19.10.2004, DJ 29.11.2004, p. 315 – destaque nosso); "Recurso especial. Transporte aéreo nacional. Ação de indenização. Danos materiais e morais. Aplicação do CDC. Código Brasileiro de Aviação. Inaplicabilidade. CPC, art. 460. Julgamento *ultra petita*. Ocorrência. I – Em ação de reparação de danos por violação de bagagem não se aplica a indenização tarifada do CBA, mas o Código de Defesa do Consumidor. II – Havendo pedido certo e condenação em valor superior, há violação do art. 460 do C.P.C., devendo ser a mesma adequada aos limites do pedido" (STJ, REsp. 394.519/RO, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª Turma, j. 21.03.2002, DJ 15.04.2002, p. 217 – destaques não originais).
67. Em Portugal, contudo, há norma expressa no sentido de que as matérias de ordem pública no Direito do Trabalho permitem atuação muito maior do que o controle repressivo, admitindo-se, inclusive, o julgamento extra e ultra petita, conforme art. 74º do Código de Processo do Trabalho (art. 74º. Condenação extra vel ultra petita: O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte de aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 514º do Código de Processo Civil, de preceito inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho). Assim, para efetuar uma condenação em quantidade superior ao pedido ou em objeto diferente dele, o juiz tem que respeitar duas condições: (a) causa de pedir há de manter-se sempre a mesma; (b) condenação há de resultar da aplicação de normas inderrogáveis. No sentido, vale conferir a doutrina do luso Carlos Alegre: "No processo civil comum, os termos da interposição da acção da respectiva contestação constituem os precisos limites dentro os quais se mantém a controvérsia e a decisão do tribunal deve corresponder-lhes, sem o que a decisão tomada será objetivo de nulidade. Não é assim na jurisdição do trabalho, dada a existência de normas legais ou de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho inderrogáveis pela vontade das partes. O tribunal pode movimentar-se na acção, sem que a limitação dos termos em que foi proposta ou contestada constitua impedimento a fazer coincidir "o que é direito" com a intenção do demandante em pedir tudo a quanto tem direito, eventualmente condenado em conformidade. No fundo, trata-se de fazer coincidir a "pretensão substantiva" (fundamento imediato do pedido) com o "pedido processual" (o pedido efectivamente formulado).(...). Para efectuar uma condenação em quantidade superior ao pedido ou em objecto diferente dele, o juiz só tem que respeitar duas condições: – a causa de pedir há de manter-se sempre a mesma; – a condenação há de resultar da aplicação de normas inderrogáveis de leis ou de instrumentos de regulamentação colectiva aos fatos especificados ou quesitados como aos factos a que se refere o art. 514o. do Código de Processo Civil (factos notórios e fatos do conhecimento oficial do juiz)" (Código de Processo do Trabalho Anotado e Actualizado – DL 38/2003. Coimbra: Almedina, p. 203-205). Também no tema, Nuno Sebastião (A condenação além do pedido no CPT. Coimbra: Almedina, 1983).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 275 1/2/2007, 08:51

Poderá, sem dúvida, o julgador declarar, mesmo sem pedido, a ocorrência da prescrição aquisitiva como motivação que impedirá a retomada de bem que já se encontra *funcionalizado*, isto é, exercendo sua *função social*. No entanto, tal postura não formará coisa julgada, a teor do art. 469, I, do CPC.

9.2. Do uso (e compreensão) da expressão prescrição aquisitiva

Independentemente da vinculação a uma *cláusula geral restritiva*, não podemos deixar de registrar que a expressão *prescrição aquisitiva* é ainda utilizada muito mais para prestigiar consolidação histórica que a envolve do que para apontar, tecnicamente, o fenômeno jurídico.[68]

O maior ponto comum entre a *usucapião* com a *prescrição* está em serem institutos que surgem a partir da fluência do tempo nas relações jurídicas. No entanto, existem diferenças estruturais, pois a usucapião é figura que irá constituir um novo direito, inclusive de natureza real em benefício daquele em favor de quem o tempo está fluindo, enquanto que a prescrição, em revés, está intimamente ligada aos chamados direitos pessoais, sendo ferramenta de sedimentação de relações jurídicas em que não se manifestou a pretensão.[69]

Sendo assim, usucapião e prescrição são dois institutos díspares não sendo correto transportar, cegamente, regramentos de um para o outro,[70] afastando-se, portanto, o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil das hipóteses de usucapião, até porque, como gizamos, a expressão *prescrição aquisitiva* tem vínculos mais íntimos a fundamentos históricos do que aos contornos próprios da prescrição.[71]

---

68. As raízes são bem longínquas, conforme adverte Lenine Neguete: "Do fato de haver JUSTINIANO confundido num mesmo título (C., Livro VII) a matéria das prescrições e da usucapião, antes perfeitamente diferenciadas, surgiu com o tempo a necessidade de se adotar a distinção introduzida por BOHMER entre prescrição extintiva ou liberatória e prescrição aquisitiva ou usucapião (Da prescrição aquisitiva. 3 ed. Porto Alegre: Ajuris, 1981, p. 15). Fique esclarecido que o autor destacado, apesar de se valer da expressão prescrição aquisitiva no título de sua obra, demonstra de forma cuidadosa, na sua ótica, pontos de divergência da usucapião com a prescrição extintiva (op. cit., p 15-19).
69. Acerca da impossibilidade de se entender a usucapião como forma de prescrição 'aquisitiva', próximo ao nosso texto, confira-se: Carlos Frederico Barbosa Bentivegna. [Comentários ao Código Civil: artigo por artigo. Camilo Carlos Eduardo Nicoletti et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 919], e Carlos José Cordeiro (Usucapião constitucional urbano: aspectos de direito material. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 89-91)
70. Não se esquecendo que em certos momentos a missão é necessária. Em exemplo frisante, note-se que há válvula comunicante entre a prescrição (extintiva) e a usucapião no art. 1.244 do Código Civil, no que se refere às situações de suspensão e interrupção da fluência dos prazos ("Art. 1.244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.") Em sentido próximo, confira-se: Fábio Caldas de Araújo (O usucapião no âmbito material e processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 79-80).
71. Correta, ao nosso sentir, a conclusão tirada por Carlos José Cordeiro: "A par das diferenças e afinidades apresentadas entre os dois institutos, deve-se considerar que o uso da expressão prescrição aquisitiva somo sinônima de usucapião já ganhou vida, através dos tempos, tanto nos livros de doutrina como nos julgados

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 276 1/2/2007, 08:51

9.3. Necessidade de observância ao disposto no art. 220 do CPC

Não suficiente os argumentos já postos, a inaplicabilidade de abarcar o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil nas hipóteses de usucapião fica evidente na medida em que tal dispositivo está intimamente ligado às causas extintivas. Basta, pois, verificar a norma em seqüência, já que o art. 220 é esclarecedor sobre a alçada do artigo antecessor. Confira-se:

> **Art. 220.** O disposto no artigo anterior aplica-se a todos os prazos extintivos previstos na lei.

Assim, a leitura conjunta dos arts. 219 e 220 do Código de Processo Civil demonstra a impropriedade de se pretender projetar os ditames do § 5º do art. 219 para as hipóteses de usucapião.

10. DIREITO INTERTEMPORAL

Para a análise do direito intertemporal, relevante é que se busque os efeitos concretos do § 5º do art. 219 do CPC.

O fenômeno material não foi alterado pela Lei 11.280/06, mantendo-se a prescrição dentro do gabarito traçado pelo Código Civil e a legislação especial, nos casos pontuais. Note-se, em especial, que os prazos para sua consumação são os mesmos que antes estavam cravados no nosso sistema legal, ou seja, *pretensão prescrita continua prescrita*, e a *pretensão não prescrita*, *não foi alvo de precipitação de consumação prescricional.*[72-73]

---

dos tribunais, de forma que o interprete, devidamente advertido de sua diferenciação, poderá utilizar as palavras de maneira indistinta, desde que afastando no sentido estrito o significado de prescrição" (Usucapião constitucional urbano: aspectos de direito material. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 90-91). A premissa é importante já que a expressão prescrição aquisitiva continua sendo invocada por boa doutrina como sinônimo de usucapião, como é o caso das obras de J. Virgílio Castelo Branco Rocha Filho (Usucapião especial e constitucional rural. Curitiba: Juruá, 2003) e Miguel Angel Bustos Argañarás (Prescripción adquisitiva. Usucapión. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2005).

72. Em sentido próximo, Mário Luiz Delgado entende que "a lei não interfere no núcleo material da prescrição, mas apenas no ato processual' através do qual o órgão jurisdicional reconhece ou não a configuração da prescrição no caso concreto. E como esse 'ato' ainda não foi praticado, no momento em que o for, deverá necessariamente levar em consideração a lei processual (que tem aplicação imediata aos processos em curso, segundo máxima do direito intertemporal) que estiver vigente" (Aplicação imediata do § 5º do art. 219, CPC – Lei 11.280/06. 2006. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor).
73. Cristiano Chaves de Farias já sustentava que o art. 194 deveria ser aplicado aos processos em curso, logo após a vigência do Código Civil de 2002, para que a declaração de ofício da prescrição se desse em favor do absolutamente incapaz, ao lecionar que: "Admitido, pois, o pronunciamento ex officio de prescrição, em favor do absolutamente incapaz, será possível a providência, inclusive, nos processos iniciados antes da vigência da Lei Civil de 2002" (Direito Civil: Teoria Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 508).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 277 1/2/2007, 08:51

A alteração, segundo nossa posição, cinge-se apenas em permitir que o julgador, por razões de *aceleração processual*, provoque o '*incidente'* sobre a questão, ouvindo-se as partes antes de decidir sobre a prescrição. Evita-se não só problemas indesejáveis para o futuro, como também se cria válvula processual para o abreviamento de ações sem utilidade.

Diante de tal quadro, cremos que sua aplicação é imediata, açambarcando todos os processos em curso. A confirmar nossa assertiva, valemo-nos do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da Lei 11.051/05 que alterou a redação do § 4º, do art. 40, da Lei 6.830/80, para o fim de permitir que o magistrado pudesse pronunciar a prescrição intercorrente, após prévia oitiva da Fazenda Pública sobre a questão, a saber:

> "(..) o atual parágrafo 4º do art. 40 da LEF (Lei 6.830/80), acrescentado pela Lei 11.051, de 30.12.2004 (art. 6º), viabiliza a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, com a única condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. *Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da execução decidir a respeito da sua incidência, por analogia, à hipótese dos autos*" (STJ, REsp. 800.853/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 07.02.2006, DJ 20.02.2006, p. 245 – destaque nosso).[74-75]

Nestas condições, por entendermos que o § 5º do art. 219 não embaraça o núcleo material da prescrição, e, via de talante, não causa transtorno ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e a coisa julgada, tendo tido a reforma cunho eminentemente processual, a sua aplicação poderá ocorrer aos processos em curso, desde que com atenção ao *princípio da cooperação*.[76]

BIBLIOGRAFIA

ALEGRE, Carlos. *Código de Processo do Trabalho Anotado e Actualizado – DL. 38/2003.* 6 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

74. Do mesmo relator e Turma, colhe-se ainda em igual sentido (entre vários): REsp. 790.530/RS, j. 06.12.2005, DJ 19.12.2005, p. 283; REsp. 776.772/RS, j. 06.12.2005, DJ 19.12.2005, p. 271; REsp. 777.984/RS, j. 06.12.2005, DJ 19.12.2005, p. 272.
75. Há, contudo, outra posição que parece estar dissociada do entendimento majoritário, apesar de oriunda da mesma Turma, Confira-se: "Atento ao princípio de direito intertemporal, *tempus regit actum*, o reconhecimento ex offício da prescrição, pressupõe execução fiscal iniciada após o referido diploma (Lei 11.051 de 30/12/2004) mercê da oitiva prévia da Fazenda (art. 6º da citada Lei)" (STJ, AgRg no REsp. 756.739/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, j. 06.12.2005, DJ 13.02.2006, p. 705). Igualmente: STJ, AgRg no REsp. 677.000/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 14.06.2005, DJ 27.06.2005, p. 254).
76. Perspicaz a anotação de Mário Luiz Delgado: "Não proíbem que a lei retroaja, apenas distinguindo as hipóteses de retroatividade justa e injusta. Proibida está a retroatividade injusta, ou seja, a que retorna no passado para violar o direito adquirido, desfazer o ato jurídico perfeito ou macular a coisa julgada" (Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 278 1/2/2007, 08:51

ALVIM, José Manoel Arruda. *Breves notas sobre o § 5º do art. 219 CPC (Lei 11.280/06)*. 2006. Texto inédito gentilmente cedido pelo autor.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 7, n. 300, out. 1961.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. *O usucapião no âmbito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARGAÑARÁS, Miguel Angel Bustos. *Prescripción adquisitiva. Usucapión*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo Código Civil e o Direito Processual. In: DIDIER JR., MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual.* Salvador: *Jus*PODIVM, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os Elementos Objetivos da Demanda examinados à luz do Contraditório. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos, e CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coords.). *Causa de Pedir e Pedido: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. In: NICOLETTI, Camilo Carlos Eduardo et al (coord.). *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O Novo CPC: a terceira etapa da reforma.* São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil: In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual.* Salvador: JusPodvim, 2006.

_____. *Reconhecimento de Ofício da Prescrição: uma Reforma Descabeçada e Inócua*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 29 out. 2006.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por eqüidade no novo Código Civil.* São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* Curitiba: Juruá, 2006, cap. 24.

CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érica Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado: contratos e obrigações extracontratuais.* Curitiba: Juruá, 2003, v. 3, p. 259.

CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma do processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

CORDEIRO, Carlos José. *Usucapião constitucional urbano*: aspectos de direito material. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Algumas regras do novo Código Civil e sua repercussão no processo – prescrição, decadência, etc. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 5, 2003.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 279 1/2/2007, 08:51

DELGADO, Mário Luiz. *Aplicação imediata do § 5º do art. 219, CPC – Lei 11.280/06*. 2006. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

_____. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil: doutrina e jurisprudência.* São Paulo: Saraiva, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, cap. IV.

_____. Da Exceção: tipologia das defesas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 376. p. 77.

_____. *Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.* 6. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2006.

_____. *Regras processuais no novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2005.

FIÚZA, César. Ainda sobre a Prescrição e a Decadência. *Curso Avançado de Direito Civil.* São Paulo: IOB Thompson, 2004.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários.* São Paulo: Saraiva, 2003.

GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, jan.-mar. 2000.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência***.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LISBOA, Roberto Senise. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et al (coord.). *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.* 4. ed. Barueri: Manole, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista dos Tribunais,* São Paulo, ano 87, n. 753, jul. 1998.

MAZZEI, Rodrigo. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral (arts. 1º a 103)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXXIX-XCIV.

_____. A função social da propriedade: uma visão pela perspectivado Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico.* São Paulo: RT, 2006.

_____. Algumas Notas sobre o ('dispensável') art. 232 do Código Civil. In: DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Prova, Exame Médico e Presunção: o artigo 232 do Código Civil.* Salvador: *Jus*PODIVM, 2006.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 280 1/2/2007, 08:52

_____. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In DIDIER JR., Fredie, MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual.* Salvador: *Jus*PODVIM, 2006.

_____. Reconhecimento *ex officio* da Prescrição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. *Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: RT, 2006, cap. 20.

_____. Aspectos panorâmicos do "tempo" na "realização do direito". In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência.* Curitiba: Juruá, 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da Sentença e outras Reformas Processuais.* São Paulo: Atlas, 2006.

NEGUETI, Lenine. *Da prescrição aquisitiva.* 3. ed. Porto Alegre: Ajuris, 1981.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz – Preclusão* pro iudicato *e preclusão judicial no Processo Civil.* São Paulo: Método, 2004.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e ordem pública.* Belo Horizonte: Del rey, 2005.

ROCHA FILHO, J. Virgílio Castelo Branco. *Usucapião especial e constitucional rural.* Curitiba: Juruá, 2003.

ROSADO, Marcelo da Rocha. Alguns aspectos relevantes da usucapião e da expropriação privada. In: MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Questões processuais no novo Código Civil.* Barueri: Manole, 2006.

SEBASTIÃO, Nuno. *A condenação além do pedido no CPT.* Coimbra: Almedina, 1983.

SHIMURA, Sérgio. Prescrição e Decadência. In: MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Questões Processuais do Novo Código Civil.* Barueri: Manole, 2006.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *Anotações sobre as recentes Reformas do Código Processual Civil (processo de conhecimento)*. Vitória: s.n., 2006.

_____. *A defesa no processo civil*: as exceções substanciais no processo e conhecimento. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOARES, Fernando Luso; MESQUITA, Duarte Romeira; BRITO, Wanda Ferraz de, *Código de Processo Civil anotado.* 12. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral.* São Paulo: Método, 2005, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção Científica entre Prescrição e Decadência. Um Tributo à Obra de Agnelo Amorim Filho. In: DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: *Jus*PODIVM, 2006.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 281 1/2/2007, 08:52

_____. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. In: DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: *Jus*PODIVM, 2006.

_____. *As novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, cap. II.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2.* São Paulo: RT, 2006.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Regime jurídico da prescrição e da decadência dos direitos coletivos lato sensu*, texto inédito gentilmente cedido pelo autor.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.* São Paulo: RT, 2002.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 282 1/2/2007, 08:52

CAPÍTULO XII

ANOTAÇÕES SOBRE O TÍTULO "DA PROVA" DO NOVO CÓDIGO CIVIL

José Carlos Barbosa Moreira[*]

Sumário • 1. Generalidades. 2. Âmbito de incidência do art. 212. Caráter exemplificativo do elenco legal. 3. Referências à presunção no Título "Da prova".4. Considerações sobre a enumeração do art. 212. 5. Inspeção judicial e perícia. 6. As presunções. 7. Considerações finais.

1. GENERALIDADES

O Título "Da prova" (Título V do Livro III, arts. 212 a 232) é certamente dos menos felizes do Código Civil de 2002. Seria talvez adequado começar por questionar a propriedade mesma da inserção, no texto do Código, de um conjunto de regras concernentes à prova. Como é notório, muito se tem discutido em doutrina a pertinência desta ao direito material ou ao direito processual. O legislador de 1973 claramente optara pelo segundo termo da alternativa, conforme ressalta da existência, no vigente Código de Processo Civil, de um Capítulo (nº VI do Título VIII do Livro I, arts. 332 a 443) dedicado às provas,[1] onde se contém disciplina bem mais minuciosa que a constante do novo estatuto civil. Admita-se que este tomasse outra opção; abstraindo-se das críticas a que se sujeitaria em razão dela, era de esperar que, tendo resolvido tratar do assunto, o fizesse de modo abrangente e sistemático, com revogação expressa, ao menos parcial, das disposições do diploma anterior.

Não é o que se vê; fica a legislação brasileira sobre prova dividida entre dois códigos. Há outros exemplos no direito comparado: assim a França (c*ode civil*, arts. 1.315 e segs.; *code de procédure civile*, arts. 9 e segs., 132 e segs.), a Itália (*codice civile*, arts. 2.697 e segs.; *codice di procedura civile*, arts. 191 e segs., 281 *ter*), Portugal (Código Civil, arts. 341 e segs.; Código de Processo Civil, arts. 513 e segs.). Aliás, a divisão vem do próprio direito brasileiro antigo: por longo

* Professor da Faculdade de Direito da UERJ. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

1. A bem da verdade, a localização não é incensurável. A disciplina das provas de modo algum interessa apenas ao processo de conhecimento (rubrica do Livro I), e menos ainda só ao procedimento ordinário (rubrica do Título VIII). Ficaria melhor numa parte geral, a que lamentavelmente não se reservou espaço na estrutura do Código.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 283 1/2/2007, 08:52

tempo coexistiram regras sobre prova no Código Civil de 1916 (Capítulo IV do Título I do Livro III) e no Código de Processo Civil de 1939 (Título VIII do Livro II), e depois no de 1973 (Capítulo VI do Título VIII do Livro I). Nada disso, é óbvio, justificava que se persistisse no rumo.[2]

Nem se compreende bem o critério adotado para a escolha dos tópicos que o novel diploma regularia, com preterição de outros. Para dizer diversamente: não fica muito claro o motivo por que o legislador de 2000 entendeu de levar para o Código Civil determinada porção da disciplina da prova e deixar de lado a porção restante. Não se terá seguido à risca, exemplificativamente, a orientação preconizada em obra clássica, segundo a qual pertencem ao direito substantivo "as disposições relativas à essência das provas, à sua admissibilidade, aos seus efeitos, *às pessoas que devem ministrá-las*" e ao direito processual "as regras propriamente relativas ao modo, tempo e cautelas da sua constituição e produção".[3] À luz da cláusula que grifamos, deveriam incorporar-se ao Código Civil, *v.g*., as disposições que distribuem o ônus da prova entre as partes, à semelhança do que ocorre na Itália (*codice civile*, art. 2.697) e em Portugal (Código Civil, art. 342): entre nós, desprezou-se esse modelo, e a matéria continua versada exclusivamente no Código de Processo Civil, art. 333.

Tem conseqüência sobremodo inconveniente a técnica fragmentária e assistemática utilizada pelo legislador de 2002. Há no novo Código Civil disposições sobre tópicos versados no Código de Processo Civil; em alguns casos, mas não em todos, repetiu-se no mais recente diploma o que já constava do anterior: *v.g*., o art. 225 deste praticamente nada acrescenta (exceto a imprópria qualificação de "plena" dada à prova [4]) ao que se lê no art. 383 daquele; o art. 227, *caput*, do primeiro reproduz quase *ipsis verbis* (com ociosa ressalva inicial e substituição de "contratos" por "negócios jurídicos") o art. 401 do segundo. A par disso, em cada um dos dois diplomas existem normas sem correspondente no outro. Destarte, nosso direito probatório de hoje é o resultado da superposição de dois retículos normativos, com pontos e espaços que nem sempre coincidem. Os intérpretes e aplicadores da lei têm de precaver-se contra as ciladas que lhes prepara esse autêntico cipoal.[5]

---

2. Também na França há quem censure o "*chevauchement entre le deux codes*": segundo VINCENT/GUINCHARD, *Procédure civile*, 27 ed., Paris, 2003, p. 790, nele se depara "*tout ce qu'il y a de plus critiquable en théorie comme en pratique*".
3. AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e no comercial*, 5 ed., São Paulo, 1983, pp. 42-43 (sem grifo no original).
4. Para a crítica dessa terminologia, *vide* MOREIRA, Barbosa. O novo Código Cvil e o direito processual*,* in *Revista Forense*, vol. 364, pp. 190-191; ARAGÃO, Moniz de. *Regras de prova no Código Civil,* ibid., vol. 376, pp. 56/7.
5. Fundadas as observações de DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 4 ed., São Paulo, 2003, p. 46.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 284 1/2/2007, 08:52

Se se quiser um exemplo, comparem-se os dizeres do art. 368 do diploma processual e do art. 219 do civil. O *caput* deste harmoniza-se com o daquele: abstraindo-se de ligeiras e irrelevantes diferenças de redação, estabelecem ambos que se presumem verdadeiras em relação aos signatários as declarações constantes de documento particular assinado. Outro tanto não se dirá, contudo, dos parágrafos. Nos termos do que acede ao art. 368 do Código de Processo Civil, "quando, todavia, contiver [o documento] declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interesssado em sua veracidade o ônus de provar o fato". Já no parágrafo único do art. 219 do Código Civil (que repete o parágrafo único do art. 131 do Código Civil de 1916), é coisa diferente que se lê: "Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las". Salvo engano, "declaração de ciência relativa a determinado fato" não significa o mesmo que declaração enunciativa sem "relação direta com as disposições principais ou com a legitimidade das partes". Que se há de concluir? Que o parágrafo único do art. 368 do Código de Processo Civil foi revogado pelo parágrafo único do art. 219 do Código Civil? Ou podem as duas disposições coexistir pacificamente, somando-se as declarações mencionadas numa e noutra, para o fim de excluir quanto a todas elas a presunção de veracidade e, por conseguinte, manter a normal distribuição do *onus probandi*? [6]

2. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO ART. 212. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO DO ELENCO LEGAL

A enumeração das provas constante do art. 212 do novo Código Civil é precedida de uma advertência: "Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante…". À vista dela, vem à mente a conjectura de que o Código só se preocupa com a prova de *fatos jurídicos*, isto é, de fatos que, por estarem previstos em alguma norma jurídica, como pressupostos da respectiva incidência, são – ao menos em tese e potencialmente – capazes de produzir efeitos no mundo do direito.

6. Inclinamo-nos para a segunda solução. Também CINTRA, Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, 2 ed., Rio de Janeiro, 2003, p. 107, rejeita a idéia da revogação, mas, ao que parece, por equiparar as "declarações enunciativas" do mais recente diploma às referidas no anterior. Assiste-lhe inteira razão, por sinal, quando censura a redação do Código Civil como "tortuosa" e de "sentido obscuro"; e mais, quando frisa que "a menção à legitimidade das partes (…) não faz sentido claro no contexto". É estranho o emprego do pronome em "prová-las": o ônus a que alude o texto não pode dizer respeito *às próprias declarações* (que o documento, por si, já prova), mas *ao(s) fato(s)* a que elas se referem. Merece apoio a conclusão do autor: "Seria pois preferível que o legislador não editasse a regra do artigo 219 do novo Código Civil que em nada melhorou a disciplina da prova feita por documento particular assinado" (no original, por manifesto cochilo de revisão, lê-se "assinada").

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 285 1/2/2007, 08:52

Entretanto, não são apenas esses fatos que podem necessitar de prova. É mister, com certa freqüência, demonstrar a veracidade de alegações sobre fatos que, insuficientes por si mesmos para produzir efeitos jurídicos, assumem relevância, não obstante, para a formação do convencimento do órgão judicial; *v.g.*, acontecimentos naturais: a que horas o sol nasceu no dia *x*; qual a maior altura atingida pela maré em certo ponto do litoral; até que distância da praia era audível, em determinado momento, o ruído das ondas do mar? E assim por diante. Não raro, embora um fato não baste, sozinho, para gerar efeitos jurídicos, o conhecimento que se tenha dele vai fornecer o ponto de partida para chegar-se, por meio de raciocínio, ao conhecimento de outro fato, gerador de tais efeitos. Tem essa feição o mecanismo intelectual a que se aplica o nome de presunção simples ou comum (*praesumptio hominis*): para aproveitar exemplo dado noutra obra clássica de nossa literatura processual, o fato de Tício passar empunhando um archote, pouco antes do incêndio, conquanto em si desprovido de efeitos jurídicos, bem pode interessar em processo no qual se queira promover a responsabilidade civil de Tício pelos danos que teria causado ateando fogo ao prédio.[7] Talvez não seja possível demonstrar diretamente a veracidade da afirmação de que foi Tício quem provocou o incêndio, mas possa comprovar-se a sua passagem por perto, minutos antes, com o archote; e da certeza sobre esse fato, somada à certeza sobre outros fatos que apontem no mesmo sentido, concluir, com segurança, que foi Tício o causador do sinistro. Em linguagem técnica, a presença de Tício, nas condições aludidas, servirá de *indício*, a ser valorado em conjunto com outros, porventura concordantes, para fundamentar a presunção da culpa de Tício.

À luz dessas considerações, desde logo se impõe uma pergunta: o elenco do art. 212 concerne unicamente à prova dos fatos *jurídicos* e não abrange a dos fatos *simples*? Argumentos de ordem textual seriam invocáveis para dar-se resposta afirmativa. Não só o teor literal do *caput* aponta nessa direção: vários dispositivos do Título V mostram que o legislador, ao redigi-los, sem dúvida tinha a mente voltada para o caso de prova de fato jurídico, e não falta até um ou outro (como o art. 227 e seu parágrafo único) em que nítida e categórica cláusula restritiva limita a incidência da regra aos *negócios* jurídicos. No entanto, parece injustificável, do ponto de vista lógico, a idéia de que as provas arroladas no art. 212 não possam referir-se a fatos simples. As conseqüências seriam disparatadas: para continuarmos a usar o exemplo acima invocado, não se poderia provar com testemunhas (inciso III) a presença de Tício, com o archote, pouco antes do

7. LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil brasileiro*, 2 ed., Rio de Janeiro, 1959, vol. II, p. 318. O autor assinalava terminologicamente a diferença entre as duas classes de fatos chamando *jurídicos* aos de uma e *simples* aos de outra.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 286 1/2/2007, 08:52

incêndio, nas imediações do prédio, e menos ainda aplicar à eventual confissão de Tício quanto a esse fato a norma do art. 214…

Assente a premissa de que as provas arroladas no art. 212 do Código Civil são invocáveis, em princípio, acerca de *quaisquer* fatos, jurídicos ou simples, a indagação que segue é sugerida pelo confronto entre esse texto e o do art. 332 do estatuto processual, *verbis*: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". Aí se consagrou o princípio da não taxatividade das enumerações legais na matéria; o direito brasileiro não é refratário à utilização de "provas atípicas".[8] Põe-se a questão de saber se esse princípio foi afastado pelo art. 212 do novo Código Civil; noutras palavras, se é ou não *taxativa* a enumeração nele contida. A doutrina tem sustentado, ao nosso ver com acerto, o caráter *exemplificativo* do elenco legal e, por via de conseqüência, se bem que nem sempre em termos explícitos, a subsistência da admissibilidade de provas atípicas.[9]

3. REFERÊNCIAS À PRESUNÇÃO NO TÍTULO "DA PROVA"

No Título "Da prova", a palavra "presunção" aparece, no singular, no art. 212, nº IV, onde se encontra a enumeração a que acima aludimos; no plural, no art. 230, *verbis* "As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal". O verbo cognato "presumir" figura no *caput* do supracitado art. 219: "As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários". Não quer isso dizer que as outras disposições do mesmo título não tenham relação alguma com o

8. Acerca do sentido que se deve atribuir a essa expressão, bem como de algumas questões pertinentes, *vide* MOREIRA, Barbosa. *Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas* (comunicação ao XVI Congresso Mexicano de Direito Processual, de 1999, publicada no respectivo volume de memórias, t. I, pp. 17 e segs., e em *Temas de Direito Processual, Sétima Série*, São Paulo, 2001, pp. 39 e segs). Sobre a origem do art. 332, remetemos ao nosso escrito *Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano, in Studi in onore di Vittorio Denti*, Pádua, 1994, vol. I, p. 9, ou *in Temas* cit., *Quinta Série*, São Paulo, 1994, pp. 194/5.

9. Não deparamos pronunciamento algum no sentido contrário. Cf., ao propósito, entre outros: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol. I, 34 ed., São Paulo, 2003, pp. 271, 280; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, t. II, Rio de Janeiro, 2003, pp. 395/6; NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, *Parte Geral*, Rio de Janeiro, 2003, pp. 591/2; TEPEDINO, Gustavo.; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, Rio de Janeiro; São Paulo; Recife. 2004, vol. I, p. 432; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Parte Geral*, 5 ed., São Paulo, 2005, p. 639; RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil,* Rio de Janeiro, 2003, pp. 688, 690; DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*, São Paulo, 2004, p. 39; ARAGÃO, Moniz de. *Regras de prova no Código Civil, in Rev. For*., vol. 376, p. 53; OLIVEIRA, Carlos Santos de. *Da prova dos negócios jurídicos, in A parte geral do novo Código Civil* (coord. de Gustavo Tepedino), Rio de Janeiro; São Paulo, 2002, p. 431.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 287 1/2/2007, 08:52

assunto. Certamente a tem, por exemplo, o art. 232 ("A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame"); mas aí se cuida de matéria específica, da qual não nos ocuparemos neste trabalho.[10]

O texto do art. 230 pressupõe a distinção correntia entre presunções legais (*praesumptiones iuris*) e presunções comuns ou simples (*praesumptiones hominis*), também chamadas judiciais, porque na prática adquirem relevância por obra do juiz. Conjuga-se a regra com a do art. 227, *caput* (reprodução quase literal, reitere-se, do art. 401 do Código de Processo Civil), que restringe a admissibilidade da prova exclusivamente testemunhal aos "negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados". Também a disposição do art. 230, pois, tem incidência limitada à área dos negócios jurídicos. Salvo na distinção pressuposta por esse artigo, nenhuma das duas normas se reveste de interesse geral para o presente estudo.

Não se descobre no estatuto civil (nem no processual, apesar de seu gosto por tal gênero de disposições) uma definição de presunção. Outras legislações têm-na formulado; dentre as mais singelas ressalta a do bicentenário Código Civil francês, art. 1.349: "*Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu*" (traduzido quase ao pé da letra no art. 2.727 do *codice civile* italiano: "*Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato*"). O texto põe em relevo a supramencionada classificação das presunções em legais e comuns ou judiciais.

A designação de "presunções legais", porém, é equívoca: abrange fenômenos de variável substância. Como esperamos haver deixado claro em escrito que já data de mais de duas décadas,[11] as presunções legais *relativas* (*praesumptiones iuris tantum*) constituem regras especiais de distribuição do *onus probandi*,[12] ao passo que as presunções legais *absolutas* (*praesumptiones iuris et de iure*) nada têm que ver com a prova, e esgotam no plano do direito material seu significado e sua função. Recapitulando em apertada síntese o que ali se expôs: quando a lei consagra uma presunção absoluta – seja porque entenda maior a probabilidade de que as coisas se hajam passado de certa maneira, seja porque leve em conta a

10. Dela tratamos *ex professo* noutro trabalho, em que procuramos mostrar como se articulam e que significação têm, interpretados em conjunto, os arts. 232 e 231: *La negativa de la parte a someterse a una pericia médica* (*según el nuevo Código Civil brasileño*) (comunicação ao XXII Congresso Argentino de Direito Processual, de 2003, publicada na *Rev. de Proc*., nº 113, pp.).
11. As presunções e a prova, in Temas. op. cit., Primeira Série, 2 ed., São Paulo, 1988, pp. 55 e segs.
12. Sublinha-o a doutrina alemã: vide em sede monográfica, LEIPOLD, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlim, 1966, pátgs. 99/100; na mais recente literatura, ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD. Zivilprozessrecht, 16 ed., Munique, 2004, p. 783.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 288 1/2/2007, 08:52

particular dificuldade que se encontraria em demonstrar que elas assim realmente se passaram – o que na verdade faz é *tornar irrelevante*, para a produção de determinado efeito jurídico, a presença deste ou daquele elemento ou requisito no esquema fático.[13] Se não existisse a presunção, seria indispensável, para que se produzisse o efeito, o concurso de *x*, *y* e *z*; estabelecendo uma presunção absoluta em relação a *z*, a lei faz depender a produção do efeito *somente* do concurso de *x* e *y*. Dizer que, nesse caso, *não se admite* a prova da inexistência de *z* é usar fórmula oblíqua para expressar que semelhante prova nenhuma influência teria, já que, com *z* ou sem *z*, a situação jurídica seria a mesma. A rigor, a existência ou inexistência de *z* fica fora do *thema probandum*, como fora dele fica a prova de todo e qualquer fato irrelevante: no processo, não devem praticar-se atos inúteis.

Exemplo típico era a disposição do art. 550 do antigo Código Civil, *verbis* "Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé *que, em tal caso, se presume*, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis". Noutras palavras: para consumar-se a aquisição por usucapião, bastam a posse e o tempo: não se necessita de título nem de boa-fé. O novo Código, com melhor técnica, prescinde do expediente da presunção e diz com simplicidade no *caput* do art. 1.238: "Aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis".[14]

O atual art. 212 alude à presunção, no inciso IV, em termos genéricos, sem especificação alguma. Contudo, à vista do que acima ficou dito, mais vale excluir desde logo de nossas cogitações, na análise da enumeração, toda e qualquer referência às presunções legais absolutas – assunto, vale repetir, inteiramente estranho à matéria da prova. Não só: tampouco as presunções legais relativas merecem figurar no elenco das provas. Com efeito: o fato presumido não precisa ser provado (Código de Processo Civil, art. 334, nº IV); o contrário sim, mas

13. Cf. LEIPOLD, op. cit., pp. 102/4. Na doutrina brasileira contemporânea, acentua corretamente CÂNDIDO DINAMARCO, op. e vol. cit., p. 125, que, "ao interferir na estrutura da disciplina jurídico-material de um instituto, a presunção absoluta somente produz o efeito de definir os fatos aptos a constituir, impedir, modificar ou extinguir direitos e obrigações"; mas equivoca-se em equiparar as presunções absolutas às ficções legais (pp. 116/7): *vide* a distinção que expusemos no trab. cit. em a nota 9, *supra*, pp. 64/6.

14. É estranhável que THEODORO JÚNIOR, Humberto. ob. e vol. cit., p. 406, ainda enxergue presunção no art. 1.238; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. XI, 3 ed., Rio de Janeiro, 1971, p. 137, negava-lhe a existência no próprio art. 550 do estatuto de 1916. Ainda mais estranhável é ver perdurar em obras contemporâneas a arqui-superada concepção da coisa julgada como presunção absoluta de verdade: assim RODRIGUES, Sílvio. op. e vol. cit., p. 278; VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit., p. 651.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 289 1/2/2007, 08:52

obviamente de outro modo. Fica, pois, entendido que doravante, quando nos referirmos a presunções, teremos em vista unicamente as comuns, simples ou judiciais (*praesumptiones hominis*).

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ENUMERAÇÃO DO ART. 212

Não é encontradiça, nas legislações estrangeiras, disposição como a do art. 212, que contenha enumeração das provas em tese admissíveis. Nas leis que pudemos consultar, o que disso mais se aproxima é o art. 1.316 do Código Civil francês, aliás situado em capítulo que se intitula, restritivamente, "*De la preuve des obligations et de celle du payement*";[15] aí se lê que "*les règles qui concernent la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment, sont expliquées dans les sections suivantes*". Trata-se, indiretamente, de uma enumeração, aliás como tal incompleta, já que – mesmo a abstrair-se da questão das provas atípicas – é sensível a omissão de duas figuras tradicionais: a perícia e a "*descente sur les lieux*" (correspondente à nossa inspeção judicial)[16]. No direito brasileiro, todavia, é tradicional a inclusão, nas leis, de disposição enumerativa: ela existia no art. 136 do estatuto civil de 1916 e, antes, no art. 138 do Regulamento nº 737, de 1850. O novo Código ateve-se à tradição.

Para aferir criteriosamente o valor da enumeração do art. 212, é necessário fixar de antemão algumas noções básicas. A função da prova no processo consiste em proporcionar ao juiz conhecimentos de que ele precisa a fim de reconstituir mentalmente os fatos relevantes para a solução do litígio. De ordinário, cada parte terá apresentado sua versão; ao órgão judicial incumbe averiguar se e em que medida espelham a realidade essas versões normalmente contraditórias, ou quando nada divergentes. Para tanto, há de valer-se das provas, uma vez que, por bem conhecidas razões de política legislativa, não lhe é dado invocar, na fundamentação da sentença, o conhecimento direto e pessoal que porventura tenha: não pode, por exemplo, afirmar que assistira da janela de sua casa ao acidente de trânsito e, por isso, está convicto de que o responsável foi o réu. Por conseguinte, com ressalva das exceções legais (*v.g.*, fatos notórios: Código de Processo Civil, art. 334, nº I), as provas constituem as pontes através das quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz (*nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*).

De onde podem partir essas pontes? À evidência, de tudo quanto seja acessível aos comuns sentidos humanos – já que, ainda a admitir-se (como pessoalmente

15. Em sentido crítico quanto à localização, VINCENT; GUINCHARD, op. e lug. cit. (*supra*, nota 2).
16. Observação também colhida em VINCENT; GUINCHARD, ibid.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 290 1/2/2007, 08:52

admite o autor destas linhas) a possibilidade de uma revelação sobrenatural, nenhum ordenamento jurídico moderno autorizaria o juiz a pô-la como fundamento da decisão. Logo, os pontos de partida concebíveis são: outras pessoas, coisas e fenômenos naturais (sucessão de dias e noites, precipitações atmosféricas, modificações do solo ou da paisagem devidas a movimentos tectônicos e assim por diante) ou artificialmente provocados (*v.g.*, uma reação química em laboratório). Em terminologia rigorosa, a esses pontos de partida é que se deve aplicar, ao nosso ver, a designação de *fontes de prova*.[17]

Como passam das fontes ao órgão judicial as informações de que ele precisa? Colher provas significa essencialmente, para o juiz, exercitar seus sentidos em relação às outras pessoas, às coisas e aos fenômenos. Os mais importantes são, à evidência, a visão e a audição: por exemplo, o juiz vê os documentos (*espécie* do gênero *coisas*) e ouve os depoimentos das testemunhas e das próprias partes (as quais, em regra, igualmente vê). Mas de jeito algum fica excluída, embora menos freqüente, a hipótese de que ele adquira informações por outros sentidos: provando um líquido, apalpando um objeto, utilizando o próprio olfato para verificar a intensidade das emissões de uma oficina. Pode empregar-se aqui, com maior propriedade, a expressão *meios de prova*, para designar os pontos de passagem entre as outras pessoas, as coisas, os fenômenos, de um lado, e a mente do juiz, de outro – a não ser que se prefira reservá-la para a operação psíquica que capta os dados sensoriais e os transmite à mente.[18]

É fácil advertir que a enumeração do art. 212, como todas as outras que se encontram em disposições legais, peca ostensivamente pela heterogeneidade.[19] Nos três primeiros incisos, ela engloba referências a pessoas (inciso III: testemunha), a coisas (inciso II: documento), a atos (item I: confissão); nos dois últimos,

17. A expressão, no entanto, tem sido usada equivocamente na doutrina: por exemplo, escrevia CHIOVENDA, *Principii di diritto processauale civile*, Nápoles, 1865 (reimpressão), p. 812: "*sono* mezzi di prova *le fonti da cui il giudice trae i motivi di prova*" (destaques do original). Estaríamos de acordo com a exemplificação: "a pessoa da testemunha, os lugares inspecionados", entendendo-se que podem funcionar como fontes, nestes, as pessoas e coisas encontráveis e os fenômenos observáveis. Já não nos inclinamos a subscrever a identificação, pelo menos aparente, entre *fontes* e *meios* de prova: *vide, infra*, o nosso texto. Entre nós, DINAMARCO, Cândido. op. e vol. cit. (*supra,* nota 4), escreve que "fontes de prova são *pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação*" (grifos do autor); parece que os fenômenos (naturais e artificialmente provocados) foram incluídos, ao nosso ver forçadamente, no conceito de "coisas".
18. Cosoante fazia CARNELUTTI, que, em todas as hipóteses apontadas até agora em nosso texto, via na *percepção* o verdadeiro meio de prova: *vide La prova civile*, 2 ed., Roma, s/d (1949), *passim*, espec. pp..66 e segs., 79, 234. Em sentido crítico, porém, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, *in* CICU; MESSINEO; MENGONI. *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. III, t. 2, seção 1, Milão, 1992, pp. 427/8.
19. No mesmo sentido, DIDIER JR. Fredie, op. cit., p. 37.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 291 1/2/2007, 08:52

menciona a presunção (entenda-se: a presunção simples, comum ou judicial) e a perícia. Acerca desta, faremos sem demora algumas observações; para a presunção guardaremos o item subseqüente.

Cingindo-nos por ora aos três primeiros incisos, logo se percebe que a confissão não poderia figurar ao lado da testemunha e do documento. A aceitar-se a definição do art. 348, 1ª parte, do Código de Processo Civil ("Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário"), assim como a respectiva divisão em judicial e extrajudicial (art. 348, 2ª parte), bem se vê que esta se corporifica num documento (cf. o art. 353), enquanto aquela se contém de ordinário no depoimento pessoal da parte (art. 349, *caput*, *fine*), excepcionalmente em peça processual, com lavratura de termo nos autos (art. 349, *caput*, 2ª alínea) e de novo se recai, em última análise, na figura do documento.

Parece claro que a confissão não está para os sentidos do juiz na mesma relação que um documento. A fonte da prova, a rigor, não é a confissão, e sim a parte que confessa (quando presta seu depoimento), ou o documento em que ela admite o fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. O juiz ouve (depoimento pessoal) ou vê (documento) as palavras da parte, que admite o fato. Fonte da prova é a parte; meio de prova (pelo qual a fonte se comunica com o órgão judicial) é o depoimento pessoal do confitente ou o documento que contém a confissão.

Há mais. O art. 212 coloca lado a lado a confissão e a testemunha, como se houvesse analogia entre uma e outra. Na verdade, num caso estamos diante do *conteúdo* da informação, no outro diante da *pessoa* que informa. Analogia existe, sim, entre os informantes (parte / testemunha) e entre as informações (confissão / conteúdo do depoimento da testemunha). Se quis falar em confissão, deveria o art. 212 falar em depoimento da testemunha, não em testemunha *tout court*. E inversamente: se quis falar em testemunha, deveria falar em parte, não em confissão.

O que ficou dito já basta para evidenciar quão imperfeita é a enumeração do art. 212. Não leva em conta a diferença entre fontes e meios de prova, e põe em pé de igualdade figuras diversas na substância e na função que exercem. Mais patente ficará a imperfeição à luz do que se vai expor nos itens subseqüentes.

5. INSPEÇÃO JUDICIAL E PERÍCIA

O art. 212 faz menção expressa à perícia (inciso V); silencia acerca da inspeção judicial, entretanto regulada nos arts. 440 a 443 do Código de Processo Civil.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 292 1/2/2007, 08:52

Mal se justifica a desigualdade de tratamento, desde que se atente na similitude substancial entre ambas.

Com efeito. Já se disse que pessoas e coisas podem servir de fontes de prova, mediante o exercício, pelo juiz, de seus sentidos. Aqui, porém, se impõe uma distinção. Em certos casos, o juiz vê o que alguém lhe mostra (ex.: documento) ou ouve o que alguém lhe diz (ex.: depoimento de testemunha): não é ele que dirige de propósito a visão ou a audição a determinado alvo, ainda que por iniciativa sua lhe haja chegado à presença a coisa ou a pessoa. Outros casos são marcados pelo traço de uma essencial *intencionalidade*: o juiz, para ver, *olha*; para ouvir, *escuta*. Acrescente-se que o objeto visado pode consistir num *fenômeno*, e que outros sentidos (olfato, tato, paladar) são exercitáveis, conquanto menos amiúde, mas sem prejuízo da feição intencional.

Pois bem. Às vezes, basta para fornecer a informação desejada o exercício pessoal, pelo próprio juiz, do sentido pertinente. Comparece ele ao local do acidente e vê que a estrada faz ali curva perigosa; aproxima-se da oficina e ouve o ruído que produz o funcionamento da máquina, ou sente o mau odor que ela emana – e assim por diante. Outras vezes, para captar a informação, torna-se necessário algo mais: um conhecimento científico ou técnico que o juiz não tem, ou a utilização de métodos especializados, cujo manejo requer preparação também especializada, para revelar, na pessoa, na coisa ou no fenômeno, a realidade só perceptível por meio deles. É então que tem lugar a perícia, qualificada com acerto como "meio de integração da atividade do juiz".[20]

Em qualquer hipótese, fonte de prova será sempre a pessoa, a coisa ou o fenômeno. Meio de prova será, conforme o caso, a inspeção judicial ou a perícia – a menos, vale repetir, que se adote a opção carneluttiana e se identifique o meio de prova na *percepção*, direta na primeira figura, indireta na segunda.[21] Seja como for, visto que mencionou a perícia, deveria o art. 212, por questão de coerência, mencionar também a inspeção judicial.

6. AS PRESUNÇÕES

Voltemos os olhos, de novo, para as presunções: simples, comuns ou judiciais (*praesumptiones hominis*), como são aquelas a que se refere, usando o substantivo

20. CARNELUTTI, op. cit., p. 91. Menos exato parece identificar na perícia, em termos genéricos, um "sucedâneo da inspeção judicial" (VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 654): antes resulta do art. 441 do estatuto processual ("Ao realizar a inspeção direta, o juiz poderá ser assistido de um ou mais peritos") que ela pode funcionar como *complemento* ou *adminículo* da inspeção.
21. Ao propósito, *vide* ainda a luminosa exposição de CARNELUTTI, op. cit., pp. 85 e segs.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 293 1/2/2007, 08:52

no singular, o inciso IV do art. 212. Do que ficou até agora já ressalta, com ofuscante nitidez, que a referência à presunção, no elenco legal, só faz agravar a heterogeneidade da enumeração. Ela quase nada tem em comum com os outros elementos arrolados. Não é fonte de prova, como o documento e a testemunha; nem meio de prova, no sentido em que o é a perícia.[22] Tampouco seria exato afirmar que nela o juiz recebe a informação pelo exercício de um sentido, como sucede no caso da confissão. Decerto, a presunção ministra ao órgão judicial o conhecimento acerca de um fato; mas ela o faz de maneira absolutamente peculiar: mediante raciocínio[23] feito a partir do indício.

Essa característica da presunção justifica a qualificação, que se lhe atribui, de *prova indireta*, por oposição às chamadas *provas diretas*, como o documento e o depoimento da testemunha. É evidente que tal classificação não se confunde com a distinção entre *percepção direta* e *percepção indireta*, à qual se aludiu no item anterior. Igualmente claro é que a qualificação de prova indireta, atribuída à presunção, se baseia na *função* que ela exerce no *iter* cogitivo do juiz.[24] A nota característica reside aqui em que a aquisição do conhecimento se opera em duas etapas: primeiro, o juiz toma conhecimento do indício, para em seguida passar deste à presunção. Daí dizer-se que o indício funciona como fato probante (*factum probans*), enquanto a presunção é o fato a ser provado (*factum probandum*). Não se afigura clara a razão pela qual o art. 212 do novo Codigo Civil deixou de arrolar o indício junto com a presunção: se esta merecia um lugar na enumeração, por que não aquele? [25]

Convém sublinhar que o indício pode provir de qualquer fonte (pessoa, coisa, fenômeno) e chegar ao conhecimento do juiz por qualquer meio de prova. Retomemos o exemplo do incêndio (supra, nº 2): perfeitamente se concebe que da presença de Tício, a empunhar um archote, nas imediações do prédio incendiado, pouco antes do sinistro, tenha ciência o juiz pelo depoimento de pessoa ouvida

22. Para mais extensa elaboração, vide BARBOSA MOREIRA, trab. cit. em a nota 10, *supra*, pp. 57-58.
23. *Deduzione*, no dizer de CARNELUTTI, op. cit., pp. 81 e segs.; *inferenza*, para TARUFFO, ob., vol. e t. cit., p. 430. Em todo caso, nunca "indução", como equivocadamente diz o defeituoso (também noutros aspectos) texto do art. 239 do Código de Processo Penal: "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".
24. É "*funzionale e relazionale*", nas palavras de TARUFFO, ob. e lug. cit.
25. Mais de uma lei inclui o indício entre os meios de prova: o Capítulo VI do Título "Das provas", no Código de Processo Civil de 1939, tinha como rubrica "Das presunções e dos indícios". Refere-se a estes, como "*medios de prueba*", o *Código de Procedimiento Civil* colombiano, art. 175. Sustentava tal posição, compreensivelmente, DEVIS ECHANDÍA, principal autor do código: *vide Compendio de pruebas judiciales*, anot. por Alvarado Velloso, Santa Fe, s/d, t. II, pp. 301/2; cf., a noção de meios de prova exposta pelo autor: "*métodos aceptados en cada ley procesal como vehículo de la prueba: por ejemplo, el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, el dictamen de peritos*" (t. I, p. 156).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 294 1/2/2007, 08:52

como testemunha, ou por uma fotografia (documento), ou até pela confissão do próprio Tício. Caso já se cuidasse do fato relevante, em si, para a decisão, encerrada estaria a atividade probatória; o que interessa afinal, porém, não é simplesmente saber que Tício se encontrava nas aludidas circunstâncias, e sim se foi ele quem ateou fogo ao prédio. Se por certo prisma o indício já é *ponto de chegada*, mais importante ele se torna como *ponto de partida*.[26]

Na passagem do indício à presunção, conta o juiz com o auxílio das chamadas "regras de experiência",[27] a que se refere o art. 335 do Código de Processo Civil, *verbis* "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial". A redação é um tanto obscura, principalmente porque, ao traduzir-se o texto italiano do *codice di procedura civile* do Estado do Vaticano, cujo art. 78 é a fonte histórica do texto brasileiro, se omitiu parte indispensável para a boa compreensão da norma. Eis o teor da disposição inspiradora: "*Il giudice, nei casi in cui non siano statuite norma giuridiche particolari* per la deduzione del fatto da provare dal fatto percepito*, applica le regole di esperienza comune, date dall'osservazione di quanto comunemente avviene, e le regole di esperienza tecnica, salva, in questo ultimo caso, la facoltà di cui all'art. 121"*. Pusemos em destaque, na transcrição, o trecho que elucida o significado da alusão às "normas jurídicas particulares". O Código vaticano quis deixar claro que o recurso às "regras de experiência comum" só é legítimo quando não exista alguma "norma jurídica particular" a que deva obedecer o juiz na passagem do fato conhecido ("*fatto percepito*") isto é, do indício ao fato que se quer provar ("*fatto da provare*") a saber, à presunção.[28]

Sob a etiqueta de "regras de experiência", na verdade, costumam reunir-se proposições muito diversas. Tamanha é a diversidade, que se torna dificílimo estabelecer uma tipologia abrangente. Costumam ser enfiadas *pêle-mêle* nesse

---

26. Sobre essa dupla feição do indício, remetemos ainda o leitor ao trab. cit. em a nota 10, *supra*, pp. 58/9. Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 652: "O *indício* é o ponto de partida de onde, por inferência, chega-se a estabelecer uma presunção". (grifado no original).
27. *Erfahrungssätze*, na linguagem jurídica alemã: registramos o ponto porque foi na Alemanha que primeiro se sistematizou a matéria, sobretudo por obra de STEIN, cuja clássica monografia *Das private Wissen des Richters* foi traduzida para o espanhol, por Andrés de la Oliva Santos, sob o título *El conocimiento privado del juez*, Pamplona, 1973 (*vide* espec. pp. 23 e segs.). Tivemos ocasião de tratar do assunto no artigo *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, *in Temas,* cit., *Segunda série*, 2 ed., São Paulo, 1988, pp. 61 e segs.
28. Cf., ARAGÃO, Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, vol. IV, t. 1, Rio de Janeiro, s/d, pp. 114/5. Melhor que a do nosso texto é a do art. 141 do *Código General del Proceso* uruguaio: "*A falta de reglas legales expresas, para inferir del hecho conocido el hecho a probar, el tribunal aplicará las reglas de experiencia común extraídas de la observación de lo que normalmente acaece*".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 295 1/2/2007, 08:52

escaninho desde proposições que têm sólido fundamento científico (o calor dilata os corpos metálicos; a água corre naturalmente do plano superior para o inferior; a gestação do ser humano dura em média 267 dias) ou que expressam um dos chamados princípios fundamentais da razão especulativa (nada pode ser e não ser ao mesmo tempo; tudo que acontece tem uma causa), até simples juízos mais ou menos generalizados em certos meios, com apoio no denominado "senso comum", ou a rigor em meros preconceitos sem base empírica (as pessoas desta ou daquela nacionalidade ou etnia têm maior propensão para envolver-se em negócios ilícitos; as testemunhas do sexo masculino merecem mais crédito que as do sexo feminino).[29] Ao longo desse amplo espectro, acham lugar verdades matemáticas (a soma dos ângulos internos do triângulo é igual a 180 º), sentenças relativas às artes (o movimento impressionista teve início na segunda metade do século XIX), a atividades profissionais (os militares em serviço vestem uniforme), a costumes negociais (ninguém exige recibo do pagamento da passagem de ônibus), sociais (o uso da gravata é obrigatório para os homens em cerimônias oficiais), religiosos (os muçulmanos não comem carne suína), culturais (a linguagem empregada em ocasiões informais é menos atenta que a de trabalhos acadêmicos às regras gramaticais), ou observáveis no quotidiano "ordinário" (a freqüência às praias da Zona Sul do Rio de Janeiro aumenta muito nas manhãs ensolaradas dos domingos de verão).

Como bem se compreende, o valor do indício varia extremamente de acordo com a proposição que fornece a base para a presunção judicial. Será decisivo, se se trata de proposição que não comporta dúvida: por exemplo, o álibi é indício negativo de absoluta força persuasiva: caso fique provado que o réu se achava noutra cidade, no preciso momento em que ocorreu o acidente, qualquer juiz concluirá com segurança que ele não pode havê-lo provocado, consoante se alega, por imperícia na condução do veículo. Com efeito, ninguém pode estar em dois lugares distintos ao mesmo tempo. Noutras hipóteses, a significação do indício é apenas relativa, ou até muito baixa: se recordarmos o exemplo do incêndio, dificilmente conceberemos uma regra de experiência dotada de credibilidade bastante, segundo a qual as pessoas munidas de archotes costumam atear fogo aos prédios em cuja proximidade se encontram. Parece óbvio que poderia haver várias explicações para a presença de Tício naquelas circunstâncias. Dito isso,

29. Nessa ordem de idéias, não seria fora de propósito recordar ditados populares, do gênero "cão que ladra não morde", "depois da tempestade vem a bonança", "o uso do cachimbo faz a boca torta" e por aí além. Cf., as observações fortemente críticas de TARUFFO, ob., vol. e t. cit., págs 194/5, onde se sublinha que, com freqüência, "*le massime d'esperienza esprimono solo rozze generalizzazioni, generiche tendenze, opinioni e pregiudizi diffusi, alla cui base sta la cultura del senso comune senza alcuna convalida o conferma di tipo scientifico*".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 296 1/2/2007, 08:52

não fica excluído que o órgão judicial possa fundar-se, para decidir, *num único* indício, conquanto sejam provavelmente raras, na prática, as hipóteses em que isso se justifica.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto se expôs é suficiente para justificar o juízo desfavorável expresso nas primeiras palavras deste trabalho. O Título "Da prova", no novo Código Civil não faz qualquer contribuição digna de nota à sistematização da matéria; ao contrário, deixa-a mais desordenada que antes.

A impressão de desordem é particularmente forte à vista da enumeração do art. 212. Ainda na perspectiva (atécnica) que parece haver adotado, mostra-se arbitrária e lacunosa. Mistura alhos com bugalhos e esquece distinções fundamentais, como a que deveria levar em conta no tocante a presunções, para não induzir os menos familiarizados com o assunto a supor genérica, abrangente de todas as espécies, a menção feita no inciso IV. Muito preferível teria sido renunciar à pretensão enumerativa: num quadro normativo em que, para gregos e troianos – perdão, para civilistas e processualistas – continua a viger o princípio da não taxatividade (*supra*, nº 2 e, aí, nota 9), o melhor alvitre consistiria em deixá-lo reinar a plena luz, sem ameaçar toldá-lo com enumerações como a do art. 212, que em nada ajudam e podem atrapalhar.

No confronto com o Código de Processo Civil, os acréscimos importantes não dizem aqui respeito à prova, senão à forma – assunto do qual, diga-se de passagem, não tinha mesmo de tratar o diploma de 1973. Estão eles nos parágrafos do art. 215 e foram mutuados, na grande maioria, da Lei nº 6.952, de 6.11.1981. Curiosamente, afastando-se do diploma de 1916 (onde o capítulo pertinente se intitulava "Da forma dos atos jurídicos e da sua prova"), a rubrica do Título que vimos examinando, no de 2002, omite a referência à forma, que todavia assume, na substância, maior relevo.

Por questão de justiça, antes de concluir o trabalho, registrem-se dois pontos, os únicos, salvo engano, em que o texto do novo Código mostra progresso em relação ao Código de Processo Civil. Primeiro: a dicção do art. 213, *caput*, do estatuto civil, consoante a qual "não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados", afigura-se mais exata do que a do art. 351 do diploma processual ("Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis"). A hipótese é realmente de eficácia, não de validade; o texto mais antigo devia ser lido como se dissesse que a confissão, no caso indicado, não produz efeitos. Segundo: o art. 214 corrige o deslize em que incorrera o legislador de 1973, ao empregar, no

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 297 1/2/2007, 08:52

art. 352, o particípio "revogada", a propósito da coação viciada por "erro, dolo ou coação". Agora, se diz, com melhor técnica, que, "se decorreu de erro de fato ou de coação" (não se sabe por que foi desprezado o dolo), a confissão "pode ser anulada" (art. 214).[30] Não será muito; mas antes pouco do que nada…

30. Cuidamos de assinalar a correção no devido tempo: *vide* o art. cit. em a nota 4, *supra*, p. 190.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 298 1/2/2007, 08:52

Capítulo XIII

La Negativa de La Parte A Somertese a Una Pericia Medica* (Según el Nuevo Código Civil brasileño)

*José Carlos Barbosa Moreira***

1. El problema del valor probatorio de la conducta procesal de las partes suscita numerosas y serias cuestiones. Una de ellas atañe a la posibilidad de que sea necesaria, para averiguar un hecho relevante, una pericia médica[1] cuya práctica requiere de ordinario la colaboración del litigante. Por ejemplo: en una acción de investigación de paternidad suele tener gran relieve el examen del DNA del demandado, el cual, con todo, será imposible sin la obtención de un fragmento de su tejido orgánico. Si el demandado consiente en la extracción, *tollitur quaestio*; de no ser así, se puede considerar en teoría más de una solución: renunciar sencillamente a la prueba; tratar de obtener el material por la fuerza; sacar de la negativa una consecuencia desfavorable al demandado.

La primera solución tiene el obvio inconveniente de privar al juez de un elemento que con extrema probabilidad sería muy valioso para la formación de su convencimiento. La segunda, en cambio, tropieza con dificultades de principio: someter a la parte a una agresión corporal, aunque sea por una buena razón, es un acto que la conciencia jurídica contemporánea no acostumbra mirar con buenos ojos, y hasta puede violar una disposición constitucional. Queda la tercera solución, que viene gozando en muchos casos de la preferencia de la ley o de los tribunales.

2. La cuestión no es nueva en la jurisprudencia brasileña. Los tribunales han tenido que enfrentarla varias veces en los últimos años, sea en el campo civil, sea en el penal. Existe un precedente importante del *Supremo Tribunal Federal*, del 10.11.1994, en el *Habeas corpus* número 71.373: mediante una decisión tomada

---

* Comunicação ao XXII Congresso Argentino de Direito Pocessual (Paraná, 12-14 de junho de 2003).

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Ex-Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

1. Se emplea aquí esta expresión en sentido lato, incluyendo en el concepto de "pericia médica" cualquier examen científico cuya realización envuelva conocimientos biológicos relativos al ser humano. Explica NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*, Rio de Janeiro, 2003, p. 606, a propósito del art. 231 del nuevo Código Civil brasileño: "*Embora o texto se refira a exame médico deve-se entender não apenas o realizado diretamente por médico ou sob a sua supervisão, como ainda os exames laboratoriais em geral, inclusive os radiológicos*".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 299 1/2/2007, 08:52

por mayoría de votos, el tribunal negó la posibilidad de compeler al demandado en una acción de investigación de paternidad a la extracción de una cantidad suficiente de sangre.[2] Se argumentó, entre otras cosas, con la necesidad de preservar la dignidad humana, la intimidad y la intangibilidad del cuerpo. Varios "ministros" (así se titulan los jueces del STF) discreparon: a su juicio, el actor tenía un derecho indisponible – consagrado en el Estatuto de la Infancia y de la Adolescencia – al reconocimiento de su estado y, por consiguiente, a la declaración de la paternidad real; además, según el art. 339 del *Código de Processo Civil*, todos, sin exclusión de las partes, tienen el deber de colaborar con el Poder Judicial para el descubrimiento de la verdad.

Si bien se mira, un fragmento del tejido orgánico puede ser en ciertos casos obtenible de tal manera que a muchos no les parecería intolerable el empleo de medios coercitivos. Ya se ha sostenido que aun la extracción de una pequeña cantidad de sangre, con las cautelas indispensables, no constituye una ofensa a la integridad corporal tan grave que el ordenamiento jurídico deba rechazarla bajo cualquier circunstancia. Cabe añadir que ni siquiera ello es siempre necesario: puede bastar simplemente un pelo o un trozito de uña, y no será imposible recoger uno u otro después que el litigante mismo lo haya cortado o hecho cortar por un tercero, incluso sin que aquél se de cuenta.

La sentencia del *Supremo Tribunal Federal* no fue clara en cuanto a las consecuencias de la actitud del demandado, que se había negado a colaborar. Quedó sin contestar la pregunta capital: admitida la imposibilidad de obligar al demandado, *manu militari*, a la extracción del material deseado, ¿que corolario se podrá inferir de la negativa? Algunos fallos, con mayor o menor precisión y amplitud, venían equiparando la fuerza persuasiva de aquélla a la eficacia de una presunción *hominis*: el órgano judicial estaría autorizado para inferir de la conducta del demandado una conclusión desfavorable a éste, aceptando como veraz la afirmación de su paternidad.[3]

---

2. Fuente: www.stf.gov.br, *sub* "DNA". También el *Superior Tribunal de Justiça* (órgano al cual compete velar por la observancia y la uniformidad de interpretación del derecho federal infraconstitucional), en un fallo de 9.5.2000, *Recurso especial* nº 248.277, declaró imprescindible la aquiescencia del demandado, "habida cuenta de la naturaleza de la prueba" . (Fuente: www.stf.gov.br, *sub* "DNA".)
3. *V.g.*: *Superior Tribunal de Justiça*, 6.4.1999, *Recurso Especial* nº 55.958, y 8.6.2000, *Recurso Especial* nº 141.689, en el segundo con la salvedad de que a la reiterada negación del demandado se añadía la "comprobación de las relaciones sexuales" entre aquél y la madre del actor (fuente: www.stj.gov.br, *sub* "DNA"); *Tribunal de Justiça de São Paulo*, 2.3.1998, *Agravo de Instrumento* nº 97.983, *in Revista dos Tribunais*, vol. 633, p. 70; 7.12.1994, *Apelação Cível* nº 225.649, *in Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, v. 168, p. 104; 3.2.1998, *Agravo de Instrumento*, nº 53.311, *ibid*., v. 210, p. 203; *Tribunal de Justiça do Acre*, 24.3.1997, *Apelação* nº 96.000228-6, *in Revista dos Tribunais*, v. 746, p. 297. Tiene manifiesta afinidad con tal posición la tesis sustentada hace ya varios años, y en términos genéricos, por MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, v. IV-1, Rio de Janeiro, s.f., p. 136: "*a negativa* [de la parte] *de submeter-se a certos exames (...) redundará em elemento de formação do convencimento do julgador*'.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 300 1/2/2007, 08:52

3. Brasil tiene un nuevo Código Civil, en vigencia desde 11.1.2003. En él se encuentran muchas disposiciones relativas a las pruebas. Sea dicho de paso que no se trata de una singularidad: independientemente de las discusiones doctrinales acerca de la naturaleza de las normas sobre esa materia,[4] lo cierto es que en varias legislaciones un gran número de ellas están ubicadas en el código civil; por no citar más que un ejemplo, el *codice civile* italiano contiene 43 artículos concernientes a las pruebas.

En el nuevo Código Civil brasileño nos interesan ahora particularmente las disposiciones de los artículos 231 y 232. Vamos a transcribirlos:

> "**Art. 231.** Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.
> **Art. 232.** A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame".

4. Es evidente que la aplicación de tales reglas no se limita en absoluto a los casos en que se trata de averiguar la paternidad. La necesidad de una pericia médica puede ocurrir en una buena cantidad de hipótesis. Por ejemplo: si alguien demanda el resarcimiento de daños y perjuicios sufridos en virtud de un atropello, y afirma que éste le ha causado la parálisis de un miembro, el juez no podrá acoger la demanda sin cerciorarse de la verdadera condición del actor, y para tanto ordenará la práctica de una pericia médica.

A primera vista, la interpretación del art. 231 podría considerar que él se refiere a situaciones de ese tipo. Sin embargo, una reflexión menos ligera convence de que semejante entendimiento no se mantiene de pie. En efecto: para que alguien pudiera sacar provecho de su negativa al examen, sería menester – es lógico – que la comprobación a cargo del perito fuera de presumirse *desfavorable* a la parte que se niega a ser examinada. Si el litigante espera que el resultado de la pericia le favorezca, normalmente no se opondrá a su realización, ni pretenderá beneficiarse con una (improbable) negativa. La víctima de un accidente precisará probar los daños que alega haber sufrido; y, si a tal efecto se hace imprescindible una pericia médica, no es verosímil que él intente sustraerse al examen. De todos modos, seguramente no le aprovecharía la negativa.

---

4. La cuestión de la clasificación de tales normas ha provocado en Italia un debate en el cual sostuvo DENTI – con el apoyo, en substancia, de CAPPELLETTI – que los problemas concretos de aplicación de la ley deberían resolverse a la luz de criterios no necesariamente fundados en la atribución de las reglas sobre prueba a esta o aquella rama de la ciencia jurídica: *vide*, del primer autor, la ponencia presentada al VIII Simposio nacional de la *Associazione italiana fra gli sudiosi del processo civile*, de 1968, y publicada, bajo el título *La natura giuridica delle norme sulle prove*, *in Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, pp. 263 y ss.; del segundo, el texto de la intervención en el mismo simposio, publicado, bajo el título *Un avvenimento metodologico*, *in Processo e idologie*, Bologna, 1969, pp. 253 y ss.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 301 1/2/2007, 08:52

No obstante, desde ese punto de vista, la norma del art. 231 pareciera inútil. Los daños alegados forman parte del hecho constitutivo del derecho al resarcimiento Ahora bien: si no se logra probar el hecho constitutivo, la demanda será rechazada sencillamente en vista de las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, contenidas en el art. 333 del *Código de Processo Civil*[5] . No es concebible que el legislador haya querido simplemente reiterar, en términos específicos, una disposición genérica en vigencia hace casi treinta años, y cuya aplicación es capaz de resolver el problema sin ninguna dificultad.

Alguien podrá objetar que el actor tal vez pretenda más de lo que le es debido, al describir con exageración los daños sufridos, y tema que la realización de la pericia le desenmascare. Por ejemplo: él demanda una indemnización por la pérdida del uso normal de ambas piernas, mientras que en realidad una sola de ellas está paralizada en virtud del accidente. La pericia hará constar que hay un exceso en la pretensión, y para evitarlo él se niega a someterse al examen.[6] Sin embargo, es obvio que se trata de un supuesto altamente improbable, ya que la falta de la pericia no le quitará al actor únicamente la posibilidad de conseguir *el exceso*, sino también la de ser resarcido del *daño real*. No se concibe con facilidad que el legislador haya tenido a la vista situaciones tan claramente excepcionales y redactado una disposición destinada a tan escasa aplicación.

5. A mi juicio, para mejor razonar, conviene invertir el orden de los artículos y partir de la norma del art. 232. Ahí se dice que la negativa de la parte podrá suplir la prueba que se intentaba obtener por medio del examen. Volvamos al ejemplo de la acción de investigación de paternidad y supongamos que el demandado se niega a someterse a la pericia que determinará su DNA. La consecuencia más grave de su negativa consistirá en que el juez estime suplida la prueba y acoja la demanda, declarando que el demandado es el padre del actor. Ello es *posible*, pero no *necesario*: la ley no emplea la forma "*suprirá*", sino la forma "*poderá suprir*"; y le competirá al órgano judicial decidir si se debe ver en la negativa un indicio suficientemente grave para dar lugar a una presunción que de por sí justifique su conclusión. Quizá existan otros elementos de convicción en sentido opuesto, bastantes para contrabalancear el peso del indicio en la mente del juzgador. Hasta se puede concebir que el demandado demuestre cabalmente

5. *"Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*".
6. Esta es, al parecer – sobre todo si se toman en cuenta las últimas palabras del período –, la situación contemplada por JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR SILVA, *As provas no cível*, Río de Janeiro, 2003, p. 395: "*Com referência ao art. 231, recusando-se a parte a submeter-se a exame médico necessário, não pode beneficiar-se de sua recusa, para lograr indenização por danos físicos sofridos em valor maior preanunciado*".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 302 1/2/2007, 08:52

su imposibilidad de ser el padre – su infecundidad en el tiempo de la concepción. Claro está que la presunción no podrá prevalecer en contra de una prueba dotada de incontestable fuerza persuasiva.

Imagínese, entonces, que el demandado en la acción de investigación de paternidad se niegue a someterse al examen del DNA. Habida cuenta del panorama global del proceso, dos situaciones distintas pueden configurarse:

a) El juez queda convencido de que la única explicación plausible para la negativa es la certeza del demandado de que le sería desfavorable el resultado del examen. En tal caso, dará por suplida la prueba, es decir, considerará que la falta de esta equivale a su práctica con éxito propicio al actor.

b) Las pruebas existentes inclinan el juez a desestimar la demanda. No cabe duda de que él podrá fallar en contra del actor, mas en la motivación de la sentencia tendrá que buscar apoyo en aquellas pruebas. Lo que no le será lícito, en cambio, es fundar la decisión en el hecho de que no se comprobara la paternidad mediante el examen del DNA. Semejante fundamento queda excluido por la circunstancia de que fue la negativa del demandado la que hizo impracticable el examen. Si se pudiera invocar la falta de esa prueba, ello significaría atribuir a la negativa del demandado la aptitud para beneficiarle, lo cual es justamente lo que la ley no autoriza.

En suma: el actor puede salir vencido *a pesar de* la negativa del demandado, mientras que éste no puede triunfar *a causa de* su negativa. La interpretación propuesta permite atribuir al art. 232 un sentido útil, y por ende se pone en perfecta armonía con el principio según el cual no se presume que una disposición de ley sea superflua. Empero aceptarla implica sin duda una crítica a la técnica utilizada por el legislador. En efecto: no se comprende la razón de la dualidad de disposiciones con idéntico supuesto (la negativa de la parte) y consecuencias jurídicas distintas. Aun más grave es la circunstancia de que la primera solo será aplicable cuando no lo sea la segunda. Fuera mejor unificar las disposiciones y decir algo así como:

> "A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame; e, ainda quando não a supra, não poderá aproveitar à parte que se recusou".

Los trabajos preparatorios del Código no nos ayudan a entender la opción legislativa. En el anteproyecto, redactado por una comisión de juristas, no aparece un texto correspondiente ni al art. 231, ni al art. 232. Ambos ya pasan a figurar, en cambio, en el proyecto número 634, de 1975, enviado por el Presidente de la República al Congreso Nacional. La redacción del primero es ahí idéntica a la del

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 303 1/2/2007, 08:52

art. 232. En cuanto al art. 231 se notan algunas diferencias ligeras y nada relevantes:

> "*Quem se nega a submeter-se a exame médico necessário, não poderá aproveitar-se de sua oposição*".[7]

Se introdujeron las disposiciones, por consiguiente, en el ámbito del Poder Ejecutivo, sin que haya sido posible averiguar el porqué y el cómo.

6. En todos estos casos la conducta procesal de la parte puede funcionar como un indicio[8] – denominación bien conocida de una clase de pruebas, la cual ya hemos empleado en este trabajo. El indicio, nadie lo ignora, es un hecho comprobado, que sirve de base a una presunción judicial y así conduce a la afirmación o a la negación de otro hecho.

Ahora bien: normalmente, cuando en el proceso estamos frente a un posible indicio, a ambas partes se ofrece la oportunidad de manifestarse al respecto. Ello es un corolario ineludible del principio del contradictorio. No se admite que el juez, al motivar su sentencia, declare simplemente que ha presumido la ocurrencia o la no ocurrencia de un hecho acerca del cual las partes no hayan podido pronunciarse. Alguna de ellas tal vez tuviera razones para negar la propia existencia del hecho, o su insuficiencia para basar la presunción, o la incorrección lógica del razonamiento, y así en adelante.

Hay que averiguar cómo es posible conciliar semejante exigencia con el carácter particular del indicio consistente en una actitud de la parte. Aquí no nos hallamos frente a un elemento que venga al proceso desde afuera, sino a algo que surge en su propio ámbito. Lo que sucede no es que alguna de las partes *alegue* un hecho a partir del cual se pueda llegar a la convicción de que las cosas pasaron de este o de aquel modo; el hecho de que se trata lo *constituye* la conducta misma de uno de los litigantes. No tiene sentido ofrecer a la parte que se negó a someterse a la pericia la oportunidad de manifestarse acerca de su negativa como fuente

---

7. Se puede leer la versión revisada por la misma comisión en el *Diário Oficial* de la República, suplemento al número 114, de 18.6.1974. El texto del proyecto fue publicado en el *Diário do Congresso Nacional*, Seçción I, suplemento al número 61, de 13.6.1975.
8. El art. 116, 2ª parte, del *codice di procedura civile* italiano autoriza al juez para "*desumere argomenti di prova*", entre otras cosas, de la negativa injustificada de la parte "*a consentire le ispezioni che egli ha ordinate*". Como se lee *in* CARPI-TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 4 ed., Padova, 2002, p. 363, una de las hipótesis alcanzadas por la previsión legal es "*l'ingiustificato rifiuto di sottoporsi agli esami ematologici, nel giudizio di acccertamento della paternità naturale*". Los "*argomenti di prova*" son comúnmente equiparados por la doctrina a "*fonti di presunzioni semplici*" – es decir, a indicios (*ibid*., p. 362). Ya se refería explícitamente a "*indizî*", a propósito de este tema, CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, v. I, p. 92 (y nota 27).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 304 1/2/2007, 08:52

eventual de una presunción del juez. Claro está que, al expresar su negación, ella puede intentar justificarla con la invocación de razones tendientes a demostrar que la prueba es impertinente o innecesaria. Sin embargo, la situación es obviamente distinta de la que ocurre cuando se faculta a los litigantes a pronunciarse, por ejemplo, sobre el hecho de que el semáforo no funcionaba en el momento del accidente, o de que el espectáculo teatral había sido cancelado en cierta noche. No sería razonable pretender que el juez proceda de igual manera en todos estos supuestos.

Lo esencial, en mi opinión, es que la parte se entere de las posibles consecuencias de su actitud. Cuando el órgano judicial, *ex officio* o a petición del otro litigante, ordena la realización de la pericia, debe agregar la advertencia de que, si la parte se niega a someterse al examen, su negativa podrá ser tomada como un indicio en su contra y hasta fundar una conclusión desfavorable a ella, equivalente a la conclusión a la cual llegaría el juez, si la pericia se realizara y tuviera el resultado esperado por el adversario.

Una observación importante: a diferencia de lo que ordinariamente acaece, aquí no es suficiente que se de conocimiento de la orden (y de la advertencia) al abogado de la parte. Esto basta, evidentemente, en caso de un acto cuya realización le corresponde al abogado; pero no será él, sino la parte, que se someterá o se negará a someterse al examen. Es menester que ella misma esté perfectamente consciente del riesgo que una negativa le acarreará y por ende apta para elegir libremente y manifestar, si lo quiere, las razones de su elección. Por consiguiente, aunque ninguna disposición legal lo imponga en términos expresos, la notificación será obligatoriamente personal; en su falta, no podrá el juez atribuir a la negativa los efectos previstos en el art. 232.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 305 1/2/2007, 08:52

CAPÍTULO XIV

O ART. 232 DO CC E A SÚMULA 301 DO STJ – PRESUNÇÃO LEGAL OU JUDICIAL OU FICÇÃO LEGAL?

Gisele Santos Fernandes Góes[*]

Sumário • 1. Fontes e meios de prova. 2. Presunção – definição e natureza jurídica. 2.1. Tipos de presunção. 2.2. Presunção e ficção. 3. Análise do art. 232 do CC e crítica à Súmula 301 do STJ. Bibliografia.

1. FONTES E MEIOS DE PROVA

Há uma séria confusão doutrinária, quanto aos meios e fontes de prova. Filiamo-nos à corrente que os percebe como sendo termos de natureza jurídica diversa.

Segundo a lição de Echandía, "quando se diz que um fato é prova de outro, se está contemplando a fonte e quando se expressa que a confissão ou escritura pública ou duas testemunhas são prova de certo fato, trata-se de meio de prova"[1].

Acompanhando o mesmo raciocínio, De Santo[2] esclarece que a distinção entre meio e fonte de prova reside no fator de que somente se obtém a fonte, por intermédio dos meios previstos na lei, como o documento, confissão etc.

Dessa forma, o documento, a testemunha, o laudo pericial, a confissão são meios de prova determinados pelas leis processuais e, vale frisar, no Brasil, também na lei civil, enquanto que as fontes de prova se exprimem pelo suporte de conteúdo extraído dos veículos probatórios realizado pelo magistrado.

2. PRESUNÇÃO – DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

A prova direta é aquela que imediatamente e com carga objetiva revela ao juiz o fato. Por outro lado, a prova indireta ou também chamada de lógica conduz

---

* Doutoranda (PUC/SP) e Mestre (UFPA). Professora da UFPA e de Cursos de Pós-Graduação. Procuradora do Trabalho. Membro do IBDP.

1 *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002, p. 258.

2 *El Proceso Civil*. Tomo II. Buenos Aires: Universidad, 2000, p. 11.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 307 1/2/2007, 08:52

o magistrado à reflexão sobre os fatos da causa, socorrendo-se de outro(s) fato(s) identificado(s) com o da presente em que ele atua, sendo que esse raciocínio é empreendido, porque a base fática não se encontra elucidada de modo evidente.

As presunções estão localizadas no patamar da prova indireta.

Hernando Devis Echandía define a presunção como um "juízo lógico do legislador ou do juiz, em virtude do qual se considera como certo ou provável um fato, com fundamento nas máximas gerais da experiência que o indicam qual é o modo normal como se sucedem as coisas e os fatos"[3].

A presunção é um processo de característica lógico-jurídica, cuja função é partir de um fato conhecido, para resolver um ignorado[4].

Sob esse prisma, as presunções não constituem definitivamente meios de prova[5], em virtude de que, como aferido pelo exposto, as presunções são atividades dedutivas do magistrado, como acentua Cândido Rangel Dinamarco, "não se positivam em atos do procedimento nem são realizadas mediante a participação dos litigantes – toda presunção (*sic)* é sempre um processo mental consistente em fazer uma ponte entre o fato que se conhece e o que servirá de fundamento para decidir"[6].

Com efeito, se foi afastada a possibilidade de ser meio de prova, o exato é que ela seja contextualizada como fonte de prova.

Nesse direcionamento é lapidar a consideração de Carnelutti, para quem a presunção é fonte de prova em sentido amplo, visto que é oriunda "dos fatos que servem para a dedução do fato a provar e que não estão constituídos pela representação deste"[7].

Com isso, chega-se à noção de que a presunção se coloca como fonte de prova, porquanto alcançada por intermédio do indício.

---

3. *Teoría General de la Prueba Judicial.* Tomo II. Bogotá: Temis, 2002, p. 677-678.
4. O art. 2727 do CC italiano define presunção como "le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato." É também a lição de COMOGLIO, Luigi Paulo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile.* 2 ed. Bologna: il Mulino, 2000, p. 652.
5. No mesmo rumo de que não são meios de prova, merecem consulta: ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* 2 ed. Buenos Aires: BdeF, 2002. p. 197-211; e no Brasil, MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual.* 1ª série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 55-71.
6. *Instituições de Direito Processual Civil.* Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 125. No mesmo sentido, GÓES, Gisele Fernandes. *Teoria Geral da Prova – apontamentos.* Salvador: *Jus*PODIVM, 2005, p. 119.
7. *La prueba Civil.* 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 90-91. Com tal assertiva concorda Barbosa Moreira, op. cit., p. 57.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 308 1/2/2007, 08:52

2.1. Tipos de presunção

A presunção é o gênero do qual se extraem duas espécies: a legal e a judicial.

A presunção judicial é também denominada de simples ou *hominis*. A presunção judicial é de extrema importância, porque concede as ferramentas ao magistrado para a valoração das provas, por se localizar, como pondera o Mestre Barbosa Moreira, numa:

> "…relação entre dois fatos – o conhecido e o desconhecido – é tal, suponhamos, que da existência do primeiro se possa logicamente inferir, senão com absoluta certeza, ao menos com forte dose de probabilidade, a existência (ou a inexistência) do segundo. Nessas circunstâncias, nada mais razoável que valer-se o juiz do conhecimento adquirido sobre o fato *x* para tirar suas conclusões a respeito do fato *y*"[8].

O que não se deve fazer é confundir os institutos do indício com o da presunção[9], como novamente adverte Barbosa Moreira, visto que "o indício é o ponto de partida em confronto com a presunção"[10], logo, a última é o ponto de chegada, na concreção do conhecimento adquirido.

Se os indícios são, nas palavras de João Batista Lopes,

> "Os sinais, vestígios ou circunstâncias que, isoladamente, são insuficientes para demonstrar a verdade de uma alegação. Submetidos, porém, a análise e raciocínio do juiz, podem conduzir à prova pretendida"[11]

Conclui-se que eles são o pontapé inicial para ser cognoscível o fenômeno fático.

Moacyr Amaral Santos, sabiamente, busca o sentido do indício pela raiz da palavra, dizendo que:

> "…indícios porque o indicam: dada a existência de tal fato, certo é que outro existiu, provavelmente o fato desconhecido que se pretende conhecer e provar. O botão, encontrado junto ao cofre arrombado, caiu da roupa de alguém, muito provavelmente da roupa do arrombador. Indício, pois, será o fato conhecido que indica o fato desconhecido"[12].

---

8. Op. cit. p. 57.
9. À guisa de exemplo, Lessona faz essa confusão entre indícios e presunções judiciais. Cf. *Teoria General de la prueba en derecho civil.* Vol. I. 2 ed. Madrid: Hijos de reus, 1906, t. 1, n. 06. Merece destaque também a legislação, vez que o CC italiano em seu art. 2729 e o do Brasil em seu art. 212 seguem a mesma linha, pois as duas legislações citadas apenas indicam as presunções, sequer mencionando os indícios.
10. Op. cit., p. 59.
11. *A prova no Direito Processual Civil.* São Paulo: RT, 1999, p. 59.
12. *Prova Judiciária no Cível e comercial.* Vol. V. São Paulo: Max Limonad, 1983, p. 354.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 309 1/2/2007, 08:52

Por conseguinte, por meio do indício, formata-se a presunção judicial. No exemplo fornecido por Barbosa Moreira[13], no qual se imputa a prática do crime à pessoa que estava de posse da arma de fogo, vez que a presunção judicial somente é viável, pelo emprego do indício apresentado no momento originário.

Quanto às presunções legais, elas se subdividem em relativas e absolutas.

A presunção relativa é aquela onde o legislador estatuiu a correspondência entre dois fatos, o conhecido e o desconhecido, todavia, não enclausurou o Judiciário, no que tange à sua valoração, pois admite prova em contrário.

Por outro lado, o legislador retirou qualquer poder de avaliação, em relação à presunção absoluta, dado que não é permitida qualquer sorte de prova, sendo obrigado a ater-se à correlação esboçada pelo comando normativo.

À guisa de ilustração, os exemplos são:

a) presunção absoluta – art. 574 do Código Civil – findo o prazo da locação, sem oposição do locador, permanecendo na residência o locatário, ocasiona a presunção da prorrogação por acordo tácito; art. 659 do Código Civil – para a formalização do contrato de mandato, deve haver a aceitação expressa ou tácita e, se o mandato começa a ser executado, logicamente, existiu a aceitação tácita.

b) presunção relativa – art. 1201, parágrafo único do Código Civil – possuidor com justo título tem presunção de boa-fé, salvo prova em contrário; art. 1203 do Código Civil – a posse mantém o mesmo caráter com que foi adquirida, salvo prova em contrário.

Para arrematar, esboçaremos as diferenciações entre a presunção legal absoluta, relativa e judicial.

Com base na preleção do insuperável José Carlos Barbosa Moreira[14], a segregação entre a presunção absoluta e a relativa está concentrada na prova, sendo que a primeira "dispensa o próprio fato" e a segunda "dispensa apenas a prova de certo fato". Portanto, na absoluta, tem-se o seu peso voltado para o direito material, enquanto que a relativa se justifica mais numa posição processual, em observância ao princípio da economia processual.

E, por fim, a presunção legal relativa e judicial têm um ponto semelhante, qual seja, seu elo no que tange à prova, mas são figuras características, posto que a primeira tem suas premissas sobre o fato incógnito a partir da própria lei que foi

13. Op. cit., p. 59.
14. Op. cit., p. 64.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 219 1/2/2007, 08:52

oferecida pelo legislador sobre aquela situação, sendo que recepciona a prova em contrário, havendo alteração na distribuição do *onus probandi*, enquanto que, na judicial ou *hominis*, os elementos não estão expostos na lei, adstringindo-se o magistrado a uma reflexão lógica, por intermédio do indício (ponto de partida), para se aproximar do fato desconhecido e, por isso, a norma lhe apresenta condições de agir livremente no campo da valoração.

2.2. Presunção e ficção

Requer o estudo uma última observação. A presunção não atrita com a ficção.

A ficção é oriunda da vontade do legislador e, como bem destaca Echandía:

> "...se fundamenta em razões de conveniência social e técnica legislativa, por exemplo, a que existe na norma segundo a qual a lei é conhecida de todo mundo, quando se sabe que isto é impossível"[15].

Para reforçar, Moacyr Amaral Santos delineia que:

> "Na ficção legal a lei estabelece como verdade aquilo que não o é, como existente aquilo que não existe, como inexistente aquilo que existe. E assim o faz a lei para atribuir ao fato ou ato fingido, determinados efeitos desejados, que não poderiam existir se não fosse a ficção"[16].

Indubitavelmente a base da ficção é uma premissa falsa, dado o seu imperativo generalizador. Quem "carimba" o que é a realidade, é o legislador.

O exemplo do Mestre Barbosa Moreira fecha a questão: o art. 343, §1º do diploma processual civil estatui que haverá a presunção de confissão quando a parte intimada pessoalmente não comparece ou, caso compareça, recuse-se a depor. Não pode ser presunção, pois o fato é inexistente, não se concretizou a confissão[17].

3. ANÁLISE DO ART. 232 DO CC E CRÍTICA À SÚMULA 301 DO STJ

O art. 232 do diploma civil brasileiro preceitua que "a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame."

A origem do dispositivo em tela tem, principalmente, sua motivação sobre as ações de investigação de paternidade, em razão de que a parte não se submetendo à prova técnica – pericial – conduz o magistrado a que tipo de julgamento? Rumo à procedência ou improcedência pela ausência de prova técnica?

---

15. Op. cit., tomo II, p. 691.
16. Op. cit., p. 397.
17. Op. cit., 65.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 311 1/2/2007, 08:52

Trata-se de prova técnica, certamente, a perícia, mas nas ações de investigação de paternidade nem sempre o magistrado é obrigado a se auxiliar desse meio de prova para julgar, até porque, na grande maioria das vezes, o "suposto pai" se recusa ao exame, fazendo ruir a base desse meio probatório e a orientação jurisprudencial é pacífica quanto à impossibilidade de obrigá-lo ao exame[18].

Por isso, os Tribunais, inclusive as Cortes Superiores, passaram a julgar que a negativa ao exame redunda na afirmação da relação jurídica de filiação[19], em virtude de que não se pode beneficiar àquele que se omite em caso de perícia médica fundamental ao deslinde do processo.

E, recentemente, a novel lei civil brasileira incorporou a compreensão jurisprudencial citada anteriormente e estabeleceu nos artigos 231 e 232, respectivamente, que aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário para a prestação jurisdicional não pode aproveitar-se de sua recusa e a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz pode suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Portanto, se a parte se recusa ao exame médico essencial, como pode lograr êxito numa demanda? A conseqüência será a improcedência da sua pretensão, consoante o dispositivo 231 do diploma civil de 2002.

E, na esteira do artigo 232, como bem ressalta João Carlos Pestana de Aguiar Silva[20], foi inspirado o legislador no célebre caso dos exames de DNA nas ações de investigação de paternidade, onde é enorme o número de desatendimentos às ordens judiciais de realização desse exame.

Todavia, o que maneja a regra do art. 232 da lei civil – uma presunção ou ficção legal?

Jamais pode ser ficção, tendo em mira que a lei não trata a questão da recusa à perícia médica de modo peremptório, no rumo de se suprir a prova *sempre,* como se a veracidade, repita-se, *sempre incidisse, perante o fato gerador.*

---

18. "Ninguém pode ser coagido ao exame ou inspeção corporal, para prova no cível" (STF-Pleno, HC 71.373-RS, rel. p. ac. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.94, 4 votos vencidos, DJU 18.11.94, p. 31.390, notícia de julgamento). *In* NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 35 ed., Art. 420:4, p. 452.
19. "Segundo a jurisprudência do STJ, a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui prova desfavorável ao réu, pela presunção que induz de que o resultado, se realizado fosse o teste, seria positivo em relação aos fatos narrados na inicial, já que temido pelo alegado pai" (STJ 4ª T., REsp 409.285-PR, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 07.05.02, deram provimento parcial, v.u., DJU 26.08.02, p. 241). Por isso, aplica-se a presunção do art. 359 no caso de recusar-se a parte, sem motivo justificado,a exame na sua pessoa (RSTJ 135/315, maioria). *In* NEGRÃO, Theotônio. Op. cit. Art. 420:4. p. 452, nota 161.
20. *As provas no Cível.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 395. Nota 49.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 312 1/2/2007, 08:52

Segue essa corrente Humberto Theodoro Júnior, para quem

> "...não há no provimento legal uma autoritária e definitiva substituição da perícia pela imposição de veracidade do fato não averiguado. A norma pressupõe, por isso, um juízo complementar do magistrado para concluir sobre a possibilidade, ou não, de operar o suprimento probatório autorizado, mas não imposto pela lei"[21].

Logo, a regra legal em comento dispõe a favor da presunção do liame jurídico da filiação na investigação de paternidade, com base no juízo de verossimilhança.

De posse da mitigação do sentido absoluto da prova pericial nas investigações de paternidade, finaliza-se que: a) como regra geral, a melhor prova no bojo dessas ações é a pericial e realizada dentro do que a tecnologia oferece, atualmente, como o método mais moderno e eficiente, qual seja, o DNA; e b) entretanto, caso isso não seja possível – materialmente ou pela exteriorização de vontade negativa do *suposto pai*, o juiz deve amparar-se em outras provas, ou até mesmo como enuncia o Código Civil, na situação específica da negativa ao exame delineada pelo 232, julgar procedente o pedido, apoiando-se na presunção.

O que resta para a análise é: qual é o tipo de presunção que nos brindou o art. 232 da lei civilista?

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[22] e J. M. Leoni Lopes de Oliveira[23], a presunção do art. 232 é do tipo legal, com o que não se aquiesce.

Como se mencionou linhas atrás, ela está apoiada na verossimilhança e esse juízo deve ser promovido pelo Poder Judiciário.

Sob essa orientação, inevitavelmente, depara-se com situação de presunção judicial ou simples ou também chamada de *hominis*[24].

É capital transcrição de Fredie Didier Junior a respeito, pois afirma que:

> "...o art. 232 do CC-2002, porém, admite presunção judicial quando houver recusa à perícia médica ordenada pelo juiz, recalcitrância tida pela lei como indício suficiente à obtenção da presunção"[25].

---

21. *Comentários ao novo Código Civil.* 2. Ed. Vol. III. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 574.
22. *Novo Curso de Direito Civil.* Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 456.
23. Para o autor citado é legal e relativa. *Novo Código Civil anotado.* I vol. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 483.
24. Precisas as palavras de Renan Lotufo quando diz que "veja-se que o presente dispositivo não determina o exame forçado, mas dá ao juiz a possibilidade de interpretar a negativa como verdadeira confissão, quando refere que a recusa suprirá a prova que se pretendia obter com o exame" (*Código Civil Comentado.* Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 597).
25. *Regras processuais no novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 72-73.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 313 1/2/2007, 08:52

Conseqüentemente o sistema, de posse da nova concepção inserta no Código Civil, caminhava bem em prol da presunção judicial, onde o magistrado se estriba nas pautas argumentativas principiológicas[26] para cada caso concreto.

Acontece que, em 18 de outubro de 2004, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 301, cujo teor se transcreve *verbis*: "em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade."

Como bem pontuou Fredie Didier Jr, "não andou bem o STJ ao redigir o enunciado n. 301"[27], com nossa integral concordância e explicamos o porquê.

Não se pode crer que, sobre a atividade mental exercitada pelo magistrado, tenha-se o sentido relativo ou absoluto. O que se quer delinear é que, ou se está diante da presunção judicial ou não. Ora, a Súmula enveredou pela presunção legal relativa, vez que patenteou a expressão *iuris tantum*.

A indagação que deve ser elaborada é a seguinte: todos os casos de recusa à perícia médica levam à conclusão taxativa de que há paternidade? Obviamente que a resposta é negativa, visto que o legislador não sagrou isso na lei, deixando o juízo com a sua liberdade de apreciação, tanto é que o art. 232 do Código Civil se utiliza da carga facultativa exposta no verbo "poderá", no que, imediatamente, resulta no afastamento do fundo de *dever,* tendo-se hipótese em aberto para solução pelo Poder Judiciário.

O "pecado" cometido pela Súmula foi o de qualificar a presunção de relativa, porque caminhou para o mundo da presunção legal, quando o diploma civil se alinhou ao universo da presunção judicial.

Ao se estudar os precedentes para a formação da Súmula, observa-se que eles não estão na mão da presunção legal relativa, mas sim da presunção judicial.

No AgRg no Ag 498398[28] , o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito julgou que a recusa ao exame de DNA *contribui* para a presunção de veracidade, mas não chega a afirmar que basta isso! Também o REsp 55958-RS[29] , da lavra do Ministro Bueno de Souza, conclui que a recusa induz a presunção e a decisão

26. A base principiológica do caso concreto está atrelada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para se galgar, se é aceitável naquele processo presumir que, apesar da recusa médica, é o pai, tendo em vista outros elementos de convicção nos autos que fornecem o suporte para o cumprimento do princípio da motivação da decisão judicial.
27. *Direito Processual Civil*. vol. I. 5 ed., Salvador: *Jus*PODIVM, 2005, p. 484.
28. J. 16.09.2003, p. 10.11.2003, 3ª Turma.
29. J. 06.04.99, p. 16.06.99, 4ª Turma.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 314 1/2/2007, 08:52

local foi calcada em caudaloso conjunto probatório, ou seja, não exclusivamente pelo indício, mas por outros elementos constantes dos autos. E, na mesma esteira, o REsp 135361-MG[30], Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar diz expressamente que a recusa dos irmãos e herdeiros do investigado impede o juiz de alcançar a veracidade, mas que existem elementos de convicção suficientes para se imputar a paternidade ao investigado.

Assim, os julgamentos reiterados do Superior Tribunal de Justiça articulam a presunção judicial e não a via da presunção legal, no que a Súmula não ficou condizente com a própria posição exteriorizada pela Corte nos julgados.

Além disso, seria um retrocesso no ordenamento jurídico pátrio deliberar em prol da presunção legal relativa, em virtude de que a presunção judicial engrandece a função da Magistratura, não engessando o Poder Judiciário nas trilhas do Legislativo…

A avaliação deve ser efetuada caso a caso e, para isto, o instrumento não pode ser outro que não o da presunção judicial. O juiz prover-se-á das normas-princípio do sistema – razoabilidade e proporcionalidade[31-32] – perante os subsídios constantes dos autos, edificando sua fundamentação sobre todo um conjunto probatório e não singularmente somente decalcado numa recusa à perícia médica. É melhor para o jurisdicionado que seja desse feitio!

A presunção legal amarra o Judiciário, retira-lhe o oxigênio, faz o juiz caminhar num nivelamento de situações como iguais, quando, em verdade, são totalmente desiguais…

Pelo esposado, somos a favor da revogação do Enunciado 301 do STJ, para que não se corra o risco de uma interpretação procedente da Magistratura na rota de que, em havendo recusa à perícia médica, não importa mais nada, o investigado é o "suposto" pai. Basta o art. 232 do Código Civil brasileiro que, de modo hábil, convenciona o exercício da presunção judicial.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

30. J. 15.12.98, p. 15.03.99, 4ª Turma.
31. Cf., nosso primeiro capítulo da obra *Princípio da proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
32. No mesmo sentido é a conclusão de Renan Lotufo que afirma que "para a solução dessa tormentosa questão, há que se buscar a aplicação da teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, quanto ao direito individual que no caso concreto deve preponderar" (*Código Civil Comentado.* Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 596).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 315 1/2/2007, 08:52

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. *Temas de direito processual – 1ª série.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil.* 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paulo; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile.* 2. ed. Bologna: Mulino, 2000.

DE SANTO. *El processo civil.* Buenos Aires: Universidad, 2000, t. 2.

DIDIER JR. Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direito processual civil.* 5. Ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2005, v. 1.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3.

ECHANDÍA, Devis Hernando. *Teoria General de la Prueba Judicial.* Bogotá: Temis, 2002, t. 1.

_____. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis, 2002, t. 2.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 4.

GÓES, Gisele Fernandes, *Teoria geral da prova – apontamentos.* Salvador: JusPODIVUM, 2005.

_____. *Princípio da proporcionalidade do processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004.

LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba em derecho civil.* 2ª ed. Madrid: Hijos de réus, 1906, v. II.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil.* São Paulo: RT, 1999.

LOTUFO, Renam. *Código Civil Comentado.* São Paulo: saraiva, 2003, v. 1.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código civil anotado.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, v. 1.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial.* São Paulo: Max Limonad, 1983, v. 5.

THEODORO JÙNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 316 1/2/2007, 08:52

Capítulo XV

Evicção e Denunciação da Lide no Novo Código Civil

Flávio Luiz Yarshell[*]

1. São relevantes as disposições de natureza processual, ou com repercussões nessa seara, dentro do Novo Código Civil (Lei 10.404/02). Nesse contexto, merecem atenção as regras insertas nos campos das *obrigações* e dos *contratos*, quer por sua relevância no contexto do direito material, quer pelo papel a ser cumprido pelo direito processual como instrumento de atuação dos valores consagrados naquele outro plano do ordenamento.

O presente estudo, de forma singela, desprovido de maior número de citações e obviamente sem qualquer pretensão de esgotamento, quer se ocupar de tema inserido nesse contexto e que parece ter grande relevância para os operadores do Direito. Trata-se do direito de *evicção* e, particularmente, do *modo pelo qual ele é deduzido em juízo*. Por outras palavras, pretende este trabalho ocupar-se da regra inserta no art. 456 do Código vigente, buscando precisar-lhe a inteligência e o alcance.

De início, cumpre observar que o supra referido dispositivo, em boa medida, repete o disposto no art. 1116 do diploma anterior: "Para poder exercitar o direito que da evicção resulta, o adquirente notificará do litígio", quando e como "determinarem as leis do processo". Mas há novidades: primeiro, a lei abriu margem para a "notificação" do alienante "imediato, ou qualquer dos anteriores". Ademais, a lei inovou ao estabelecer que "Não atendendo o alienante a denunciação da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos".

Antes de examinar o que a lei trouxe de novo, convém registrar que não fez qualquer ressalva que pudesse superar, ao menos em termos definitivos, a dúvida acerca da obrigatoriedade da denunciação da lide, pelo adquirente ao alienante. Diante da repetição do texto anterior, nesse particular, parece mais correto reconhecer, na linha de autorizada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a falta da denunciação nessa hipótese (que corresponde àquela do inciso I do

---

* Advogado em São Paulo e em Brasília, Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 317 1/2/2007, 08:52

art. 70 do CPC) *não acarreta a perda do direito material à indenização* (quando menos para reaver o preço pago pela coisa), na forma do art. 450 do Novo Código, ressalvada a propositura de demanda autônoma pelo adquirente[1] , assim como ressalvados os riscos que (ele adquirente) assumiu ao não fazer a denunciação e, assim, prescindir dos elementos de fato e de direito que o alienante poderia trazer e que poderiam conduzir ao insucesso de seu adversário.

Por outras palavras, embora derrotado em processo em que terceiro reivindica a coisa (expressão usada pelo art. 70, inciso I do CPC), se o adquirente não ultimou a denunciação da lide, deve-se entender que assumiu o risco de vir a ser derrotado em pleito regressivo contra o alienante, se este demonstrar que havia razões para impedir a derrota do adquirente e que a alienação foi boa e regular. Nessa eventualidade, nem por isso a sentença anteriormente proferida restará abalada, devendo o adquirente suportar ambas as derrotas, não havendo fundamento jurídico para rescindir a sentença antes proferida em favor daquele terceiro.

Esse entendimento, diga-se, parece ser harmônico com a proposta de alteração legislativa constante de Projeto de autoria do Deputado Ricardo Fiúza e que propõe esta nova redação ao citado dispositivo: "*Para o direito que da evicção lhe resulta, independe o evicto da denunciação da lide ao alienante, podendo fazê-la, se lhe parecer conveniente, pelos princípios da economia e da rapidez processual*"; proposta essa que traz em sua justificativa precisamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito[2] e que, como dito, afigura-se correta, sem embargo do óbice que apresentou a Comissão de Constituição e Justiça[3] .

1. Veja-se, por todos, NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Robeto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor,* São Paulo, Saraiva, 2004, p. 179, nota 6 ao art. 70 do CPC.
2. Tal proposta trouxe justificativa no sentido de que "melhor se recomenda a posição do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual 'o direito que o evicto tem de recobrar o preço que pagou pela coisa evicta, independe, para ser exercitado, de ter ele denunciado a lide ao alienante, na ação em que terceiro reivindicara a coisa' (STJ – 3ª Turma, REsp. nº 255639-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, in DJ de 11.06.01). Nessa linha, o eminente Min. Nilson Naves destacou: 'a jurisprudência do STJ é no sentido de que a não denunciação da lide não acarreta a perda da pretensão regressiva, mas apenas ficará o réu, que poderia denunciar e não denunciou, privado da imediata obtenção do título executivo contra o obrigado regressivamente. Daí resulta que as cautelas insertas pelo legislador dizem respeito tão-só com o direito de regresso, mas não privam a parte de propor ação autônoma contra quem eventualmente lhe tenha lesado' (REsp. nº 132.258-RJ, in DJ, de 17.04.00).
3. Como dito no texto, a proposta de alteração mereceu parecer no sentido de sua rejeição, por parte da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), da lavra do Deputado Vicente Arruda, nestes termos: "o texto, que trata única e exclusivamente do direito de regresso e coaduna-se com o disposto no inciso I do art. 70 do CPC, com a lógica jurídica e com os princípios de economia processual. De fato, se alguém é acionado por uma pessoa que reivindica coisa que houve mediante compra de terceiro, terá de chamá-lo à lide, não só para ajudá-lo na defesa, como também para assegurar o direito de regresso, que é matéria de direito processual. Se não denunciar, perde o direito de regresso, que nada mais é que título executivo sem qualquer relação com a substância do direito. Aliás, é neste sentido a jurisprudência do STJ, trazida à colação pelo autor do PL". Com a devida vênia, a razão está com o texto projetado e mesmo diante do texto positivado outra não pode ser a interpretação que não aquela indicada no texto.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 318 1/2/2007, 08:52

No tocante às novidades, a primeira delas, como visto, diz com a suposta faculdade de o adquirente promover a denunciação do alienante imediato ou de qualquer dos anteriores; o que – quando menos aparentemente – contraria entendimento anterior no sentido de que a demanda resultante da evicção não comportava "pedido de indenização do último adquirente contra o primitivo transmitente, com abstração da cadeia sucessiva de transmissões"[4], sendo numerosos os julgados que entenderam que a denunciação só poderia ser feita ao alienante "e não *per saltum*"[5].

É certo que o art. 447 no atual diploma fala apenas que o alienante responde pela evicção, não usando a técnica empregada pelo art. 1107 do diploma anterior, que falava na obrigação do alienante de resguardar o adquirente dos riscos da evicção, sendo o entendimento acima mencionado formado à luz da regra anterior. Contudo, *não parece possível interpretar o dispositivo como se estabelecesse a faculdade de o adquirente, inserido em uma cadeia de alienações sucessivas, fazer a denunciação da lide a qualquer um dos que, antes, tivessem figurado como alienantes* (sendo outros os adquirentes, que não esse denunciante).

Assim, apesar da nova dicção do art. 447 retromencionado, parece lícito afirmar que a denunciação continua a não poder ser feita *per saltum*, devendo prevalecer o entendimento pretoriano anterior, conforme já apontado. Assim, parece possível e necessário interpretar a lei sem desconsiderar sua alteração, mas de sorte a se entender que ela simplesmente passou a admitir a denunciação da lide de forma sucessiva que, embora já prevista e permitida pelo art. 73 do Código de Processo Civil, ainda era alvo de alguma divergência no âmbito jurisprudencial. Aliás, a remessa às "leis do processo" só ratifica tal entendimento.

Pensar diferentemente seria imaginar que no pólo passivo da denunciação – que, como sabido, encerra uma demanda do denunciante contra o denunciado – haveria uma espécie de litisconsórcio facultativo[6]. Pior que isso, forçoso seria

4. Assim o julgado do Supremo Tribunal Federal, quando ainda competente para a matéria, conforme aresto inserto na Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, 109/1.110.
5. Assim os julgados insertos na Revista Trimestral de Jurisprudência do STF 108/459, 110/1.107, 117/918 e 121/869.
6. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, sem adesão (ao menos explícita) anotam o teor do enunciado n. 129 das "Jornadas do STJ", segundo o qual "A interpretação do art. 456 do Novo Código permite ao evicto a denunciação da lide de qualquer dos responsáveis pelo vício" (cf. Código civil anotado, São Paulo, *Revista dos Tribunais,* 2003, p. 351). Mas, com a devida vênia, esse é o ponto: no caso de sucessivas alienações, não se pode falar em diferentes "responsáveis pelo vício" porque, a bem da verdade, no caso de compra e venda a *non domino*, por exemplo, responsável pelo vício, a rigor, seria somente aquele que em primeiro lugar vendeu sem poder fazê-lo. De fato, se na situação de direito material houver mais de um responsável (mais de um vendedor, por exemplo), então passa a haver a facultatividade indicada no texto. Mas, mais uma vez com a devida vênia, não é disso que trata o dispositivo, embora não reste dúvida de que, sendo a denunciação da lide uma ação condenatória, os responsáveis pelo vício podem ou não ser demandados, não havendo litisconsórcio passivo necessário nesse caso.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 319 1/2/2007, 08:52

aceitar que um dos alienantes – qualquer um deles, a considerar provavelmente a respectiva capacidade de arcar com a indenização do adquirente/denunciante – poderia responder por diferentes indenizações, de diferentes adquirentes. Ambas as conseqüências parecem despropositadas e, reiterando o que foi dito acima, só se pode entender que a lei, superando qualquer controvérsia e se adaptando à técnica empregada pela lei processual, admite a denunciação sucessiva, isto é, de qualquer um dos alienantes, mas sempre por iniciativa do respectivo adquirente[7].

Veja-se que a interpretação aqui preconizada, nesse particular, harmoniza-se com o teor do já citado projeto de alteração legislativa que, na redação proposta, não cogita da denunciação *per saltum*. Aliás, a justificativa da proposta de alteração ressaltou precisamente que "assentou o STF não poder a ação de evicção ser substituída pelo pedido de indenização do último adquirente contra o primitivo transmitente, com abstração da cadeira sucessiva de transmissões (RTJ 119/1.100). Por tais razões, o dispositivo deve receber nova redação, compatível com o entendimento jurisprudencial".

Finalmente, resta o exame da regra constante do parágrafo único do art. 456 do Novo Código. Aqui, embora com redação diversa, a lei cogita da revelia do denunciado; o que, na esteira de uma confissão ficta que aí se contém (CPC, art. 319), autorizaria que o denunciante deixasse de resistir à pretensão de seu adversário, que reivindica para si a coisa.

A terminologia empregada pelo dispositivo é imprecisa, para dizer o menos. É que, como sabido, a denunciação pode ser feita tanto pelo autor quanto pelo réu; aquele na inicial, este na contestação (CPC, art. 71). Na primeira hipótese, mesmo que o denunciado permaneça inerte, não há qualquer sentido em se falar que o adquirente, que é o denunciante, deixe de oferecer contestação porque, à toda evidência, o autor não contesta[8]. Já na segunda hipótese, também não há sentido em se falar em falta de contestação porque, nada obstante a dicção do art. 71 do CPC, há que se entender que a denunciação – inclusive pelo princípio da eventualidade – deve ser requerida na contestação[9]. Portanto, não há como o réu, para denunciar, deixar de contestar.

7. Ou, então, que a lei admitiu a facultatividade mencionada na nota anterior.
8. Salvo se na posição de reconvindo ou no caso de pedido contraposto, que não é o caso.
9. De fato, o art. 71 fala que, "no prazo para contestar" a denunciação pode ser feita, dando a entender que poderia haver a denunciação e, depois de resolvida a questão, a contestação. Contudo, diversamente do que se passa na nomeação à autoria, em que há a regra expressa do art. 67 do CPC, e na impugnação ao litisconsórcio facultativo, em que há também a regra expressa da parte final do parágrafo único do art. 47 do CPC, não há previsão de devolução ou interrupção do prazo para contestar, razão pela qual deve prevalecer a regra geral do art. 300 do CPC, em consonância com o princípio da eventualidade. Portanto, não há como entender que o réu deixasse de contestar a pretensão deduzida pelo adversário, caso o denunciado não opusesse resistência ao pedido. E isso pela simples razão de que o réu, nesse caso, já terá contestado.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 320 1/2/2007, 08:52

Vista a questão sob o prisma adequado, parece lícito dizer que, tratando-se do autor, caso o denunciado permaneça inerte (e, completa a lei, "sendo manifesta a procedência da evicção"), o que pode ocorrer é que aquele primeiro renuncie ao direito em que se funda a demanda (CPC, art. 269, V) para, desde logo, obter o ressarcimento contra o denunciado. Contudo, tratando-se de denunciação pelo autor, primeiro é preciso aguardar a citação do denunciado para, depois proceder à citação do réu (CPC, art. 72). Assim, se antes da citação do réu, já se constatar que o denunciado permaneceu inerte, nem por isso parece possível que o autor da demanda deixe de proceder à citação daquele que figura no respectivo pólo passivo. É que, além da inércia do denunciado, a lei exige seja "manifesta a procedência da denunciação"; o que, salvo engano, só pode ficar patenteado a partir da resposta (ou da falta dela) do réu. Por outras palavras, não parece possível no contexto aqui mencionado, que, diante da inércia do denunciado, o denunciante simples e imediatamente renuncie ao direito em que se funda a demanda para pretender obter o ressarcimento em face do alienante[10].

Tratando-se de denunciação feita pelo réu, a inércia do denunciado poderá levar ao reconhecimento da procedência do pedido deduzido pelo autor (CPC, art. 269, II), caso em que a sentença que assim finalizar o processo, imporá desde logo a condenação requerida pelo denunciante, contra o denunciado.

Em qualquer uma das hipóteses, e suposto que o denunciado seja regularmente citado, se permanecer inerte há de se sujeitar às conseqüências de sua omissão, devendo suportar os efeitos da sentença e também a autoridade da coisa julgada (e respectiva eficácia preclusiva), não havendo qualquer cogitação de fazer valer eventuais direitos por vias autônomas (que não eventualmente a ação rescisória). Nessa hipótese, ao menos em princípio, prevalecerão os termos da condenação do denunciado em razão da anterior condenação imposta ao denunciante, não parecendo lícito sequer que o alienante, depois de transitada em julgado a sentença, venha a alegar que os valores cobrados pelo adquirente (desde que com respaldo na sentença) extrapolem os limites do art. 450 do Novo Código.

10. Poder-se-ia cogitar de que o autor, diante da inércia do denunciado e depois da contestação do réu, viesse a desistir do processo, levando-o à extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VIII). Tal, contudo, parece inviável se o autor pretender que a sentença condene o denunciado ao ressarcimento pretendido. É que a procedência da denunciação pressupõe a derrota do denunciante (CPC, art. 75) e, portanto, um julgamento de mérito ou, ao menos, assim considerado pela lei (CPC, art. 269, IV). Portanto, se o autor, diante da inércia do denunciado, pretender desistir do processo, não poderá haver condenação do denunciado, devendo ser apenas observadas a regras do já mencionado inciso VIII do art. 267 do CPC, bem como do parágrafo 4º desse mesmo artigo.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 321 1/2/2007, 08:52

CAPÍTULO XVI

PRETENSÃO DO RÉU DE MANTER O CONTRATO COM MODIFICAÇÃO DE SUAS CLÁUSULAS DIANTE DE PEDIDO DO AUTOR DE RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA – PEDIDO CONTRAPOSTO PREVISTO PELA LEI MATERIAL (ART. 479, CC)

Daniel Amorim Assumpção Neves[*]

Sumário • 1. Introdução. 2. As diferentes formas de o réu fazer pedido contra o autor e a ação dúplice. 3. Contestação e pedido contraposto. 4. Qual é a forma processual para se alegar a matéria prevista no art. 479, CC? 5. Fungibilidade dos meios de contra-ataque aplicada ao art. 479, CC.

1. INTRODUÇÃO

Fazendo esse artigo parte de um livro-coletânea sobre os efeitos do Novo Código Civil (2002) sobre o campo do processo civil, dispensaremos maiores comentários a respeito da intersecção entre o direito material e processual, o que certamente será feito em outros artigos por autores mais gabaritados para tanto. Partiremos, assim, já da conclusão de que é impossível se separar hermeticamente esses dois campos do Direito, diante da inegável importância que o direito material projeta sobre o processo, que, aliás, existe tão somente para protegê-lo, sendo mero instrumento na busca da efetivação dos direitos previstos no plano substancial.

Dos diversos temas que poderiam ser escolhidos para o presente artigo, que tem a pretensão de identificar especificamente e de forma mais concreta uma dessas influências das normas de direito material sobre o processo, escolhemos a nova previsão contida no art. 479, CC, analisada necessariamente à luz do artigo 478 do mesmo diploma legal. Segundo o art. 478, CC, "nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação". O art. 479

* Mestre e doutorando em Processo Civil pela Universidade de São Paulo. Professor de Processo Civil da Universidade Mackenzie, Universidade Paulista (UNIP), e Escola Superior de Advocacia (ESA) de São Paulo e Santos. Advogado.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 323 1/2/2007, 08:52

prevê que "a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato".

A questão que pretendemos enfrentar é justamente a forma processual pela qual o réu, buscando evitar a resolução do contrato (solução extrema), buscará sua manutenção com algumas modificações eqüitativas de suas cláusulas, adaptando-o às novas circunstâncias que geraram a onerosidade excessiva. É indiscutível que o art. 479, CC, criou um direito a um dos contratantes, direito esse condicionado à existência de uma pretensão exercida processualmente pelo outro contratante, qual seja, a de pedir judicialmente a resolução do contrato por onerosidade excessiva. Não é, portanto, um direito incondicionado, dependendo das circunstâncias descritas pelo art. 478, CC, para que possa ser judicialmente exercido. É evidente que o contratante tem o direito substancial à modificação de um contrato, mas o dispositivo legal ora analisado não trata simplesmente dessa hipótese, e sim do caso do pedido de modificação ser utilizado exclusivamente como alternativa a um pedido de resolução.

Só por essa razão já se demonstra a interessante simbiose entre o direito material e o direito processual no caso ora analisado, considerando-se que o exercício de um direito substancial somente será exercido processualmente no caso de já existir um processo judicial, movido pelo outro contratante, buscando a resolução do contrato. Não se espera, assim, uma petição inicial dando início a um processo judicial fundamentada no art. 479, CC, sendo esse dispositivo legal reservado à resposta do réu diante da situação concreta descrita pelo artigo antecedente.

A questão que deve ser enfrentada, e é esse o objetivo principal do presente artigo, é definir de que forma processual poderá o réu exercitar seu direito substancial previsto pelo artigo ora comentado. Seria simplesmente sob forma de exceção, a ser apresentada na contestação como matéria de defesa, gerando a improcedência do pedido do autor, como ocorre nas ações dúplices? Ou então existiria a necessidade do réu formular um pedido contra o autor, utilizando-se dos mecanismos de natureza reconvencional existentes no plano processual, como o pedido contraposto e a reconvenção? É nesse debate que procuraremos deixar nossa contribuição.

2. AS DIFERENTES FORMAS DE O RÉU FAZER PEDIDO CONTRA O AUTOR E A AÇÃO DÚPLICE

Existe muita confusão doutrinária quanto às diferentes formas do réu fazer pedido para obtenção de bem da vida contra o autor, sendo a principal delas a indevida confusão entre ação dúplice e pedido contraposto, o que gera hipóteses em que a doutrina aponta para a natureza dúplice da ação quando, na verdade, tal

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 324 1/2/2007, 08:52

natureza não se encontra presente no caso concreto. Nossas conclusões passam, portanto, pela necessária definição da ação dúplice.

Quando escrevemos que a doutrina vem com indesejada naturalidade deturpando a noção de ação dúplice, nos referimos à corrente definição dessa espécie de ação, encontrada entre doutrinadores de peso. Para essa parcela considerável da doutrina, a ação teria natureza dúplice mediante a simples possibilidade do réu fazer contra o autor um pedido para a obtenção de bem da vida na própria contestação, o que levaria, *v.g*., o procedimento sumário a ter natureza dúplice em razão da previsão do art. 278, § 1º, CPC. Nesse sentido, dentre outros, encontramos as lições de Cândido Rangel Dinamarco[1], Athos Gusmão Carneiro[2] e Gilson Delgado Miranda, para quem "reforça a impossibilidade da reconvenção o caráter dúplice das ações processadas pelo rito sumário".[3] Tal conclusão, conforme já aventado, nos parece totalmente equivocada.

Conforme já tivemos oportunidade de apontar, é inadmissível a pretensão da corrente doutrinária ora criticada de criar ações dúplices de forma artificial, sem qualquer preocupação com o direito material objeto de tais demandas. Afirmamos em trabalho prévio específico sobre o tema a inadequação do pensamento, afirmando que:

> "Para se compreender a natureza das ações dúplices é necessário analisar a relação jurídica de direito material donde surgiu o conflito de interesses a ser resolvido no processo. Em tal análise, invariavelmente se definem os pólos da demanda a serem preenchidos pelos sujeitos de tal relação, pressupondo-se os pedidos que poderão ser formulados. Assim, verificada a lide, sabe-se exatamente qual o sujeito que ingressaria com eventual demanda pleiteando determinado pedido e quem seria o futuro réu"[4].

E é essa a única circunstância que deve ser levada em consideração na fixação da natureza dúplice de uma ação.

Com o mesmo entendimento, Araken de Assis afirma que "do prisma material, é dúplice a ação, provocando o *iudicium duplex*, na qual a contestação do réu já basta à obtenção do bem da vida. Em geral, o autor pede e o réu somente impede; na *actio duplex*, o ato de impedir (contestação) já expressa um pedido contrário. Tal característica deriva do direito material posto em causa (*rectius*: mérito, pretensão processual ou objeto litigioso)".[5]

---

1. *Instituições de direito processual civil,* vol. III, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 503.
2. Do rito sumário na reforma do CPC, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 60.
3. Cf. *Procedimento Sumário,* São Paulo, RT, 2000, p. 176.
4. Cf. "Contra-ataque do réu: indevida confusão entre as diferentes espécies (reconvenção, pedido contraposto e ação dúplice", in *Revista Dialética de Direito Processual,* nº 09, São Paulo, Dialética, 2003, p. 30.
5. Cf. Procedimento sumário, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 93. Dá como exemplo a ação declaratória de inexistência de união estável, entendendo que todas as ações declaratórias são dúplices, incluindo também as ações possessórias, com o que não concordamos.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 325 1/2/2007, 08:52

Conforme tentamos demonstrar, entendemos que a ação dúplice não pode ser criada artificialmente, nem pela lei – seja de natureza material ou processual – e tampouco pela doutrina. A posição simultânea de autor e réu de ambos os demandantes não pode se confundir com aquelas hipóteses em que o autor se torna réu e vice-versa, como ocorre no pedido contraposto e na reconvenção. Na ação dúplice o autor não vira réu nem o réu vira autor, na verdade os sujeitos já compõem a lide numa posição dupla – de autor e réu – não havendo qualquer necessidade adicional para que isso ocorra, o que não se verifica no pedido contraposto e reconvenção, hipóteses de resposta do demandado que dependem de sua iniciativa, sem o que não haverá como se admitir qualquer pedido para a obtenção de bem da vida por parte do réu.

Na exata visão de Adroaldo Furtado Fabrício, "muito excepcionalmente, inexiste essa predeterminação das legitimações: a situação jurídica é tal que qualquer dos sujeitos pode ajuizar a ação em face do outro ou dos outros. Tal ocorre nos juízos demarcatórios e divisórios: não há, rigorosamente, autores e réus; qualquer dos confinantes ou comunheiros poderia ter tomado a iniciativa. Se há dois sujeitos da relação jurídico-material e qualquer deles pode propor a mesma ação contra o outro, essa ação é dúplice".[6]

A conseqüência principal do exposto para os fins buscados pelo presente artigo é que, nas ações de natureza dúplice é absolutamente dispensável qualquer pedido do réu para que este obtenha o bem da vida em disputa, bastando para tanto que o pedido do autor seja julgado improcedente.[7] A mera rejeição da pretensão do autor, de forma automática e natural – em decorrência na natureza da relação de direito material controvertida – fará com que o réu obtenha o bem da vida, o que é algo absolutamente impensável nas hipóteses de cabimento do pedido contraposto e reconvenção. Nessas, seja na própria contestação e com os limites de objeto que ainda iremos enfrentar, seja de forma mais ampla por meio de ação reconvencional autônoma, sem o pedido expresso do réu, não haverá qualquer possibilidade de obtenção de qualquer bem da vida, nem o que seja objeto da demanda, nem qualquer outro.

Dessa forma, nos parece absolutamente incorreto creditar-se às ações de rito sumário – como também em outras onde é possível e necessário (se o réu preten-

6. Cf. Comentários ao *Código de Processo Civil,* 8 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 414., FIGUEIRA JR., Joel Dias. *O novo procedimento sumário,* São Paulo, RT, 1996, p. 206, afirma que a ação dúplice é "concebida como sendo aquela em que ambos os litigantes figuram concomitantemente no pólo ativo e passivo da demanda, em face da articulação de pretensões antagônicas".

7. Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil,* 8 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 416, afirma com acerto que na "ação naturalmente dúplice, tal pedido, mais do que desnecessário, seria incabível".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 326 1/2/2007, 08:52

der obter o bem da vida) o pedido de caráter reconvencional na própria contestação – uma natureza dúplice, já que "nenhuma regra do processo, sequer a do art. 278, § 1º, é capaz de tornar simples ou dupla a ação material".[8]

Aplicando-se as lições acima expostas ao problema particularmente tratado no presente artigo, nos parece absolutamente inviável se pretender ver no disposto no art. 479, CC, a criação de uma nova espécie de ação dúplice, considerando-se a evidente diferença de natureza dos pedidos do autor, fundando-se no art. 478, CC, e do réu, fundando-se no art. 479, CC. É impossível se imaginar que nesse caso a mera improcedência do pedido seja apta a entregar ao réu bem da vida, qualquer que seja ele, em especial a modificação de cláusulas contratuais. A improcedência do pedido de resolução do contrato – e nesse caso em nada interessa o fundamento do pedido – gera simplesmente a manutenção do contrato, nos termos de sua celebração, e jamais uma automática e natural modificação das cláusulas contratuais.

É evidente que, apesar de ambas as pretensões previstas pelos artigos ora analisados terem natureza constitutiva, o pedido de resolução de contrato não pode ser confundido com o pedido de modificação do teor das cláusulas contratuais, sendo na verdade duas pretensões até mesmo incompatíveis; não se revê o que não existe mais. Embora ambos os pedidos tenham a mesma natureza, resta claro que a declaração de ambos terá teor diferente, o que resultará em diferença insuperável. Enquanto o autor pretende criar uma situação jurídica nova consubstanciada na extinção do contrato, o réu pretende que nessa nova situação jurídica a ser criada pela sentença judicial o contrato seja mantido, mas agora com novo teor. Ambas terão como eficácia principal a criação de uma nova situação jurídica, mas o objeto de ambas não se confundem, não sendo possível se afirmar que a rejeição da pretensão do autor gere naturalmente a obtenção da pretensão do réu.[9]

Para se entender nosso entendimento sob o ângulo de análise acima descrito, basta imaginar uma hipótese em que o autor pleiteia a resolução do contrato por

8. Cf. Araken de Assis, *Procedimento sumário, op. cit*., p. 93. Parece ser esse também o entendimento de YARSHELL, Flávio Luiz. "Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de 'ação dúplice'?", in *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, p. 567: "Na verdade, a imposição que resulta da relação material automaticamente faz do autor um réu (e vice-versa), na medida em que a rejeição de sua pretensão gera automática vitória para o réu (e vice-versa), que vai além da mera eficácia declaratória de uma sentença de improcedência". Não concordamos, entretanto, com a conclusão do autor de que também a norma processual pode criar ações dúplices, quando permite que na própria contestação se permita ao réu a formulação de pedido contra o autor.

9. Essa realidade já havia sido constatada por YARSHELL, Flávio Luiz. "Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de 'ação dúplice'", op. cit., p. 569.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 327 1/2/2007, 08:52

onerosidade excessiva e o réu simplesmente contesta seu pedido, na tentativa de obter uma sentença que o rejeite. Nesse caso, a sentença não terá natureza constitutiva, mas meramente declaratória, declarando que o autor não tem o direito substancial à resolução do contrato. A diferença entre a natureza da sentença de procedência e improcedência é uma forma bastante simples de se verificar no caso concreto a total impropriedade em se pretender ver na hipótese dos arts. 478 e 479, CC, a criação de uma espécie de ação dúplice.

A essa conclusão já havia chegado Flávio Luiz Yarshell, embora admitindo a possibilidade de criação artificial por norma processual de ações dúplices, com o que não concordamos. O processualista paulista conclui, nesse ponto com acerto irretocável, que:

> "A rejeição do pedido do autor não implica, por si só, tutela em favor do réu que não a meramente declaratória, decorrente da improcedência. Rejeitar o pedido do autor é deixar o contrato a vigorar tal como está, isto é, intocado. Acolher a pretensão do réu é algo bastante diverso porque, embora o contrato se mantenha, deverá vigorar com bases diversas daquelas que vigiam quando do aforamento".[10]

O que procuramos demonstrar é que não será possível se vislumbrar no caso analisado uma espécie de ação dúplice, não se permitindo que o juiz conceda bem da vida ao réu se não houver pedido expresso nesse sentido. Vigorando o princípio da inércia da jurisdição, que proíbe o juiz de conceder tutela não pedida pela parte, sob pena de proferir sentença *ultra* ou *extra petita* (art. 460, CPC), não se poderá admitir uma revisão contratual sem o expresso pedido do réu. Nos parece que o art. 479, CC, simplesmente prevê a possibilidade de tal pedido ser elaborado pelo réu quando demandado pelo autor que pretende a resolução do contrato por onerosidade excessiva, mas em nenhum momento é capaz de transformar a natureza da relação jurídica que envolve os contratantes, única forma, a nosso ver, de se criarem ações dúplices.

3. CONTESTAÇÃO E PEDIDO CONTRAPOSTO

Descartada a hipótese de se vislumbrar na conjugação do arts. 478 e 479, CC, a previsão de uma ação dúplice, nos resta enfrentar as duas tradicionais e únicas formas de resposta do réu, pelas quais toma posição ativa dentro do processo, formulando um pedido para a obtenção de um bem da vida contra o autor, ampliando assim o objeto do processo. O ordenamento processual nos concede duas espécies de "contra-ataque" do réu, o pedido contraposto, reservado ao procedimento

10. Cf. "Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de 'ação dúplice'", op. cit., p. 569.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 328 1/2/2007, 08:52

sumário (art. 278), e sumaríssimo (art. 31 da Lei 9.099/95), e a reconvenção (art. 315 e ss., CPC), típica resposta do procedimento ordinário, mas também possível em determinados procedimentos especiais.

A solução à questão acima suscitada exige uma breve explicação das diferenças entre essas duas espécies de "contra-ataques" do réu.[11] Podemos destacar ao menos três diferenças básicas, embora apenas duas delas nos pareçam de fato relevantes. A primeira diz respeito à diferença procedimental no tocante ao pedido formulado pelo réu, já que na contestação exige-se uma petição autônoma, enquanto no pedido contraposto é possível ao réu a formulação de pedido na própria contestação. A segunda diferença diz respeito à autonomia de ambos os institutos, presente na reconvenção e ausente no pedido contraposto. A terceira e última diferença reside no âmbito de cabimento dessas espécies de resposta, bem mais amplo na reconvenção do que no pedido contraposto.

Nos parece que a primeira diferença descrita seja de fato a menos importante para os fins buscados no presente trabalho, tratando-se meramente de aspecto formal de apresentação do pedido. Tanto assim que parcela da doutrina e mesmo alguns julgados apontam para a possibilidade de apresentação de reconvenção na própria contestação, desde que o réu indique com clareza o momento em que está se defendendo (contestando) e o momento em que está contra-atacando (reconvindo)[12]. A conclusão é que apesar da exigência legal de apresentação da reconvenção em peça autônoma, não nos parece ser substancialmente necessária tal postura pelo réu, não sendo adequado nos agarrar a tal detalhe para diferenciar os institutos.

---

11. Cumpre registrar a ácida crítica a respeito das diferenças entre essas duas formas de resposta formulada por José Joaquim Calmon de Passos, Comentários ao Código de Processo Civil, *op. cit*., pp. 140/141: "Não temos simpatia pelo que chamamos de 'verbalismo' jurídico, ou seja, brincar com palavras sem dar fundamentos objetivos e claros para o uso de termos diversos para fenômeno que aparentemente é o mesmo. Daí nossa nenhuma simpatia pela 'ginástica' que se faz tentando distinguir ação dúplice, pedido contraposto e reconvenção. No nosso modo primário de entender as coisas quando o autor pede a procedência, o réu deve pedir a improcedência. Pouco importa os fundamentos que invoque para obter essa improcedência. Sua defesa pode ser direta ou indireta de mérito, mas o objetivo que ele persegue é pura e simplesmente descartar-se da pretensão do autor. Outra coisa é o réu, valendo-se do processo do autor, e por um princípio de economia processual, estando autorizado por lei, além da improcedência, também formalizar uma demanda contra o autor, mas demanda que tem uma tramitação e um procedimento peculiares, dada essa sua conjugação à pretensão do autor".
12. Na doutrina, encontramos as lições de DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. III, op. cit., p. 501 e Ovídio A. Baptista da Silva, Curso de processo civil, vol. 1, 5 ed., São Paulo, RT, 2000, p. 324. Na jurisprudência, consultar NEGRÃO, Theotônio. e GOUVEIA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 37 ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 409. No direito estrangeiro encontramos diversos exemplos em que a própria lei determina que a contestação e a reconvenção sejam elaboradas em uma única peça: Código de Procedimiento Civil do Chile (art. 314); Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (art. 357); Código de Processo Civil de Portugal (art. 501º); Ley de Enjuiciamiento Civil da Espanha (art. 406).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 329 1/2/2007, 08:52

Aplicando-se o que foi dito à situação específica ora enfrentada, em nosso entendimento não parece existir grave inconveniente no caso do réu alegar seu direito à manutenção do contrato com modificação das cláusulas contratuais na própria contestação ou em peça autônoma. Não será a localização da formulação da pretensão do réu no plano fático-material que irá determinar se a pretensão foi veiculada processualmente por meio de pedido contraposto ou reconvenção. As outras duas diferenças já indicadas serão mais determinantes na descoberta de qual espécie de resposta terá manejado o réu.

A segunda diferença diz respeito ao âmbito de cabimento dessas duas espécies de resposta, sendo evidentemente mais amplo o da reconvenção, bastando para tanto uma análise comparativa do art. 315, CPC, que fala em "conexão com a ação principal e com os fundamentos de defesa", art. 278, § 1º, CPC, que menciona "mesmos fatos referidos narrados na inicial" e art. 31, *caput*, da Lei 9.099/95, que indica "fatos que constituem o objeto da controvérsia". A diferença resta ainda mais evidente diante da realidade atual de se flexibilizar o disposto no art. 103, CPC, dispositivo responsável pela definição do conceito de conexão, admitindo-se o ingresso da reconvenção mesmo que não idênticos os pedidos ou a causa de pedir, desde que tal ampliação objetiva do processo gere economia processual e a harmonização dos julgados.[13]

Essa diferença, apesar de ser de extrema importância na diferenciação da reconvenção e do pedido contraposto, perde sua relevância prática se aplicada ao caso em análise. Com as devidas flexibilizações – já feitas pela melhor doutrina[14] – é possível se afirmar que a pretensão exposta pelo réu com amparo no art. 479, CC, esteja fundada nos mesmos fatos narrados pelo autor em sua pretensão prevista pelo art. 478, CC. Os fatos narrados pelo autor procurarão demonstrar a efetiva ocorrência da onerosidade excessiva, e serão os mesmos que ensejarão o pedido de revisão das cláusulas contratuais por parte do réu. A conclusão a

13. Para uma análise dessa nova visão no tocante a reunião de processos, consultar Daniel Amorim Assumpção Neves, Competência no processo civil, São Paulo, Método, 2005, pp. 160/172.
14. Vale aqui o registro de Araken de Assis, Procedimento sumário, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 94: "Mesmo a clássica hipótese aventada – e não há dúvida de que o legislador a teve em conta na elaboração da norma –, a exegese da identidade reclama clássico grau de sal: por exemplo, se o autor alega que réu atingiu a traseira do seu automóvel, e, por tal motivo, é culpado pelo evento danoso, esse o réu, de seu turno, alega que o autor deu marcha-à-ré, e, por tal razão, atingiu a frente do seu automóvel, os fatos alegados se mostram diferentes, até mesmo antagônicos; todavia, admissível é o contra-pedido, porque há identidade de episódio da vida (Lebenssachverhalt)". No mesmo sentido Vicente Greco Filho, Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 12, concluindo que "deve-se entender por "mesmos fatos" como a igual ocorrência no mundo da natureza, o mesmo fato fundante básico ou constitutivo da relação jurídica entre as partes, ainda que o fato específico que justifique a pretensão e o interesse de agir seja diferente".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 330 1/2/2007, 08:52

respeito da rescisão ou da manutenção de forma mais equilibrada do contrato é matéria de direito, derivada dos mesmos fatos supervenientes à celebração do contrato que geraram a onerosidade excessiva.[15] A indicação de fatos que demonstrem não ter ocorrido à onerosidade excessiva serão matérias de defesa, a serem expostas na contestação, não se confundindo com o art. 479, CC.

Em termos de cabimento quanto à amplitude do objeto, portanto, nos parece que o pedido de natureza reconvencional previsto pelo art. 479, CC, possa ser abrangido pelo pedido contraposto, o que, entretanto, ainda não nos permite uma conclusão definitiva sobre o tema. Há ainda o problema da previsão expressa em lei possibilitando tal espécie de pedido do réu contra o autor, tema que será enfrentado no próximo tópico do presente artigo.

Por fim, existe aquela que nos parece ser a mais importante diferença entre a ação reconvencional e o pedido contraposto; a autonomia da primeira e o caráter de acessoriedade da segunda com relação à ação originária (pretensão do autor originário contra o réu que contra-ataca). Hoje é pacífica na doutrina a concepção de autonomia da ação reconvencional, de forma que, extinta a ação originária por qualquer motivo sem o julgamento de seu mérito (art. 267, CPC), a ação reconvencional prosseguirá normalmente até seu final regular. O mesmo, entretanto, não ocorre com o pedido contraposto, que deverá seguir o destino da ação originária. Já tivemos a oportunidade de afirmar que a pretensão veiculada por pedido contraposto está "ligada de forma indissociável da ação principal. Se por qualquer razão essa for extinta, também chegará ao mesmo fim o pedido contraposto, que em razão da ausência de autonomia não tem como sobreviver sem a existência da ação principal. Ainda que regularmente formulado tal contra-ataque do réu somente será analisado em seu mérito quando o juiz também ultrapassar na ação principal a análise dos pressupostos processuais e condições da ação".[16]

Essa é uma importante diferença prática entre o pedido contraposto e a reconvenção, circunstância que não será afetada se a reconvenção tiver sido proposta de forma autônoma (como deveria) ou ainda como tópico da contestação (aplicação do princípio da instrumentalidade das formas). Tendo natureza de reconvenção, o contra-ataque do réu deverá ser preservado, ainda que a pretensão originária formulada pelo autor não prossiga, em razão da verificação quanto a ela de uma das hipóteses do art. 267, CPC. Resta saber como tais considerações podem ser aplicadas à situação concreta ora analisada.

---

15. Nesse sentido o entendimento de YARSHELL, Flávio Luiz. Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de "ação dúplice", op. cit., p. 571.
16. *Cfr*. "Contra-ataque do réu: indevida confusão entre as diferentes espécies (reconvenção, pedido contraposto e ação dúplice", op. cit., p. 26

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 331 1/2/2007, 08:52

Logo no início do presente artigo afirmamos que o art. 479, CC, trazia uma interessante particularidade, a previsão de um direito material que só poderia ser exercido da forma prevista pelo dispositivo legal no caso específico do outro contratante mover demanda judicial requerendo a resolução do contrato em virtude de onerosidade excessiva. Significa dizer que a pretensão do réu somente se justificará se existir um processo judicial movido contra ele no qual se pleiteie a resolução do contrato fundando-se em onerosidade excessiva. A questão a ser enfrentada é a hipótese de extinção prematura da ação proposta pelo autor. Qual será o destino da pretensão veiculado pelo réu de modificação das cláusulas contratuais?

Faremos uma análise no plano puramente substancial, sem qualquer consideração por ora da natureza jurídica desse pedido do réu – reconvenção ou pedido contraposto. Parece-nos que passando a existir somente em razão da pretensão do autor de desconstituir o contrato, não terá muito sentido a pretensão do réu persistir no tocante à sua modificação quando a primeira pretensão não mais existir. A idéia transmitida pelos dispositivos legais ora analisados é de que a modificação do contrato não é algo pretendido de forma autônoma pelo réu, servindo tal somente de alternativa para que o contrato não seja resolvido, sendo que uma vez extinto o processo em que veiculado essa pretensão, e por conseqüência mantido o contrato, não haverá mais qualquer sentido a manutenção da pretensão do réu de alteração de suas cláusulas, sendo de se presumir que a pretensão principal do réu era a manutenção do contrato, sendo sua alteração apenas um "mal menor" que suportaria se verificada a onerosidade excessiva. [17]

Essa ausência de autonomia do pedido do réu em modificar as cláusulas contratuais (art. 479, CC), entretanto, não decorre do processo, mas sim da especial disposição da norma material. A norma de direito material é a responsável por criar a natureza de pretensão acessória do réu nesse caso específico. É de se ver que a extinção do processo em que exista o pedido contraposto não se preocupa com a efetiva perda superveniente de objeto da pretensão do réu exposta na contestação por meio dessa espécie de contra-ataque. Ainda que o réu continue a pretender o bem da vida almejado pelo pedido contraposto, a extinção do processo principal colocará fim também à pretensão reconvencional exposta por esse meio de resposta do réu, e isso em virtude da realidade processual, sem qualquer

17. A essa conclusão já havia chegado YARSHELL, Flávio Luiz. "Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de 'ação dúplice'", op. cit., p. 571, anotando que "a pretensão do réu, de modificar eqüitativamente as condições do contrato, é condicionado à pretensão do autor: o réu quer a revisão se e enquanto o autor quer a resolução. A pretensão do réu é exclusivamente deduzida para impedir o acolhimento do pedido do autor".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 332 1/2/2007, 08:52

preocupação com a persistência ou não do direito material – ou do desejo de obtê-lo em juízo – do réu. Dessa forma, no caso concreto ora analisado, ainda que se possa concluir que o pedido do réu é acessório do pedido do autor, essa realidade se extrai da norma de direito substancial, em realidade bastante diversa do pedido contraposto previsto em normas processuais, que em nada se importam com o direito material pretendido pelo réu e independem de tal realidade de direito substancial.

4. QUAL É A FORMA PROCESSUAL PARA SE ALEGAR A MATÉRIA PREVISTA NO ART. 479, CC?

Depois da análise feita a respeito das formas de contra-ataque do réu, resta enfrentar a forma processual adequada para a alegação do disposto no art. 479, CC. Em nosso entendimento houve uma singular criação de espécie de pedido contraposto por norma de direito material, o que vem mais uma vez demonstrar a estreita ligação entre o direito material e processual. As condições criadas para a elaboração da pretensão prevista pelo artigo acima mencionado indicam a criação dessa nova hipótese de cabimento do pedido contraposto, o que inclusive dispensa uma norma específica a esse respeito no diploma processual.

Não nos interessa no presente artigo – embora seja assunto de inegável interesse – a possibilidade de se admitir, desde que preenchidos os requisitos, a elaboração de pedido contraposto em hipóteses típicas de reconvenção, ou seja, no procedimento ordinário. Poder-se-ia afirmar que quem pode o mais (reconvir) poderá o menos (pedido contraposto), de forma a admitir-se de forma genérica essa espécie de resposta do réu também no procedimento ordinário. Evidentemente que, optando pelo pedido contraposto, o réu teria facilidades iniciais, dispensada que seria a propositura de uma nova ação em processo já existente (com todas as exigências formais que cercam tal atividade), mas deverá manter em mente a questão da autonomia, existente na reconvenção e não presente no processo principal.

O que se pretende afirmar é que até seria possível se defender essa maior amplitude do pedido contraposto, fora das hipóteses legalmente previstas pela norma de direito processual (sumário e sumaríssimo), como forma de economia processual e até mesmo em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, mas que essa construção – necessariamente doutrinária – não é imprescindível para resolver a questão suscitada no tocante à forma processual do réu se valer da pretensão exposta no art. 479, CC. Essa generalização da utilização do pedido contraposto demandaria uma análise mais apurada, a qual não será feita

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 333 1/2/2007, 08:52

no presente artigo diante da constatação de sua desnecessidade para a solução da questão proposta.

Conforme já afirmado, centrando-se exclusivamente no artigo legal ora comentado, forçosa a conclusão de que o direito material, apesar de não ser essa sua função precípua, criou uma espécie de pedido contraposto, que naturalmente poderá ser aplicada a qualquer situação processual, pouco importando as previsões específicas nesse diploma legal. Nossa conclusão vem amparada nas características contidas na lei de direito material, que embora crie um direito substancial, "invade" o campo processual a partir do momento em que passa a regular o exercício de tal direito em termos processuais. Não custa relembrar que o direito material previsto pelo art. 479, CC, só passará a ter sentido prático a partir do momento em que já exista demanda judicial com pedido de resolução do contrato por onerosidade excessiva em curso. E mais, o dispositivo legal é claro ao indicar que o direito material deverá ser suscitado como forma de resposta do réu a tal pretensão, sendo inegável o aspecto também processual dessa norma, apesar de inserida em diploma de direito material.

Recordemos as principais características do pedido contraposto. É um pedido feito na própria contestação, baseado nos mesmos fatos narrados pelo autor na petição inicial, e que não guarda autonomia com relação à ação originária, sendo extinto se por qualquer razão tal demanda chegar a seu fim de forma prematura. A primeira característica, como visto, é a menos importante, até mesmo porque parcela da doutrina e jurisprudência vem aceitando o pedido reconvencional na própria contestação, desde que de forma individualizada. Quanto às outras duas características, são totalmente aplicáveis ao caso analisado e, mais do que isso, são decorrências naturais da própria previsão legal.

O pedido de manutenção do contrato estará baseado nos mesmos fatos que levaram o autor a ingressar com o processo pedindo sua resolução (os fatos que geraram a onerosidade excessiva), sendo desse pedido acessório, considerando-se que o direito subjetivo previsto no art. 479, CC, só se justifica se e quando o contratante for demandado nos termos do artigo antecedente. Não resta dúvida de que, por outro lado, uma vez extinta a ação originária, não se justifica a manutenção do pedido formulado pelo réu, devendo esse ser julgado prejudicado. São características fundamentais do pedido contraposto, o que nos leva à conclusão já exposta acima de que, embora não seja o usual, o Código Civil criou uma hipótese específica de tal forma de resposta do réu, sem qualquer preocupação com o procedimento da ação originária proposta pelo autor, de forma que, mesmo no procedimento ordinário, ao menos nesse caso específico, a pretensão do art. 479, CC deve ser pleiteada sob a forma de pedido contraposto.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 334 1/2/2007, 08:52

5. FUNGIBILIDADE DOS MEIOS DE CONTRA-ATAQUE APLICADA AO ART. 479, CC

Não há como se negar que o entendimento exposto acima encontrará alguma – senão muita – resistência, sendo presumível um período de indefinição quanto à forma exata para o réu formular a pretensão prevista pelo art. 479, CC. Descartada a hipótese de caracterizar o artigo legal como criador de nova espécie de ação dúplice, o que inclusive nos parece um erro grosseiro, será inevitável divergências quanto a ser a reconvenção ou o pedido contraposto o modo mais adequado para o réu pleitear a manutenção do contrato com modificação do teor das cláusulas contratuais, quando demandado pelo outro contratante, pleiteando a resolução do contrato por onerosidade excessiva.

É evidente que tal dúvida não existirá quanto ao procedimento sumário e sumaríssimo, onde o pedido de reconvenção não pode ser aceito, posto que contrário aos próprios princípios de celeridade e simplificação que regem tais dispositivos[18]. Nesses procedimentos não surge qualquer dúvida ou novidade em decorrência do art. 479, CC, sendo indispensável a propositura de pedido contraposto, sendo o ingresso de reconvenção considerado erro injustificável. No tocante ao procedimento ordinário, entretanto, fatalmente surgirão doutrinadores que defenderão a tese aqui exposta, como também é praticamente certo que outros se posicionarão a favor do ingresso de reconvenção, o mesmo devendo ocorrer em sede de decisões judiciais.

A dúvida fundada com relação a qual forma processual mais adequada para o réu fazer valer seu direito substancial previsto pelo art. 479, CC, faz com que surjam as condições ideais para a aplicação do princípio da fungibilidade ao caso concreto. Não parece correto penalizar o réu que optar por uma dessas formas de resposta, acreditando o juiz que enfrentar a situação no caso concreto ser adequado

18. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento,* 2 ed., São Paulo, RT, 2003, p. 169. Vale a transcrição da lição de NERY JR, Nelson. 2 ed., *Atualidades sobre o processo civil,* São Paulo, RT, 1996, p. 94: "Não poderá deduzir demanda autônoma fundada nos mesmos fatos da inicial do autor, pois não teria interesse processual para assim agir (CPC 267 VI), pois há meio mais rápido e econômico para fazê-lo, que é por meio de contestação na ação de procedimento sumário". Presumimos que a demanda autônoma citada pelo autor seja a de caráter reconvencional, já que naturalmente de outra forma o réu poderá fazer seu pedido. ALVIM, J. E. Carreira. *Procedimento sumário*, 2 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 91, apontando para a incompatibilidade da reconvenção com o rito sumário e com a celeridade processual. Apenas apontando para a inadmissibilidade da reconvenção no procedimento sumário, MIRANDA, Delgado. *Procedimento sumário*, São Paulo, RT, 2000, pp. 175/176; NERY JR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil,* 2 ed., São Paulo, RT, 1996, p. 94. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil,* vol. I, 9 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 385. Registre pensamento que parece isolado na doutrina, admitindo a reconvenção, além do pedido contraposto no procedimento sumário: FORNACIARI JR., Clito. *A reforma processual civil,* São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 51/53.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 335 1/2/2007, 08:52

a outra. Aqui os magistrados que se depararem com a inevitável diversidade de formas de resposta (ora reconvenção, ora pedido contraposto), ainda que acreditem na inadequação do meio, deverão receber a resposta apresentada pela resposta que entendam ser a mais adequada, em típica hipótese de aplicação do princípio da fungibilidade, em respeito à instrumentalidade das formas.[19]

Caso o réu ingresse com pedido contraposto na própria contestação e o juiz entenda ser hipótese de reconvenção, não deverá indeferir de plano a pretensão do réu pela inadequação do meio. Caso entenda imprescindível uma petição inicial de reconvenção, deverá conceder prazo ao réu para adaptar sua resposta a essa forma de contra-ataque, o que inclusive poderá se mostrar desnecessário no caso do pedido contraposto estar totalmente individualizado na contestação, o que é aceito por parcela da doutrina e também da jurisprudência. De qualquer forma, seja mantendo a contestação como está e tratando do pedido contraposto como reconvenção, seja determinando prazo para as devidas adaptações, o importante será não rejeitar de plano a pretensão do réu.

Da mesma forma deverá ocorrer no caso de ingresso de reconvenção entendendo o magistrado pela adequação de pedido contraposto no caso concreto. Nessa situação nem mesmo adaptações serão necessárias, considerando-se que formalmente a reconvenção é mais complexa e completa que o pedido contraposto. Deverá simplesmente informar às partes que recebe a petição inicial de reconvenção como pedido contraposto, tratando-o dessa forma dali em diante.

19. Defendendo uma aplicação mais ampla da fungibilidade, embora não trate do caso específico do texto, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade", in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais,* vol. 4, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2001, pp. 1090/1092: "Portanto, as zonas de penumbra são incontáveis e tendem a multiplicar-se na exata proporção da quantidade e velocidade das alterações que se vão introduzindo no texto da lei. Em face dessa quadro pensamento que pode ser absolutamente desastrosa a insistência em manter o raciocínio orientado exclusivamente pelo método clássico de pensar".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 336 1/2/2007, 08:52

CAPÍTULO XVII

A INTERVENÇÃO DE TERCEIRO EM AÇÃO DIRETA DA VÍTIMA CONTRA O SEGURADOR E O ART. 788 DO CÓDIGO CIVIL – UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO

Daniel Luz Martins de Carvalho
e Manuela Ghissoni de Carvalho[*]

Sumário • 1. Considerações iniciais. 2. Breves Noções sobre Seguros Obrigatórios de Responsabilidade Civil. 2.1. O Seguro DPVAT. 3. A intervenção de terceiro do art. 788 do Código Civil e a posição do segurado interveniente. 4. A intervenção do terceiro do art. 788 do Código Civil e os seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios. 5. A intervenção de terceiro do art. 788 do Código Civil e o seguro DPVAT. 6. A intervenção de terceiro do art. 788 do Código Civil e a escolha do procedimento. 7. Conclusão. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Código Civil de 2002 trouxe, em sua seção dedicada aos seguros de dano, inovação significativa de natureza processual. Ao dispor, no parágrafo único do art. 788, sobre o ingresso no processo de alguém que não foi parte na postulação que lhe deu origem, criou-se, indiscutivelmente, uma hipótese de intervenção de terceiro no processo.

Identificar a modalidade interventiva contida no parágrafo único do art. 788 do Código Civil é o principal objetivo deste trabalho. Primeiramente, é importante reconhecer as circunstâncias que motivaram o legislador a criar o dispositivo que determina o ingresso do segurado no processo em que a vítima demandou apenas contra o segurador, para então estabelecer pontos de congruência com o disposto no Código de Processo Civil a respeito das intervenções de terceiro.

Eis a redação do artigo:

> **Art. 788 –** Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado.
> Parágrafo único – Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório.

---

* Pós-graduandos em Direito Processual Civil (Curso *Jus*PODIVM/Faculdades Unyahna). Advogados na Bahia.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 337 1/2/2007, 08:52

Embora o projeto do Código Civil tenha passado por muitas alterações ao longo do seu trâmite nas casas legislativas, o texto aprovado manteve a redação original do art. 788.[1] Isso significa que provavelmente foi elaborado sob a égide do Código de Processo Civil de 1939. Além disso, a legislação que dispõe sobre temas correlatos sofreu profundas alterações, resultando daí a dificuldade de acomodar a regra do Código Civil de 2002 ao atual sistema de intervenção de terceiros no processo.

Convém observar, ainda, que a expressão "terceiro" foi utilizada no *caput* em seu aspecto puramente jurídico-substancial. Ora, se o dispositivo estabelece justamente uma relação entre segurador e prejudicado, este pode ser considerado terceiro apenas em relação ao contrato de seguro de responsabilidade anteriormente celebrado. Em eventual processo visando a promover o cumprimento da obrigação ali estabelecida, o prejudicado seria, indiscutivelmente, parte legítima, jamais terceiro. Por essa razão, ao abordarmos os aspectos processuais do art. 788 do Código Civil, referimo-nos a terceiro para designar o segurado (causador do dano), que ingressa em processo alheio tornando-se parte, e não a vítima do dano.

Importa, ainda, salientar que, na análise do dispositivo à luz do regime atual das intervenções de terceiros, é necessário delimitar a exata situação concreta que quis o legislador disciplinar no parágrafo único. O *caput* refere-se aos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, razão pela qual devemos concluir que apenas a eles se relaciona também o parágrafo único ao mencionar a ação direta contra o segurador. Apesar de não restar ainda solucionada pelo legislador a controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de o prejudicado intentar ação direta de reparação contra o segurador do estipulante na generalidade dos seguros de responsabilidade civil[2-3], quanto aos seguros de responsabilidade obrigatórios não mais se discute a questão. Nestes, o legislador acabou por consolidar o entendimento jurisprudencial majoritário, que já admitia a ação direta, pondo termo a qualquer dúvida.

---

1. Como é sabido, o Anteprojeto do Código Civil foi elaborado em 1972. A redação do artigo 788 foi mantida no substitutivo elaborado por Fabio Konder Comparato, e no texto aprovado em 2002.
2. Em sentido contrário, Voltaire Marensi, para quem o art. 788 "pôs termo a uma velha celeuma jurisprudencial, isto é, saber se o terceiro prejudicado poderá intentar ação direta contra o segurador". MARENSI, Voltaire. *O Contrato de Seguro à Luz do Novo Código Civil.* 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 69. Também em sentido contrário, THEODORO JR., Humberto. *O Novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual.* Disponível em:<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo52.htm>. Acesso em 22.10.2004, 11:04h.
3. A possibilidade de ação direta nos casos de seguros legalmente obrigatórios é justificável não apenas pelo cunho social de que se revestem, mas pelo próprio privilégio que a lei concede ao segurador diante da obrigatoriedade da contratação. Ademais, não fosse a menção expressa do parágrafo único, o disposto no *caput* já autorizaria a interpretação de ser possível a ação direta.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 338 1/2/2007, 08:52

O presente estudo será iniciado com uma exposição sobre os seguros de responsabilidade civil obrigatórios, destacando o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – DPVAT, que possui tratamento legal diferenciado. São noções importantes para a aplicação do art. 788 do Código Civil e do seu parágrafo único ao regime das intervenções de terceiros no processo, o que será feito em duas etapas, conforme se trate de processo pendente no qual se discuta o recebimento do DPVAT ou de um dos demais seguros de responsabilidade civil obrigatórios. Por fim, faremos uma breve análise da escolha do procedimento e do projeto de reforma de alguns dispositivos do Código Civil, em trâmite no Congresso Nacional.

2. BREVES NOÇÕES SOBRE SEGUROS OBRIGATÓRIOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

São inúmeras as espécies em que podem ser classificados os contratos de seguros, conforme seus caracteres específicos. Em todas elas, "impera sempre a idéia de garantia de interesse legítimo e de ressarcimento ou de compensação do dano, seja este patrimonial ou pessoal"[4] . Em seu capítulo destinado aos contratos de seguros, o Código Civil de 2002 adotou a clássica distinção entre seguros de pessoas e de danos, presente no ordenamento positivo de diversos países.

Muito embora o Código Civil tenha tratado os seguros de responsabilidade – disciplinados nos artigos 787 (seguros facultativos) e 788 (seguros obrigatórios) – como espécie de seguro de danos, a doutrina tem delimitado a diferença existente entre os seguros de dano propriamente ditos (os chamados seguros de coisas) e os seguros de responsabilidade civil.[5] Nestes últimos, "o segurado se garante contra indenizações que deva pagar a terceiros, resultantes de atos por que deve responder".[6-7]

O seguro facultativo de responsabilidade civil baseia-se na responsabilidade civil aquiliana, tal qual concebida pelo codificador de 1916. Assim, para a sua configuração, exige-se "além da ação ilícita, do dano e do nexo de causalidade, a perquirição do móvel subjetivo que impulsionou o comportamento do agente (a sua culpabilidade)"[8]. Nesta espécie de contrato, a seguradora "só é vinculada

4. RIZARDO, Arnaldo. *Contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 853.
5. DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. XI, t. I, p. 559.
6. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.
7. A esse respeito, convém frisar que, de acordo com a doutrina, o seguro de responsabilidade pode contemplar o risco de danos que podem ocorrer em pessoas ou coisas materiais (RIZARDO, Arnaldo, cit., p. 853; RODRIGUES NETO, Nelson. cit., p. 699.).
8. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 152.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 339 1/2/2007, 08:52

quando se reconhece que houve da parte de seu segurado alguma culpa na verificação do acidente"[9]. Neste sentido, o fundamento do seguro de responsabilidade é a indenização que seria imposta ao contratante com base em fato que acarrete sua obrigação de reparar o dano.

Os seguros obrigatórios, por sua vez, surgem, em nosso sistema, como um dos reflexos da introdução da teoria da responsabilidade objetiva pelo fato da coisa. Verificou-se, portanto, que a noção de culpa é insuficiente para solucionar todos os casos que são apresentados, privilegiando o interesse social sobre o individual.[10-11]

Para Domingos Afonso Kriguer Filho, os seguros obrigatórios são aqueles

> "…cuja contratação é imposta a todos os proprietários de determinados bens ou àqueles que exercem certa atividade definida em lei, com vistas a garantir os danos causados a pessoas ou coisas decorrentes da existência ou utilização do bem por seu proprietário ou do exercício da atividade por seu titular".[12]

Imprescindível destacar que as hipóteses de seguro obrigatório encontram-se previstas no art. 20 do decreto-lei 73/66[13] e regulamentadas pelo decreto 61.867/1997. Saliente-se que o texto legal reserva a possibilidade de existirem outros casos em leis especiais. Após diversas alterações legislativas, a redação atual do mencionado dispositivo contempla diversos casos de seguros legalmente obrigatórios, nem todos de responsabilidade civil. No rol do art. 20[14], encontram-se

9. ALVIM, Pedro. *Responsabilidade Civil e Seguro Obrigatório.* São Paulo: RT, 1972, p. 106.
10. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil.* cit. Os autores relacionam uma série de leis que teriam sido criadas sob influência dessas idéias.
11. KRIGER FILHO, Afonso. *O Contrato de Seguro no Direito Brasileiro.* Niterói: Labor Júris, 2000, p. 144: "Foi somente através da introdução do seguro obrigatório entre nós que se atendeu ao sentimento de não ser justo que a vitima suporte o prejuízo causado pelo fato da coisa no lugar de seu proprietário."
12. KRIGER FILHO, Afonso. *O Contrato de Seguro no Direito Brasileiro.* cit. p. 145.
13. Considerava-se pacífico o entendimento de que o decreto-lei 73 havia sido recepcionado pela nova ordem constitucional com força de lei complementar, prevista no inciso II do art. 192, na redação dada pela emenda constitucional nº 13. Ocorre que a emenda constitucional nº 40, alterou radicalmente a redação do art. 192, revogando o inciso II. Atualmente, há quem sustente que a atividade securitária não é mais regulada por lei complementar, por entender que o sistema segurador não integraria o sistema financeiro nacional.
14. Art 20. Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de: a) danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais; b) responsabilidade civil do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo (Redação dada pela Lei nº 8.374, de 1991); c) responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas; d) bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras pública; e) garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis; f) garantia do pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária; g) edifícios divididos em unidades autônomas; h) incêndio e transporte de bens pertencentes a pessoas jurídicas, situados no País ou nele transportados; i) crédito rural; j) crédito à exportação, quando julgado conveniente pelo CNSP, ouvido o Conselho Nacional do Comércio Exterior (CONCEX); (Redação dada pelo decreto-lei nº 826, de 1969); l) danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não; (Redação dada pela Lei nº 8.374, de 1991); m) responsabilidade civil dos transportadores terrestres, marítimos, fluviais e lacustres, por danos à carga transportada. (Incluída pela Lei nº 8.374, de 1991).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 340 1/2/2007, 08:52

consignados seguros de responsabilidade, nos quais o segurado se previne dos riscos que podem afetar o seu patrimônio em virtude de danos causados a terceiros, e seguros de danos propriamente ditos, nos quais a relação jurídica se perfaz entre segurado e segurador. São exemplos claros desses últimos os indicados nas alíneas *g* e *h* do art. 20 do decreto-lei 73/67, hipóteses em que sequer concorrem interesses de terceiros estranhos ao contrato, afastando-se completamente a incidência do art. 788 do Código Civil de 2002.

Dentre os seguros obrigatórios por força de lei, destaca-se o DPVAT que, além de ser o mais comum e o responsável pelo maior número de ações judiciais[15], traz em legislação própria especificidades determinantes na apuração da posição do segurado/interveniente no processo, ensejando, assim, uma análise mais aprofundada.

2.1. O Seguro DPVAT

Estão obrigados a contratar o DPVAT todos os proprietários de veículos automotores de vias terrestres, pelos danos pessoais causados a pessoas transportadas ou não, decorrentes de acidentes de trânsito em que se envolvam (Dec. Lei 73/66, art. 20, *l*). É praticamente unânime na doutrina o enquadramento do DPVAT como exemplo de seguro de responsabilidade civil obrigatório.[16] Há quem sustente, porém, que o DPVAT não seria propriamente um seguro de responsabilidade e sim um seguro de dano simples, já que o segurado, e não apenas o terceiro vitimado, está igualmente coberto pela apólice.[17] Ernesto Tzirulnik[18], a esse respeito, afirma que o DPVAT, exatamente por enquadrar-se como seguro obrigatório de danos, prossegue regido apenas pela lei específica, afastando-se, no particular, a incidência do Código Civil de 2002.[19]

Não compartilhamos, porém, do entendimento de que se deve sumariamente afastar o seguro DPVAT da incidência do art. 788. De fato, o seguro DPVAT deve

15. Para que se tenha uma idéia da extensão do problema, uma busca pela expressão "seguro obrigatório" na página na Internet do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro retornou 2.746 ocorrências de julgados entre 2003 e 2005. A mesma busca pela expressão "DPVAT" retornou 2.536 ocorrências (consulta em 15/08/2005).
16. DELGADO, José Augusto. cit., p. 559; RIZARDO, Arnaldo, cit., p. 866; KRIGER FILHO, Afonso. *O contrato de Seguro no Direito Brasileiro,* cit., p. 149;
17. Vide § 1º do art. 21 do decreto-lei 73/66: "Para os efeitos deste decreto-lei, estipulante é a pessoa que contrata seguro por conta de terceiros, podendo acumular a condição de beneficiário."
18. TZIRULNIK, Ernesto. *Do Contrato de Seguro de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro.* São Paulo: RT, 2003, p. 141.
19. É semelhante a conclusão de Rafael Tárrega Martins (*Seguro DPVAT.* Campinas, SP: LZN Editora, 2003, p. 22), que afirma que após a lei 6194/74 o DPVAT abandonou o campo da responsabilidade civil, chamando atenção, inclusive para a mudança em sua denominação. A mesma obra, no entanto, ainda tratando sobre o DPVAT, faz menção ao art. 788 do Código Civil (p. 41).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 341 1/2/2007, 08:52

ser analisado à parte, não só pela sua importância, mas por uma particularidade posta em legislação específica. É que a lei 6194/74, que disciplina o seguro, modificada pela lei 8441/92, prevê em seu artigo 7º o pagamento da parcela indenizatória mesmo que não seja identificado o veículo causador do dano, inadimplente o seu proprietário em relação ao prêmio devido[20], ou caso não tenha este contratado o seguro obrigatório. Nesses casos, a indenização às vítimas deverá ser realizada por um consórcio constituído por todas as Sociedades Seguradoras que operem este seguro. [21]

Apesar de estarem cobertos danos ao próprio segurado, não há dúvida que o DPVAT cobre também riscos que, inexistindo seguro, afetariam o patrimônio do proprietário do veículo tendo em vista a sua responsabilidade civil aquiliana, desde que tenha agido com culpa na ocorrência do acidente, resultando em danos pessoais a outrem. Nesse sentido, a jurisprudência tem entendido que se deve, inclusive, abater o valor pago pelo seguro obrigatório do valor devido pelo causador do dano a título indenizatório, em situações em que o valor do seguro é inferior ao total a ser ressarcido à vitima.[22 -23]

A dúvida quanto à classificação encontra razão nas origens do seguro DPVAT. Tal como previsto no decreto 61.867/67, o então *seguro obrigatório de responsabilidade civil dos proprietários de veículos automotores de via terrestre* garantia também os danos materiais. Somente em 1969 o decreto 814 estabeleceu mudanças no sistema vigente, restringindo a cobertura do seguro aos danos pessoais, e prevendo, pela primeira vez, a responsabilidade independente da apuração de culpa nesta espécie de seguros. As mudanças foram ratificadas em 1974

20. Não adentraremos a questão levantada pela doutrina acerca da constitucionalidade do art 7º da lei 6194/74, fruto do explicável descontentamento das seguradoras diante da previsão de cumprimento de sua obrigação desatrelado da obrigação do segurado estipulante em pagar o prêmio, em manifesta exceção à máxima da *exceptio non adimplenti contractus*. A esse respeito tramita no Supremo Tribunal Federal a ADIN nº 2003, de iniciativa da Confederação Nacional do Comércio que teve liminar indeferida pelo pleno em 1994, razão pela qual consideramos vigente o dispositivo até que em sentido contrário se manifeste a corte constitucional.
21. Art. 7º A indenização por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, seguro não realizado ou vencido, será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um Consórcio constituído obrigatoriamente por todas as sociedades seguradoras que operem no seguro objeto desta Lei.
§ 1° O Consórcio de que trata este artigo poderá haver regressivamente do proprietário do veículo os valores que desembolsar, ficando o veículo, desde logo, como garantia da obrigação, ainda que vinculada a contrato de alienação fiduciária, reserva de domínio, *"leasing"* ou qualquer outro.
22. Enunciado 246 da Súmula do STJ: "O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada".
23. O seguro facultativo de automóveis é também exemplo de seguro de danos cumulado com seguro de responsabilidade civil. Em geral, as apólices contemplam tanto a perda total ou os danos no próprio veículo do segurado, como a sua responsabilidade civil perante terceiros em acidentes de trânsito, incluindo, neste último caso, danos materiais e pessoais.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 342 1/2/2007, 08:52

pela lei 6194, que revogou o decreto 814/69, e permanece até os dias atuais regendo a matéria.

A incidência da norma posta no art. 788 do Código Civil ao DPVAT fica ainda mais evidenciada quando se tem em mente o momento e as circunstâncias da sua criação: o atual artigo 788 do novo Código Civil foi redigido justamente nesse início da década de 70, quando o seguro DPVAT já ocupava posição de destaque nos tribunais, e a regra do pagamento do seguro desvinculado do prêmio era apenas uma construção da jurisprudência. A nova norma legal deveria atingir principalmente o DPVAT, mas conferia aos segurados e às vítimas uma garantia mais ampla, que se estenderia a todos os seguros obrigatórios. Ocorre que durante o período de tramitação do projeto do novo Código Civil, acabou por fazer mais o legislador em beneficio das vítimas de acidentes de trânsito: Através da lei 8.441/92 simplesmente impediu a alegação de não pagamento do prêmio como matéria de defesa. Tantos anos depois, nos resta aplicar a regra, permitindo a oposição, apenas aos demais seguros onde inexiste tal benefício. Optar por interpretação diferente seria regredir no tratamento legislativo da proteção aos segurados e às vítimas dos acidentes, o que certamente não foi a intenção do legislador de 2002.[24]

3. A INTERVENÇÃO DE TERCEIRO DO ART. 788 DO CÓDIGO CIVIL E A POSIÇÃO DO SEGURADO INTERVENIENTE.

Feitas as devidas considerações de ordem material, cumpre-nos aplicar aos seguros de responsabilidade civil obrigatórios a norma processual contida no parágrafo único do art. 788 do Código Civil, que autoriza, na conjuntura ali descrita, a intervenção de terceiro em demanda proposta pela vítima diretamente contra o segurador.

As situações que legitimam as intervenções de terceiros relacionam-se sempre com a posição do terceiro em face do objeto do processo pendente (e, pois, dos fundamentos jurídico-substanciais do litígio ali tratado).[25] Para identificar a posição na qual o terceiro ingressa no processo alheio, é fundamental definir a sua relação material com as partes originárias. No particular, existe entre os sujeitos do processo e o segurado (até então terceiro), relação fundada nos mesmos fatos jurídicos que compõem a causa de pedir na demanda que deu origem ao

24. Em casos com este, recomenda-se recorrer à regra interpretativa contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."
25. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 24.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 343 1/2/2007, 08:52

processo. De um lado, temos a obrigação contratual do segurador de indenizar, de outro, a responsabilidade civil aquiliana do agente, ambas decorrentes do dano causado.

Por oportuno, convém aqui reforçar que a legitimidade estabelecida pelo Código Civil ao segurador para figurar no pólo passivo da demanda proposta pela vítima não afeta a responsabilidade civil do causador do dano, tampouco confere a este último alguma espécie de benefício de ordem, impedindo que lhe seja cobrada a indenização antes de ter sido esta pleiteada perante o segurador. Existe, na realidade, a possibilidade de cobrar o montante indenizatório tanto do causador do dano quanto do segurador, observado, quanto a este último, o limite previamente estipulado. Também é certo que a cobrança direta ao causador do dano deve estar fundada na alegação de culpa deste.

Na hipótese do art. 788 do Código Civil, o segurado, terceiro[26] em relação àquele processo, tem contra si uma demanda formulada, ingressando no processo coativamente, aplicando-se a ele, doravante, todos os regramentos relativos às partes no processo, ficando sujeito aos ônus, prerrogativas e à eficácia da norma concreta a ser produzida. Essa é uma noção fundamental, e que independe da possibilidade de enquadramento da nova intervenção em uma das hipóteses do Código de Processo Civil. A despeito de existirem regras comuns, no entanto, um terceiro interveniente pode ingressar no processo assumindo diversas posições, e sujeitando-se a regimes jurídicos igualmente distintos. Retornamos, pois, às possíveis posições do segurado interveniente ao integrar o processo quando citado por provocação do segurador. Verifica-se configurada uma e outra espécie conforme seja possível ou não ao segurador eximir-se da obrigação alegando a não contratação ou o descumprimento contratual.

Nas restritas hipóteses em que a lei autoriza a intervenção, abre-se a possibilidade de ampliar subjetivamente uma relação processual já existente, transformando em parte um sujeito que até então não a integrava. Ingressando no processo, podemos identificar duas possíveis posições para o segurado referido no parágrafo único do art. 788 do Código Civil. A primeira possibilidade é tornar-se litisconsorte simples do réu, podendo ser condenado a indenizar caso comprovado o descumprimento contratual. Assim, a condenação de um dos litisconsortes exclui, necessariamente, a do outro, diante da exceção de contrato não cumprido.

26. O conceito de terceiro é obtido por exclusão. Serão terceiros em relação a determinado processo todas as pessoas que nele não atuam na qualidade de parte, entendida esta última em seu aspecto puramente processual. A partir de uma das modalidades de intervenção de terceiro, previstas no sistema processual, passa a figurar como parte do processo alguém que não o era na demanda inicial, seja por iniciativa própria, por iniciativa de alguma das partes originárias, ou até mesmo por determinação judicial.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 344 1/2/2007, 08:52

Quando a alegação de descumprimento contratual apresentada pelo segurador for insuficiente para eximi-lo da obrigação de indenizar, o terceiro ingressa no processo para responder à pretensão regressiva daquele, que deve efetuar o pagamento da indenização mesmo que o liame contratual não esteja perfeito. Neste caso, a procedência da ação principal certifica apenas a obrigação do segurador face ao autor, que, aliás, poderia ter dirigido sua demanda também ao causador do dano e não o fez. Em ambas as hipóteses, cabe ao interveniente tentar provar o cumprimento contratual diante acusação de inadimplemento, já que o autor é completamente alheio a este fato[27]. Caso infundada a alegação, cumpre ao segurador, e não ao segurado, responder pela indenização.

Eis, portanto, as duas posições que pode assumir o segurado na hipótese do art. 788 do Código Civil, determinantes do regime de intervenção a ser aplicado.

4. A INTERVENÇÃO DO TERCEIRO DO ART. 788 DO CÓDIGO CIVIL E OS SEGUROS DE RESPONSABILIDADE LEGALMENTE OBRIGATÓRIOS

Da interpretação do parágrafo único do art. 788 do Código Civil não há como extrair a idéia de proibição da exceção de contrato não cumprido, havendo, para tanto, apenas a condição de ser o segurado citado para integrar a relação processual. Salvo o disposto em lei específica, o legislador admite, portanto, a possibilidade de o segurador lançar mão da exceção e de ser esta considerada fundada, acarretando, em conseqüência, a desobrigação por parte do segurador.

Sendo assim, o ingresso do terceiro na demanda – aqui posta pelo legislador como condição à alegação de inadimplemento contratual – poderá revelar, a depender da procedência ou não da exceção, quem deverá ser o verdadeiro responsável pelo pagamento da indenização, na eventualidade de uma condenação.

Com o ingresso do segurado, "há garantia de que, rejeitada a pretensão contra o segurador, terá aquele de responder em face de sua desídia no cumprimento do contrato de seguro".[28] A sentença pode reconhecer a responsabilidade do segurador em caso de adimplemento contratual pelo segurado, ou excluí-la, caso contrário.[29] E aqui podemos ir além: dentro do limite de valor estabelecido para

27. Provar o adimplemento é, inclusive, do seu interesse, ja que o adimplemento por parte do segurador resguarda, a principio, o seu patrimônio, assegurada a possibilidade de ser cobrado pelo valor que exceder o seguro.
28. TZIRULNIK, Ernesto. *Do Contrato de Seguro de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro.* São Paulo: RT, 2003, p. 149.
29. Idem, p. 149.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 345 1/2/2007, 08:52

o respectivo seguro obrigatório, responde ele objetivamente. É possível, portanto, que a condenação recaia sobre qualquer um dos dois litisconsortes, jamais sobre ambos, já que, caso fundada a exceção, repita-se, o segurador estará desobrigado.

Ao ser citado para integrar o contraditório, numa autêntica ampliação subjetiva ulterior por provocação do réu, não há dúvida que o segurado passa a assumir a condição de litisconsorte daquele. Trata-se, evidentemente, de um litisconsórcio passivo imposto ao autor pelo réu.

Importante ressaltar que a afirmativa de que há formação de litisconsórcio não exclui a constatação de que se trata de uma intervenção de terceiro, haja vista a relação existente entre ambos os institutos. Sobre tema, convém examinar o pensamento de Cândido Dinamarco:

> "Não há separação absoluta entre o litisconsórcio e os institutos que integram a intervenção de terceiros. Litisconsórcio é a situação criada pela presença de dois ou mais sujeitos em um dos pólos processuais, não importando se o sujeito já nasceu assim por força da demanda inicial ou se lhe foram acrescidos outros sujeitos durante sua tramitação. Intervenção é a própria entrada de alguém no processo pendente. Pela intervenção, em alguns casos, forma-se o litisconsórcio – como é o caso do chamamento ao processo, com o qual o réu postula a inclusão de outro sujeito a seu lado, como réu também (litisconsórcio passivo ulterior)"[30].

O fato de estar autorizado ao réu impor ao autor um litisconsorte passivo poderia levar à conclusão de que a modalidade de intervenção do art. 788 do Código Civil deve ser classificada como chamamento ao processo, já que, no regime de intervenção de terceiros do Código de Processo Civil, somente através desse instituto poderá o réu impor ao autor da demanda um litisconsórcio passivo.

Contudo, acreditamos que se trata de uma modalidade nova, assemelhando-se ao chamamento ao processo (em razão da formação do litisconsórcio por iniciativa do réu), porém com algumas peculiaridades. É que as hipóteses de chamamento ao processo previstas no Código de Processo Civil fundamentam-se na solidariedade, razão pela qual uma eventual condenação poderá atingir chamado e chamante[31]. Aqui não existe solidariedade, mas obrigações concorrentes, oriundas do mesmo fato, e excludentes entre si, sendo que uma eventual condenação será dirigida apenas a um deles, segurador ou causador do dano. O disposto no art. 80

30. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2. p. 278.
31. DIDIER JR., Fredie. Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva. 5 ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2005, p. 330.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 346 1/2/2007, 08:52

do Código de Processo Civil [32], que reputamos ser a finalidade precípua do chamamento ao processo, não será aqui aplicável, exatamente em razão da inexistência de solidariedade.

Assim, podemos afirmar que, no que se refere à generalidade dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, a hipótese do art. 788, parágrafo único, do Código Civil se assemelha bastante ao regramento conferido ao chamamento ao processo no Código de Processo Civil. O mais correto, portanto, é afirmar que se trata de uma autorização legal à formação de litisconsórcio passivo ulterior por iniciativa do réu.

5. A INTERVENÇÃO DE TERCEIRO DO ART. 788 DO CÓDIGO CIVIL E O SEGURO DPVAT

Conforme o disposto no art. 7º da lei 6194/74, o pagamento da indenização por dano pessoal decorrente de acidente envolvendo veículo automotor de via terrestre independe da contratação do seguro ou pagamento do prêmio. Assim, ao contrário do que ocorre com os demais seguros obrigatórios de responsabilidade civil, a regulamentação do DPVAT impossibilita o segurador de eximir-se da obrigação de indenizar em função da alegação de inadimplemento contratual. Tal vedação garante ao DPVAT tratamento diferenciado no que se refere a análise da modalidade de intervenção de terceiro prevista pelo parágrafo único do art. 788 do Código Civil.

De modo a assegurarmos a correta compreensão da aplicação do dispositivo em comento ao DPVAT, faz-se imprescindível a análise do alcance do vocábulo "exceção" ali referido. Ao tratarmos da aplicação do referido artigo à generalidade dos seguros obrigatórios, consideramos "exceção" no sentido substancial. Naquelas hipóteses, ao opor a exceção de contrato não cumprido, o que o segurador pretende é neutralizar a eficácia da pretensão exercida pela vítima. Dessa forma, a procedência da alegação terá por conseqüência a sua desobrigação perante o autor da demanda.

Aqui, tem-se uma situação diversa, pois, diante do disposto no art. 7º da lei 6194/77, o descumprimento contratual por parte do causador do dano não tem condão de afastar a obrigação de indenizar do segurador. Presentes os demais elementos – ocorrência do dano e nexo de causalidade (art 5º da lei 6194/74) – a obrigação subsiste.

---

32. "Art. 80. A sentença, que julgar procedente a ação, condenando os devedores, valerá como título executivo, em favor do que satisfizer a dívida, para exigí-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 347 1/2/2007, 08:52

Tal peculiaridade impõe, no particular, interpretação diversa para a expressão "exceção de contrato não cumprido" prevista no parágrafo único do art. 788, que, aqui, não representa uma exceção substancial, não havendo a possibilidade de retardar ou impedir a eficácia jurídica da pretensão.

O parágrafo único do art. 788 do Código Civil não permite que, nos casos envolvendo o DPVAT, o segurador possa valer-se da exceção substancial de contrato não cumprido de modo a eximir-se do pagamento da indenização, tal como ocorre nos demais seguros obrigatórios de responsabilidade. Conclui-se, pois, que, nessa hipótese, o segurador poderá alegar o descumprimento contratual para exercer a sua pretensão regressiva no bojo do mesmo processo.

Diante disso, impõe-se questionar se já não estaria o segurador autorizado ao exercício do seu direito de regresso no bojo do mesmo processo por força do art. 70, III, Código de Processo Civil, que prevê a denunciação da lide "àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda". A questão é, no entanto, controvertida, passando pelo exame da extensão do disposto no referido inciso, dividindo-se a doutrina entre aqueles que consideram que a hipótese é ampla, ou deve ser interpretada restritivamente.[33]

De acordo com aqueles que defendem a concepção restritiva "não é permitida, na denunciação, a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja responsabilidade decorrente da lei e de contrato".[34] Assim, a denunciação da lide somente seria possível para que o denunciado preste ao denunciante a garantia a que se obrigou, quando lhe transmitiu direito pessoal.

Adotando posição diametralmente oposta, a corrente ampliativa defende que a expressão "ação regressiva" (inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil) possui sentido bastante amplo, garantindo maior abrangência ao dispositivo, que deve ser aplicado não somente às situações de garantia própria como às hipóteses de simples direito de regresso (garantia imprópria). Além dos argumentos que privilegiam a economia processual, a concepção ampliativa encontra força na mudança legislativa operada no procedimento sumário, que passou a admitir a intervenção fundada em contrato de seguro (art. 280 do Código de Processo Civil).

33. Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva.* 5 ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2005, p. 310/320.
34. GRECO FILHO, Vicente. A Intervenção de terceiros. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 91.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 348 1/2/2007, 08:52

Contudo, apesar da concepção ampliativa ser mais prestigiada doutrinariamente, a problemática em torno da admissibilidade da denunciação da lide não encontra fácil solução.

Diante da inexistência de vedação legal expressa, Fredie Didier Jr. conclui pela impossibilidade de "obtenção de soluções apriorísticas ou abstratas" e pela necessidade da apreciação em concreto da admissibilidade da denunciação da lide em hipóteses de simples direito de regresso, sendo que:

> "O magistrado, aplicando o principio da proporcionalidade, verificará, no caso concreto, se a admissão da denunciação da lide pode comprometer a rápida solução do litígio, a ponto de não valer a pena a economia processual que por ela se busca alcançar (…)".

Ao analisarmos a problemática acima posta, podemos concluir que, apesar da necessidade de verificação, caso a caso, da admissibilidade da denunciação da lide nas situações em que há garantia imprópria, o parágrafo único do artigo 788 encerra essa discussão para as causas envolvendo seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios em que a responsabilidade do segurador subsiste independentemente do cumprimento contratual.

Diante disso, concluímos ser admissível a denunciação da lide ao estipulante na ação direta proposta pela vítima contra o segurador nas causas envolvendo o seguro DPVAT[35] . Cumpre-nos ressaltar que, a despeito da evidente relação existente entre o causador do dano – também responsável pelo ressarcimento – e a vítima, no caso dos seguros obrigatórios de responsabilidade, o que, aparentemente vai de encontro à regra da denunciação da lide (de inexistência de relação entre o denunciado e o adversário da parte que formulou a denunciação), não se pode atribuir a esse fato a impossibilidade de caracterização da intervenção de terceiro do art. 788 como denunciação da lide.

É que, embora indiscutível, na espécie, a existência de relação material entre o denunciado e o adversário do denunciante, o pedido de reparação contra o segurador estaria fundado em pressuposto fático (elemento da causa de pedir) diverso do qual estaria fundada uma eventual reparação pelo causador do dano, com requisitos também diversos para que seja considerado procedente.

Demandar contra o segurador com base na lei 6194/74 exige, a teor do art. 5º, apenas simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa. Caso o mesmo pedido fosse formulado contra o causador do

35. Convém lembrar que, a despeito da redação do *caput* do art. 70 do Código de Processo Civil, a denunciação da lide não seria, nesse caso, obrigatória para o segurador, assim como não o é na generalidade dos casos fundados no inciso III referido dispositivo.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 349 1/2/2007, 08:52

dano, a culpa seria elemento imprescindível da causa de pedir. A existência de relação jurídica entre o denunciado e o adversário do denunciante é inquestionável, porém não se trata da mesma relação que se discute em juízo. Acrescente-se que, havendo culpa exclusiva da vítima, a relação entre esta e o segurado sequer teria surgido, já que apenas o segurador responde objetivamente.

Ainda sobre o tema, importante lembrar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.960, de autoria de Ricardo Fiúza, propondo alterações na redação de diversos dispositivos do Código Civil. O projeto inclui uma mudança no parágrafo único do art. 788, que passaria a ter a seguinte redação:

> "Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, cabendo a denunciação da lide para o direito de regresso".[36]

A nova redação, sugestão de Jones Figueiredo Alves, encontra justificativa, segundo o próprio jurista, exatamente na problemática criada em torno do seguro DPVAT[37]. Prevalecendo a proposta, o benefício conferido ao segurado e às vítimas de acidentes de trânsito seria estendido para todos os seguros obrigatórios de responsabilidade civil, ficando o segurador impedido de opor exceção de contrato não cumprido em qualquer situação. Quanto ao seguro DPVAT, no entanto, a nova redação não traria novidade alguma, pois apenas consagra a melhor interpretação já vigente, tendo em vista o seu regramento diferenciado.

6. A INTERVENÇÃO DE TERCEIRO DO ART. 788 DO CÓDIGO CIVIL E A ESCOLHA DO PROCEDIMENTO

No procedimento comum, os litígios decorrentes da cobrança de seguros, relativamente aos danos causados em acidente de veículo processam-se, por força do art. 275, II, *e*, do Código de Processo Civil, segundo o rito sumário.[38] Não bastasse a disposição expressa no Código de Processo Civil, as leis que regem o seguro DPVAT e o seguro obrigatório do proprietário de embarcações indicam também a observância do procedimento sumário.[39]

---

36. ALVES, Jones Figueiredo. In FIUZA, Ricardo (org). *Novo Código Civil comentado.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 714.
37. Idem. p. 714.
38. Em acidentes em que resulte morte, a doutrina diverge a respeito da necessidade do processo de conhecimento, já que, de acordo com o art. 585, II, CPC, o contrato de seguro seria título executivo extrajudicial. Domingos Afonso Kriguer Filho (*Seguro no Código Civil,* cit, p. 2004) notícia que a via execucional do seguro obrigatório constitui-se em processo inadequado. Como estamos tratando de ação direta da vítima (e não do contratante) contra o segurador, a questão perde relevância, já que o beneficiário do seguro jamais terá em mãos um contrato que possa embasar uma execução.
39. Lei 6194/74, art. 10; Lei 8374/91, art. 12.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 259 1/2/2007, 08:52

Convém destacar que, a despeito da proibição de intervenção de terceiros nesse procedimento, as intervenções fundadas em contrato de seguro são expressamente excepcionadas pelo art. 280 do Código de Processo Civil, na redação dada pela lei 10.444/2002. O dispositivo permissivo foi propositalmente genérico, não apontando uma modalidade específica de intervenção, mas apenas referindo-se a "intervenção fundada em contrato de seguro".

Tal raciocínio não se aplica, porém, nos Juizados Especiais, cujo procedimento, estruturado especialmente com base nos valores da celeridade e simplicidade, não admite qualquer forma de intervenção de terceiro no processo. O problema é que o art. 3º, II, da lei 9.099/95 estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Cíveis em razão da matéria remetendo exatamente ao art 275, II do Código de Processo Civil. Nesses casos, portanto, a lei confere ao autor a faculdade de optar pelo procedimento.[40]

Uma análise apressada pode levar à conclusão de que a impossibilidade de trazer à relação processual o segurado na ação direta da vítima contra o segurador, proibiria o réu de alegar a exceção de contrato não cumprido, posto que não foi possível atender à condição imposta pelo Código Civil. Não é o que pensamos.

A despeito das opiniões em contrário, o procedimento simplificado dos Juizados Especiais é opcional, cabendo ao autor optar pelo rito da lei 9.099/95 ou recorrer ao procedimento comum. [41]

Assim, não se pode admitir que, cabendo a escolha ao autor, que poderia ter optado pelo procedimento sumário, esteja o réu, no caso dos Juizados Especiais, impedido de exercer plenamente sua defesa. Conquanto impossível atender à condição imposta pelo parágrafo único do art. 788 do Código Civil, parece perfeitamente admissível a argüição da exceção de contrato não cumprido, desde que não haja óbice em legislação específica daquela modalidade de seguro obrigatório.

De acordo com a proposta interpretativa aqui apresentada, no entanto, a proibição de intervenção de terceiros nos Juizados Especiais não trará, no particular, grandes conseqüências práticas. É que a maioria dos processos relativos aos seguros de responsabilidade obrigatórios, em trâmite nos Juizados Especiais, refere-se exatamente ao DPVAT. Nestes, como vimos, o descumprimento

40. Não bastasse a competência em razão da matéria, o valor do seguro DPVAT será sempre inferior ao teto do valor da causa nos juizados especiais.
41. Confirmando nosso posicionamento, DIDIER JR., Fredie e SODRÉ, Eduardo. *Direito Processual Civil.* Vol 3: Procedimentos Especiais e Juizados Especiais Cíveis. Salvador: *Jus*PODIVM, 2004, p. 209.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 351 1/2/2007, 08:52

contratual pelo segurado não exime o segurador da obrigação perante a vítima, servindo apenas como fundamento para a ação de regresso. Optando o autor pelo procedimento da lei 9.099/95, o segurador exercerá o seu direito de regresso pela via comum, em processo próprio.

7. CONCLUSÃO

O *caput* do art. 788 do Código Civil de 2002 consagrou a possibilidade de ação direta da vítima contra o segurador para cobrança dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil. O parágrafo único, por sua vez, impõe a citação do denunciado como condição para a oposição de exceção de contrato não cumprido, configurando hipótese legal de intervenção de terceiro no processo.

A expressão "exceção de contrato não cumprido" deve ser entendida com cautela, já que pode haver seguro obrigatório de responsabilidade civil, em que – a exemplo do DPVAT – a alegação de contrato não cumprido não afeta o direito exigido em juízo. Por essa razão, torna-se imperativo analisar a intervenção de terceiro do art. 788 em duas etapas, conforme características específicas de cada seguro.

Na maior parte dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, o descumprimento contratual constitui exceção substancial, com possibilidade de afastar a responsabilidade do segurador. Nestes casos, o segurado integra o processo na condição de litisconsorte, podendo a condenação atingí-lo, caso efetivamente não tenha sido diligente no cumprimento contratual. Aqui, a intervenção de terceiro se assemelha ao chamamento ao processo, porém a ela não se aplica todo o regramento dos artigos 77 a 80 do Código de Processo Civil. Trata-se, portanto, de nova modalidade de intervenção de terceiro além daquelas já previstas no sistema processual.

No caso dos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios em que a responsabilidade do segurador independe do cumprimento contratual, o parágrafo único do art. 788 pouco inova, já que não objetiva permitir que o segurador se utilize do descumprimento contratual como argumento de defesa. Assim, ainda que a alegação de inadimplemento contratual não exima o segurador da obrigação de indenizar, o referido dispositivo legal permite o exercício do seu direito de regresso perante o segurado faltoso no mesmo processo, o que se dará mediante denunciação da lide. Conclui-se que o art. 788 do Código Civil consagra a interpretação ampliativa do art. 70, III do Código de Processo Civil, abrangendo também essa hipótese de direito de regresso. Prevalecendo a redação proposta pelo Projeto de Lei nº 6.960, tal interpretação passa a estender-se a todos os seguros obrigatórios de responsabilidade civil.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 352 1/2/2007, 08:52

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Jones Figueredo. *Novo Código Civil comentado.* FIUZA, Ricardo (org). São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVIM, Pedro. *Responsabilidade Civil e Seguro Obrigatório.* São Paulo: RT, 1972

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Algumas regras do Novo Código Civil e sua repercussão no processo: prescrição, decadência etc". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n.5.

DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 11, t.1.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva.* 5. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2005.

_____. "Da exceção: O direito de defesa e as defesas". *Revista Jurídica dos formandos em Direito da UFBA. Salvador: Faculdade de Direito da UFBA.* EDUFBA, 2004, v. 8.

DIDIER JR., Fredie e SODRÉ, Eduardo. *Direito processual civil: procedimentos especiais e juizados Especiais Cíveis*. Salvador: *Jus*PODIVM, 2004, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3;

GRECO FILHO, Vicente. *A Intervenção de terceiros.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

KRIGER FILHO, Afonso. *O Contrato de seguro no direito brasileiro.* Niterói: Labor Júris, 2000.

_____. *Seguro no Código Civil.* Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

MARENSI, Voltaire. *O contrato de seguro à luz do novo Código Civil.* 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

MARTINS, Rafael Tarega. *Seguro DPVAT.* Campinas: LZN, 2003.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

RIZARDO, Arnaldo. *Contratos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES NETO, Nelson. "A figura do estipulante na ação direta da vítima no seguro obrigatório de responsabilidade civil". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil.* DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). São Paulo: RT, 2004. p. 697-720.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas.* 27. ed. São paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

SHIH, Frank Larrúbia. *Temas relevantes de direito securitário***.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 353 1/2/2007, 08:52

THEODORO JR., Humberto. *O Novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual.* Disponível em:<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo52.htm>. Acesso em 22 out. 2004, 11:04:00.

TZIRULNIK, Ernesto. *Do contrato de seguro de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro.* São Paulo: RT, 2003.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 354 1/2/2007, 08:52

CAPÍTULO XVIII
ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO INCAPAZ

William Santos Ferreira[*]

Sumário • 1. Aspectos Materiais da responsabilidade patrimonial do Incapaz. 2. Aspectos Processuais do art. 928 do Código Civil. 2.1. Inimputabilidade: dívida e responsabilidade patrimonial. 2.2. Sentença Condicional? 2.3. Liquidação por artigos. Bibliografia.

1. ASPECTOS MATERIAIS DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO INCAPAZ

O Código Civil trouxe uma grande novidade no âmbito da responsabilidade, que poderia ser genericamente denominada de responsabilidade *subsidiária* (*rectius*: patrimonial) do incapaz.

A grande polêmica está na definição de qual a teoria da responsabilidade, objetiva ou subjetiva, aplicável à situação concreta do incapaz, esculpida no art. 928 do Código Civil.

Antes de adentrar propriamente no tema, sinto a necessidade de aguçar meu espírito crítico e, para tal, excepcional é a explicação de WILSON MELO DA SILVA quando trata, em obra de 1974, dos atos lesivos causados por incapazes, dizendo que com base na "(teoria clássica) jamais se poderia considerar culpado quem não estivesse no livre gozo de suas faculdades mentais, vale dizer, de uma vontade desembaraçada, não maculada, não defeituosa… Quem viesse a se tornar vítima das ações do louco, já dizia ULPIANO ao tempo dos romanos, é como se tivesse sido danificado por um cataclisma ou pelo vento [ou seja, simples fortuito]… O fortuito a ninguém obriga. É filho do azar. E, com isso, os adeptos da culpa clássica queriam significar apenas que, na pureza de seus princípios e de suas lógicas conseqüências, não se podia fazer imputar a nenhum mentecapto, pelo fato de seu nenhum discernimento, vale dizer, por uma culpa, no caso, materialmente impossível de se conceber"[1].

---

* Advogado. Mestre e doutorando pela PUC-SP. Professor nos Cursos de Graduação e Pós-graduação na PUC-SP e na Universidade Cid. de São Paulo. Membro Benemérito da Academia Brasileira de Direito Processual Civil e Membro Efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

1. *Responsabilidade sem culpa*, p. 155.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 355 1/2/2007, 08:52

Enfim, a vítima era "filha do azar", já que não teria como responsabilizar o louco, sua situação equivaleria à vítima de um "cataclisma".

É diante da evolução *crítica* deste raciocínio clássico que se chega aos objetivos do artigo 928 do Código Civil:

> Título – DA RESPONSABILIDADE CIVIL
>
> Capítulo I – Da Obrigação de Indenizar
>
> ***Art. 928.*** *O incapaz responde pelos prejuízos que causar,* se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.
>
> *Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo,* que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

MARIA HELENA DINIZ[2], ao tratar da imputabilidade, assevera:

> "A imputabilidade, elemento constitutivo de culpa, é atinente às condições pessoais (consciência e vontade) daquele que praticou o ato lesivo, de modo que consiste na possibilidade de se fazer referir um ato a alguém, por proceder de uma vontade livre. Assim, são imputáveis a uma pessoa todos os atos por ela praticados, livre e conscientemente. *Portanto, ter-se-á imputabilidade, quando o ato advier de uma vontade livre e capaz. Para que haja imputabilidade é essencial a capacidade de entendimento (ou discernimento) e de autodeterminação do agente"* .

AGOSTINHO ALVIM[3] faz alusão aos sistemas jurídicos que prescrevem "a indenização sempre que o contrário resulte em injustiça", especialmente na hipótese de dano produzido por agente incapaz (privado de discernimento) quando seus representantes não responderem eficazmente ou não tenham culpa no evento danoso.

Vemos aqui a fonte provavelmente utilizada pelos responsáveis pela redação do art. 928.

Para WILSON MELO DA SILVA[4] a "afetação" do patrimônio do incapaz em casos de ilícitos por ele praticados decorre das "necessidades sociais, a eqüidade e, para muitos, até mesmo o bom senso como que impunham não ficassem irressarcidos os danos levados a efeito pelas pessoas privadas de discernimento".

Antes de mais nada, "responder pelos prejuízos" não pode ser o mesmo que "ser responsável pelo evento danoso". Vou procurar ao longo deste trabalho explicar melhor este ponto de vista.

---

2. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7, p. 46.
3. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 254.
4. *Responsabilidade sem culpa.,* p. 87

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 356 1/2/2007, 08:52

A regra no Código Civil é de que o incapaz não responde por seus atos, tanto que os pais respondem na hipótese do art. 932, I, isto é, se o filho menor estiver "sob sua autoridade" e "em sua companhia"; o mesmo ocorrendo com os tutores e curadores (932, II).

A *inimputabilidade* e a ausência de *dever jurídico* precisam ser bem analisadas.

Como lecionam com precisão CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e SÉRGIO CAVALIERI FILHO, "não há responsabilidade sem violação de dever jurídico"[5] e continuam observando que "a violação do dever implica no agente uma qualidade que é a *imputabilidade*".

Por que, então, o incapaz responde nos termos do art. 928?

A razão é: porque alguém precisa *pagar a conta*.

Dentro de algumas condições, não é crível que "a conta" fique justamente com a vítima, especialmente se o incapaz possuir patrimônio considerável.

Imagine-se o caso de absolutamente incapaz (art. 3º, CC) que recebeu uma grande herança, cujo responsável não possui patrimônio. Saindo com o carro, menor ainda, e matando uma pessoa, é razoável que os filhos da vítima não consigam obter uma indenização, alimentos?

É claro que não. Para hipóteses como esta é que o art. 928 deve ser ministrado, embora com dosagens variáveis conforme as necessidades e possibilidades dos envolvidos, que deverão ser consideradas utilizando-se a *eqüidade* (parágrafo único, art. 928).

Interessante se observar que o Código Civil dos Soviets expressamente admitia, em interpretação combinada dos seus arts. 405 e 406, que o incapaz reparasse o dano, devendo o Tribunal "levar em conta sua situação de fortuna e a da vítima", que é, *mutatis mutandis*, o espírito do art. 928.

No Código Civil dos Soviets, conforme traduzido por NONATO DA CRUZ[6], em 1933:

> Art. 405. A pessoa incapaz, excluídos os casos previstos no artigo 9º do presente Código, não responde pelos danos causados, respondendo por ela a pessoa encarregada de vigiá-la.

5. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XIII, p. 157.
6. *Codigos Civis dos Soviets (U.R.S.S.) Anotados, Comentados e Comparados com a Legislação Brasileira*, Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F. Editor, 1934.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 357 1/2/2007, 08:52

> Art. 406. No caso de isenção da reparação previsto pelos artigos 403 a 405 do presente Código, o causador do dano pode, no entanto, ser obrigado a repará-lo, devendo o Tribunal levar em conta sua situação de fortuna e a da vítima.

Finalmente, no referido Código Civil, vê-se a preocupação com a obrigação *in natura* e, apenas de forma secundária, a compensação financeira:

> Art. 410. A reparação do prejuízo deve consistir em restabelecer a situação anterior e, na medida em que este restabelecimento não seja possível, a compensar as perdas causadas.

AGOSTINHO ALVIM, na sua célebre "Da inexecução das obrigações e suas conseqüências"[7], já demonstrava que esta mesma posição (responsabilização *patrimonial* do agente incapaz como imposição da *eqüidade*) era adotada por outros países, como é o caso dos Códigos Civis: Suíço (livro V – art. 54, parágrafo 1º – "responsabilidade das pessoas incapazes de discernimento"), Alemão (§ 829 que trata da "responsabilidade eqüitativa") e o Italiano (art. 2047 – "prejuízo ocasionado pelo incapaz").[8]

Por outro lado, o Código Civil Japonês[9], um pouco mais conservador, seguia a posição adotada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, que somente estabelece a responsabilidade dos pais, tutores, curadores, ou outros que estejam sob ordem daqueles:

> Artículo 712. Daños causados por un menor: El menor que cause un dano a outro no estará obligado a la indemnización de daños y perjuicios si carecia en aquel momento de la capacidad de discernimiento necesaria para asumir la responsabilidad.
>
> ***Artículo 713.*** *Daños causados por enfermos mentales: El que no sea capaz de advertir la responsabilidad de su acto a causa de su enfermedad mental no está obligado a la indemnización de daños y perjuicios, a no ser que el trastorno mental transitorio haya sido causado por él com dolo o culpa.*

O nosso atual Código Civil parece ter se baseado no ordenamento jurídico dos países desenvolvidos citados e, nos requisitos do art. 928; temos as condições para o incapaz "responder":

a) pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de ressarcimento; "ou" (partícula disjuntiva e não conjuntiva!)

b) não dispuserem de meios suficientes.

---

7. Op. cit., p. 255.
8. O que pode ser verificado com a análise dos dispositivos legais traduzidos por SOUZA DINIZ: *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações* (p. 166), *Código Civil Alemão* (p. 138-139) e *Código Civil Italiano* (p. 301).
9. Código Civil Japonês. *Estúdio preliminar, traducción y notas Rafael Domingo* – Nobuo Hayashi. P. 218.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 358 1/2/2007, 08:52

Portanto, para *alcançar o patrimônio do incapaz,* mister se faz que haja ou *ausência de responsabilidade* dos pais, tutores ou curadores ou o *patrimônio destes não seja suficiente*.

Mas em razão da necessidade, diante do 928, de não se falar na "culpa" do incapaz, corre-se o risco da simplificação e de afirmar-se que a responsabilidade do incapaz seria "objetiva", o que poderia parecer correto para afastar-se o complicador "culpa", já que do incapaz não se poderia exigir discernimento e dever de diligência.

Por outro lado, RUI STOCCO[10] apresenta ferrenha crítica ao art. 928:

> "Importa, sim, o fato de que os princípios que norteiam a responsabilidade civil e o Direito, como um todo, foram desprezados ou feridos."

E continua o Mestre:

> "Mas não há como acolher silenciosamente essa modificação sem se decepcionar e indignar, posto que se traduz em retrocesso no campo de proteção que os menores inimputáveis, os enfermos e os deficientes mentais receberam ao longo do tempo e que se impõe preservar.… Não nos sensibilizamos com a corrente que se preocupou com o fato da não-reparação dos danos causados à vítima por ato de 'amental', em razão de sua inimputabilidade, pois se no Código anterior esse perigo não rondava, mesmo com a previsão de que apenas os pais respondiam pelos atos de seus filhos absolutamente incapazes, no Código atual a só responsabilização desses incapazes não assegura, nem dá certeza de satisfação do dano, pois o mecanismo estabelecido mostra-se falho, podendo tornar a vítima irressarcida, bastando que nem o incapaz, nem o seu responsável tenham condições financeiras para indenizar, segundo o sistema de eliminação estabelecido no art. 928, como se verá adiante".

RUI STOCCO[11] ainda faz importante observação em relação à responsabilidade objetiva, que é um dos pontos que pretendo tratar: "Não obstante, reafirmamos nossa reprovação, pois o sistema da responsabilidade objetiva ou sem culpa significa apenas que a lei elege ou escolhe um responsável pela reparação, ou seja, terceira pessoa que não seja o autor do fato material. Mas não se pode imputar ao próprio autor do fato responsabilidade objetiva se esta pessoa não tem discernimento, não sabe o que está fazendo, não entende o caráter ilícito do fato, nem consegue determinar-se de acordo com esse entendimento."

Em relação à classificação como responsabilidade objetiva do incapaz: se uma pessoa absolutamente capaz responde no sistema jurídico apenas quando

10. Responsabilidade Civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro, *in* Estudos em Homenagem ao Bicentenário Do Código Civil Francês, in http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco.doc.
11. Op. cit.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 359 1/2/2007, 08:52

houver dolo ou culpa (art. 927, *caput*), como se afirmar que o incapaz responde objetivamente, ou seja, sem culpa? Estará ele numa situação pior que o capaz?

O objetivo da lei é o reequilíbrio patrimonial, respondendo por tal aquele que foi o culpado *lato sensu* pelo evento danoso, logo, tanto o capaz como o incapaz respondem na hipótese de dolo ou culpa, no entanto, em relação ao incapaz esses elementos são apreciados no plano objetivo (ato imprudente etc.); não que o incapaz tenha dever de prudência (e outros), mas quando no plano objetivo isto se verifica, como dirigindo veículo, ultrapassar farol vermelho, dirigir na contramão, entre outros, se o agente fosse capaz, estes dados seriam suficientes para a responsabilização, no caso do incapaz estes dados *objetivos* serão considerados[12] , todavia para que alcance o patrimônio do incapaz, até por uma questão de justiça, deverão ser considerados *também* os requisitos lançados no art. 928 do CC.

Com isso, o sistema assim interpretado estabelece um *plus* para o alcance do patrimônio do incapaz em relação a um agente capaz para o mesmo evento danoso e é aqui, neste ponto, aonde noto um autêntico divisor de águas entre o regime de responsabilização pelo *ilícito penal* e aquele estabelecido não para responsabilização no sentido punitivo, mas de *recomposição*, *eqüidade*, e até *proporcionalidade* em relação a um evento que teria como agente o inimputável e cuja conta ficaria com a vítima, mesmo que esta conta pudesse ser paga sem qualquer sofrimento não pelo incapaz, mas pelo seu patrimônio.

Teríamos aqui, até em última análise, no não alcance do patrimônio do incapaz, uma violação ao princípio do devido processo legal, cujo mote é a proteção da vida, da liberdade e da propriedade.

O legislador não foi feliz quando utilizou a terminologia genérica "responsabilidade do incapaz", porque a moderna doutrina processual já separa a "dívida" da "responsabilização patrimonial", demonstrando que mesmo aquele que não é devedor, pode ter seu patrimônio alcançado nas *hipóteses legalmente estabelecidas*.

Como leciona ORLANDO GOMES[13], ressalvando que sua posição não está imune a críticas, que:

> "…distinguem-se, no conceito de *obrigação*, os de *debitum* e *obligatio*… ao se decompor uma *elação obrigacional*, verifica-se que o direito de crédito tem como fim imediato uma prestação, e *remoto*, a sujeição do patrimônio do devedor… ao *dever de prestação* corresponde o *debitum*, à *sujeição*, a *obligatio*, isto é, a *responsabilidade*… Em princípio, há coincidência entre *debitum* e *obligatio*, por evidente

12. Neste mesmo sentido VARELA, Antunes. apud DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil.,* vol. XIII, Ed. Forense, p. 161.
13. *Obrigações*, 16 edição, pp. 18/19.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 360 1/2/2007, 08:52

> que a responsabilidade se manifesta como conseqüência do débito. Há situações, porém, nas quais a decomposição se impõe para clarificar a exposição dogmática de vários institutos e pontos do direito das Obrigações. Existem obrigações sem a coexistência dos dois elementos."

Processualmente, HUMBERTO THEODORO JUNIOR[14] observa:

> "A obrigação, como dívida, é objeto do direito material. A responsabilidade, como sujeição dos bens do devedor à sanção, que atua pela submissão à expropriação executiva, é uma noção absolutamente processual. No direito substancial, dívida e responsabilidade podem estar separadas… No direito processual, vai-se mais longe e admite-se até a responsabilidade patrimonial de quem não é nem devedor nem responsável… Para o direito formal, por conseguinte, a responsabilidade patrimonial consiste apenas na possibilidade de algum ou de todos os bens de uma pessoa serem submetidos à expropriação executiva, pouco importando seja ela devedora, garante ou estranha ao negócio jurídico substancial."

Ora, quando os pais, tutores, curadores etc. respondem objetivamente pelos atos do incapaz, temos aqui os devedores e, por conseqüência, a responsabilidade patrimonial, enquanto na situação do incapaz ele não é *devedor*, porque há inimputabilidade, cuja definição é por interpretação *contrario sensu* de imputabilidade: a falta de consciência (discernimento) e de vontade livre para praticar determinado ato.

Agora, quando não exista o devedor (art. 932, I e II c/c art. 933, ambos do Código Civil) ou quando há este devedor, mas não detém patrimônio para responder, verifica-se um verdadeiro alcance do patrimônio do incapaz (com condições suspensivas).

A "culpa" (*rectius*: responsabilidade) no caso do art. 928 não pode, evidentemente, entrar pelo plano subjetivo de exigir de alguém o pensamento, a reflexão, mas sim o apontamento no plano objetivo, concreto, de atos materialmente equivalentes à culpa.

E, ainda que com uma redação inadequada, este "detalhe" está contemplado no início do art. 928 *caput*: "O incapaz responde pelos PREJUÍZOS QUE CAUSAR" e estas palavras não podem ser interpretadas como responsabilidade objetiva e apenas consideração de nexo causal e dano, porque se o incapaz, sem autorização legal, dirige mas não ultrapassa farol vermelho, não está em alta velocidade, está na mão de direção correta e por uma briga num bar com um soco uma pessoa é lançada na frente do veículo, com todo o respeito, não é possível se falar em responsabilidade objetiva.

14. *Curso de direito processual civil*, vol. II, 38 edição, p. 122.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 361 1/2/2007, 08:52

Poderiam alguns dizer que isto significaria culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, no entanto, lembro aqui que na responsabilidade subjetiva (do capaz) bastará para a improcedência da ação demonstrar ou até o autor não comprovar a culpa do réu (art. 333, I, CPC) e, neste caso, de forma contraditória e sem sentido, o ônus da prova estaria sendo imposto ao incapaz, já que àquele que alegasse ser vítima bastaria a prova do "dano" e do "nexo causal", o que seria suficiente para a responsabilidade objetiva (art. 333, I, CPC) e o incapaz teria de demonstrar culpa exclusiva da vítima ou de terceiro para não ser atingido (art. 333, II, CPC).

Não pode ser assim! E não é!

Com todo respeito, esta posição leva o incapaz, material e processualmente, a uma situação pior que a do capaz, incompatível com o sistema jurídico que visa à proteção dos interesses deste último, o que não somente feriria o princípio da igualdade como também o da razoabilidade, tornando letra morta também o disposto nos arts. 3º e seguintes do CC.

Se o incapaz, sem habilitação para dirigir, é parado em uma *blitz,* teremos aí situações infracionais no plano administrativo e até do estatuto da criança e do adolescente (se o caso), todavia, se participa de um evento danoso, estes atos infracionais isoladamente considerados não podem ser um mote para a responsabilização objetiva, pois, não representam, rigorosamente e com a precisão indispensável, prejuízo causado *pelo* incapaz, a não ser que seu ato tenha componentes que materialmente sejam equivalentes ao dolo ou à culpa, como dito antes, dirigir em alta velocidade ou dirigir na contramão, por exemplo.

Lembro-me daquela banal situação em que uma pessoa estaciona o veículo em sentido contrário à mão de direção e que um motorista conduzindo seu carro ao fazer uma manobra bate no veículo parado e pretende pelos danos acionar o proprietário do veículo porque estava na mão de direção invertida. Caberia a indenização?

A resposta é cristalina: JAMAIS, porque este ato infracional, embora passível de punição administrativa, não é isoladamente considerado culposo para justificar a responsabilização, não é elemento que integra o evento para justificar o proprietário como causador dos prejuízos.

Outro exemplo: louco em briga física com rapaz de 25 anos apenas se protege, já que todos os atos de ofensa verbais e físicas partem do capaz, no entanto, durante a tentativa de se proteger, empurra o capaz, que bate à cabeça no meio fio, o que o leva à paralisia. Aqui falaríamos em responsabilidade objetiva do incapaz ou deveríamos considerar a precisão já alcançada pela doutrina na teoria da culpa?

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 362 1/2/2007, 08:52

O autor da ação, que no caso acima, alega ser "vítima" deverá provar os elementos concretos ligados à culpa para "responsabilização" do incapaz, enquanto na responsabilidade objetiva bastaria comprovar a briga e o dano (nexo causal) e estaríamos então deste modo, quando envolver um incapaz, liberando o autor do ônus da prova relativo ao fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, CPC) e exigindo do incapaz a prova relativa à legítima defesa etc… (art. 333, II, CPC).

Na responsabilidade objetiva, a culpa não é objeto de discussão (não é sequer ônus da prova do autor) e o convite que faço aqui é para que os elementos que descrevem um ato culposo sejam considerados não como um dever infringido pelo agente (incapaz), mas como a necessidade de comprovação por parte do autor (que se diz vítima) para que alcance a responsabilização objetiva dos pais e tutores, curadores etc. ou do patrimônio do incapaz, na forma preconizada no art. 928 NCC em sintonia com o disposto no art. 333 do CPC.

Insisto, não há "culpa" no plano subjetivo do incapaz, mas que seus atos objetiva e materialmente sejam considerados da mesma forma como são exigidos para a responsabilização de pessoas capazes. Estamos então aqui falando de atos equivalentes materialmente a não tomar as cautelas necessárias para não prejudicar outrem, por exemplo.

Finalizando, o incapaz em razão da sua não consciência, por insanidade ou menor idade, não pode ter um regime jurídico, tanto no plano material quanto processual, mais gravoso do que o capaz, sob pena da sua inimputabilidade ser contraditoriamente o elemento que lhe agrava a situação e não que a amenize ou até a afaste, logo, seu patrimônio responderá quando além de cumpridos os requisitos exigidos para responsabilização de qualquer agente capaz, ainda estejam presentes os requisitos do art. 928 do CC.

Agora vamos aos aspectos processuais.

2. ASPECTOS PROCESSUAIS DO ART. 928 DO CÓDIGO CIVIL

2.1. Inimputabilidade: dívida e responsabilidade patrimonial

Tanto a responsabilidade, como patrimônio suficiente são hipóteses previstas no art. 928, que somente serão constatáveis no *curso da ação* ou até *após o processo de conhecimento*, na fase de execução, quando, *v.g.*, não forem encontrados bens suficientes dos responsáveis.

O que pretendo aclarar é que *do evento danoso, passando pelo ajuizamento da ação até o trânsito em julgado da sentença, a fase executiva e a reparação,*

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 363 1/2/2007, 08:52

não podemos considerar o disposto no art. 928 sob o plano estático, mas sim *dinâmico*, isto é, todo o longo percurso entre o dano e a reparação não é possível ser demonstrado e tratado por "uma" foto, mas sim pela filmagem de um "longa metragem" e, sem esta noção, é impossível operacionalizar o art. 928.

Quando referido artigo aponta "responsabilidade" do incapaz e traz condições suspensivas, que passam pela não responsabilidade das pessoas mencionadas no art. 932, I e II c/c art. 933 e, mesmo no caso desta responsabilização, caso eles não tenham patrimônio para responder pela obrigação, poderá incidir o art. 928, mas ainda precisarão ser constatados outros requisitos, aferíveis em momentos diversos, já que o patrimônio do incapaz somente poderá ser afetado, quando não prejudique o sustento dele ou daqueles que dele dependem, e, finalmente, ainda precisar-se-á verificar qual o montante a ser pago, definido por eqüidade.

O aspecto temporal é relevantíssimo porque tudo isto não é passível de verificação em apenas um momento específico, daí e porque devemos interpretar os dispositivos à luz das peculiaridades e momentos em que cada regra incidirá, o que certamente não envolverá uma aplicação *instantânea* do art. 928.

Ou seja, o disposto no art. 928 "vai incidindo" do evento danoso à reparação.

A precisa compreensão dos requisitos e objetivos do art. 928 não é suficiente para torná-lo efetivo, para tal fim é indispensável que o sistema processual disponha de *meios*, de *instrumentos* aptos à concretização dos objetivos do art. 928, sob pena do processo ser o obstáculo para o alcance do direito material.

Ora, se, no momento da execução, os exeqüentes do título judicial (sentença condenatória) objetivarem alcançar o patrimônio do *incapaz* (incapacidade à época dos fatos, é bom que se diga!), mas este não tenha sido incluído no pólo passivo, o título não terá sido constituído em relação a ele, não podendo, portanto, atingí-lo.

Segundo o inciso LIV do art. 5º da CF: "ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal".

Até a presença necessária do Ministério Público somente ocorrerá no processo se o incapaz integrar um dos pólos da relação jurídica.

Tanto a integração, no pólo passivo, do incapaz (que será nos autos representado se absolutamente ou assistido se relativamente incapaz – art. 7º do CPC) é imprescindível, que o parágrafo único do art. 928 do NCC preconiza: "A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, **não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem".** A *eqüidade* deverá ser aplicada considerando a situação da vítima e do agente (o incapaz) e,

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 364 1/2/2007, 08:52

sobretudo, seu patrimônio[15], sendo que a recomposição patrimonial da vítima somente será *concretizada* se o incapaz integrar o pólo passivo da ação e referidos elementos forem considerados na sentença judicial.

Mas os problemas não se encerram com a presença do incapaz no pólo passivo, este é um elemento a ser considerado quando de sua "condenação", porém o patrimônio do incapaz que permite a sua responsabilidade é o existente no momento do evento danoso, ou no curso do processo?

Acredito, nestes primeiros tempos, que o que o Código Civil prevê é a *responsabilidade patrimonial do incapaz* e não a *responsabilidade pelo evento* propriamente dito, porque se há inimputabilidade do incapaz (por exemplo, amental), prevista nos arts. 6º e seguintes, não pode ele ser responsável, porque responsáveis serão aqueles que devem dele cuidar (art. 932, I e II, NCC).

Mas se os pais, por exemplo, não forem responsáveis, isto é, não havendo responsáveis em razão de *imputabilidade* (art. 928, *caput*, primeira parte) ou, em havendo responsabilidade, o patrimônio deles não for suficiente (art. 928, *caput,* segunda parte) neste caso é que se atingirá o *"patrimônio do incapaz"*, desde que haja força patrimonial para não o privar, nem quem dele dependa, do necessário (parágrafo único, art. 928), tudo, evidentemente, a depender de contraditório para debate, análise e deliberação judicial.

Na execução, bem se distinguem, no plano jurídico, *dívida* e *responsabilidade*, para demonstrar que nem sempre o responsável pela dívida é devedor, como bem ressalta HUMBERTO THEODORO JUNIOR[16] citando ALCIDES DE MENDONÇA LIMA.[17]

E continua o processualista mineiro:

> "Nota-se, destarte, um desdobramento da obrigação em dois elementos distintos: a) um de caráter *pessoal*, que é a *dívida* ('Schuld'); e b) outro de caráter *patrimonial*, que é a *responsabilidade* ('Haftung') e que se traduz na sujeição do patrimônio a sofrer a sanção civil."[18]

Portanto, a hipótese do art. 928 não trata de "mutabilidade" ou formas de "transmudação" entre ser imputável ou inimputável, entre ser devedor ou não, aqui o incapaz é SEMPRE INIMPUTÁVEL e não é devedor, porque responde

15. Regulamentação muito similar àquela do Código Soviético já citado.
16. *Curso de direito processual civil*, vol. II, p. 45.
17. Para entender a polêmica entre a responsabilidade ser instituto de direito processual ou de direito material, ver o cuidadoso levantamento de posicionamentos doutrinadores realizado por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições de direito processual civil,* vol. 2, p. 171, especialmente nota 138.
18. Op. cit., p. 46.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 365 1/2/2007, 08:52

(propriamente) "o seu patrimônio" em alguns casos por seus atos, ainda que a redação do dispositivo legal não seja das melhores.

Têm-se aqui não *quem* (incapaz) responde, mas *o que* (o patrimônio) e *quando* (em que hipóteses) responde.

Porém, mesmo sem a "dívida", como todos os ônus pelo evento ficariam com a vítima, que não tem responsabilidade, ao contrário, somente prejuízos, há um *estado de igualdade* no plano da inexistência de "dívida", de não participação no evento danoso[19], isto é, há igualdade jurídica, em certo sentido, entre "agente" e "vítima", o que, escorado no princípio da razoabilidade não pode justificar que o prejuízo seja assumido integralmente pela vítima, se o patrimônio do "agente" (inimputável) é suficiente para "reequilibrar" os patrimônios, sem excessiva onerosidade para o inimputável, o que é graduado em termos de reequilíbrio pelo princípio da proporcionalidade, utilizando-se aqui de um binômio:

necessidade de reequilíbrio x *possibilidade* de reequilíbrio.

Estes são os interesses sopesados através da aplicação da eqüidade, da vítima e do agente, respectivamente.

A *incapacidade*, para efeito de incidência do art. 928, é a do momento do evento danoso, contudo, o *patrimônio suficiente* é o do momento de sua constrição e não antes, porque é neste momento que se deve considerar a "possibilidade" de reequilíbrio patrimonial em relação à vítima do evento; de nada adiantaria a lei expor não haver a privação do necessário para o incapaz e de quem dele dependa, se esta constatação não ocorresse no momento da *invasão patrimonial*.

Em regra, na execução se alcança os bens presentes e futuros do responsável, conforme art. 591 do CPC, o que é confirmado de maneira mais sintética pelo art. 942 do NCC:

> "Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado".
>
> Não se podendo esquecer que bens passados podem ser alcançados quando "tendo sido alienados do patrimônio do devedor, possam retornar à esfera dos bens que possam ser sujeitos à constrição judicial (no caso de ter sido a alienação em fraude contra credores ou em fraude de execução)"[20].

Mas, retomando o comentário inicial do parágrafo anterior, o patrimônio do incapaz, para efeito de incidência do art. 928, é aquele existente no momento em

19. A vítima não é devedora porque não tem participação na ocorrência do evento danoso, enquanto o incapaz não é devedor porque sua participação embora objetivamente provoque o evento danoso, pela sua inimputabilidade não se considera que violou um dever, razão pela qual não é devedor.
20. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *op. cit.*, p. 172.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 366 1/2/2007, 08:52

que caracterizadas as ocorrências do dispositivo, pois será neste momento que a solução *subsidiária* incidirá, porque do contrário, não se teria um *atingimento apenas* do *patrimônio*, mas sim de uma dívida do incapaz, o que, como vimos não existe, e portanto, não havendo esta dívida, se verificará "patrimônio" no momento da execução, como também "condições" de sustento etc.

Mas seja como for, um elemento NUNCA poderá ser desconsiderado no processo de conhecimento, a *participação* do incapaz no evento danoso, o que para alcançar o patrimônio do incapaz, deverá estar presente no pólo passivo da ação, ainda que seu patrimônio somente responda, em caráter *subsidiário* (*caput,* art. 928), *mitigado* (par. ún., art. 928), para serem atendidos os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Não podemos esquecer que, dependendo da situação concreta, mesmo durante o processo de conhecimento, poderá ocorrer necessidade emergencial de atendimento da vítima e de suas necessidades e, presentes os requisitos legais, caberá a concessão de tutela antecipada (art. 273, CPC), hipótese em que deverão ser considerados todos os requisitos do art. 928 do CC no momento da invasão patrimonial.

A participação do incapaz se dá *no momento do ato* que deverá ser verificado no curso do processo de conhecimento, até para responsabilização de seus pais, por exemplo o do art. 932, I do CC, mas a responsabilidade patrimonial só ocorrerá, se presentes as hipóteses do *caput* do art. 928 e inocorrentes as restrições do parágrafo único do mesmo dispositivo.

Normalmente a responsabilidade patrimonial sem dívida não impõe a presença do "responsável" na fase de conhecimento, porém na hipótese do art. 928 do CC como o pedido e mais especificamente a *causa de pedir* da condenação envolvem *ato do incapaz* e a incidência do art. 928 do CC, evidentemente, também se verifica em razão deste *ato*, não é admissível a responsabilização patrimonial sem a sua participação no processo de conhecimento, onde, inclusive contará com a intervenção do Ministério Público (art. 82, I, CPC).

Concluindo, a participação do incapaz no evento danoso (nexo causal + danos) deverá ser apurada em processo de conhecimento, com a participação do incapaz (se o objetivo for, por cautela e subsidiariamente alcançar o seu patrimônio), bem como a eventual ausência de responsabilidade dos pais (tutores ou curadores), sendo que neste caso a apuração se dará por sentença, que já deverá admitir ou não a participação do incapaz no evento danoso, não como certeza do alcance de seu patrimônio, mas como abertura do portal para este debate, e, nesta hipótese, se já se tiver discutido acerca do patrimônio do incapaz, a própria sentença poderá determinar a responsabilidade, não se inviabilizando, conforme o caso, a utilização da *liquidação por artigos*, justamente para se aferir o *quantum*

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 367 1/2/2007, 08:52

debeatur, isto é, a *extensão pecuniária* da responsabilidade, que deverá ser fixada com base na eqüidade de que trata o parágrafo único do art. 928 do NCC.

2.2. Sentença Condicional?

A ausência de patrimônio dos pais é uma situação que pode ocorrer ou ser constatada somente na fase de execução, até porque respondem com bens presentes e futuros (art. 591, CPC), o que não impedirá o alcance do patrimônio do incapaz, desde que tenha participado do processo, devendo a sentença condená-lo com a ressalva de não existirem bens dos responsáveis por ele e o seu patrimônio ser suficiente na forma prevista no parágrafo único do art. 928.

Mas uma decisão com as "condições" acima seria *sentença condicional*?

O artigo 572 do CPC indica um caminho para a "processualização" (perdoem-me a liberdade) do art. 928 do CC:

> Art. 572. Quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo.

Este dispositivo reconhece que a condição ou termo pode advir da relação jurídica de direito material e que, ao ser decidida pelo juiz, a execução da sentença não ocorrerá *sem a comprovação* da condição ou termo.

Então não se trata apenas de uma possibilidade a sentença estabelecer condição ou termo, mas até de uma *necessidade* oriunda da *relação jurídica de direito material!*

BARBOSA MOREIRA já nos brindou com suas reflexões sobre o tema. Inicia o processualista por ensinar o que significa condição ou termo, mencionando artigos do Código Civil então vigente:

> "'Considera-se condição a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto'; será suspensiva ou resolutiva a condição, segundo o respectivo implemento faça começar ou cessar a eficácia do ato jurídico. Não se encontra no Código Civil definição de 'termo', mas o conceito ressalta do contexto: é o acontecimento futuro e *certo* do qual depende o começo (termo inicial) ou o fim (termo final) da eficácia do ato jurídico. Impõem-se duas observações preliminares. Primeira: por motivos óbvios, aqui somente se cuida de condição *suspensiva* e de termo *inicial;* trata-se de execução *diferida,* não de execução sujeita a resolver-se"[21].

21. "Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro", in *Temas de Direito Processual – 7ª série*, Ed. Saraiva, p. 112.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 368 1/2/2007, 08:52

BARBOSA MOREIRA ainda ressalta um aparente obstáculo ao art. 572, frente ao disposto no art. 460: "A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional", mas esclarece que a lei não admite condenação subordinada a evento futuro e incerto, por isto é "indispensável que, à vista da sentença, os interessados (*rectius:* quaisquer pessoas) saibam com segurança se o réu foi ou não foi condenado".

Mas o processualista reconhece que se "a eficácia da relação jurídica de direito material foi posta, ela mesma, sob condição, em negócio celebrado entre as partes, não é dado ao órgão judicial deixar de levar em consideração a cláusula"[22]. No caso do art. 928, a imposição é legal e não de negócio jurídico, mas se adequa à lição em que BARBOSA MOREIRA conclui: "o efeito executivo é que vai depender da ocorrência do evento. O juiz não dirá 'Condeno o réu, se tal fato suceder', mas sim 'Condeno o réu, com execução subordinada à realização de tal fato'."[23] e arremata: "a condenação para o futuro, enquanto não verificada a condição ou não atingido o termo, carece de exigibilidade"[24].

Em relação à petição inicial no processo de conhecimento, no caso do art. 928, o pedido poderá ser apresentado, contudo será genérico, não por desejo do requerente, mas por imposição das próprias condições estabelecidas no mencionado artigo. O pedido será deduzido considerando as *variantes* previstas no referido art. 928, o que é autorizado pela interpretação do disposto no art. 286, II do CPC, já que poderá ser genérico o pedido quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito, sendo possível por "conseqüências" também se entender *como se apresentarão as responsabilidades e condições patrimoniais das partes envolvidas quando da fase executiva*.

Tanto o disposto no inciso II, como no inciso III, do art. 286 deixam nítido que a autorização para pedido genérico se dá porque o autor não tem condições de apresentar pedido específico, seja porque as conseqüências do ato ou fato ilícito ainda não são conhecidas (pelo menos não na integralidade) ou porque a determinação do valor dependa de ato a ser praticado pelo réu.

Enfim, pedir-se-á a condenação dos responsáveis pelo incapaz, bem como a condenação do incapaz, para que seu patrimônio responda na hipótese de não serem condenados os responsáveis ou estes não possuírem bens suficientes para responder pela condenação, ressaltando-se que a condenação do incapaz ainda estará limitada aos requisitos do parágrafo único do art. 928, ou seja, deverá ser

22. Op. cit., p. 113.
23. Op. cit., p. 113.
24. Op. cit., p. 117.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 369 1/2/2007, 08:52

eqüitativa, desde que não prive do necessário o então incapaz ou as pessoas que dele dependem, situação não aferida, em regra, no início do processo, pelo que incidente o art. 286, II do CPC e também não aferida na sentença.

Neste (ainda) início de vigência do Código Civil, a dogmática processual precisa assumir o seu papel, o processo civil deve apresentar instrumental hábil a viabilizar os objetivos colimados no art. 928, porém não a qualquer custo.

2.3. Liquidação por artigos

Finalmente, se a sentença reconheceu a participação do incapaz e a responsabilidade dos pais, tutores ou curadores (932, I e II) e, na fase executiva, não há bens suficientes destes responsáveis para o ressarcimento, desde que o incapaz tenha participado do processo, poder-se-á prosseguir a execução contra o incapaz, mas como o fato autorizador da responsabilidade patrimonial surgiu ou foi constatado pós fase executiva, impõe-se sua suspensão e, em liquidação por artigos, definir-se-á o montante que será objeto de responsabilidade patrimonial.

O alcance do patrimônio foi elemento considerado na sentença e, mesmo que com condicionantes, o *an debeatur* já está definido, ainda que sob condição suspensiva (ausência de responsabilidade dos enumerados no art. 932 ou patrimônio insuficiente dos mesmos); importará agora fixar-se o *quantum debeatur* através da eqüidade e demais requisitos insertos no parágrafo único do art. 928.

Seja como for, se o incapaz não participou do processo, dever-se-á analisar quando surge a pretensão para a vítima (art. 189, NCC), para se definir com precisão o início do prazo prescricional, porque precisará ela de um processo de conhecimento contra o então incapaz, porque a sentença obtida pela vítima, ainda que favorável, é originária de processo do qual não participou o incapaz, não podendo lhe atingir (art. 472, CPC).

A sutileza nesta hipótese legal, diferentemente de outras envolvendo *responsabilidade patrimonial,* é que embora não haja "dívida", em meu entender (devido à inimputabilidade), a causa de pedir na ação de indenização tem como *fundamento* o ato lesivo causado pelo incapaz, motivo pelo qual é desta constatação que surge a responsabilidade objetiva dos pais, tutores e curadores (932, I e II c/c 933, ambos do Código Civil) e também a previsão normativa para, em caráter *subsidiário* (*caput,* art. 928), *mitigado* (par. ún., art. 928), alcançar o patrimônio do incapaz.

E, se o dispositivo (art. 928, CC) incide no *momento do evento danoso*, fixa-se o regime jurídico de reparação, razão pela qual, se mais adiante o incapaz, no caso do menor, adquire a maioridade, nem por isso deixarão de incidir as regras

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 370 1/2/2007, 08:52

do art. 928, porque não há "dívida", mas sim "responsabilidade patrimonial", que atingirá o patrimônio do, à época dos fatos, incapaz na fase executiva, regramento também aplicável à tutela antecipada.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 1.

ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências.* 3. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1965.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução.* 3. ed. Ver. E atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaç. *Teoria geral das obrigações : responsabilidade civil.* 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A , 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro. Temas de direito processual civil – 7ª série.* São Paulo: Saraiva, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, v. 2.

CRUZ, Nonato da (tradutor). *Códigos Civis dos Soviets (U.R.S.S.) Anotados, Comentados e Comparados com a Legislação Brasileira.* Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Fº Editor, 1934.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7.

DINIZ, Souza (tradutor). *Código Civil italiano.* Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1961.

_____. *Código Civil Alemão – com todas as modificações nele posteriormente introduzidas, inclusive as da Lei da igualdade de Direitos do Homem e da Mulher no Domínio do Direito Civil de 18 de junho de 1957.* Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1960.

_____. *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações (Livro V do Código Civil) – com todas as modificações nele posteriormente introduzidas inclusive as revisões do código das obrigações de 1911 e 1936.* Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1961.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e FILHO, Sérgio Cavalieri. *Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios.* Rio de Janeiro : Forense, 2004.

DOMINGO, Rafael e HAYASHI, Nobuo (tradutores). *Código Civil Japonês. Estudio preliminar, traducción y notas.* Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2000.

GOMES, Orlando. *Obrigações.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil.* 8. ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

STOCO, Rui. "*A responsabilidade civil". O novo Código Civil : Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale.* MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). São Paulo : LTr, 2003.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 371 1/2/2007, 08:52

_____. "Responsabilidade Civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro. *E*studos em Homenagem ao Bicentenário Do Código Civil Francês". in http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco.doc

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 372 1/2/2007, 08:52

CAPÍTULO XIX
DEFESA DA POSSE E AÇÕES POSSESSÓRIAS

Arruda Alvim[*]

Sumário • 1. Noções Introdutórias. 2. Natureza jurídica ou aspecto relevante da posse relativamente ao juízo possessório. 3. Ações possessórias. 4. A fungibilidade das ações possessórias. 5. A autodefesa possessória. 6. O direito material e o direito processual – esbulho e turbação – O temor de lesão à posse e o interdito proibitório. 7. Âmbito do juízo possessório – O resultado da ação possessória – Juízo Possessório e Dominial – Ação Reivindicatória e Reintegração de Posse. 8. Significado da posse no juízo possessório – Posse – sua categoria jurídica no juízo possessório – Posse e propriedade. 9. Separação entre juízo possessório e juízo dominial. 10. Classificação da posse. 11. As figuras do possuidor direto e indireto no plano do juízo possessório – A indivisibilidade de determinadas situações e as implicações processuais (defesa da composse). 12. Posse e detenção. 13. O objeto material da posse e as ações possessórias. 14. As ações clássicas do direito possessório *stricto sensu* e as situações materiais que a elas diz respeito – Hipóteses mais comuns. 15. A proteção possessória dos bens móveis. 16. As finalidades e os resultados das ações possessórias – Âmbito possível de cumulação. 17. Caráter dúplice da ação possessória. 18. Aspectos particulares da legitimação na ação possessória. 19. O proprietário e o seu agir no juízo possessório. 20. O procedimento possessório e a medida liminar. 21. A insurgência contra a medida liminar. 22. Da legitimidade passiva, quando se tratar de casal-réu. 23. A contestação à ação possessória – O rito sucessivo. 24. Natureza Jurídica da Sentença nas Ações Possessórias.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

As ações possessórias *stricto sensu* são as ações em que se discute, *exclusivamente,* sobre posse e aquilo que dessa *diretamente* deriva[1-2-3-4-5]. Admite-se a possibilidade de cumulação do *pedido de perdas e danos* com o de *proteção possessória,* originadas as perdas e danos dos mesmos fatos constitutivos do ilícito possessório, *com extensão delimitada para o caso*, como, ainda, é possível

---

* Advogado em São Paulo, Brasília e Rio de Janeiro – Professor Titular, do Mestrado e do Doutorado, da PUCSP, e, da FADISP ("Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo").

1. Trabalho escrito em homenagem ao Ministro Eduardo Ribeiro, por convite do Min. Menezes Direito.
2. V. a respeito FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil,* Rio de Janeiro, 1980, ed. Forense, vol. VIII, tomo III, nº 311, p. 469-470, observando que as aludidas ações correspondem aos três diferentes graus de ofensa à posse: *esbulho, turbação* e *ameaça* (p. 470).
3. É o que está previsto no art. 921, do Código de Processo Civil: "Art. 921. É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de: I – condenação em perdas e danos; II – cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho; III – desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse".
4. O que se quer dizer é que em relação às ações possessórias, *propriamente ditas,* ou, *stricto sensu,* e aquilo que está *diretamente relacionado* com *atos ilícitos praticados (ou, suscetíveis de serem praticados)* em detrimento da posse, *i.e.,* ilícitos possessórios, é que tem cabimento essas possessórias *stricto sensu*. A *posse* é o fundamento *central, comum* e ***principal*** das ações possessórias *stricto sensu.* O objetivo *constante* das ações possessórias é a *proteção da posse, enquanto situação de fato.*
5. No direito brasileiro, de longa data, sempre se admitiram as ações possessórias sobre bens *imóveis* e *móveis,* o que é, igualmente, da tradição do direito português, tendo havido isoladas posições em sentido contrário, *entendendo não caberem em relação aos móveis.*

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 373 1/2/2007, 08:52

pedir *cominação de pena* objetivando evitar outro ilícito possessório (*turbação* ou *esbulho*), ou para que não ocorra ilícito possessório (interdito proibitório), como, ainda, pedir o desfazimento de obra, *v. g.,* de construção ou plantação "feita em detrimento de sua posse".

E, em relação ao réu dispõe o Código de Processo Civil, no seu art. 922:

> "É lícito ao réu, *na contestação,* alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor".

A regra desse art. 922, ao admitir que *na contestação* possa o réu *"demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor",* expressa o *processo dúplice,* dentro do qual se amoldam as ações possessórias. É inviável a reconvenção, no âmbito em que tem cabimento pedir na contestação, justamente porque, é na contestação que o réu há de pedir a sua proteção possessória.

As possessórias têm por objetivo restaurar uma situação de fato antecedente à turbação ou ao esbulho, respectivamente, afastando a perturbação à posse ou reinvestindo o possuidor no controle material da coisa; ou, para evitar que uma dessas lesões ocorra[6-7]. E a restauração dessa situação examinará ou confrontará, exclusivamente, a situação da posse do autor em relação à do réu (*ius possessionis*), com descarte do exame de uma situação jurídica, externa à posse (ou seja, com

6. A situação possessória da vítima da lesão é parte da *causa petendi,* ou, compõe a *causa petendi,* dentro da qual se deve identificar o tipo de ofensa (*esbulho* ou *turbação*) ou a *ameaça,* somadas à posse do autor.

7. Na tradição do direito português eliminaram-se as ações possessórias do elenco dos procedimentos especiais. Nos Códigos de Processo Civil, de 1876 e no de 1939, e, sucessivamente, mantinham-se as três conhecidas modalidades de ações possessórias (acção possessória de prevenção, acção de manutenção em caso de esbulho violento, acção de manutenção sem esbulho violento); atualmente, "estas acabaram por ser configuradas como processo especial devido à introdução da questão do domínio", e, atinentemente à propriedade ou impropriedade da ação possessória, vige, o disposto no art. 611º, nº 3, colocado abaixo da rubrica "Limites da Condenação": "3. Se tiver sido requerida a manutenção em lugar da restituição da posse, ou esta em vez daquela, o juiz conhecerá do pedido correspondente à situação realmente verificada" (parte do texto foi tirada do Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de dezembro, inserto no *Código de Processo Civil e Legislação Complementar,* Lisboa, 1999, edição SPB – Editores Ltda.). No que diz respeito à temática da medida liminar, veio ela disciplinada, nessa nova legislação, nos arts. 393º, 394º e 395º. Rezam esses textos o seguinte: "Art. 393º (Em que casos tem lugar a restituição provisória de posse) No caso de esbulho violento, pode o possuidor pedir que seja restituído provisoriamente à sua posse, alegando os factos que constituem a posse, o esbulho e a violência" – Art. 394º (Termos em que a restituição é ordenada) Se o juiz reconhecer, pelo exame das provas, que o requerente tinha a posse e foi esbulhado dela violentamente, ordenará a restituição, sem citação nem audiência do esbulhador" – "Art. 395º (Defesa da posse mediante providência não especificada) Ao possuidor que seja esbulhado ou perturbado no exercício do seu direito, sem que ocorram as circunstâncias previstas no artigo 393º, é facultado, nos termos gerais, o procedimento cautelar comum".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 374 1/2/2007, 08:52

descarte do *ius possidendi),* na conformidade do que consta do art. 1.210, § 2º, do Código Civil. Essas ações são da tradição do direito brasileiro[8].

2. NATUREZA JURÍDICA OU ASPECTO RELEVANTE DA POSSE RELATIVAMENTE AO JUÍZO POSSESSÓRIO

O aspecto relevante da posse, no âmbito das ações possessórias, é o de considerar a posse, exclusivamente, como *fato,* o que não exclui a consideração de aspectos valorativos da posse, mas, única e exclusivamente *decorrentes e derivados da posse*, enquanto fato, sem referibilidade a um direito subjetivo, *v. g.,* um direito real.

O objeto possível de tais ações é a proteção da posse e de sua titularidade (cujo pedido deve consistir em proteção possessória, *especificado em conformidade com a lesão sofrida, **na posse** (esbulho ou turbação), ou, em relação à qual se teme estar ameaçado*, tendo em vista o ilícito cometido pelo réu, ou, que possa vir a ser cometido. A descrição desse ilícito, e, de quem o praticou, deve compor a *causa petendi,* juntamente com a afirmação da posse do autor[9-10-11-12-13-14]. O plano de discussão e avaliação da situação possessória é *como situação de fato*

8. Encontrávamos nas *Ordenações* disposição que assegurava a defesa da posse, nos seguintes termos: *"A lei protege a posse por meio dos interdictos ou para obstar a sua turbação ou para restitui-la ao esbulhado ou para immitir a massa falida na dos bens alienados em fraude dos credores. Em falta de disposição expressa de direito pátrio regulará o direito romano"* (art. 347 da Consolidação das Leis Civis vigentes em 1899, elaborada por Carlos de Carvalho). O *Esboço* determinava em seu art. 4.012 que *"Remédios possessórios são os meios extrajudiciais e judiciais de que podem usar possuidores de imóveis, quando esbulhados de sua posse, ou nela turbados, para recuperá-la ou retê-la"* e estabelecia que os remédios possessórios judiciais eram, unicamente, (i) os embargos de terceiro possuidor, (ii) as ações possessórias e (iii) as exceções possessórias (art. 4.019)… O Projeto de autoria de Joaquim Felicio dos Santos determinava, em seu art. 1.314, que *"Aquelle a quem foi restituida judicialmente a posse ou propriedade da cousa que lhe pertence, tem direito a ser indemnizado nos termos dos artigos seguintes"*. O Projeto Coelho Rodrigues, entre diversos dispositivos de cunho processual sobre a defesa possessória, destacava em seu art. 1.339 que *"Todo possuidor, de boa ou má-fé, com ou sem justo título, tem como tal o direito de defender sua posse de qualquer violência indevida, ou turbação que constitua um delicto, e de reclamar a protecção da justiça publica"*. E no art. 1.341, de maneira a complementar aquele, determinava que *"O possuidor de boa-fé tem, além disso, direito à protecção da justiça contra qualquer turbação arbitraria, mesmo parcial, da sua posse, ainda que essa turbação não constitua um delicto"*. Com identidade de conteúdo, o art. 577 do Projeto Beviláqua determinava que *"O possuidor que é perturbado em sua posse ou se acha ameaçado de uma perturbação pode reclamar a intervenção da justiça pública no intuito de fazer cessar a turbação actual ou imminente;..."*, e o art. 579 estabelecia que *"O possuidor que soffre espoliação póde reclamar a intervenção da justiça publica, afim de recuperar a posse perdida"*. O Projeto elaborado pelo Prof. Orlando Gomes contava com dispositivo (art. 355) de redação sintética, mas encerrando o mesmo conteúdo, nos seguintes termos: *"O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho"*. Com a elaboração do Anteprojeto de 1972 (art. 1.391), surgiu a redação que atualmente se encontra no art. 1.210 do Código Civil de 2002, tendo sido também repetida no art. 1.211 do Projeto de Lei nº 118/84.

9. O autor normalmente comprova, *initio litis,* a sua posse; se o não tiver feito, deverá vir a comprová-la para a obtenção de medida liminar, na audiência existente para essa finalidade (é o que decorre da análise dos arts. 927 e 928, do CPC).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 375 1/2/2007, 08:52

(situação possessória, exclusivamente), ou seja, fundamentalmente, tendo em pauta o *ius possessionis*[15] e não o *ius possidendi*[16].

10. É com esta significação que se diz, corretamente, que a *posse,* nas ações possessórias é, apenas "meio suporte fático", pois a esta há de somar-se a descrição do ilícito, em função do qual se colima proteção possessória, pois, a partir do ilícito, assume a posse *particular* significação para o direito (V. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. e tomo ults. cits., nº 312, p. 471).
11. O autor, na ação possessória de reintegração de posse, há de ter sido possuidor e há de ter *fisicamente* perdido a sua posse, pelo esbulho, sendo o esbulhador o legitimado passivo da ação de reintegração de posse; na ação de manutenção, o autor *conserva ainda* a posse, *mas com o seu exercício diminuído, pela turbação,* e, é sujeito passivo o que praticou a turbação. No interdito proibitório há posse do autor, que, todavia, tem fundado receio da ocorrência de *lesão à posse,* ou, mais precisamente, de lesão, propriamente dita, mais grave do que a *mera ameaça,* sendo o réu aquele que ameaça. Na hipótese do art. 1.212 (antigo art. 504 do Código Civil de 1916), legitimado passivo da ação possessória de reintegração de posse poderá ser *o que receber a coisa esbulhada, sabendo que o era, com o que se excluem a manutenção e o interdito.*
12. É necessário ter-se presente que, tanto o possuidor *direto,* quanto o *indireto,* tem legitimidade para as ações possessórias. Trata-se de, tendo havido lesão à posse (que *materialmente* encontra-se em poder do possuidor *direto*), de legitimação *concorrente* e *disjuntiva,* dado que, cada um dos possuidores pode agir, *ainda que pelo normal das coisas é o possuidor direto o que a faz.* É possível que ocorra litisconsórcio entre um e outro.
13. É possível, ainda, que o possuidor direto promova a ação possessória contra o indireto. É o que consta do art. 1.197, parte final, do Código Civil: "…podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto". No enunciado 76, de reunião ocorrida ao abrigo do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de 11 a 13 de novembro, firmou-se, ainda: "[conclusão] 76 – Art. 1.197: O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto e este contra aquele (art. 1.197, *in fine,* do novo Código Civil)". A redação sugerida no Projeto de Lei nº 6.960, do Deputado Ricardo Fiúza conduz à mesma implicação: "Art. 1.197. A posse direta dos bens, mesmo que em caráter temporário e decorrente de direito pessoal ou real, não anula a posse indireta de quem foi havida, podendo, qualquer um deles agir em sua defesa, *inclusive por ato praticado pelo outro possuidor"* (para uma posição doutrinária sobre esta possibilidade, v. Adroaldo Furtado Fabrício, op. e vols. ult. cits., nº 313, p. 474).

    As razões que teriam motivado a alteração do artr. 1.197 (Projeto de lei 6.960), em conformidade com a justificativa apresentada pelo Prof. e Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon (obtida por gentileza do Prof. Rodrigo Reis Mazzei), nas discussões que se feriram no Conselho da Justiça Federal são as seguintes: "São incontáveis as manifestações dos tribunais brasileiros reconhecendo que, nos casos de desdobramento da posse, extinta a relação jurídica que sustentava a licitude da posse direta, caracteriza-se o esbulho, ensejando a retomada da posse da coisa pelo possuidor indireto através da via judicial reintegratória. Os casos de extinção do comodato e do usufruto e de rescisão do compromisso de compra e venda são os mais significativos (nesse sentido confiram-se RE 70653; EDRE 84047; EDRE 49309; RE 114068; RE 77275; RE 83174; RE 77238; RESP 276269/RJ; RESP 236454/MG; RESP 143707/RJ, RESP 64170/SP; RESP 51794/SP; RESP 34197/SP; RESP 19992/SP). Dessa forma, o enunciado proposto objetiva prevenir eventuais interpretações distorcidas e restritivas que o texto do dispositivo legal enfocado possa sugerir. Estas justificativas encontram-se em torno do Enunciado nº 76, transcrito acima.
14. No que diz respeito à *posse alegada* a fazer parte da *causa petendi* essa pode ser *uma posse qualquer ("possesso qualsiasi"),* sendo incogitável (por absolutamente desnecessário) que se pense numa posse *ad usucapionem,* precindindo-se da existência de título que pudesse embasar a posse; e, *situações jurídicas intercorrentes, entre as partes,* podem ser consideradas, *exclusivamente, ad colorandam possessionem,* com vistas a identificar o direito, ao qual corresponde a posse; ou, por outras palavras, com vistas a fornecer a prova de uma situação de fato (v. *Codice di Procedura Civile,* aos cuidados do Prof. Nicola Picardi, *cit.,* coms. ao art. 703, nº 1, p. 703).
15. V. nota 45, *infra.*
16. É o que decorre do art. 1.210, § 2º, do Código Civil. O *ius possidendi,* como se sabe, diz respeito a um direito que justifique a posse, ao passo que o *ius possessionis* diz respeito ao fato da posse.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 376 1/2/2007, 08:52

3. AÇÕES POSSESSÓRIAS

São essas ações, tradicionalmente, as de reintegração de posse (que decorre de *esbulho*), de manutenção de posse (que decorre de *turbação*) e a de interdito proibitório (que se justifica quando ocorrer objetivamente ameaça à posse de alguém, *perspectiva demonstrável pela possibilidade de ocorrência de esbulho ou turbação)*[17-18]. As demais ações, em que a posse esteja envolvida, não se circunscrevem, exclusivamente, à disputa da posse, e, não podem, por isso, ser havidas como ações possessórias *stricto sensu*[19].

4. A FUNGIBILIDADE DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

O art. 920 prevê a chamada *fungibilidade das ações possessórias*[20-21-22]. Esta fungibilidade é significativa de que é possível admitir-se *uma ação possessória por outra.*

O espectro da fungibilidade refere-se, tanto ao *erro* na indicação da ação, quanto na *identificação dos fatos*, como, ainda nele está implicado que a ação *deve ser aproveitada* se se alterarem os próprios fatos.

---

17. Com a redação que está no texto, procura-se demonstrar o objeto do interdito proibitório, em função da possibilidade de serem identificadas as hipóteses, nominalmente, de lesão à posse (esbulho ou turbação); era o que constava do art. 386, do Código de Processo Civil da Bahia: "Art. 386, Compete esta ação ao possuidor que tiver justos motivos para receiar que outrem lhe perturbe a posse ou dela o esbulhe".
18. É sujeito ativo aquele que, no momento do esbulho, turbação ou da ameaça à posse era o possuidor; e, sujeito passivo, aquele que praticou ou ameaçou praticar a lesão à posse. Se houver mais de um autor material, há quem afirme não se considerar caso de litisconsórcio necessário, dado que a responsabilidade é individual, mas nega-se eficácia em relação àquele que tenha sido também autor do esbulho e turbação e não haja sido parte; o mesmo se passando se houver um autor material e um autor intelectual (v. Codice di Procedura Civile, aos cuidados do Prof. Nicola Picardi, Milão, 1994, ed. Giuffrè, p. 702-703). O que se deve, todavia, ter presente é que no caso de esbulho por mais de uma pessoa, estando mais de uma na posse, e, não produzindo efeitos a sentença em relação àquele que não foi citado, parece ser caso de litisconsórcio necessário, diante do critério da inutilidade da sentença de procedência que possa vir a ser proferida, se somente um dos esbulhadores houver sido citado. A turbação deve albergar um comportamento contrário, afrontoso, à posse; assim, o caçador que atravessa terra na posse de outrem, perseguindo uma caça, [em princípio] não está turbando (v. Vincent, JEAN. e Guinchard, Serge. Procédure Civile, Paris, 1991, 22 ed., Dalloz, nº 70, p. 75).
19. As demais ações em que se discute também sobre a posse, podem ser havidas como ações possessórias impropriamente, ou, possessórias lato sensu, v. g., embargos de terceiros, nunciação de obra nova, e outras, de que aqui não se cuida.
20. Em relação ao que atualmente se designa como *fungibilidade das ações possessórias,* regra essa prevista no art. 920, do Código de Processo Civil, deve-se dizer que "durante muito tempo entendeu-se que o erro na denominação da ação importava nulidade"; todavia, os Tribunais, *em comportamento pretoriano,* reagiram, vindo a admitir uma ação em lugar de outra (v. Astolpho Rezende, *para as duas informações,* op. ult. cit., nº 198, fine e 199, p. 287). Esse comportamento resultou refletido em normas dos Códigos estaduais.
21. Vários Códigos de Processo estaduais consagraram essa regra: paulista, art. 610; Minas Gerais, art. 609; Distrito Federal, art. 521, parágrafo único; Santa Catarina, art. 972; Espírito Santo, art. 431.
22. O Código de Processo Civil vigente, inseriu a regra da *fungibilidade* no seu art. 920, dentro das disposições gerais, eliminou dúvida que existia no sistema de 1939, no sentido de se saber se esse mandamento atingia, também, o interdito probitório. E a regra do art. 378 do Código de Processo Civil de 1939 não precisou ser repetida, precisamente, pela extensão *plena* do atual mandamento do art. 920, do CPC (V. a respeito Adroaldo Furtado Fabrício, *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. e tomo ults. cits., nº 321, p. 484).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 377 1/2/2007, 08:52

Sem embargo de haver esta *correlação entre os ilícitos e as ações cabíveis, em relação a esses,* acentue-se que o *equívoco* ou o *erro* na indicação da ação, não causa prejuízo, em face da regra do art. 920, do Código de Processo Civil. [23] Em face desse artigo, portanto, é admitida a fungibilidade (a) não só se houver *erro* na indicação da ação, em relação ao tipo de ação em função do histórico que dela consta, como, também (b) se a situação de fato alterar-se, sobrepondo-se ao histórico originário, exato em dado momento, mas com outra ulterior situação modificativa da precedente. É a essas situações que se refere o art. 1.210 do Código Civil, como suscetíveis de serem 'intercambiáveis' no plano do processo (correspondiam-lhe os art. 499 e 501, do Código Civil de 1916, pois se desmembrava a proteção em relação ao temor de ato contra a posse, para o âmbito do art. 501).

A propositura dessas ações, exige não só a prova da posse do autor, como a descrição da conduta do legitimado passivo, ao qual é atribuída a prática do ilícito possessório, ou ao qual se atribui a possibilidade da prática desse ilícito.[24]

Em relação ao âmbito de aplicabilidade do princípio da fungibilidade, cumpre considerar os seguintes aspectos: a) Admite-se a conversão de uma possessória em outra, descabendo, todavia, a *conversão de possessória em petitória*[25]; b) Se houver alteração no curso da lide, *igualmente,* beneficia-se o possuidor com a conversão da ação [26-27]; c) Há decisões, *em nosso sentir equivocadas,* que *inadmitem* conversão de *interdito proibitório* em *reintegração de posse*[28].

5. A AUTODEFESA POSSESSÓRIA

A posse, enquanto realidade da vida, de sua perspectiva social, econômica e jurídico-material, é disciplinada pelo Direito Civil; *já da perspectiva dos conflitos possíveis*, comparece o direito processual civil. Faça-se exceção – em relação à necessidade de acesso ao Judiciário para defender a posse – à previsão do art. 1.210, § 1º, a que correspondia a do art. 502, do Código Civil de 1916, hipótese esta que podemos denominar de excepcional, no plano normativo.

23. Deve-se, no caso, ter presente um autêntico aumento da fungibilidade na aplicação do direito (V. por todos, a obra de Teresa Arruda Alvim Wambier, Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória – Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: O que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, passim.
24. V. SACCO, Rodolfo. Il Possesso, Milão, 1988, ed. Giuffrè, Vol. VII, do Tratatto di Diritto Civile e commerciale, dirigido por Antonio Cicu e Francesco Messineo, capítulo X, nº 48, p. 213.
25. TFR, 2ª Sec., j. 8.2.1983, EI 42.8426-RJ, rel. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 10.3.1983, p. 2.353; 1º. TARJ, Arq. TARJ, 26/234. O art. 920, aplica-se, exclusivamente, às ações possessórias *stricto sensu* (V. Adroaldo Furtado Fabrício, *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. e tomo cits., nº 322, p. 485).
26. 1º. TARJ, Arq. TARJ, 27/195.
27. A fungibilidade deve ter sua aplicação também à contestação do réu, quando aí peça uma proteção, que poderá ser deferida como outra, abrigada esta possibilidade pelo princípio, iluminado pelo princípio da igualdade.
28. TJSC, RT 557/213; *diferentemente:* TJSC, Juricat, 37/347.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 378 1/2/2007, 08:52

A conduta realizada ao abrigo do disposto no art. 1.210, § 1º para a proteção da posse é legítima e representa uma exceção à regra do art. 345, do Código Penal[29]. Verifica-se, desse art. 345, que permitindo a lei – como é o caso do art. 1.210, § 1º – não se configura o crime de "Exercício arbitrário das próprias razões"; a conduta consistente em defender uma situação, no caso, a posse, independentemente de recorrer-se ao Judiciário[30]. Essa posição pode-se dizer corresponde à nossa tradição[31]. É certo que a conduta deverá ser avaliada dentro do quadro que se apresenta como necessário ao juiz para a defesa da posse.

29. Dispõe esse art. 345: "Art. 345 – Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.
Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa".

30. Tanto o Código Civil de 1916, quanto o vigente, prescrevem que essa auto-proteção deve ser, o quanto possível, pronta. Ambos os textos contém a expressão "contanto que o faça logo", o que significa que não deve haver demora ou delonga, além daquele momento em que o possuidor esteja apto para defender a sua posse. O possuidor não deve deliberada ou desnecessariamente demorar para agir. Exige a lei, portanto, esta presteza, com o que se objetiva que não se consolide a situação possessória do esbulhador. Mas, de outra parte, essas expressões retratam, claramente, um conceito vago ou indeterminado. Variará, conforme as circunstâncias, o que se significa com "contanto que o faça logo". E, caberá ao juiz avaliar se ocorreu demora ou delonga desnecessária (ou, deliberada) além daquele momento em que a defesa já era possível para o esbulhado, e este demorou além desse momento, i. e., não agiu logo. Assim também se disciplina no direito alemão. O § 859, do Código Civil alemão, admite a defesa da posse, através da autotutela do possuidor. Veja-se, amplamente, Antonio Hernandez Gil, La Posesión, Madrid, 1987, ed. Espasa-Calpe, vol. III, das Obras Completas, cap. VII, III, 3, p. 386, para o direito espanhol, em que o panorâma é diferente.
No Código Civil espanhol está previsto que: "Art. 441. En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deverá solicitar el auxilio de la Autoridad competente", texto esse que é correlato ao disposto no art. 446, do mesmo Código, no sentido de que todo possuidor tem o direito de ser respeitado na sua posse.
Hernandez Gil, op. ult. cit., pp. 386-389, discute a posição, em que se propugna pela autodefesa, de Martí Miralles, procurando este último autor retirar da interpretação do art. 444, do Código Civil espanhol a possibilidade do possuidor reagir per se, i. e., "violentamente".
Na mesma esteira de pensamento manifesta-se Díez-Picazo, "El ordenamiento jurídico repudia la violencia, tanto para mantener el estado posesorio actual como para el restabelecimento del mismo" (Sistema de Derecho Civil, p. 125, t. III, 6 ed., Tecnos, 1998).

31. Já encontrávamos nas Ordenações do Reino dispositivo garantindo ao possuidor ofendido em sua posse o direito de manter-se ou restituir-se através da sua própria força. O art. 349 da Consolidação das Leis Civis de Carlos de Carvalho contava com a seguinte redação: "O esbulhado poderá desforçar-se e restabelecer por autoridade própria o estado anterior de direito ou de facto, contanto que o faça logo". Seu parágrafo único deixava a cargo da autoridade judiciária decidir, caso a caso, qual era o espaço de tempo em que o desforço válido poderia ter lugar. O Esboço Teixeira de Freitas estabelecia, em seu art. 4.013, que eram considerados remédios possessórios extrajudiciais a recuperação da posse por autoridade própria (o desforço, no caso de esbulho) e a defesa da posse ainda não perdida (a resistência, em caso de turbação). O mesmo direito era previsto no Projeto Beviláqua, em seus arts. 574 e 575. O primeiro estabelecia que "Todo possuidor tem direito de defender sua posse, repellindo, pela força, as vias de facto illicitas que forem contra ella dirigidas;" o segundo estabelecia que "Si o esbulho se tiver consummado, poderá expulsar o esbulhador e reempossar-se por sua própria força, contanto que o faça em acto continuo". O Projeto Beviláqua também fez menção, em seu art. 576, aos limites a que estavam sujeitos os atos de defesa: "Os actos de repulsa contra a usurpação e de recuperação immediata de posse não podem ir além do indispensável à defesa a ao restabelecimento da relação possessória". O Projeto do Prof. Orlando Gomes (art. 357 e seu parágrafo único), o Anteprojeto de 1972 (art. 1.391, § 1º) e o Projeto nº 118/84 (art. 1.211, § 1º), repetiram substancialmente essas regras, sendo de se notar que os dois últimos tinham a mesma dicção do atual parágrafo primeiro do art. 1.210.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 379 1/2/2007, 08:52

6. O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL – ESBULHO E TURBAÇÃO – O TEMOR DE LESÃO À POSSE E O INTERDITO PROIBITÓRIO

A defesa da posse, *e, pois, da posse em si mesma,* não pode desconsiderar o plano do direito processual. Se o direito material estabelece quais os casos em que há posse, em que a posse de um é melhor do que a do outro[32], ou, os casos em que um tem posse e o outro não a tem (ou, se a tem, não deve subsistir, em face da posse *melhor* do outro)[33], por certo, a realização prática, na hipótese de conflito, ocorre mercê e no âmbito do direito processual. Dentre os ilícitos tipicamente possessórios está o esbulho. A remoção de uma cerca é ato de esbulho, *na medida em que prive o outro possuidor do exercício da posse*[34]. Se não o privar, poderá ser encarada como turbação. Assim também o fechamento de curso d'água, enseja ação possessória[35]; igualmente, a invasão de imóvel, com tratores[36]. A não entrega de imóvel ao cônjuge, decorrente de transação, entre marido e mulher implica esbulho, diante da ilegitimidade da situação daquele que prometeu a entrega, e a carência de justificação para permanecer na posse da coisa[37]. A não devolução da coisa, objeto de comodato, acarreta esbulho, justificando reintegração de posse. O *esbulho* se configura em relação às *coisas móveis* pela sua *subtração* ao poder de fato do possuidor, e, em relação aos *imóveis,* pela inviabilidade do *exercício, total ou parcial, do poder de fato sobre o imóvel.* O esbulho "incide de fato sobre a própria coisa, objeto da agressão, da qual o possuidor fica privado, total ou

32. Os critérios que se podem apontar para avaliar a situação nos quadros do direito possessório em relação à posse que deve prevalecer são os seguintes: 1º) a posse justa prevalece sobre a posse injusta; 2º) a posse injusta é a que decorreu de violência, clandestinidade ou precariedade, tal como, respectivamente, a decorrente de tomada da posse ou a que deflui do abuso de confiança, quando o detentor resiste em devolver a coisa; 3º) é posse injusta aquela em relação à qual se justificava uma situação material (v. g., a que estava baseada numa situação justificadora da posse, como um contrato de comodato, ou uma situação de direito real), e essa razão de ser desaparece, a situação passa a consistir numa "posse precária", justificando o pedido de reintegração do possuidor. Podemos nesta hipótese, falar em ação possessória do possuidor indireto contra o possuidor direto, ou, mais precisamente, com o que foi durante certo tempo, legitimamente, possuidor direto.
33. Diz-se que um tem posse e o outro não a tem. Há situações em que, a priori, é difícil definir-se quem é o possuidor, com vistas ao resultado favorável da ação possessória. Não é incomum que ambos – autor e réu – apresentem-se como possuidores.
34. TJMT, Anais For. MT 64/50; *da mesma forma, a colocação de cerca,* 1º. TARJ, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 127, julgado sob nº. 23.
35. TJSC, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 125, julgado sob no 12.
36. 2º TARJ, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 127, julgado sob no 21.
37. 1º TARJ, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 128, julgado sob nº 31.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 380 1/2/2007, 08:52

parcialmente; a *turbação,* diz respeito à normalidade da atividade de fruição do possuidor"[38-39-40-41-42-43].

38. TJSC, Juricat, 45/152 e 344; TAMG, JTAMG, 12/202 (salientando ser indispensável a notificação a que se refere a lei civil); TARS, JTARS, 35/428; 51/270; 2º TACSP, JUTACviSP, 74/304; 80/205; 88/443; RT 590/164.
    Inocorrente a notificação, há carência de ação: TARS, JTARS, 41/322;
    Se se tratar, todavia, de *adquirente de imóvel em comodato, cabe imissão na posse*, 2º TACSP, JUTACivSP, 74/261.
39. (v. *Codice di Procedura Civile,* aos cuidados do Prof. Nicola Picardi, *cit.,* coms. ao art. 703, nº 1, p. 703). (v. REZENDE, Astolpho. *A Posse e sua proteção,* São Paulo, 2000, ed. Lejus, nº 220, pp. 327-328).
40. Há uma correlação entre as diversas modalidades de lesões à posse e os remédios existentes para restaurar a situação possessória, o que é perceptível no direito brasileiro e na tradição deste (v. para o direito italiano, SACCO, Rodolfo. *Il Possesso, cit.,* capítulo X, nº 48, p. 211, ainda que no rol das ações possessórias estejam, para este autor, incluídas aquelas não podem, entre nós, ser consideradas ações possessórias *lato sensu*).
    Discute-se na doutrina italiana, tanto em relação ao *esbulho,* quanto em relação à *turbação,* se é necessário indagar-se da *intenção* do agente do ilícito, havendo o entendimento preponderante de que a perqüirição dessa *intenção* é necessária, diferentemente do que se passa com o direito brasileiro (v. SIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção Processual da Posse,* São Paulo, 1997, ed. da Revista dos Tribunais, p. 108, para um panorama do direito italiano, entre nós, e amplo do direito brasileiro). Na literatura italiana Ugo Natoli (*Il Possesso,* Milão, 1992, ed. Giuffrè, nº 91, p. 326), indica parte da literatura italiana que afasta a *necessidade de exame da intenção,* mas exigindo sempre a *voluntariedade do ato* (De Martino, Dejana, Funaioli). Natoli, citando Rodolfo Sacco pondera que, em realidade, o aludido *animus* ou *intenção* está, no fundo, ínsito no próprio fato de privar alguém da posse, concluindo (Natoli) que, fundamentalmente, o que se há de exigir é a *voluntariedade do ato,* sendo irrelevante perqüirir se o autor do esbulho sabia ou se não sabia se estava lesando posse alheia (Ugo Natoli, *Il Possesso,* Milão, 1992, ed. Giuffrè, nº 91, p. 326-327). Excluindo a necessidade da indagação do *animus,* e, bem assim, as idéias de *culpa* ou *dolo,* v. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Posse e Ações Possessórias – Fundamentos da Posse,* Curitiba, 1994, Ed. Juruá, nº 6.2, p. 243.
41. A expressão *violência,* diferentemente do seu significado no direito romano, e, na esteira da influência do direito canônico, não significa, necessariamente, *força corporal (=vis corporalis),* mas tem o significado de representar o agir contrariamente à vontade do possuidor, *mesmo que presumida,* ou seja, a violência configura ato arbitrário que anima e permeia o comportamento do esbulhador, *ainda que o esbulhador não tenha praticado atos propriamente de violência ou atos materiais de violência* (NATOLI, Ugo. *Il Possesso,* Milão, 1992, ed. Giuffrè, nº 92, p. 328). Basicamente, assim também a doutrina espanhola, ou seja, se se tivesse como necessária a violência, *propriamente dita,* "se tendrá un concepto de la posesión tan restringido que el poseedor se vería privado de protección en muchos casos" (v. LOS MOZOS, Jorge Luís de. *Tutela Interdictal de la Posesión,* Madrid, 1962, Editorial Revista de Derecho Privado, nº 41, p. 236, *sublinhando a mesma influência do direito canônico sobre o direito romano,* p. 237, ao que denomina de "espiritulización del concepto de violencia"; na Itália, SATTA, Salvatore. *Commentario, al Codice de Procedura Civile,* Milano, ristampa 1968, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi – Società Editrice Libraria, IVº vol., parte prima, coms. ao art. 703, aponta essa noção de violência como "universalmente válida"). Entre nós, no mesmo sentido, da necessidade de violência, *propriamente dita*, v. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias *Posse e Ações Possessórias – Fundamentos da Posse,* Curitiba, cit., nº 6.2, p. 242. Parte da doutrina italiana afirma ser necessária *violência física sobre a coisa ou sobre a pessoa* (Messineo, Gentile).
42. Em relação à clandestinidade, por excelência deve essa "valutarsi esclusivamente in rapporto al soggetto passivo dello spoglio *ed essendo irrilevante che altri ne sia venuto a conoscenza".* É preciso, para verificar-se a clandestinidade, que o esbulho não tenha ocorrido na presença da vítima, e, que, esta, sucessivamente, disso não tenha tido conhecimento. (NATOLI, Ugo. *Il Possesso,* Milão, 1992, ed. Giuffrè, nº 92, p. 329). É, em realidade, a vítima que precisa conhecer o ilícito, para poder reagir. Mas é preciso ter presente que não há como admitir-se a *displicência* ou a *desatenção* do esbulhado.
43. Na jurisprudência italiana há orientação, de longa data, no sentido de a *privação parcial da posse ou da composse,* é *esbulho*. O óbice ao exercício de servidão, *tal qual originariamente previsto,* mesmo admitindo-se exercício por outra forma, é esbulho; a transferência da servidão de um lugar para outro. Essa orientação, ainda que não seja pacífica, é a que predomina; vale dizer, quando a privação for parcial, tratar-se-ia de turbação, reputando-se esbulho, apenas, o impedimento total da posse, pelo possuidor (para uma notícia no direito italiano, v. NATOLI, Ugo. *Il Possesso,* Milão, 1992, ed. Giuffrè, nº 90, p. 325-326). Podemos falar, quanto à privação parcial, em *esbulho parcial,* o que, todavia, no direito brasileiro não afeta em relação ao cabimento da ação.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 381 1/2/2007, 08:53

Ao lado do esbulho há o ilícito igualmente com firme perfil histórico e conceitual, que é a turbação;[44-45] e, ainda, há a ameaça de turbação e esbulho (= temor fundado de lesão à posse) – são tratados no direito civil, mas que, necessariamente, embasam as ações possessórias respectivas.

A *turbação* caracteriza-se por ato de alguém que *indevidamente impede* ou *obsta* a ação ou a liberdade do possuidor. Esses atos turbativos podem colidir com atos do possuidor ou podem obstar que o possuidor use ou disponha da coisa, como o desejar.

A *turbação* deve caracterizar-se *por atos materiais,* do que se hão de excluir *atos exclusivamente verbais*. Não é elementar à turbação a violência, ainda que a turbação possa ser realizada ou estar acompanhada de violência. A turbação pode ser ato material, ou, pode defluir de ato jurídico, *na medida em que este,* per se, *direta ou indiretamente afete o âmbito da posse.* O cultivo parcial de imóvel alheio é turbação; a interceptação de caminho, em meio a um cafezal, é turbação. O interdito proibitório é modalidade clássica de tutela inibitória, das poucas existentes em nosso direito mais antigo, mas que, contemporaneamente comportaram grande desenvolvimento, sob o signo do valor de que é preferível prevenir um ilícito do que restaurá-lo.

7. ÂMBITO DO JUÍZO POSSESSÓRIO – O RESULTADO DA AÇÃO POSSESSÓRIA – JUÍZO POSSESSÓRIO E DOMINIAL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA E REINTEGRAÇÃO DE POSSE

O direito positivo brasileiro, desde o Código Civil de 1916, adotou a concepção objetiva da posse, *de forma "predominante"*. No vigente Código Civil, mais do que no Código Civil de 1916, patenteia-se uma visão de caráter objetivo através da qual encarou e disciplinou o fenômeno possessório.

Ainda que pelos traços fundamentais da concepção de Rudolf von Ihering a posse seja considerada um direito, nem por isso, todavia, deixa ela, no juízo possessório, de ser tratada, fundamentalmente, como a proteção de uma situação

44. A chamada *turbação de direito* – que se distingue da *turbação por atos materiais* – é aquela em que, por ato extrajudicial, é contraditada ou negada a posse, modalidade esta de turbação que refoge da tradição brasileira. *V. g.,* uma intimação (v. REZENDE, Astolpho. *op. ult. cit.,* nº 223, pp. 342-343).

45. Em relação à admissibilidade da *turbação de direito,* também chamada *turbação civil,* a posição brasileira foi sempre contrária (STF, Arquivo Judiciário, 32/p. 101, apel. 3.998-Mato Grosso, rel. Min. Artur Ribeiro).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 382 1/2/2007, 08:53

de fato.[46] Em realidade, o que está imantado na posse é *o fato mesmo,* e o que poderia vir a ser considerado o direito (*ao menos,* no sentido de que a situação possessória deve ser objeto de proteção pelo direito), *é situação de fato mesma;* ou seja, referimo-nos ao *ius possessionis*. E é diante dessa situação de fato, que gravita o juízo possessório, e, isto ganha nitidez também, no juízo preambular, onde se pode conceder medida liminar de proteção possessória – independentemente de qualquer cogitação de *periculum in mora,* estranho a esta temática –, como se vê dos requisitos constantes do art. 927, do CPC[47]. São esses descritivos de uma sucessão de fatos (e, por certo, a significação desses fatos e o que a esses diz respeito no plano da posse)[48]. Pode-se perceber uma simetria entre o art. 927, do Código de Processo Civil (ainda que este se refira aos requisitos que hão de estar presentes para a obtenção de medida liminar) e o que dispõe o art. 1.210, § 2º (este último, em relação ao que não pode ser objeto de alegação no juízo possessório). Tanto o art. 927, referido, quanto o art. 1.210, § 2º, acabam por traçar as fronteiras possíveis da discussão sobre a posse. Desta forma, o significado do mandamento do art. 1.210, § 2º, é no mesmo sentido do âmbito e do sentido do art. 927 do Código de Processo Civil; ou seja, podem ser discutidos, exclusivamente, fatos; e, pelo art. 1.210, § 2º, que dispõe: "§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro

---

46. Para a concessão de medida liminar, em ação possessória, tanto basta a leitura da lei (art. 927, do CPC), para verificar que as referências desse texto dizem, exclusivamente, *com situações de fato que gravitam em torno da posse.* É este um pensamento comum ou manifestamente dominante, como, por exemplo, para o direito espanhol, onde, segundo Jorge Luiz de Los Mozos diz: "Porque en el juicio de interdicto *(posesorio)* sólo se trata de proteger el *hecho de la posesión* sin plantearse para nada a quíen pertenece el *derecho*, cuestión que deve ventilarse en el juicio declarativo correspondiente (petitorio)" (v. LOS MOZOS, Jorge Luiz de. *Tutela Interdictal de la Posesión,* cit., nº 28, p. 163).

    Ainda na doutrina espanhola (v. DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés; SENDRA, Vicente Gimeno e CATENA, Victor Moreno. *Procesos Civile Especiales,* Madrid, 1996, editorial COLEX, nº 3 (em que tratando do objeto litigioso do juízo possessório), p. 24, dizem: "Lo que protegen, pues, los interdictos es la *posesisón de hecho* o inmediata", ou seja, considera-se no âmbito desses a posse como *situação de fato,* e, a referência a *posse imediata* ou *direta,* é significaltiva de que, é nessa que se corporifica a situação de fato, *propriamente dita.* É, precisamente a essa realidade que se designa como *ius possessionis.*

47. O Código Civil de 1916 continha texto que tinha influência no juízo sobre a medida liminar, *ou seja, era um referencial para decidir-se.* Era o seu art. 507, que não foi repetido pelo atual Código: "Art. 507. Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será manutenido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse. Parágrafo único. Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será seqüestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque". REZENDE, Astolpho. (*op. ult. cit.,* nº 213, p. 323-324, *com indicação de vasta literatura que critica o texto do art. 507, do CC/16*), afirma o seguinte: "É uma das mais infelizes inovações do Código Civil [de 1916]", como dito, não repetida no vigente. O que sempre foi fundamental na tradição do direito, e, entre nós, até a entrada em vigor do Código Civil de 1916 é, apenas, a exigência da *posse atual,* que é o que, agora, ficou valendo, pelo disposto no art. 927, I, do Código de Processo Civil. Isto porque o *direito à invocação dos interditos há de resultar de ilícito cometido (ou ameaçado) contra a posse.*

48. Nisto se inclui saber se uma posse é de *boa* ou de *má-fé,* se é *justa* ou se é *injusta,* dado que tais fatos dizem imediatamente respeito à qualificação de uma dada situação possessória; integram o *caráter da posse.* Quase que se pode dizer que são qualidades ou defeitos normalmente agregados a uma situação possessória.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 383 1/2/2007, 08:53

direito sobre a coisa". Com isto o que se verifica é que se o art. 927 diz respeito aos elementos que hão de ser trazidos para o juízo que há de ser feito em sede de pedido de liminar, pelo texto do art. 1.210, § 2º, constata-se que – *percebida congruência atinente ao âmbito possível de alegações no juízo possessório* – em todo processo em que se tenha por objeto ação possessória *stricto sensu* não há espaço para a alegação de direito, em função do qual se pudesse embasar a situação possessória. Se alegado, não deverá ser considerado[49], justamente porque isso não obsta à solução possessória, em favor de cuja posse deva haver proteção, *indepedentemente do possível direito que possa estar subjacente à posse do adversário*[50-51]. Em conformidade com o que estava disposto no art. 923, do Código de Processo Civil, tendo em vista a revogação da sua segunda parte, pela Lei 6.820, de 16 de setembro de 1980, tem-se que: "Art. 923. Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio". [52-53-54-55-56-57]

49. O que se aceita, unicamente, é que *ad colorandam possessionem,* se possa alegar direito; mas, exclusivamente, com vistas a estabelecer os contornos de uma situação de fato. É este o entendimento correto.
50. Esta é basiciamente a orientação do *Code de Procedure Civile* francês. No seu art. 1.265 está disposto: "Article 1265. La protection possessoire et le fond du droit ne sont jamais cumulés. Le juge peut toutefois examiner les titres à l'effet de vérifier si les conditions de la protection possessoire sont réunies. Les mesures d'instruction ne peuvent porter sur le fond du droit", ou seja: "A proteção possessória e a base *(ou, o fundo do direito, o título da posse)* do direito não podem ser jamais cumulados. O juiz pode, todavia, examinar os títulos para o fim de verificar se as condições da proteção possessória encontram-se presentes. As provas não podem conduzir à base do direito". O art. 1265 é tradicional no direito francês; antes deste texto, regia o art. 25 do *velho* Código de Processo Civil: (art. 25. Le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés", tendo sua remota origem da Ordonnance de Montil-lès-Tours, de 1446. À semelhança do que se reconhece no direito italiano, i. e., sua filiação ao *engrandecimento* do *spoliatus ante omnia restituendus,* diz-se no direito francês que essa regra é "corollaire de la protection possessoire" (v. Vincent, JEAN e Guinchard, SERGE. *Procédure Civile,* cit., nº 64, p. 73).
51. Talvez uma das poucas hipóteses em que, de certa forma, é admissível a alegação do direito do autor e da ausência de direito do réu à posse, é a em que cessa o direito do réu à posse direta, *v. g.,* em casos do *comodato, usufruto,* e outros, em que tem cabimento a reintegração de posse.
52. Anteriormente, antes da revogação pela Lei 6.820, rezava a segunda parte do art. 923: "Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio", que, em rigor, deu nova redação à segunda frase, do art. 505, do Código Civil de 1916, mas mantendo o mesmo princípio desse art. 505, segunda parte.
53. Ou seja, se pendente ação possessória, não tem cabimento ação reivindicatória por aquele possuidor que se julgue proprietário. Como também, pela latitude da expressão "ação de reconhecimento de domínio", ficava excluída uma ação declaratória. A regra do art. 923, do Código de Processo Civil teve a sua constitucionalidade apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, porque, em realidade, a pendência de uma ação possessória protrai no tempo a possibilidade de propositura da ação reivindidatória. O Supremo Tribunal Federal, tendo tido como relator o Min. Moreira Alves, no Recurso Extraordinário 87.344, publicado na RTJ 91/594, não vislumbrou inconstitucionalidade – única questão decidida nesse recurso extraordinário 87.344 – na circunstância de, nesse contexto, haver-se de demorar para a propositura da ação reivindicatória. No direito italiano discutiu-se, também, a constitucionalidade do art. 705, primeira parte, do Código de Processo Civil italiano, tendo a Corte Constitucional reconhecido a sua constitucionalidade em face dos arts. 3º, comma 1º, 24 (=acesso à justiça) e 42 (=função social da propriedade), todos da Constituição italiana (para outras informações, v. Codice di Procedura Civile, aos cuidados do Prof. Nicola Picardi, cit., coms. ao art. 705, nº 1, p. 706).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 384 1/2/2007, 08:53

A ação reivindicatória se distingue das ações possessórias; e, distingue-se *particularmente*, da ação de reintegração de posse, que é a modalidade de ação possessória *stricto sensu,* que mais se aproxima da reivindicatória. Já escrevemos a respeito: "Têm assim, logicamente, as ações possessórias e a ação petitória *objeto mediato* idêntico; ambas objetivam a coisa. No entanto, os respectivos objetos imediatos são parcialmente diversos: nas ações possessórias colima-se, além da condenação – restituição da coisa, na reintegratória, por exemplo – a declaração de que ao autor é que cabe, legitimamente, a posse da coisa. Já na ação petitória, colima-se também, a restituição da coisa, mas no que tange à *causa petendi* e à declaração ela é *mais ampla,* porquanto se deseja, neste caso, a declaração de que é ao autor que pertence o domínio, o que [*virtualmente* no caso] compreende a posse"[58].

O resultado da ação possessória circunscreve-se ao âmbito da posse, não impedindo a propositura *ulteriormente* ao término do processo da ação possessória, da ação dominial.

A *lesão à posse* por esbulho pode ensejar, tanto a ação possesssória (*v. g.,* ação de reintegração de posse), quanto a ação dominial. Pode-se dizer que *em*

---

54. O direito francês contém regras que gravitam em torno do mesmo princípio. Dispõe o art. 1266, do Código de Processo Civil francês: "Art. 1.266. Celui qui agit au fond n'est plus recevable à agir au possessoire", ou seja, "Aquele que postula com base em um direito não pode agir no plano possessório"; e, o Art. 1267 dispõe: "art. 1.267. Le défendeur au possessoire ne peut agir au fond qu'après avoir mis fin au trouble", ou seja, "O réu de uma ação possessória não pode pleitear direito senão quando haja *posto fim ao possessório"*.
55. No direito italiano vigente, *ainda que mantido o princípio,* alterou-se para menos a extensão da vedação. No Código de Processo Civil de 1865 vedava-se, *tanto ao autor, quanto ao réu,* a propositura de ação reivindicatória, se pendente ação possessória. No vigente reza o art. 705 do Código de Processo Civil: "Art. 705 *(divieto de proporre giuddizio petitório)* Il convenuto nel giudizio possessorio non può proporre giudizio petitorio, finchè il primo giudizio non sia definitivo e la decisione non sia eseguita. Il convenuto può tuttavia proporre il giudizio petitorio quando dimonstra che l'esecuzione del provvedimento possessorio non può compiersi per fatto dell'attore".
56. No art. 705, *primeira frase [primo comma]* do Código de Processo Civil italiano (o que vale para o disposto no art. 923, do Código de Processo Civil, e, bem assim para a nossa tradição, que se constitui no *pano de fundo* desses textos), encampa-se princípio significativo de que essas regras são manifestações do princípio *spoliatus ante omnia restituendus* (é opinião comum na Itália – v. *Codice di Procedura Civile,* aos cuidados do Prof. Nicola Picardi, *cit.,* parte comentada por Nina Perrotta, coms. ao art. 705, nº 1, p. 705, com vasta indicação bibliográfica). Não se vislumbra, ademais, prejudicialidade entre o *possessório* em relação ao *petitório,* senão que, uma forma de *reforçar a tutela possessória,* sendo esse um princípio de *ordem pública* (diferentemente, Salvatore Satta, *Commentario al Codice de Procedura Civile,* Milano, ristampa 1968, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi – Società Editrice Libraria vol. IV, parte prima, coms. ao art. 705, p. 297 e Levoni, *La tutela del possesso,* II. *L'azione ordinaria me difesa possessoria e il Giudizio,* Milão, 1979, II, p. 311, os quais entendem que haja de ser, exclusivamente, objeto de exceção).
57. A regra, no direito italiano, é direcionada para o réu (= convenuto), havendo, para o autor *liberdade* de acionar, *conjuntamente,* pelo petitório e pelo possessório (parece ser jurisprudência predominante) (v. *Codice di Procedura Civile,* aos cuidados do Prof. Nicola Picardi, *cit.,* coms. ao art. 705, nº 1, p. 703). Não se trata de assunto pacificado (v. *Codice ult. cit.,* p. 703).
58. V. Alvim, Arruda. Teoria Geral do Processo de Conhecimento, São Paulo, 1972, ed. da Revista dos Tribunais, vol. II, p. 339.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 385 1/2/2007, 08:53

face do esbulho se configura a possibilidade de opção ao autor. Mas é inviável a *simultaneidade* de ambas as modalidades de ações[59]. Trata-se, no caso, de uma *modalidade de litispendência*[60]*,* ainda que não se possa vislumbrar *identidade plena entre as ações*[61-62].

Se a lesão à posse ocorreu antes do momento hipotético em que poderia ser proposta a *reivindicatória* ou a *reintegratória,* a opção por um dos caminhos, inviabiliza o outro. Mas, se pendente o juízo dominial e ocorrer *qualquer reclamação atinente à posse, decorrente de fato ulterior à propositura da possessória,* é no juízo dominial que se reclamará[63].

O óbice à propositura de ação petitória perdura até o momento da 'exaustão' do processo da ação possessória[64].

8. SIGNIFICADO DA POSSE NO JUÍZO POSSESSÓRIO – POSSE: SUA CATEGORIA JURÍDICA NO JUÍZO POSSESSÓRIO – POSSE E PROPRIEDADE

A posse deve ser considerada como um direito, *per se*, ainda que não seja um direito real. Os argumentos centrais para para sustentar esta posição são os seguintes: (1) posse não prevalece *erga omnes,* no sentido de que a posse não pode predominar, no *juízo dominial* em detrimento do domínio; no juízo possessório, todavia, onde apenas se confrontam situações de fato, determinada situação de posse pode prevalecer sobre outra situação de posse, *ainda que em relação a esta se haja alegado algum direito,* por isso que, no âmbito do juízo possessório, a posse – em relação à qual resulte favorável a proteção – acaba por dever ser considerada como tendo *praticamente, nesse plano,* o atributo de eficácia *erga omnes*; (2) a posse cede diante do domínio, *ainda que esse confronto – situação possessória* versus *domínio – somente no juízo dominial possa ocorrer,* dado que, pela redação do art. 1.210, § 2º ("Art. 1.210. …§ 2º Não obsta à manutenção

59. V. ALVIM, Arruda. *Teoria Geral do Processo de Conhecimento,* São Paulo, cit., vol. II, p. 341.
60. Era o que ensinava também Câmara Leal, dizendo que se tratava de hipótese "em que a litispendência prescinde do requisito da identidade de causa, porque decorrente de preceito expresso de lei" (v. *Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo,* cit., vol. III, p. 490).
61. V. ALVIM, Arruda. *Teoria Geral do Processo de Conhecimento,* cit., vol. II, p. 342.
62. Era regra constante em nosso direito a inviabilidade da pendência de ação dominial, se pendente ação possessória (assim, os Códigos de Processo Civis estaduais, São Paulo, art. 614, Pernambuco, art. 539, do Espírito Santo, 433, de Minas Gerais, art. 661 e do Distrito Federal, art. 529). Na doutrina, igualmente, era esse o entendimento, mesmo anteriormente: v. Paula Batista, *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial,* Lisboa, 1910, 7 ed., § 34, p. 36.
63. V. ALVIM, Arruda. *Teoria Geral do Processo de Conhecimento,* cit., vol. II, p. 343, sendo expresso a respeito o Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul, no seu art. 525 (v. na mesma obra, p. 397, nota 156).
64. V. Arruda Alvim, *Teoria Geral do Processo de Conhecimento,* cit., vol. II, p. 343 e Tito Fulgêncio, *Da Posse e das Ações Possessórias,* Rio de Janeiro, 1955, 3 ed., 1º vol., p. 282.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 386 1/2/2007, 08:53

ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa"), que é apenas *'reiteradora'* do que se encontrava disposto no art. 505, *primeira parte*, do Código Civil de 1916, sem a restrição do que se encontrava na *segunda parte* desse art. 505 (já superada, esta, pela legislação precedente); (3) posse é sempre condição à fruição de direito real de gozo, ou da propriedade; ela *encarna* a própria fruição; (4) a posse existe em relação a direitos reais e direitos pessoais; o que se altera é o título em função do qual existe a posse; (5) a posse existe, inclusive, independentemente de um título.

Conceito de possuidor – está no art. 1.196 (art. 485 do Código Civil de 1916). A posse pode ser herdada, negociada, e, se perdida a posse, enseja evicção (art. 447, Código Civil, a que correspondia o art. 1.107 de 1916). [65]

Propriedade e Posse – Dizem muitos autores que a posse é um *direito degradado*, em relação à *propriedade.*O que esta expressão significa é que a posse prevalece, subsiste até que o dono, em ação reivindicatória, recupere a coisa. Vale dizer, se considerada a situação possessória *no plano estritamente possessório,* a posse é um direito, em relação ao qual não há possibilidade de ser vulnerado; ao passo que, se vier a ser confrontada, considerando-se o sistema jurídico como um todo, com o domínio, cederá passo em relação à propriedade ou ao domínio. Vale dizer, no plano possessório a posse *praticamente* prevalece *erga omnes;* no plano dominial, cederá a posse diante do domínio, salvo se houver um título em relação à posse, que não permita ao proprietário a utilização da sua ação reivindicatória. Clóvis Beviláqua, aludia a *direito especial. Outros a direito provisório.* As mesmas considerações feitas em relação às expressões *direito degradado,* têm lugar em relação à expressão *direito provisório.* As provisoriedade da situação possessória, é, como tal considerada, em relação a *futura, possível e hipotética* solução dominial, em cuja sede não deve ela prevalecer, diante do direito de propriedade. A *provisoriedade* atribuída à posse, ou, à proteção do juízo possessório (que, em si mesmo é definitivo), parte da ótica que enxerga a possível alteração no juízo dominial.

9. SEPARAÇÃO ENTRE JUÍZO POSSESSÓRIO E JUÍZO DOMINIAL

Em relação à separação do juízo dominial e possessório, devemos ter presente os seguintes passos de nossa evolução legislativa: (1) regia o assunto mais

65. Dispõe o art. 447: "Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública". Dispunha o art. 1.107 do Código Civil de 1916, *que era nominalmente expresso quanto à posse*: "Art. 1.107. Nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade. Parágrafo único. As partes podem reforçar ou diminuir esta garantia".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 387 1/2/2007, 08:53

proximamente o art. 505 do Código Civil de 1916; (2) é, o aludido art. 505, originário art. 818 da Consolidação de Teixeira de Freitas[66]; (3) o art. 923, do Código de Processo Civil, revogou o aludido art. 505, ainda que mantendo precisamente os mesmos princípios; (4) com a revogação de parte do art. 923, o que veio a prevalecer foi o princípio da separação absoluta entre juízo possessório e dominial, *tal como constava da primeira parte do art. 505, do Código Civil de 1916, e sem a exceção à primeira que representava a segunda parte desse art. 505 (e, nem a da substancialmente igual da segunda parte, do art. 923, do CPC, por certo)*. Atualmente, pelo § 2º, do art. 1.210 do Código Civil, está disposto: "§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa". Esse texto, portanto, coincide com a evolução pela qual passou esse tema – evolução essa ocorrida através de modificações ocorridas no Código de Processo Civil.

A posse, como se disse, é protegida como defesa de uma situação de fato. Esta assertiva, tanto mais se evidencia, a partir do que consta do § 2º, do art. 1.210 do Código Civil, a mostrar, que no plano do juízo possessório está estabelecida a *impenetrabilidade* em relação a alegação de domínio ou de outro direito (o que já era da tradição recente de nosso direito).

O art. 923, do Código de Processo Civil prevê que, na pendência do processo possessório é defeso, a ambas as partes, o uso de ação de reconhecimento do domínio.

É por isto que, havendo pleito possessório, não pode ser proposta ação reivindicatória, até o término daquele[67]. O pleito possessório já foi classificado como pressuposto processual negativo, em relação à *inviabilidade* de propositura de ação revindicatória[68]. Jurisprudência anterior à revogação da segunda parte do art. 923, admitia a discussão do domínio, *dentro do pleito possessório, nos casos em que, ambos os litigantes disputassem a posse como proprietários*[69]*, ou quando ela fosse duvidosa,* na esteira de tradicional entendimento, em nosso direito, através do qual se atribuia um conteúdo à segunda parte, do art. 505, do Código Civil de 1916, onde havia exceções à regra geral, tal como constante do art. 505, *primeira parte,* correspondendo, atualmente, a essa primeira parte o art. 1.210, §

66. Sobre este assunto escrevemos longamente: v. ALVIM, Arruda. *Teoria Geral do Processo de Conhecimento, cit.,* vol. II, pp. 340-342.
67. STF, RT 548/254.
68. TJMT, RT 565/170; inadmitindo ação de usucapião na pendência do possessório, TJSP, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 116, julgados sob nº 10; TJSP, RJTJSP, 79/298. Há entendimento no sentido de que o processo de usucapião deve ser suspenso, 1º. TARJ, Arq. TARJ, 30/110.
69. V. PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 115, julgados sob nºs. 4 (TFR), 5 (TJAC), 6 (TJMS).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 388 1/2/2007, 08:53

2º do Código Civil, sem qualquer ressalva[70-71]. Houve entendimento no sentido de que, conquanto revogada a segunda parte do art. 923, do Código de Processo Civil, *continuou em vigor o art. 505, do Código Civil.* Contudo temos por inaceitável essa posição, porquanto a revogação do art. 923, do Código de Processo Civil, pela Lei 6.820, de 1980, não teve a virtude de, revogando a lei revogadora (o art. 923, do CPC revogara o art. 505, do Código Civil de 1916, nessa parte), nem pelo fato de ter sido revogada a lei revogadora, restaurar-se-ia a lei revogada[72]. Há entendimento, com o qual não concordamos, no sentido de que, em diversas hipóteses, não incide a vedação do art. 923, do Código de Processo Civil[73].

Inversamente, se pende ação reivindicatória, não há que se cogitar de aplicar o art. 923, do Código de Processo Civil, *ou seja, a proibição não compreende a hipótese contrária àquela a respeito da qual o texto é expresso;* vale dizer, quando houver pendência da reivindicatória antes da possessória[74]. Há quem entenda que foi a lei 6.820/80, ao revogar a segunda parte, do art. 923, do Código de Processo Civil, que, *então*, revogou, *igualmente,* o art. 505 do Código Civil de 1916, o que, também, é, em nosso sentir entendimento incorreto, porquanto a Lei 6.820 somente disse respeito ao art. 923[75]. De outra parte, houve posicionamento no sentido de que, apesar do art. 923, do Código de Processo Civil e da lei 6.820/1980, *permanecia em vigor o art. 505 Código Civil,* posicionamento incorreto[76]. Já se entendeu que, se dois contendores se apresentassem como proprietários, descaberia ação possessória, *porque, como resultado de tal possessória, haver-se-ia de cancelar um dos títulos*[77]. Esta posição não é correta, porquanto do resultado de uma possessória, quer na vigência do art. 505 Código Civil de 1916, quer na do art. 923, do Código de Processo Civil, nem pelo fato de haver vencedor, *porque o objeto da ação é possessório*, haveria de produzir o resultado de cancelar o

70. TAMG, RT 583/242; TAPR, RT, 560/208.
71. Já se julgou que o critério do art. 505 do Código Civil é, *substancialmente o mesmo* do art. 923, do Código de Processo Civil, 1º. TARJ, *(in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 118/119, julgados sob nº 21; 1º. TARJ, RT 579/215 *(na fundamentação refere-se a posição do texto [disputa a título de proprietário e posse duvidosa]).*
72. TJSC, Juricat, 42/129. Argumenta-se não existir incompatibilidade entre o art. 923 e o art. 505. *No entanto, não devia ter sido esse o enfoque, porquanto, com o art. 923, porque foi lei posterior ao art. 505, este deixou de ter vigência, e, a seu turno, revogado o art. 923, segunda parte, isto não restaurou a vigência do art. 505, i. e., não o repristinou.*
73. TJSP, RJTJSP, 74/226, no caso de ação de anulação de escritura, cumulada com reivindicatória.
74. TJSP, RT 577/81, publicado também na RJTJSP, 84/203.
75. TAMG, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 117, julgado sob nº 15; TAMG, RJTAMG, 20/55; 2º TACSP, JUTaCivSP, 72/247.
76. 1º. TARJ, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 118, julgados sob nº 18.
77. 1º. TARJ, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p.118, julgados sob nº 20. *Conforme o texto*, 1º. TARJ, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 119, julgados sob nº 24.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 389 1/2/2007, 08:53

título do perdedor. O objeto desta ação nascendo possessório, assim é que deve ser julgado. Com a revogação do art. 505 do Código Civil de 1916, pelo art. 923, do CPC, a situação não se alterou. Em realidade, o que ocorreu foi a sucessão de uma redação diferente, mas, em substância, dispondo a mesma coisa. No entanto, com a supressão de parte do art. 923, ou seja, na sua redação de acordo com a Lei 6.820, de 16.9.80, que suprimiu a sua segunda parte: "Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; *caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio",* permanecendo vigente só a primeira, é certo que desapareceu, já nessa oportunidade, a exceção de domínio no direito brasileiro. E nesse sentido dispôs o art. 1.210, § 2º do Código Civil.

10. CLASSIFICAÇÃO DA POSSE

Classificação da posse: **(1)** a) posse violenta *(inverso da posse mansa, pacífica e tranqüila),* sendo esse vício decorrente do modo aquisição *ou, mais amplamente, da instalação* da situação de posse; b) clandestina (é o mesmo que posse oculta); por excelência, a clandestinidade diz respeito à ocultação da posse em relação ao dono e/ou ao **possuidor,** porque, é um ou outro, que deve ter ciência do ilícito possessório ocorrido e em relação a esse há de tomar providência; e c) "precária", a qual decorre do *abuso de confiança* ou *de qualquer situação em que não mais se justifique a permanência da coisa na posse de alguém.*

(2) a) posse de boa-fé; b) posse de má-fé. A posse de boa-fé é aquela em que em relação à sua situação de possuidor, *subjetivamente,* acredita esse possuidor que nada lhe obsta à aquisição do direito. Essa situação é representativa da crença de que esse possuidor não lesa direito de ninguém. Está normalmente implicado, nesta posse ou no enunciado dessa situação, que ela foi adquirida (a *boa-fé* ou a *má-fé,* coloca-se na crença) ou não, vista da perspectiva de aquisição do direito, que supostamente embasa essa posse. A de má-fé, é aquela em que o possuidor tem consciência de que há óbice à aquisição da coisa, e, à sua posse. A classificação da posse da perspectiva vertical, possuidor direto e indireto, segue no item abaixo, à luz do papel que desempenham no juízo possessório.

11. AS FIGURAS DO POSSUIDOR DIRETO E INDIRETO NO PLANO DO JUÍZO POSSESSÓRIO – A INDIVISIBILIDADE DE DETERMINADAS SITUAÇÕES E AS IMPLICAÇÕES PROCESSUAIS (DEFESA DA COMPOSSE)

O art. 1.197 do Código Civil (antigo 486, do Código Civil de 1916), prevê as figuras dos possuidores direto e indireto (em relação a esta categoria, pode haver mais de um possuidor indireto, no mesmo grau ou *hierarquizadamente*). A função

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 390 1/2/2007, 08:53

do possuidor indireto, no juízo possessório, é a de poder agir em relação à posse[78] (que é, *de fato,* **como situação possessória visível,** a situação do possuidor direto).

Isto significa que, havendo legitimidade tanto possuidor direto, quanto do indireto, em relação às ações possessórias, há o fenômeno de **legitimação concorrente.** A posição processual do *possuidor indireto,* pode ser considerada em relação a demandas possessórias em que se vê a posse, como ***situação de fato,*** objeto da defesa, como a de legitimação extraordinária *substituto processual*, ***à luz da situação do outro legitimado,*** que é o possuidor direto. Se admitir que se defende a posse *do possuidor direto,* a situação seria de *substituição processual.* Mas o que parece mais consentâneo é admitir-se tratar-se de legitimação concorrente, dado que o possuidor *indireto,* nos termos da lei, possuidor também é.

Cumpre examinarmos situação que é havida na doutrina e legislações como participando de uma situação indivisível, *i. e.,* a *composse*. Essa é abordada em função do âmbito maior do art. 1.314 do Código Civil, que não se refere somente à proteção da situação de composse, senão que, também, a outra situação de indivisibilidade.

Dispõe o art. 1314 do Código Civil: "Art. 1314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la". Esta norma do art. 1314 aglutina em seu texto a situação de mais de uma pessoa titular de uma situação atualmente indivisível. Essa norma refere-se precipuamente a possuidores do mesmo grau[79]. O artigo 1.580, par. ún. do Código Civil de 1916 previa a legitimidade concorrente dos co-herdeiros para reivindicar a totalidade da herança, ao passo que o artigo 1.791, do atual Código, exclusivamente estabelece a indivisibilidade da herança (o art. 1.791, par. ún. dispõe: "Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio"). Ao herdeiro como condômino, é atribuída a legitimidade para exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, e, pois, reivindicar a herança, defender a posse e alhear ou gravar a parte ideal.

---

78. O Código de Processo Civil é expresso ao atribuir legitimidade ao possuidor indireto: "Art. 932. O *possuidor* direto ou *indireto,* que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito".
79. No direito anterior esstas situações encontravam-se esparsas no Código Civil, ou seja, nos arts. 634 (quanto à composse), 623, inc. II (quanto à reivindicação, por qualquer condômino) e 1.580, quanto à situação do herdeiro, que, individualmente ou *per se* – tal como nas outras hipóteses, *mutatis mutandis* – podia agir, com o que se configurava, e, se configura (em face do art. 1.314) a situação de substituição processual.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 391 1/2/2007, 08:53

Ainda, lembremos que a situação de indivisibilidade do direito dos herdeiros até a partilha, estabelecida pelo *caput* do artigo 1.580 do Código Civil de 1916 é seguida da legitimidade prevista no par. ún. do art. 1.580, do Código Civil de 1916, ou seja, a legitimação concorrente de qualquer co-herdeiro para a propositura das ações, sem que o terceiro pudesse opôr a um co-herdeiro "o caráter parcial do seu direito nos bens da sucessão".

A antiga regra do art. 623, II e a do art. 634, ambas do Código Civil de 1916, configuravam – como faz o atual texto do art. 1.314 – uma hipótese de legitimação concorrente, dado que, cada condômino ou cada possuidor poderia, como hoje pode, reivindicar ou defender a posse. Mas, parece que nesta hipótese existe legitimidade própria, em relação à quota parte do possuidor, mas, em relação aos demais, ou, às demais partes, há substituição processual. Mais ainda: cada um desses pode, seja condômino ou co-possuidor, reivindicar ou defender a respectiva posse "do todo", *i. e.*, reivindicar a coisa objeto do condomínio ou o objeto da posse, em que há, em uma e outra situação, pluralidade de co-titulares. O texto do art. 1.314 aplica-se tanto no caso de mais de um possuidor *indireto,* quanto no de mais de um possuidor *direto.* A hipótese do art. 1.197 do Código Civil enseja a propositura de ação possessória tanto pelo possuidor *indireto,* como pelo *direto,* um contra o outro (v. nota 13). A do art. 1.314, admite que um co-possuidor indireto proponha a ação, individualmente; e, a mesma coisa de passa com o co-possuidor direto. Subjacentemente a esse texto do art. 1.314, e, aos anteriores do Código Civil de 1916, está a *indivisibilidade* do direito, da qual, portanto, deflui que cada titular fica legitimado para reivindicar ou defender a posse *inteira* da coisa, justamente pela aludida situação de indivisibilidade desta. Sublinhemos que no art. 1314, do vigente Código Civil, há referência a essa mesma característica – tal como constava do ordenamento anterior, em que era explícito a respeito, o art. 1.580, rezando ser "indivisível o seu direito", e, ainda, o art. 623, III, referindo-se à "parte indivisa" –, dado que aí constava que cada condômino poderia exercitar os seus direitos, em relação à coisa, "compatíveis com a indivisão"[80]. É certo que, se um possuidor *direto* ou *indireto* propuser a ação, o outro ou os demais, poderão ingressar no processo como assistentes litisconsorciais.

12. POSSE E DETENÇÃO

Posse difere de *detenção* (= posse natural), onde a situação **externa** é similar ou idêntica à da posse, mas em que o *detentor* não tem instrumentos processuais

80. No direito espanhol (Código Civil, art. 445, *primeira frase*) está disposto: "La posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, *fuera de los casos de indivisión.* …". Este texto trái a origem romana *pura* (*plurium in solidum*), senão que, *dualidade de possuidores,* só se compreende no caso da composse (v. a respeito, Xavier O'Ocallaghan Muñoz, *Código Civil comentado y con jurisprudencia,* Madrid, 2001, ed. de La Ley, coms. ao art. 445, p. 501).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 392 1/2/2007, 08:53

à sua disposição ativamente, nem passivamente há de submeter-se à ação possessória ("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", do Código de Processo Civil). Na detenção há *um possuidor de um lado, e, de outro, o detentor, que não é possuidor, mas tem a aparência de possuidor.* É possível que o possuidor não tenha aparentemente o poder de fato, e que o detentor aparente ter esse poder. O ônus da prova é daquele com quem, eventualmente, esse detentor *(pretendendo-se passar por possuidor)* litigue.

13. O OBJETO MATERIAL DA POSSE E AS AÇÕES POSSESSÓRIAS

A generalidade dos autores corretamente entende que a referência à reintegração de posse, à sua mantenunção, e, bem assim, ao direito de ser o possuidor segurado da violência iminente, respectivamente, ocorrendo *esbulho, turbação* ou *quando tiver justo receio de vir a ser molestado* (dado que a proteção da posse é um dos seus efeitos fundamentais da mesma) devem constar do Código Civil (tal como consta o usucapião). Foi neste sentido e por essa razão que dispôs o Código Civil (art. 1.210, *caput).*

O Código de Processo Civil, a seu turno, disciplina minudentemente a proteção possessória, da perspectiva processual.

O objeto das ações possessórias são as *coisas*[81-82-83-84], tais como a elas se refere o sistema do Código Civil. As *coisas*, em nosso sistema são objetos físicos, tangíveis e com "consistência"[85].

---

81. V. amplamente, nossos comentários ao art. 1.196 do Código Civil e o Livro *Introdução ao Direito das Coisas*, de nossa autoria, em obra por nós e pela Profª Thereza Alvim, a ser publicada pela Editora Revista Forense em co-edição com a FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo), e que se encontra no prelo.
82. É indispensável a demonstração das extensão e características da coisa, individualizando-a, para o cabimento da ação possessória. A confusão de limites, todavia, não obsta ação de manutenção de um proprietário-possuidor contra o outro (TJSP, apel. 14.613, j. em 22.3.1931, rel. Min. Afonso de Carvalho, Revista dos Tribunais vol. 79/p. 351).
83. Na linha da tradição do nosso direito, desde antigamente, admitiam-se remédios possessórios, *por excelência,* em relação a *coisas corpóreas* (STF, Revista Forense, vol. 55/p. 315, agr. de pet. 4.491-DF, rel. Min. Hermanegildo de Barros, j. em 20.5.1927).
84. Já se entendeu, infundadamente, entre nós, que as *coisas móveis* não eram aptas a comportar proteção possessória (no sentido correto, admitindo a proteção – TJAM, apel. 585, rel. Des. Raimundo Pessoa, vencido Des. Artur Virgílio, j. em 27-3.1936, publ. no Julg. e Dec. da C. A. do Est. do Amazonas, 1936, 1º sem., p. 349 *apud Repertório de Jurisprudência do Código Civil [de 1916],* organizado pelo juiz José Geraldo Rodrigues de Alckmin, São Paulo, s/d, 3ª tiragem, ed. Max Limonad, julg. nº 185, pp., 90-91); em sentido contrário ao último, e, equivocado: TJAM, apel. 577, rel. Des. H. Morão, j. em 26-8-1938, com notável voto vencido do Des. Raimundo Pessoa, admitindo possessórias sobre móveis, publ. no Julg. e Dec. da C. A. do Est. do Amazonas, 1938, 1º sem., p. 535 ***apud*** *Repertório de Jurisprudência do Código Civil [de 1916],* organizado pelo juiz José Geraldo Rodrigues de Alckmin, São Paulo, s/d, 3ª tiragem, ed. Max Limonad, julg. nº 186, pp. 91-96).
85. Basicamente, neste sentido, são o parágrafo 90 do Cód. Civil alemão e o parágrafo 947, 1ª alínea, do Código Civil grego, cuja noção de *coisa* aplica-se ao direito brasileiro.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 393 1/2/2007, 08:53

Refoge ao âmbito *da noção de coisas,* compreenderem-se nessa, situações eminentemente pessoais, e, *ipso facto,* ao âmbito das ações possessórias, os chamados direitos pessoais[86].

Ferindo o assunto *relacionado com a proteção processual da posse dos direitos pessoais,* lembremos que na história do direito brasileiro já existiu a chamada *teoria brasileira do habeas corpus*, mercê da qual aplicava-se o h. c. a situações extra-penais, *de caráter pessoal*. A latitude do texto da Constituição Federal de 1891 referente ao *habeas corpus* o admitia. Com a reforma constitucional de 1926[87], e, com a *recondução do h. c.* à esteira de sua tradição histórica, *i. e.*, *liberdade de ir e vir, relacionada com o direito penal*, e, à falta de outro remédio (que viria a ser o do mandado de segurança), utilizaram-se as ações possessórias para direitos pessoais. Com a criação do mandado de segurança, pela Constituição de 1934, e, sua discipilina com a lei 191/1936, não mais sentido teve o remédio possessório para situações pessoais. Contribuiu para *esse desvio* o trabalho de Rui Barbosa, intitulado *A Posse dos Direitos Pessoais,* ao que se somou, ulteriormente a situação conjuntural de *carência de meio processual,* decorrente da reforma constitucional de 1926, mas lacuna essa colmatada pela criação do Mandado de Segurança pela Constituição de 1934. Atualmente, não têm os remédios possessórios aplicabilidade a direitos pessoais[88].

Por outro lado, em relação àquilo que tem sido nominado de *novos direitos,* e, são tais, as utilidades decorrentes do uso da *energia, ondas de rádio, televisão etc.,* por exemplo, também não comportam remédios possessórios. Atualmente, não se admite pretensão possessória, atinentemente a *consumo individual de energia*

86. Na tradição brasileira – e, há muito tempo – chegou-se a admitir remédios possessórios para a defesa de direitos pessoais (admitindo: TJSP agr. de instr. 516, rel. Des. César Whitacker, com voto vencido, j. em 14-2-1034, Revista dos Tribunais vol. 89/p. 521 – negando: STF, Arquivo Judiciário 40/p. 529, apel. 5.749, j. em 1-11-1934, rel. Min. Artur Ribeiro, vencido Min. Bento de Faria; no mesmo sentido que o anterior, CADF [TJDF], revista 534, rel. Francisco Cesário Alvim, j. em 8.8.1934, Arquivo Judiciário, vol. 33/p. 200); *admtindo contra o desligamento de telefone,* TJDF, 7ª C., rel. Guilherme Estelita, j. em 11-6-1947, Arquivo Judiciário vol. 84/p. 138; negando possessória *cujo objeto fosse energia (= posse, uso e gozo de aparelhos telefônicos),* sob o argumento de essa situação não comportar remédio possessório TJDF, agr. pet. 6.867, 3ª C., rel. Emanuel Sodré, j. em 3-12-1943); admitindo em relação a *energia elétrica,* diante do argumento decorrente do art. 155, § 3º, do Código Penal ("Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º – ……; § 2º – ……; § 3º – *Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico")*, que considerou a energia *bem móvel* – TJDF, rel. Des. Serpa Lopes, apel. 6.519, j. em 25-11-1949, Arquivo Judiciário vol. 95/63; contrários ao imediatamente anterior: TJMG, rel. Des. Batista de Oliveira, j. em 7-1-1931, agr. 4.347, Revista Forense, vol. 56/p.167; TJRS, agr. 678, rel. Des. Ademar Barreto, j. em 22-7-1937, Revista dos Tribunais vol. 112/286; TJSP Revista dos Tribunais 77/p. 620.

87. Sobre essa evolução, v. Arruda Alvim, *Mandado de Segurança,* publicado na *RePro [Revista de Processo],* vol. 6º [abril/junho – 1977], item VI, do trabalho, p. 149.

88. TJSP, RT 576/83.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 394 1/2/2007, 08:53

elétrica; a supressão de fornecimento de energia pode configurar violação de direito obrigacional[89].

14. AS AÇÕES CLÁSSICAS DO DIREITO POSSESSÓRIO *STRICTO SENSU* E AS SITUAÇÕES MATERIAIS QUE A ELAS DIZ RESPEITO – HIPÓTESES MAIS COMUNS

Há três situações nítidas, que constam do direito positivo brasileiro, atual e precedente, na esteira de evolução histórica, em que essas se cristalizaram. São três *ilícitos possessórios, de caráter material (esbulho e turbação e ameaça de esbulho e ou turbação),* aos quais correspondem as três modalidades conhecidas de ações possessórias. À reintegração de posse, corresponde o *esbulho.*

À manutenção de posse corresponde o ilícito da *turbação* e ao interdito proibitório corresponde o *temor fundado de lesão à posse* (configura-se pelo temor da ocorrência de *esbulho* ou *turbação*)[90-91-92-93-94-95].

---

89. 1º TARJ, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* São Paulo, 1986, 3 ed., ed. da Revista dos Tribunais, vol. IV, p. 130, julgado sob nº 44. A mesma coisa se diga atinentemente a ligação telefônica, 1º TACSP, JUTACivSP, 68/66, tb. publ. na RT, 546/117.

    Já se admitiu – erroneamente – ação possessória para que o síndico retornasse às suas funções – TJSP, RT 566/86. Este seria hipótese típica de uso de possessória para *direito pessoal.*

90. Câmara Leal, no *Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo,* São Paulo, 1931, Saraiva, vol. 3, comentário DCCCLXXIV, ao CPC paulista, p. 483, identificava três situações fundamentais, ou seja: (a) a ação de força iminente, ou de preceito cominatório, ou de embargos à primeira, ou *interdito proibitório* (nome atual), com o objetivo de impedir violação à posse; (b) a ação de força turbativa, ou interdito de *manutenção de posse* (nome atual), para a defesa de atos que *embaracem ou diminuam o exercício da posse, "sem contudo impedí-lo de modo absoluto";* (c) a ação de força espoliativa, ou interdito de *reintegração de posse* (nome atual), quando o ilícito possessório praticado impede, de modo absoluto, o exercício da posse pelo possuidor. E, distinguia – ainda que através de um critério classificatório algo diverso daquele utilizado por Astolpho Rezende – que se a ação fosse proposta "dentro de ano e dia, da data da turbação, ou esbulho, dizia-se de *força nova,* turbativa ou espoliativa, e, quando dizia-se intentada depois de decorridos ano e dia, dizia-se de *força velha"* (*op. e vol. cits.,* p. 483).

91. A respeito da disciplina sobre *liminar,* o Código paulista a previa para a ação de força iminente (= interdito proibitório), no art. 620, onde se lia que "Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz *"in continenti"* deferirá; do contrário, ordenaria a justificação (*idem,* art. 620); quanto à ação de força nova turbativa (= manutenção de posse), a ser proposta "dentro de ano e dia" (art. 623), dispunha que "provados os requisitos da ação, na forma do art. 620, § único (que se referia à *urgência*, quando o juiz podia, até mesmo dispensar a *prova prévia,* devendo exigí-la dentro de um tríduo), o juiz, nos termos do art. 624, expedia "desde logo mandado de manutenção"; a ação de força nova espoliativa (= reintegração de posse), proponível "dentro de ano e dia" (art. 627, do CPC paulista), dispondo-se no art. 629, em relação à ação de força nova espoliativa que "O processo desta ação é o mesmo da precedente", o que significa que cabia medida liminar, como se procurou esclarecer. Nos demais Códigos estaduais existentes os textos eram apreciavelmente coincidentes (v. Câmara Leal, *op. e vols. ult. cits.,* p. 514 e seguintes).

92. V. a respeito, Astholfo Rezende, *A Posse e sua Proteção,* cit., nº 197, p. 295 e seguintes, dizendo esse autor que essa "divisão e classificação das ações possessórias encontram-se em todos os escritores que versaram o assunto, e foram conservadas pelo Código Civil [de 1916]. Este autor elenca as seguintes ações: (a) de esbulho, ou de força espoliativa, *que é a ação de reintegração de posse;* (b) ação de manutenção de posse, ou de força turbativa; (c) preceito cominatório, embargos à primeira, ou ação de força iminente, *que é o interdito proibitório.* Estas são as ações que se encontram elencadas no art. 1.210, *caput,* do Código Civil, e, que, no Código Civil de 1916, estavam previstas nos arts. 499 e 501.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 395 1/2/2007, 08:53

O *esbulho* está previsto no direito material[96], dado constituir-se num *ilícito possessório.* A mesma coisa há de dizer-se da *turbação* (art. 1.210, *caput,* do

93. Astolpho Rezende (*op. ult. cit.,* nº 197, p. 296) acrescia ao elenco das três modalidades de ações, a da *ação de força velha.*

94. O Código Civil de 1916 previa as ações de força velha no seu art. 523, ao distinguir o que designava como *"sumárias"* e *"ordinárias"*: "Art. 523 – As ações de manutenção e as de esbulho serão sumárias, quando intentadas dentro em ano e dia da turbação ou esbulho; e, passando esse prazo, ordinárias, não perdendo, contudo, o caráter possessório". Conquanto não repetido o art. 523, no atual Código Civil, são válidas as lições de Joel Dias Figueira Júnior: "Mesmo que o interdito seja de *força velha* (turbação ou esbulho datando de mais de ano e dia), não obstante a impossibilidade de aplicação da primeira fase procedimental que representa precipuamente o tipo especial (possibilidade de obtenção de liminar, **o remédio judicial não perde o caráter possessório** (art. 508 do CCb, c/c o art. 924, do CPCb). Importa dizer que *"...o que se discute continua sendo a posse a que a sentença também será 'auto-executável', isto é, se prescindirá de um processo executivo para que as providências nela ordenadas sejam levadas a efeito"* (v. Joel Dias Figueira Jr., *Posse e Ações Possessória – Fundamentos da Posse,* Curitiba, 1994, Juruá Editora, p. 289). Há dois acórdãos do 1º TACSP que retratam adequamente o que se afirma: (1º) *"Nem se diga que a autora teria perdido definitivamente a posse por ter ajuizada a ação de reintegração de posse depois de decorrido o prazo de mais de ano e dia do julgamento definitivo da ação anulatória da venda, ou seja, da caracterização do esbulho. A perda do aludido prazo impede somente a obtenção de medida liminar, mas não acarreta a perda definitiva da posse. A ação de força velha expressamente admitida no CPC, quando diz que, passado o prazo de ano e dia, o autor não terá direito a liminar, mas o procedimento será ordinário 'não perdendo, contudo, o caráter possessório'."* (Revista dos Tribunais vol. 716/198-199, apelação 517.374-6, 6ª Câmara, j. em 18.10.94, rel. Juiz Carlos Roberto Gonçalves); (2º) *"É cabível a ação possessória mesmo superado o ano e dia, com a única alteração relativa ao descabimento da concessão liminar da manutenção ou reintegração."* (RT 722/168, apel. 528.813-5, 8ª Câm., j. em 21.12.1994, rel. design. Manuel Mattos, com voto vencido do Juiz José Araldo da Costa Telles). Refira-se, também, a posição de Melchíades Picanço, *A Posse em face do Código Civil,* 1925, ed. Ribeiro dos Santos, p. 98, que, examinando o art. 520, especialmente, o seu inc. IV, observa que, se este poderia sugerir que houvesse perda da posse, depois de ano e dia, esta impressão há de ser desfeita pelo art. 523, do Código Civil, ambos os textos de 1916; e, no mesmo sentido, Guido Arzua, *Posse, o Direito e o Processo,* São Paulo, 1960, ed. da Revista dos Tribunais, p. 154.

O Código de Processo Civil, a seu turno, contém texto *fundamentalmente firmando o mesmo princípio,* o que, nem pelo fato de não ter sido repetido o art. 523, do Código Civil de 1916, faz com que o princípio deixe de subsistir; esse texto do CPC, dispõe: "Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, *será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório"*. O que se deve dizer, sinteticamente, a respeito desses textos, é o seguinte: 1º) com o atual Código Civil, que não repetiu o art. 523, mas, tendo em vista que o mesmo princípio consta do art. 924, do Código de Processo Civil, é certo, portanto, que esse princípio subsiste em nosso direito; 2º) ou seja, se não intentada dentro de ano e dia, a ação possessória é *de força velha,* mas não perde o caráter possessório; 3º) os termos utilizados pelo Código Civil de 1916 ligam-se à idéia de *sumariedade* no procedimento possessório, o que tem largo lastro histórico; neste sistema do Código Civil de 1916, a noção de *sumariedade,* que constava desse diploma de direito material, haveria de ser *realizada ou operacionalizada* através das leis processuais, que, à época, eram os Códigos de Processo *estaduais;* à idéia de *sumariedade* ligava-se a função de pronta proteção; 4º) pela nomenclatura do Código de Processo Civil vigente, nas ações possessórias, que são um *procedimento especial* (inserido no Livro VI do Código), a *especialidade* desse procedimento gravita, principalmente, em torno do incidente de obtenção de medida liminar, i. e., para proporcionar uma proteção pronta (ou *sumária*), e, quando a ação houver sido proposta depois de ano e dia, o procedimento será *ordinário*; ainda que a ação tenha sido intentada *depois de ano e dia,* e, ocorra o incidente de apreciação da medida liminar – se o autor houver formulado esse pedido –, em sendo negado, o rito prossegue como *ordinário;* 5º) sucintamente, o que se *trocou* foi a apreciação *sumária* por apreciação, *também sumária,* mas inserida no âmbito de um procedimento especial, em ambos os casos, todavia, sempre tendo em vista a finalidade de proteção pronta. Superado o incidente destinado à decisão sobre a liminar, com ou sem justificação que a houvesse antececido, segue o rito processual *ordinariamente. A sumariedade se expressa e reside no segmento preambular do procedimento das ações possessórias, através da possibilidade da concessão da liminar, com ou sem justificativa.*

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 396 1/2/2007, 08:53

Código Civil*;* art. 927, CPC). Igualmente, o temor fundado de lesão à posse (art. 1.210, *fine,* do Código Civil*;* CPC, art. 932). É importante que tenhamos um panorama das diversas e possíveis manifestações através das quais se verifica a proteção possessória.

A servidão comporta defesa possessória, ocorrendo turbação pelo proprietário (ou ocupante do prédio dominante) em relação ao prédio serviente[97]; ou, por terceiro. Nem todas as servidões comportam proteção[98]. A de *passagem*, para poder comportar essa proteção deve ser aparente, pois, em regra, é ela *descontínua, ainda que possa ser aparente*[99]. Se se impedir o direito de passagem, decorrente de servidão, tem cabimento a possessória[100]. Cabe, também, se se cortar o *aqueduto*, ainda que se trate de servidão não aparente[101].

---

95. O Código de Processo Civil de 1939 previa as ações possessórias, *stricto sensu,* dentro do seu Livro IV (Parte Especial), Título XIII, disciplinadas *conjuntamente* as ações de reintegração e de manutenção, *mas claramente distinguidas nessa disciplina* (arts. 371 a 376), previsto o incidente da possibilidade de concessão de liminar, podendo o juiz ouvir o réu, quanto a este pedido (se a prova do *esbulho* ou da *turbação,* não consistir em documentos – art. 371, par. ún.), com o que se justificava a inclusão da disciplina como um dos *procedimentos especiais.* Uma vez contestada a ação, o rito passava a ser o ordinário (art. 376). Previa-se, também, o *interdito proibitório* (arts. 377-380), o qual, contestado passava a seguir pelo rito ordinário. Estas eram as três previsões, em relação às quais devemos novamente sublinhar: (a) se propostas dentro de ano e dia, comportavam medida liminar (reintegração e manutenção); essa parte da disciplina correspondência à ação de força nova *turbativa* ou *espoliativa;* (b) superado o incidente da concessão, ou não, da medida liminar, o rito era o ordinário; (c) o interdito proibitório estava previsto no art. 377, que comportava, também, medida liminar, *ainda que houvesse alguma dúvida a respeito do cabimento desta liminar* (art. 378); (d) se a ação – manutenção ou reintegração – tivesse sido proposta depois de ano e dia, seria também possessória, não perdendo esse caráter (o que se podia afirmar à luz da regra do art. 523, do Código Civil de 1916), e correspondia, então, à ação de força velha. Estava prevista, como ação de rito especial, a de *imissão de posse,* que, conquanto objetivasse a obtenção da posse, por aquele que não a tivesse tido; a sua *causa petendi* era *parcialmente* de caráter dominial, e, portanto, não podia ser considerada ação possessória, *propriamente dita* (arts. 381-383).
96. O *esbulho* é representativo da perda da posse. Se ocorrerem reiterados esbulhos, a ação possessória pode ser repetida (TJSP, rel. Min. Pedro de Toledo, j. em 23-2-1931, agr. 127.324, Revista dos Tribunais, vol. 77/p. 527). Quem foi admitido, por tolerância em um imóvel (que iria comprar), e, não consumado o negócio, não o devolve, esbulha (TJPA, apel. 1.092, rel. Des. Flodoardo da Silveira, j. em 19-9-1947, Revista dos Tribunais, vol. 181/p. 421). Se o Poder Público se apossa de bem de particular, esbulha (Nogueira Itagiba, *A Posse,* 1929, p. 474); no mesmo sentido, TJSP Revista dos Tribunais 104/469. Se um compromissário-comprador já na posse, nega-se a receber escritura e a devolver o imóvel, comete esbulho (TJSP, agr. 18.144, rel. Min. Júlio de Faria, j. em 15-2-1932, com voto vencido, Revista dos Tribunais vol. 82/p. 82.
97. TJPB, Revista do Foro, 78/328.
98. Admitindo reintegração "na posse de águas de que estes (=réus) o esbulharam (TJRS apel. 145, j. em 26-8-1937, rel. Des. João Amorim Albuquerque, nas "Decisões do T. A. R. G. do Sul, 1937, 2, p. 948 ***apud*** *Repertório de Jurisprudência do Código Civil [de 1916],* organizado pelo juiz José Geraldo Rodrigues de Alckmin, São Paulo, s/d, 3ª tiragem, ed. Max Limonad, julgado nº 244, pp. 110-111).
99. TJSC, RT, 569/193 – ementa.
100. TAMG, RJTAMG, 16/90.
101. 1º TARJ, in Paula, Alexandre de. Código de Processo Civil Anotado, 3 ed., 1986, vol. IV, p. 144, julgado sob nº. 135. O Código Civil disciplina minuciosamente a passagem de cabos e tubulações, como direito, inserida a matéria na parte do direito de vizinhança (art. 1.286 e seguintes), o que se distingue da servidão, propriamente dita.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 397 1/2/2007, 08:53

15. A PROTEÇÃO POSSESSÓRIA DOS BENS MÓVEIS

Para as coisas móveis discutiu-se, entre nós, se se aplica o *procedimento sumaríssimo* ou *possessório*[102].

A questão envolvendo a proteção possessória dos bens móveis, no que tange ao procedimento processual a ser observado, deve ser abordada em face da evolução legislativa por que passou o nosso Direito Processual Civil – já que cada uma dessas situações reclamou, e reclama, solução distinta – até o estágio que ora se apresenta.

Em um primeiro momento, quando da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869) e, com ele, a volta do procedimento *sumaríssimo*[103], previsto em seu art. 275, a questão resolvia-se de forma mais simples, sendo certo que mesmo assim havia alguma divergência doutrinária. O referido dispositivo, tal como faz atualmente, estabelece, através de dois critérios, quais ações se submetem ao procedimento então chamado de *sumaríssimo*. O seu inciso I adota o valor da causa como critério, de modo que as ações que não excedessem vinte salários mínimos[104] deveriam adotar esse procedimento. A natureza da matéria versada na ação é o segundo critério, previsto no inciso II. No entanto, o conteúdo desse último inciso foi inteiramente modificado pela reforma ocorrida em 1995, com a Lei nº 9.245, como adiante melhor se explicará. Até 1995, o art. 275, II, *a*, estava assim redigido: *"Observar-se-á o procedimento sumaríssimo: II – nas causas, qualquer que seja o valor: a) que versem sobre a posse ou domínio de coisas móveis e de semoventes"*[105].

Além dessa disposição atinente ao rito das ações possessórias, o diploma processual de 1973 regula – e nesse particular ele não sofreu qualquer alteração – no livro referente aos procedimentos especiais, em seus arts. 920 a 933, as ações possessórias (manutenção e reintegração de posse e o interdito proibitório). Especificamente quanto às normas que regem o procedimento da manutenção e reintegração de posse, encontra-se redigido o art. 924 da seguinte forma:

---

102. Pela aplicabilidade de *um* ou *outro* procedimento, TJSC, Juricat, 42/119; pelo cabimento só do procedimento sumaríssimo, TJBA, Bahia For., 21/111.
103. O Código de 1939 aboliu os procedimentos sumário e *sumaríssimo*, os quais eram regulados anteriormente pelos Códigos de Processo estaduais.
104. Atualmente tal limite é de sessenta salários mínimos, conforme a redação dada ao inciso I do art. 275 pela Lei nº 10.444/02.
105. Essa não era, no entanto, a redação original do Código de 1973 (que apenas referia-se às ações de reivindicação de coisas móveis e semoventes), e foi conferida após oferecimento de emenda pelo Senador Nélson Carneiro, trazendo a seguinte justificação: *"Também a ação possessória deve ser incluída no rito sumaríssimo, já que não há razão de vulto para se manter aquela ação no rito ordinário exclusivamente"* (PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado, vol. II,* p. 50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 398 1/2/2007, 08:53

> "Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório".

Como dito, no período compreendido entre 1974 (ano em que entrou em vigor o Código de Processo Civil – Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973) e 1995 (ano em que tivemos a reforma do procedimento sumário e a edição da Lei dos Juizados Especiais), chegava-se à solução sobre qual o rito aplicável às possessórias sobre bens móveis de forma mais fácil, sendo que a única discussão relevante sobre o tema, à época, era a interpretação do termo *ordinário* utilizado no art. 924 acima reproduzido. Nesse assunto, a doutrina apontava uma falha na dicção utilizada pelo legislador que, ao querer se referir a rito comum, utilizou-se daquele vocábulo. Desta forma, quando o art. 924 estabelece que passado o prazo de ano e dia o procedimento será o *ordinário*, alude, em verdade, ao *rito comum*, podendo ser tanto o *ordinário* (em seu sentido técnico) como o *sumaríssimo* (denominação, como adrede ressaltado, utilizada antes da reforma de 1995).

Ante esse quadro, Antônio Carlos Marcato explicava que para o bem móvel ou semovente, o rito seria o especial toda vez que nos deparássemos com uma demanda possessória de força nova (dentro do prazo de ano e dia do art. 924) e o *sumaríssimo* quando fosse a ação de força velha (ação proposta após o término do referido lapso temporal)[106]. Nesse mesmo sentido posicionaram-se Adroaldo Furtado Fabrício[107], Calmon de Passos[108] e Barbosa Moreira[109].

Outro posicionamento surgido nesse período, conquanto isolado, entendia ser aplicável em todas as hipóteses de ações possessórias versando sobre coisas móveis e semoventes, o rito *sumaríssimo*[110].

A Lei 9.245/95 reformulou o procedimento *sumaríssimo*, a começar por seu nome, que desde então passou a denominar-se "procedimento sumário". Sob o prisma substancial, a citada lei modificou por completo o rol das ações constantes do inciso II do art. 275, excluindo de seu elenco, por via de conseqüência, as ações que versassem sobre posse ou domínio de coisas móveis ou semoventes. A princípio tal solução poderia ser considerada acertada, já que a fase probatória

106. *Procedimentos Especiais*, p. 83, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1990.
107. *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. VIII, Tomo III, p. 416-417, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
108. *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. III, pp. 49-53, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.
109. *O Novo processo Civil Brasileiro*, Vol I, p. 156, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
110. Este é o entendimento de Jacy de Assis, em Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, Tomo II, Editora Forense, p. 63.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 399 1/2/2007, 08:53

nas ações possessórias, não raras vezes, é de extrema complexidade, exigindo rito que permita a produção de provas nessas condições.

Entretanto, vimos a promulgação, também em 1995, da Lei nº 9.099, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, substituindo a de nº 7.244/84 (Juizado Especial de Pequenas Causas). A nova lei, ao dispor sobre competência dos Juizados Especiais Cíveis, confia a eles a conciliação, o processo e o julgamento – pelo rito que se convencionou chamar de *sumaríssimo* – das *"ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo"*[111] (art. 3º, IV). Note-se que as demandas possessórias sobre coisas móveis, excluídas anteriormente do rol do art. 275, II, do CPC, deixaram de ser – e ao que tudo indica inadvertidamente – incluídas pelo legislador nesse elenco do art. 3º da Lei nº 9.099/95, ao lado das ações sobre coisas imóveis.

Em linhas gerais, são esses os preceitos que hodiernamente disciplinam o procedimento a ser observado nas ações de cunho possessório.

Retornando à tônica central desses breves comentários, é de se indagar qual o procedimento, em face desse cipoal legislativo, deve ser seguido nas ações possessórias que tenham por objeto coisas móveis.

Entre a pouca doutrina que enfrentou o tema, parece-nos estar com razão Joel Dias Figueira Junior quando diz que:

> "Essa falta de sintonia entre os dois sistemas merece, mais uma vez, atenção especial dos intérpretes para que ofereçam solução ao problema de inadequação que, certamente, não pode instalar-se entre o CPC e a Lei dos juizados especiais"[112].

Um primeiro problema que surge é o de saber se nas ações possessórias de força nova – e portanto sujeitas ao rito dos arts. 920 e seguintes, independente de ser móvel ou imóvel o objeto da lide – tem o autor (turbado ou esbulhado) a faculdade de optar entre o procedimento especial (dos arts. 920 a 933) e o *sumaríssimo* (da Lei nº 9.099/95), partindo-se, logicamente, do pressuposto de que quando o legislador se utilizou, no art. 924 do CPC, do termo *ordinário*, referia-se, na verdade, ao procedimento comum.

Joel Dias Figueira Junior responde afirmativamente, justificando sua posição no fato de que o procedimento especial tende a um favorecimento daquele que pretende seguir por ele, em razão de uma escolha feita pelo próprio legislador,

111. Assim está redigido o inciso I do art. 3º: *"as causas cujo valor não exceda a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo"*.

112. *O Novo Procedimento Ordinário,* p. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 400 1/2/2007, 08:53

em atenção ao possível Direito subjacente à demanda[113]. Ressalva o citado professor, no entanto, que efetuando-se a escolha pelo procedimento *sumaríssimo*, estará implicitamente o autor aceitando todas as conseqüências que poderão, eventualmente, advir dessa opção[114], inclusive, no caso específico das possessórias, a perda do direito à reintegração ou manutenção liminar (art. 928 do CPC)[115]. Por outras palavras, as demandas interditais de força nova – e em razão disso enquadradas no procedimento especial do art. 920 e seguintes do CPC – qualquer que seja o seu objeto (móvel ou imóvel), poderão seguir esse rito, ou o previsto na Lei nº 9.099/95.

Nas demandas de força velha tal opção não existe, já que só restam as vias ordinárias (= comum), vale dizer, o procedimento ordinário (em seu sentido técnico) ou o *sumaríssimo*, a depender do caso concreto.

Com isso chegamos ao segundo problema, qual seja, o de se saber se a Lei nº 9.099/95, que em seu art. 3º apenas fez referência aos bens imóveis de valor até 40 salários mínimos, rege também as possessórias versando sobre coisas móveis.

Esclareça-se novamente que, se a justificativa para a retirada das possessórias sobre bens móveis do elenco das ações que seguiam o antigo rito *sumaríssimo* (art. 275 do CPC, com a redação anterior a 1995) era a complexidade que a matéria probatória poderia assumir, então não há lógica em se colocar sob a abrangência da Lei dos Juizados Especiais as demandas versando sobre imóveis com valor limitado a quarenta salários mínimos. Isso porque a complexidade da prova em uma demanda dessa natureza nada tem a ver com o valor do bem em litigio. Essa anotação também é feita por Joel Dias Figueira Junior[116] . Esse mesmo autor, e aqui também concordamos com ele, entende que se o legislador submeteu as demandas possessórias sobre imóveis de valor não excedente a quarenta vezes o salário mínimo ao procedimento *sumaríssimo* da Lei nº 9.099/95, não

113. É mister ressaltar que, via de regra, essa opção não deve ficar ao talante da parte, já que a matéria procedimental tem natureza pública. Evidente que entre as formas sumarizadas e a ordinária tal opção cabe à lei, e não às partes, porque entre esses procedimentos existem diferenças fundamentais. Em nosso sentir, mesmo entre os procedimentos sumaríssimos e os especias, em princípio tal escolha não deve ficar ao alvitre do autor. É o que a correta inteligência do art. 271 do CPC nos leva a concluir (regra geral da ordinariedade – a lei determina que o rito ordinário é o que se faculta a todas as ações para as quais não tenha o Código ou a Lei estabelecido procedimento especial). Entretanto, neste específico caso das possessórias, deve-se entender como possível a opção, já que a própria Lei dos Juizados Especiais (art. 3º, IV) prevê ser competência desses órgãos o julgamento das possessórias de bens imóveis, desde que o valor da causa não ultrapasse quarenta salários mínimos.
114. Op. cit., p. 93.
115. Eventualmente, poderão estar presentes os requisitos dos arts. 273 e 461 do CPC, não obstando, nesse caso, a antecipação da tutela.
116. Op. cit., p. 124.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 401 1/2/2007, 08:53

há sentido em se excluir as que tenham como objeto bens móveis. Parece ser a posição adequada, ante o princípio de que "quem pode o mais também pode o menos". Conclui esse professor:

> "Com toda a certeza, a intenção do legislador não seria jamais, porquanto absurda, remeter as possessórias sobre móveis e semoventes para o rito ordinário e conferir o rito sumaríssimo àquelas outras"[117-118].

Trocando em miúdos o que foi exposto, podemos estabelecer o seguinte:

a) a demanda possessória de força nova que verse sobre coisa móvel, pode seguir tanto o procedimento especial previsto nos arts. 920 e seguintes do CPC como o *sumaríssimo* da Lei nº 9.099/95 (neste caso, o valor do bem deve respeitar o limite de 40 salários mínimos);

b) a ação de força velha que tenha por objeto coisa móvel, de valor até 40 salários mínimos, estará sujeita ao procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95; se o valor do bem for superior a esse limite, então o rito a ser observado será o ordinário.

16. AS FINALIDADES E OS RESULTADOS DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS – ÂMBITO POSSÍVEL DE CUMULAÇÃO

As finalidades principais das ações possessórias encontram-se previsas no art. 926, do CPC: "Art. 926. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho", e, atualmente, de forma praticamente idêntica encontram disciplina no art. 1.210, *caput,* do Código Civil: "Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado". É assim que, ao lado das medidas referidas no art. 926, do CPC, é possível proteção possessória *preventiva,* tal como está previsto no art. 932, do CPC: "Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada

117. Op. cit., p. 124.

118. Diz Joel Dias Figueira Junior que se no decorrer da instrução o julgador vislumbrar a necessidade de produção de prova mais complexa que seja incompatível com o rito sumaríssimo, deverá ele declarar a incompatibilidade procedimental e extinguir o processo nos termos do art. 51, II, da Lei nº 9.099/95 (Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, p. 124). J. E. Carreira Alvim manifesta a mesma opinião, entendendo, no entanto, não ser hipótese de extinção do processo, com base no art. 51, II, por não atender ao princípio da economia processual, mas sim o caso do magistrado declinar da sua competência em favor da Justiça comum ordinária (Juizados Especiais Cíveis Estaduais, p. 27. Curitiba: Juruá, 2003).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 402 1/2/2007, 08:53

pena pecuniária, caso transgrida o preceito". O *interdito proibitório,* previsto nesse art. 932, do CPC, é uma das antigas e poucas ações de caráter *inibitório* que existiam desde o antigo direito brasileiro e português. Essas são as medidas possessórias *stricto sensu.* É certo que há medidas judiciais que envolvem o tema da posse, e, *lato sensu,* podem ser vistas como remédios possessórios.

O perfil fundamental das ações possessórias encontra-se no art. 927 do CPC. O que se percebe, da leitura desse texto, é que se protege uma situação de fato, como já dissemos[119]. Percebe-se que o autor (a) tem de provar a sua posse (= titularidade ou fato da posse); (b) deve provar a lesão à sua posse (ato turbativo ou esbulho); (c) deve provar a autoria dessa lesão, *i. e.*, deve indicar quem é o réu; (d) deve evidenciar que continua na posse (na turbação) ou que perdeu a posse (no esbulho); (e) deve indicar a data, o que é elementar para a possibilidade de vir a obter medida liminar, cuja postulação não pode ultrapassar de ano e dia, tomado como termo *a quo* a data da lesão e termo *ad quem* o do ajuizamento da ação.

O objeto da posse necessita ser claramente *definido* e *identificado*[120]*,* à semelhança do que se possa com o obejto da *ação reivindicatória*. Ainda que a "situação dominial" *possa ser diferente da situação possessória*, esta prevalece e é idônea ou suficiente para justificar a ação possessória[121].

O art. 921 do Código de Processo Civil disciplina os objetivos suscetíveis de serem atingidos com, ou, mais precisamente, ao lado da ação possessória, vale dizer, *diz respeito aos tipos de cumulação* possíveis[122]. A possibilidade de cumulação, no caso, constitui uma exceção legal à regra do art. 292 do Código de Processo Civil, porque nesse texto é exigida a identidade procedimental, o que não ocorre à luz do art. 921, do CPC[123]. Esta regra do art. 921 possibilita as

---

119. Dispõe esse art. 927:
"Art. 927. Incumbe ao autor provar:
I – a sua posse;
II – a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
III – a data da turbação ou do esbulho;
IV – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração".

120. TJSC, Juricat, 36/223, 40/239; TJMS, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 124, julgados sob nº.4.

121. TJMT, Anais For., 51/175.

122. Verificada a cumulação há de ter-se presente que o pedido de proteção possessória coloca-se como condicionante da apreciação dos demais pedidos. Ou seja, se ocorreu o ilícito possessório, e, isto foi reconhecido, é que, então, será possível virem-se apreciar os demais pedidos, numa situação similar à da prejudicialidade (v. a respeito da primeira afirmação "condicionante" Fabrício, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. e tomo cits., nº 323, p. 486).

123. V. a respeito: Silva, Clóvis do Couto e. Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo 1977, ed. da Revista dos Tribunais, vol. XI, tomo I, coms. ao art. 921, nº 110, p. 128; igualmente, Fabrício, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. e tomo cits., nº 323, p. 486.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 403 1/2/2007, 08:53

modalidades de cumulação, aí previstas, afastando a dificuldade que consistiria em ter de ser observada a regra do art. 292, ambos do Código de Processo Civil. É possível ser pedida pena (art. 921, II, do Código de Processo Civil), para a hipótese de repetição do esbulho ou da turbação, no que há similitude com a *ratio* da pena a que se refere o art. 932 (relativa ao interdito proibitório), ambos os textos do Código de Processo Civil. Essa *pena* é destituída de autonomia, no caso, e somente pode ser pedida *anexamente* ao pedido de proteção possessória.

Na ação possessória, para se seguirem *perdas e danos*[124-125-126], há necessidade de ter havido cumulação, na forma do art. 921, I, do Código de Processo Civil[127]. Tenhamos presente que esse pedido cumulado *há de ter derivado do ilícito possessório.*

Devem, por isso mesmo, os danos guardar *relação de causa e efeito com o ilícito possessório;* o pedido de perdas e danos consituti *pedido sucessivo, e, daí explicar-se a relação causal,* entre o ilícito em relação à posse, e, as perdas e danos desse também decorrentes[128].

---

124. A noção de *perdas e danos* aí estabelecida não é ampla ou compreensiva de toda e qualquer diminuição patrimonial, não sendo abrangente, por exemplo, daquilo que viesse o possuidor a lucrar, não houvesse ilícito possessório (v. SILVA, Clóvis do Couto e. *op. vol. e tomo ults. cit.,* nº 108, p. 132, opinando em face do art. 513 do Código Civil de 1916, idêntico ao atual 1.216 do Código Civil). Compreende o que (a) perdeu o possuidor pela utilização da coisa, inclusive o valor dos frutos, aplicável no caso o art. 1.216; (b) diminuição do valor da coisa, decorrente de deterioração; (c) em relação às perdas e danos, *se tiver havido perda ou* ***deterioração da coisa****,* e, havendo má-fé, ainda assim há responsabilidade "…salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante" (art. 1.218, do Código Civil, ao qual correspondia, inteiramente, o art. 515 do Código Civil de 1916); (d) responderá, *igualmente,* o que estava de boa-fé, *se tiver dado causa à perda ou à deterioração* (art. 1.217 do Código Civil; Código Civil de 1916, art. 514, textos com teor idênticos); (e) mesmo ao possuidor de má-fé, assiste direito ao crédito das despesas de produção e custeio (do contrário, ter-se-ia enriquecimento ilícito) – (v. SILVA, Clóvis do Couto e. *op. vol. e tomo ults. cit.,* nº 108, p. 132; concordando com o ensinamento deste último, v. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. e tomo ults. cits.,* p. 488, nota 433); (f) em face da regra do Código Civil "Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado. Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avantaje àquele" (o art. 952 tem redação idêntica à do art. 1.541 do Código Civil de 1916); em relação esse art. 1.541 afirma-se (v. SILVA, Clóvis do Couto e. *op. vol. e tomo ults. cit.,* nº 108, p. 132) que essa não se aplica à *reparação do esbulho possessório,* senão que por causa de "lesão ao direito de propriedade".
125. É relevante fixar-se o momento em que, *hipoteticamente alguém estava de boa-fé,* para se saber, a partir de que *instante* deverá ser havido como de má-fé. Esse momento coincide com a ciência, pelo possuidor, de que possui indevidamente. É matéria que depende de prova de ter tido o possuidor ciência do fato(s) que deve alterar a sua crença.
126. É preciso determinar o critério de quantificação da indenização, ou seja, saber se diz com "as possibilidades de quem sofreu o esbulho, ou as de quem esbulhou".
127. TJPR, PRJ, 38/133.
128. TAMG, RJTAMG, 20/68.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 404 1/2/2007, 08:53

É possível, ainda, cumular-se o pedido de "desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua [= do autor] posse" (art. 921, inc. III, do CPC)[129].

Lembremos, por oportuno, a norma do art. 1.255 do Código Civil, *primeira parte* (à qual equivalia a do art. 547, do Código Civil de 1916): "Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. *Parágrafo único*. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo". Tendo em vista esta parte do parágrafo único, parece que, configurando-se essa situação, o possuidor de boa-fé, poderá vir a adquirir o solo, o que afasta o cabimento, ou, ao menos, a procedência de uma ação de reintegração de posse.

17. CARÁTER DÚPLICE DA AÇÃO POSSESSÓRIA

No art. 922, do CPC está previsto, *ou mais precisamente,* ***estabelecido,*** o caráter dúplice da ação possessória[130-131-132-133].

---

129. Em relação ao parágrafo único, do art. 1.255, do Código Civil, inexistente no direito precedente, tendo havido boa-fé, e, **configurando-se a situação aí descrita** *parece não se justificar a procedência da ação possessória, devendo-se proceder na forma deste parágrafo único, deste art. 1.255.*

130. Ao réu estão facultadas as mesmas possibilidades de cumulação que a lei prevê para o autor (v. SILVA, Clóvis do Couto e. *op. vol. e tomo cits.,* nº 113, p. 136; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. e tomo cits.,* nº 333, p. 498). Vale dizer, a *duplicidade* existente leva a que se reconheça *coextensão* entre as posições do autor e do réu, salvo impossibilidade manifesta, como, por exemplo, a do réu pedir liminar, a seu próprio favor, eis que a denegação de liminar ao autor equivale a liminar em seu favor.

131. Dispõe o art. 922, do CPC: "Art. 922. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor".

132. V. Astolpho Rezende, *op. ult. cit.*, nº 206, p. 311, reproduzindo trecho de Lafayette Rodrigues Pereira). Essa *duplicidade* é da tradição desde o direito romano (veja-se J. P. Molitor, *Le Possession, La Revendication, La Publicienne et Les Servitutes en droit Romain,* Paris, 1868, ed. Auguste Durand, § 65, p. 133, com os mesmos argumentos que usaram Lafayette e Astolpho Rezende). Em conformidade com ensinamento de Adroaldo Furtado Fabrício, em sintonia com o que se vem afirmando (*Comentários ao Código de Processo Civil,* cit., vol. VIII, tomo III, p. 495), tem-se que "se há dois sujeitos da relação jurídico-material e qualquer deles pode propor a mesma ação contra o outro, essa ação é dúplice". Mas, aduz, esse ilustre jurista que, em seu sentir, a duplicidade das ações possessórias, essa decorre da lei – menos, do que da própria relação jurídico material (v. Adroaldo Fabrício, *Comentários ao Código de Processo Civil, cit., vol. e tomo cits.,* nº 331, pp. 495-496, entendendo que essa *duplicidade,* no caso, não é *natural* ou *inerente,* mas, em rigor, decorre da lei).

133. Os Códigos de Processo Civil de São Paulo (art. 612) e o do Espírito Santo continham textos bem redigidos quanto às implicações de ser a ação possessória *dúplice.* Dispunha o art. 612: "Art. 612. Verificado que é o réu o ofendido na sua posse, ser-lhe-á concedida, pela sentença, proteção contra a violência cometida pelo autor, condenado este nas perdas e danos". E, o do Espírito Santo: "Art. 432. Verificado que é o réu o ofendido na sua posse, ser-lhe-á concedida, pela sentença, proteção contra a violência cometida pelo autor *se aquele,* na defesa, *o requerer".* A redação dos textos é *algo diversa,* dado que o do

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 405 1/2/2007, 08:53

Ação dúplice implica nas ações possessórias – exatamente porque há, pelo menos dois que se pretendem titulares da posse sobre a mesma coisa – ser possível que a proteção seja para o autor, ou, então, que essa proteção venha a agasalhar a situação do réu. E, em virtude disto, cada um dos litigantes pode figurar como *autor* ou como *réu,* "ao mesmo tempo" diante da circunstância de terem iguais direitos no campo processual. Ademais, "Se não fossem *duplicia,* o juiz, no caso em que a prova favorecesse o réu, apenas o absolveria, mas não lhe reconheceria a posse, nem condenaria o autor, o que daria lugar à consitutição das violências entre os litigantes".

Implica, a previsão desse caráter dúplice, em não ter cabimento reconvenção, dado que, tudo aquilo que poderia ser pleiteado em reconvenção, deverá ser pedido na contestação, desde que esses pedidos estejam abrigados pela regra do art. 922, do Código de Processo Civil. [134] É necessário, para esse caráter dúplice ter significação prática, todavia, que o réu *faça pedido de proteção possessória,* o que é diferente, e, significa um *plus* em relação à solicitação da mera improcedência da ação possessória proposta. É lícito ao réu, *igualmente, cumular pedido de proteção possessória, na contestação, com o pedido perdas e danos*[135].

18. ASPECTOS PARTICULARES DA LEGITIMAÇÃO NA AÇÃO POSSESSÓRIA

No que diz respeito à legitimidade para a ação possessória, há de ter-se presente o que já dissemos, devendo ser tecidas ainda as considerações a seguir.

Aspecto que deve ser salientado é o da legitimidade, *per se*, do co-possuidor para promover a ação possessória, tendo em vista a sua *legitimidade ad causam, pessoal*, e, tendo em vista que *substitui processualmente os demais*. De outra parte, pode o co-possuidor litigar com o outro co-possuidor, desde que este haja praticado esbulho[136]. Carecerá de ação, todavia, o condômino que nunca teve posse *certa*, sendo necessário, *antes de pretender possessoriamente a área, que haja delimitação de quinhões*[137]. Antes da partilha judicial, *efetivamente realiza-*

Espírito Santo, refere-se expressamente a que o réu deveria "requerer" essa providência. Câmara Leal, *op. e vols. ults. cits.,* com. DCCCLXXVII, p. 488, *não comenta a distinção apontada entre os Códigos de São Paulo e do Espírito;* mas afirma que, em qualquer hipótese, *desde que a ação fosse efetivamente dúplice,* como é o caso das possessórias, e, então "quando ficar provado que o réu foi o ofendido em sua posse, pelo autor, deverá julgar a causa em seu favor, condecendo-lhe a proteção possessória…" (Câmara Leal, *op. e vols. cits.,* com. DCCCLXXVII, nº 1.616, p. 489).

134. TAMG, RJTAMG, 16/227; RT, 590/217; 1º. TARJ, Arq TARJ, 30/142; TARS, JTARS, 47/342; 1º. TACSP, JUTCivSP, 72/50; RT 593/136.
135. TJSC, Juricat, 40/254; TARS, JTARS, 47/342.
136. TAMG, RePro, 28/271; RT 578/213; RJTAMG, 16/204.
137. TAMG, TJTAMG, 18/249.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 406 1/2/2007, 08:53

da, não assiste direito ao condômino de se localizar em determinada área, e, fazendo-o, comete esbulho[138]. Se, diferentemente, a posse do condômino for *pro diviso*, assiste-lhe o direito a possessória, *inclusive,* contra o outro condômino, *justamente porque, conquanto no* ***condomínio*** *as situações possessórias devam regular-se como composse (onde as situações possessórias pressupõem que seja* ***pro indiviso****),* mas, sendo ***pro diviso****,* tem cabimento a possessória para defender *sua posse certa*. [139]

O locatário, *possuidor direto*, pode ter ação possessória contra o locador, *possuidor indireto,* em hipóteses em que este lhe dê causa à necessidade de proteção judicial o que repousa no disposto no art. 1.197, *parte final*[140].

Tratando-se de retomada de imóvel rural, que haja sido arrendado, é inidônea a ação possessória, tendo cabimento ação de despejo (art. 32, do dec. 55.566/66, regulamentador do Estatuto da Terra, Lei 4.504/64 e parágrafo 1º. do art. 4º, da Lei 6.649/79)[141]. *Mera sentença declaratória* de arrendamento, por si só (*i. e.*, não cumulada com outra ação), nem por isto altera o caráter da posse do arrendatário[142].

O ex-empregado, que se nega a restituir imóvel, comete esbulho, fica sujeito à reintegração de posse[143].

Tanto a posse direta, quanto a indireta, comportam ação possessória, como acentuamos. Ao lado da *legitimidade para a ação possessória*, há que considerar a aptidão da coisa, e, nesse sentido, já se decidiu, ser inviável que o particular se utilize de interdito, tratando-se de bem público[144], *o que não deve valer como regra geral, dado existirem posses legítimas de bem público por particular, e, por isso, cabimento tem possessória*.

---

138. TAMG, RJTAMG, 20/74.
139. TAMG, RJTAMG, 21/141, v. também, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 137, julgado sob nos 87 e 88, do TJPR; RT, 578/218; TARS, JTARS, 42/205 (no caso houve localização da posse, com anuência dos demais condôminos); TARS, JTARS, 44/237; 49/422 (salientando-se que a posse do condômino deve estar localizada dentro da área do condomínio).
140. No caso em tela – ocorrido na vigência do precedente diploma civil – tratava-se de ação com vistas a proteger o direito do locatário, para instalar linha telefônica; 1º TACSP, RT, 569/96.
141. TAMG, JM 85/278. *Diferentemente, admitindo possessória,* por ausência de similitude da parceria com a locação, TACSP, JUTACivSP, 74/246, 79/265.
142. TAMG, RJTAMG, 15/78.
143. TARS, JTARS, 26/158; 1º TACSP, JUTACivSP, in PAULA, Alexandre de. Código de Processo Civil Anotado, 3 ed., 1986, vol. IV, p. 141, julgado sob nº 117.
144. 1º TARJ, in PAULA, Alexandre de. Código de Processo Civil Anotado, 3 ed., 1986, vol. IV, p. 129, julgado sob nº 39.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 407 1/2/2007, 08:53

19. O PROPRIETÁRIO E O SEU AGIR NO JUÍZO POSSESSÓRIO

A *posse* que é exigida, não é, necessariamente a posse física¸ *rente ao bem*, dado que o art. 1.196, do Código Civil traça o perfil do possuidor à imagem do proprietário e, este nem sempre tem a *posse concreta e física da coisa*[145]. O que é exigido é o comportamento possessório, tal como normalmente o exercita o proprietário.

Tanto o *proprietário*, quanto o *possuidor (mero possuidor)*, se podem utilizar, como visto, dos remédios possessórios[146]. Aquele tem o chamado *ius possidendi* e pode ter o *ius possessionis* (e, quando age no juízo possessório, há de invocar e referir-se ao seu *ius possessionis*), e o *mero possuidor* referir-se-á sempre ao seu *ius possessionis*[147]. Na verdade, pela concepção de Rudolf v. Ihering, a defesa possessória, *em última ratio*, existe para o proprietário, *enquanto este aja como possuidor, e ocorra lesão ou ameaça de lesão à sua posse*. Por isso é que o *mero fato de alguém ser proprietário* (mas não tendo nunca posse)*,* essa carência de posse não o habilita à ação possessória[148]. Se se apresentam títulos de domínio, *ainda assim,* é imprescindível a prova da posse (pois aqueles não provam posse)[149].

A opção do legislador brasileiro, já decorrente da Lei 6.820, e, atualmente, inserta no art. 1.210, § 2º do Código Civil, pode ser avaliada, em relação à posição central da teoria objetiva, tal como assumida em nosso Código, como o foi pelo Código Civil de 1916. Isto porque, se a *proteção possessória teleologicamente,* se destina à proteção do proprietário-possuidor, *mas, em última ratio, a* ***proteção da posse do proprietário,*** guardaria sintonia com essa premissa do art. 1.196, *caput,* do Código Civil, uma maior possibilidade de discussão de direito, no juízo possessório. Mas, se examinarmos em conjunto o sistema, é certo que casos tais como o do § 4º do art. 1.228, os dos parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242, todos do Código Civil, acentuam o acerto da regra do art. 1.210, § 2º.

20. O PROCEDIMENTO POSSESSÓRIO E A MEDIDA LIMINAR

O *procedimento* de manutenção e de reintegração, *se intentado dentro de ano e dia da data da turbação ou do esbulho*, comportam medida liminar de proteção

145. TJMT, RT 560/167.
146. TAMG, RJTAMG, 15/298.
147. TJES, RJTES, 39/173, *remarcando que o ius possidendi não deve ser confundido com o ius possessionis.* Quem é proprietário pode se utilizar, por isso, dos meios possessórios, TJPA, RJTJPA, 28/190.
148. TAMG e TAPR, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*, 3 ed., 1986, vol. IV, p. 127, julgados sob nºs 19-E e 20.
149. TJCE, Jurisprudência e Doutrina, 128/100; TJSC, Juricat 41/299 *(tendo a alegação de direito de propriedade como tema irrelevante, no juízo possesório)*; 41/268 *(porque o título de domínio é insuficiente para a prova da posse, indispensável é a audiência para sua possível justificação).*

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 408 1/2/2007, 08:53

possessória[150], se houver sido requerida. A *medida liminar* é um adiantamento de eficácia, conferida em favor daquele que, *liminarmente* evidenciou ter posse, ou, então, que demonstrou isso na *justificação de posse,* desde que o ilícito possessório tenha tempo de duração inferior a um ano e um dia[151].

Para ação de reintegração de posse deve-se comprovar a posse anterior e o esbulho sofrido, e indicar como réu quem o cometeu[152]. Não podemos confundir, como já se salientou, *posse "efetiva" (ou titularidade sobre a coisa por causa do* ***ius possessionis)****, com pretendido direito à posse (titulação de caráter jurídico, que não o direito à mera posse, ou seja,* ***ius possidendi****), cabendo a ação possessória a quem tenha, realmente, posse (ius possessionis)*[153]. Uma alegação circunscrita a uma *situação dominial, por si só, é insuficiente para o direito aos interditos*[154].

Dentre os requisitos exigidos para a admissiblidade da ação possessória, estabelece o art. 927, do CPC, que ao autor incumbe a prova de sua posse, da turbação *ou* esbulho praticado pelo réu, da data dessa turbação *ou* esbulho, e, no caso de turbação, que a sua posse continuou, ao passo que, no caso de reintegração, que perdeu a posse (art. 927, nºs.I/IV, do Código de Processo Civil).

No caso de reintegração de posse, é necessário que o autor tenha, *efetivamente*, *posse da coisa; ou mais precisamente*, que tenha (ou, tenha tido) posse física da coisa, salvo se a ação for movida pelo possuidor indireto[155]. Conquanto seja

---

150. Historicamente deve-se ter presente que a *sumariedade* sempre esteve presente nos sistemas de juízos possessórios.
151. Esse adiantamento de eficácia, no entanto, a quaisquer títulos, é inconfundível com a recente inovação em nosso direito da antecipação de tutela. Correto é o entendimento constante de trecho de acórdão do STJ, relatado pelo ilustre jurista, Prof. e Min. Eduardo Ribeiro: "A liminar na possessória consiste em adiantamento da pretendida prestação, tendo em vista a orientação: *spoliatus ante omnia restituendus.* Rege-se por princípios diversos dos que informam a outorga da cautela, sendo-lhe estranha a exigência do *periculum in mora*". (Recurso Especial nº 29.311-3, 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 24 de novembro de 1992, RTJ vol. 42/p. 494).
152. TJBA, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 123, julgados sob nº 3; TJSC, Juricat, 46/150 *(hipótese de proprietário, que nunca teve posse, tem direito a ação petitória)*; TJMS, RT 580/255; TJSC, RT 553/241.
153. 1º TARJ, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 128, julgado sob nº 29. *Em sentido contrário*, admitindo possessória a donatário, que nunca a teve, conquanto tenha título, decidiu o 1º TARJ, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed. 1986, vol. IV, p. 130-131, julgado sob nº 40.
154. 1º TARJ, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 128, julgado sob nº 30; é irrelevante o *conteúdo do título de domínio* (op. ult. cit., TAMG, p. 127, j. 19-E; TAPR, *idem, ibidem*, p. 127, j. n. 20; a posse se protege por si própria, *independentemente da propriedade,* 1º TARJ, Arq. dos T.A., 3/162.
155. TJCE, Jurisprudência e Doutrina, 123/199. Acórdão do TJMT bem distingue que insuficiente é a alegação de que o autor tinha direito à posse, senão que deve comprovar que tinha posse, efetivamente – v. PAULA, Alexandre de. Código de Processo Civil Anotado, 3 ed., 1986, vol. IV, p. 149, julgado sob nº 12; TARS, JTARS, 36/480

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 409 1/2/2007, 08:53

comum que o esbulhador haja de continuar na posse da coisa, quando do pedido de reintegração, tal não é essencial, dado que é possível *legitimado passivo, em possessória, que não tenha sido o esbulhador, mas deste tenha recebido a coisa, sabendo-a esbulhada*[156]. É a hipótese prevista no art. 1.212. Se o esbulhado pretender intentar ação de indenização, poderão ser réus, o esbulhador e o que deste consciente do esbulho recebeu a coisa, diante da *cumplicidade* no ilícito.

A prova que se faça, *liminarmente levando à concessão de liminar*, ainda que *normalmente,* tenha poder de convicção *atual* sobre o magistrado, absolutamente não o vincula em relação ao quadro probatório para a decisão final. Assim, se durante a instrução a produção probatória conduzir a outro resultado, poderá não haver coincidência entre a decisão liminar e a sentença final[157]. A decisão final da causa, coincidentemente com a da liminar (favorável ao autor), portanto, depende de a instrução, no processo, *coincidir*, *em seu poder de convicção,* com a prova inicialmente aportada pelo autor ou com aquela decorrente da justificação de posse[158]. A cognição do magistrado para concessão da liminar, não demanda prova cabal das qualidades da posse, senão que o autor deve comprovar que tinha posse, que o réu esbulhou (ou, turbou), por isso que se justifica a liminar contra esse réu[159]. É essencial, no entanto, que se comprove os requistos do art. 927, Código de Processo Civil, para a concessão de liminar[160]. Se houver *controvérsia, conducente a uma inconclusão por parte do juiz,* não se deve deferir o pedido liminar[161].

Em relação à audiência de justificação prévia acentue-se o seguinte.

A realização da justificação prévia destina-se à verificação da posse do autor (e, a comprovação do esbulho ou da turbação; e, também, na ação de interdito, a comprovação do justificado temor de lesão à posse)[162], e, ainda que o magistrado entenda sequer comprovada a posse alegada pelo autor, não lhe é lícito, *nessa oportunidade, dar pela improcedência da ação*[163].

Ao ensejo da justificação prévia, inexiste oportunidade processual *própria* para *conciliação*[164].

---

156. TARS, JTARS, 53/222.
157. TJMS, RF 282/297.
158. TJMS, RJTMS, 10/25.
159. TJMT, Anais For., 51/175; 2º. TACSP, JUTACivSP, 81/305 também publicado na RT, 572/163.
160. TJMT, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed., 1986, vol. IV, p. 148, julgado sob nº 9; havendo instrução suficiente, deve o juiz conceder a liminar, *sem cabimento a justificação prévia*, TJSC, RT 571/194.
162. Tem cabimento *justificação prévia* na ação de interdito proibitório, à luz do disposto no art. 933, do Código de Processo Civil.
163. TJCE, Jurisprudência e Doutrina, 132/230.
164. TJMS, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado,* 3 ed. 1986, vol. IV, pp. 158-159, julgado sob nº 41.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 410 1/2/2007, 08:53

É essencial a intimação do réu, para a justificação[165]. Se se constatar a existência de litisconsortes necessários, não citados e que não tenham comparecido à audiência de justificação, isso deve conduzir à nulidade do ato[166].

A prova a ser produzida na justificação prévia deve comprovar, a *efetiva posse,* pelos meios admitidos pelo Código de Processo Civil e Código Civil. Desta forma, *apenas* declarações e atestados de particulares, não são documentos hábeis a tanto, para a concessão da *liminar*[167]. Deve, a prova aí produzida, necessariamente ser concludente, *ao menos atinentemente aos requisitos do art. 927, do Código de Processo Civil*[168].

O critério do juiz, ao examinar a prova produzida e, ao avaliar o resultado da justificação deve ser, na verdade, presidido pelo que está no art. 131, do Código de Processo Civil[169]. Não há dúvida, porém que se trata de cognição não exauriente. A jurisprudência utiliza-se de expressões diversificadas que, no fundo, querem significar, *apenas*, que não se trata de um juízo imutável do magistrado, *como o é o da sentença.*

A não realização da audiência, com concessão da liminar, exige que tenha sido aportada aos autos prova *suficiente e idônea à demonstração dos requisitos do art. 927, do Código de Processo Civil*[170].

---

165. TJMT, RF 276/193 (ressalvando que, tal não é indispensável, no caso de não ocorrer concessão de liminar; e, ainda, que é indispensável seja o réu intimado do resultado, *quando não haja comparecido à audiência de justificação*, pois do contrário não se poderá falar em revelia).
166. TJMT, RT 567/212.
167. TJMT, RT 581/217; mera apresentação de escritura, é meio inidôneo à comprovação da posse, TJBA, Bahia Forense, 21/70; declarações prestados por "testemunhas", fora dos autos, são meios inidôneos à comprovação da posse, TJMT, Anais For. do TJMT, 61/54. Nesse sentido, acentuando-se o que não pode ser considerado *começo de prova* e o que pode ser havido como um *princípio* em matéria de comprovação de posse (v. o IV ENTA, em sua conclusão nº 44, aprovada por unanimidade, que foi a seguinte: "Para a concessão de liminar nas possessórias não bastam documentos relativos ao domínio, assim como não são suficientes declarações de terceiros, desprovidas do crivo do contraditório").
168. TARS, JTARS, 48/248 também publicado na RT 583/234.
169. TJCE, Jurisprudência e Doutrina, 181/58 (onde a fundamentação coincide com a do texto); ainda, na TJCE, Jurisprudência e Doutrina, 123/35, aludindo a 'prudente arbítrio'; TJMS, Rev. Jurisprudência do TJMS, 15/90, aludindo a exame não aprofundado da prova;; TJMT, RT 552/162, invocando o livre arbítrio do juiz (que é expressão infeliz para adjetivar ato jurisdicional); RT 584/235, referindo-se corretamente à necessária prova dos requisitos do art. 927, do Código de Processo Civil; TJSC, Juricat 34/395 e na Revista de Direito Civil, 28/274, fazendo alusão a cognição sumária; Juricat, 34/402, asseverando que a exigência (do poder de convicção da prova), no caso é menor (do que para o julgamento da ação, propriamente dita); Juricat 40/353 e 363 (referindo-se a prudente arbítrio, expressão usual, mas também infeliz); Juricat 41/268 (onde se alude ao não apego ao formalismo, e se recomenda salutar cautela); 44/337 (trata-se de juízo sem foro de efetividade); 45/343 (deve conter essa decisão, sumariamente, as razões do convencimento); TAPR, RT 593/236 (referindo-se ao caráter superficial dessa decisão); corretamente, conforme o texto, 1º. TACSP, JUTACivSP, 556/130, referindo-se a juízo seguro de plausabilidade
170. TAMG, RJTAMG, 12/244.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 411 1/2/2007, 08:53

Diga-se ainda que *apresentação de queixa à Polícia*, não é, em si mesma e isoladamente, prova idônea para que seja concedida liminar[171]. Da mesma forma que alegações atinentes ao domínio são *inidôneas,* como já disse, para a concessão da posse, *a fortiori*, o são para a concessão de liminar[172].

Deve o réu ser citado para a ação por mandado, e, em caso de justificação, dever-se-á explicitar que o prazo para a contestação *corre* do resultado dessa justificação[173].

O contraditório na audiência de justificação cinge-se à *contrariedade às testemunhas do autor, por parte do réu, e não à ouvida de testemunhas suas,* como prova que este produziria[174]. Há decisões, todavia, que admitem a audiência de testemunhas do réu[175]. Decisões há que admitem seja o próprio réu ouvido, mas não se apóiam na lei[176].

Se houver falecimento da parte, não se deverá realizar a audiência, *eis que, essa audiência depende do comparecimento da parte, sendo o falecimento motivo de força maior a justificar essa não realização*[177].

A justificação *deve ser realizada necessariamente antes da contestação; depois de contestada a ação, é ela inviável*[178] .

O juiz não pode *indeferir a liminar,* se foi solicitada audiência de justificação de posse, pois, do contrário isso significa suprimir a possibilidade de prova que a lei confere ao autor[179].

21. A INSURGÊNCIA CONTRA A MEDIDA LIMINAR

Outro problema, que gravita em torno da *medida liminar,* é o relacionado com a *possibilidade de sua revogação, independentemente de recurso*[180].

171. TJSE, RTJSE, 6/51.
172. TAMG, RF 284/283.
173. TARS, JTARS, 39/398.
174. TJMT, RT 586/208.
175. TJMS, RJTMS 10/24.
176. TACSP, JUTACivSP 63/142 e 64/79.
177. TACSP, RT 559/147.
178. TARS, JTARS, 52/209.
179. 2º. TACSP, RF 276/146.
180. Pela impossilidade: TJBA, Bahia For., 17/78; TJCE, Jurisprudência e Doutrina, 128/103; TJMT, Anais For., 56/129; RT 572/223; TAMG, RJTAMG, 12/253 (correto, sob o argumento de que se trata de decisão recorrível); 1º TARJ, RT 589/224 (idêntica fundamentação do julgado anteior); 1º TARJ, Arq. TARJ.3/115 (admitindo a modificação somente na sentença, o que é, curialmente, correto); 1º TACSP, JUTACivSP 76/294 também publicado na RT 561/140.

Pela possibilidade: TJMT, RF 284/308 e 324; RT 585/162; TJSC, Juricat, 35/349; admitindo se a liminar foi concedida sem justificação prévia, TJSC, Juricat, 45/310; TARS, JTARS, 37/472, 51/391; 1º. TACSP, RF 281/244 (ainda que salientando que, conquanto possa ser revogada, a concessão não vincula

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 412 1/2/2007, 08:53

Em nosso sentir, porque se trata de uma decisão interlocutória, somente no bojo do agravo de instrumento, é a medida liminar suscetível de ser modificada, ao ensejo da respectiva retratação[181]. Exatamente porque se colima, pelo agravo de instrumento modificação de situação *atualmente prejudicial e que se deseja remover, o mais rapidamente,* é incogitável o cabimento de agravo retido, *não comparecendo, no caso, a fungibilidade entre um e outro recurso.* Em rigor, não há interesse (porque não há utilidade alguma) para o manejo do agravo retido.

O recurso cabível, portanto, é o de agravo de instrumento, no bojo do qual é viável o *efeito suspensivo* ou *o efeito ativo* (na hipótese da medida não ter sido obtida em primeiro grau e sendo o caso de concessão)[182], e, em ambos os casos, haja urgência; constitui-se erro grosseiro, a utilização do recurso de apelação, porquanto se trata de uma decisão interlocutória *típica*[183].

Muito foi cogitado, *mas não com especificidade para a hipótese,* quando ao cabimento de mandado de segurança, *em se conseguindo demonstrar que a concessão da medida liminar poderia vir a causar dano irreparável*[184]. Esta cogitação não deve ter mais espaço, depois da alteração da disciplina do agravo de instrumento, e, particularmente da possibilidade de alteração, desde logo, pelo relator, do que haja sido decidido.

---

o julgamento final); 2º TACSP, JUTACivSP 84/446 (entendendo que a hipótese é excepcional, mas essa excepcionalidade autoriza o juiz à revogação); 2º TACSP, JUTACivSP 598/165 (fixando-se que é intuitivo esse poder do magistrado).

181. Neste sentido, correta é a conclusão do VIº Encontro dos Tribunais de Alçada: "Concedida a liminar em ação possessória, não deve o juiz revogá-la, salvo através do juízo de retratação do agravo" (VI ENTA, conclusão 46, aprovada por maioria), conclusão essa anterior às modificações ocorridas em relação ao agravo de instrumento, mas substancialmente subsistente.
182. Ainda que o fundamento pelo qual se concede medida liminar, em ação possessória não seja propriamente partícipe de cautelaridade, nem por isso, uma liminar erroneamente concedida, deixará – agora sim – de configurar uma situação de urgência que justifica sua alteração, desde logo,pelo relator do agravo de instrumento.
183. É tranqüilo o cabimento de agravo de instrumento como sendo o recurso específico contra essa decisão: TJCE, Jurisprudência e Doutrina, 124/54; TJSC, Juricat, 27/315 e 33/10 (ressalvando-se a possibilidade de mandado de segurança se se demonstrar dano irreparável, o que não mais se justifica diante do regime atual do agravo de instrumento), 35/357 (salientando que o âmbito do recurso é a discussão, apenas, dos pressupostos legais e de fato, da concessão); TAMG, RJTAMG, 18/270 (negando possa caber este recurso, do despacho restabelecedor de situação, decorrente da liminar, e que fora desrespeitada pelo réu); RT 572/233 e Revista do TARJ, 1/72 (errôneo ao pretender restringir o próprio agravo de instrumento a casos excepcionais); TARS, JTARS, 39/396 e 42/341; 2º TACSP, JUTACivSP 73/264 também publicado na RT 557/149; 1º TACSP, JUTACivSP 81/305; 2º TACSP, RT 593/162.
184. TJMS RJTJMS 12/147; TJSP RT 545/66 (ainda que, na fundamentação se salienta que essa não pode ser regra geral); este último julgado parece ser contra o entendimento desta nota; RT 593/81; TAMG, RJTAMG, 15/82 (refere-se à concessão de liminar, apenas com base em título de domínio, em face de audiência sem a presença do réu, e, pois sem os requisitos legais elementares); RJTAMG, 18/40 (decisão sem qualquer fundamentação).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 413 1/2/2007, 08:53

A justificação de posse deve, *necessariamente,* ser julgada (art. 929, Código de Processo Civil). Por isto, como já consignamos, deve, igualmente, ser fundamentada[185].

O réu é *citado* para a ação, e sendo o caso, para comparecer à audiência de justificação, devendo, sucessivamente à concessão, ou não da medida liminar, promover o autor a sua *intimação,* na forma do art. 930, *caput*, do Código de Processo Civil. Se não tiver havido *justificação prévia*, com concessão, ou não da medida liminar, segue-se em igual prazo, citação e prazo para contestar (art. 928, do Código de Processo Civil). Na verdade, inexistem *duas citações*[186].

22. DA LEGITIMIDADE PASSIVA, QUANDO SE TRATAR DE CASAL-RÉU

Inúmeras decisões entendiam que marido *e* mulher deveriam ser citados para ações possesórias, mesmo antes da modificação do art. 10, do Código de Processo Civil[187], acrescentando-lhe parágrafos.

Diferentemente e ainda antes dessa modificação do art. 10 (tendo em vista seu § 2º, que foi acrescentado pela Lei 8.952, de 13.12.94), outra corrente posicionava-se em sentido contrário[188].

A posição atual é a que decorre dessa alteração. Dispõe o art. 10, *caput,* do Código de Processo Civil: "Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários", o que, em nosso sentir, exclui ações possessórias". E, o § 2º, desse art. 10 dispõe: "§ 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composse ou de ato por ambos praticado", nas duas hipóteses, com a redação decorrente das modificações introduzidas no CPC pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994. A partir da idéia de que a ação possessória não é *ação real imobiliária,* e, tendo em vista o disposto no art. 10, § 2º, do Código de Processo Civil, segue-se que a citação do cônjuge somente é exigível se os fatos da demanda a este disserem respeito, seja por causa da *composse,* seja, ainda, "quando haja praticado, ele próprio, ato que justifique sua presença como réu na demanda possessória". Vale dizer, depende de a ação tratar

185. TJMT, RT 578/232; TJSC, Juricat 41/280 *(ainda que a fundamentação possa ser sucinta). Pela desnecessidade, erroneamente, de fundamentação:* TARS, JTARS, 38/420.
186. TJMT, Anais For., 51/170.
187. TJCE, Jurisprudência e Doutrina, 131/56; TJPA, RJTJA, 28/144; TJSC, Juricat, 42/58; TJSP, RF 178/216, RT 551/109; TAPR, RF 280/240; 1º TARJ, Arq. TARJ, 1/93; *ainda que entendendo necessária a citação do cônjuge, entende-a dispensável para audiência de justificação, se o marido compareceu e se defendeu,* TARS, JTARS, 46/195.
188. TAMG, RJTAMG, 20/191; TARS, JTARS, 39/177; TACSP, JUTACivSP 79/233.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 414 1/2/2007, 08:53

de composse ou de dizer respeito a ato praticado pelo cônjuge. A hipótese de composse implica em litisconsórcio necessário, quando ambos, mesmo se não houvesse esse § 2º ao art. 10, deveriam integrar *passivamente* a relação jurídica processual. É certo que esse § 2º, do art. 10, do CPC diz respeito *ao lado passivo do processo,* porquanto, ativamente, poderá um só cônjuge comparecer, à luz do disposto no art. 1.314, do Código Civil.

23. A CONTESTAÇÃO À AÇÃO POSSESSÓRIA – O RITO SUCESSIVO

Para a contestação à ação possessória, em momento sucessivo à audiência de justificação, suficiente é a intimação da parte, na pessoa do seu advogado[189]; se não tiver havido justificação, tenha o juiz concedido liminar ou não, citar-se-á o réu. Por isso é incogitável esta intimação, na hipótese de o próprio autor não ter requerido audiência de justificação[190].

Uma vez contestada a ação possessória, segue-se o procedimento ordinário (art. 931, do Código de Processo Civil). Se a impugnação à contestação se resumir à *negativa dos fatos, nem por isto é inexorável o julgamento antecipado*[191].

Tem-se entendido ser inviável a revogação da medida liminarmente concedida ao autor, *por isso mesmo* e *a fortiori*, inviável o decreto de carência de ação[192]. A opinião não é acertada, porquanto, uma realidade é a revogação da medida liminar, *pura e simplesmente, e fora do âmbito de recurso*[193]*;* outra é a da carência. Em tendo sido concedida a liminar, está implícito que se admitiu a ação possessória; mas, como, para para a admissão de um ação, inexiste preclusão, não fica o juiz impedido de dar pela carência de ação.

24. NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

A sentença é o ato, com o conteúdo definido pelas regras dos arts. 267 e 269 do CPC, por meio do qual o juiz põe termo ao processo, ou ao procedimento em

189. TJGO, Revista Goiâna de Jurisprudência, 20/71. Há decisões que fixam o entendimento de que esta intimação deve ser pessoal, 2º TACSP, RT 576/174 *(descarta-se a intimação pela imprensa).*

190. TJPA, RJTJPA, 28/180 *(neste caso o juiz deve, desde logo, ordenar a citação do réu).*

191. TJMT, Anais For. TJMT, 63/75.

192. TJMT, in PAULA, Alexandre de. Código de Processo Civil Anotado, 3 ed. 1986, vol. IV, p. 185, julgado sob nº 6-A.

193. Neste sentido pronunciou-se corretamente o STJ, em acórdão da relatoria do eminente Eduardo Ribeiro, em que, parte da ementa reza: "Concedida a liminar em ação possessória, o Juiz só a poderá revogar, em juízo de retratação, se interposto agravo de instrumento. Trata-se de provimento que visa a adiantar a prestação pleiteada, não se confundindo com aqueles de natureza cautelar, a cujo respeito existe norma específica" (Recurso Especial nº 29.311-3, 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 24 de novembro de 1992, RTJ vol. 42/p. 494).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 415 1/2/2007, 08:53

primeiro grau de jurisdição solucionando a pretensão que foi posta sob sua apreciação, solução esta que decorre, "grosso modo", da subsunção dos fatos narrados pelas partes à norma abstrata aplicável ao caso. Seu caráter distintivo mais marcante estaria, segundo corrente doutrinária clássica[194], justamente, no fato de representar o esgotamento da atividade jurisdicional naquela demanda específica em que foi proferida. Enquanto a sentença tem por finalidade precípua a solução da controvérsia, os demais pronunciamentos proferidos pelo juiz, via de regra, têm por objetivo criar condições para posterior apreciação do mérito, resolvendo por decisões de questões, que surgem no curso do procedimento, e que impende sejam solucionadas.

Tradicionalmente, classificam-se as sentenças, segundo sua eficácia: em declaratórias, constitutivas e condenatórias.

Este critério de classificação é inspirado pela noção de congruência, vale dizer, simetria entre o pedido formulado pelo autor da ação e a providência jurisdicional obtida com a sentença de procedência. Assim, a eficácia desta sentença (se de procedência) será determinada pelo tipo de ação manejado pelo autor[195], para concretização do direito material do qual se afirma titular.

Nas ações declaratórias, às quais a doutrina italiana refere-se como "*tutela di mero accertamento"*[196], e, entre nós, há quem as denomine de *meramente* declaratórias, o que pretende o autor é a eliminação de um estado de incerteza concernente a uma relação jurídica, de modo que *"a prestação da tutela jurisdicional se cinge a essa declaração"*[197].

---

194. Que adota a classificação tripartida das sentenças (declaratórias, constitutivas e condenatórias) e, portanto, não concebe atividade jurisdicional endoprocessual após a prolação da sentença.

195. É o que já tivemos a oportunidade de sustentar em outra oportunidade (v. *Manual de Direito Processual Civil*, V. 2, 5 ed. São Paulo: RT, 1996, p. 582). No mesmo sentido, Ovídio Baptista da Silva: *"... considerando-se o 'princípio da congruência' – segundo o qual o juiz só poderá prestar jurisdição nos estritos limites do pedido que a parte lhe fizer – tanto faz classificarem-se as ações como as sentenças. A cada ação (de direito material) – quando procedente – haverá de corresponder uma sentença de igual natureza"* (*Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*. vol. 1, 4 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 160). Também assim, o posicionamento de Araken de Assis: *"Na medida em que o conteúdo da demanda corresponderá, inexoravelmente, ao da sentença de procedência, em virtude da regra de congruência (...), há simples troca de ângulo: cuidado das espécies de ação, sopesa-se aquele conteúdo no início do processo; ao perquirir a carga das sentenças, aquilata-se tal núcleo no momento da sua extinção"* (*Manual do Processo de Execução,* 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78).

196. Cf. COMOGLIO, L. P.; FERRI, e TARUFFO, Michele *Lezioni sul Processo Civile*. Bologna: Mulino, 1995, p. 651 (*"Secondo la tripartizione tradizionale, l'attore può chiedere, predeterminando così il contenuto della sentenza, una tutela di mero accertamento, di condanna o costitutiva"*). Ainda: PISANI, A. Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1999, p. 143 (*"Nel processo a cognizione piena si chiede che il giudice emani, riguardo al diritto fatto valere in giudizio, un provvedimento giurisdicionale (sentenza) di tutela che, secondo una tripartizione tradizionale, può avere contenuto di mero accertamento, di condanna o costitutivo"*).

197. V. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença,* 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 76.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 416 1/2/2007, 08:53

O Código de Processo Civil brasileiro contém disciplina específica relativa à matéria, no art. 4.º, que legitima o interesse exclusivo do autor na obtenção de provimento que declare a existência ou inexistência de relação jurídica (inciso I) ou, ainda, a autenticidade ou falsidade de documento (inciso II).

Restringindo-se o conteúdo das sentenças, em tais ações, à declaração[198] do direito, é natural que não dêem ensejo à formação de título executivo (e, portanto, à instauração de posterior processo de execução), pois, a simples eliminação do estado de certeza, feita pela própria sentença, é suficiente para tutelar os interesses das partes. É dizer: a necessidade de tutela jurisdicional é satisfeita pela autoridade da coisa julgada[199].

Do ponto de vista prático, constata-se que, em determinadas hipóteses, a tutela declaratória poderá ser útil para a parte, após o trânsito em julgado, na medida em que o direito declarado sirva como premissa para a propositura de demanda condenatória[200], cuja sentença permitirá, finalmente, ulterior acesso ao processo de execução. *Não nos parece possível uma ação possessória, propriamente dita, com conteúdo* ***meramente declaratório.*** As finalidades de uma ação possessória, julgada procedente, necessariamente demandam conteúdo mais complexo.

As sentenças constitutivas guardam traço de semelhança com aquelas proferidas em ações meramente declaratórias, na medida em que também não ensejam a formação de título (e, portanto, processo) executivo. Desse aspecto específico, resulta a desnecessidade de *"atividade de efetivação posterior"*[201], para que essas sentenças gerem efeitos no mundo real. Como explica Araken de Assis:

198. Como bem coloca Ovídio Baptista da Silva, *"na ação declaratória, portanto, o juiz não vai além de um juízo de pura realidade, não ultrapassando o domínio do ser ou do não ser; não profere qualquer juízo de valor, não reprova ou condena a ninguém, assim como não cria, nem modifica ou extingue qualquer direito ou relação jurídica. Limita-se a declarar o que existe ou o que não existe, no domínio do direito"* (*op. cit.*, p. 163).

199. Neste sentido, a lição de Proto Pisani: *"Com l'espressione 'tutela di mero accertamento' ci si intendi riferire alle ipotesi in cui il provvedimento giurisdizionale richiesto dall'attore sia una sentenza di mero accertamento; cioè a quelle ipotesi in cui l'attore si limita a domandare al giudice di dichiarare se un determinato diritto esiste o non esiste e il bisogno di tutela giurisdizionale è soddisfatto dalla sola autorità di cosa giudicata, dalla sola immutabilità dell'accertamento contenuto nella sentenza..."* (*op. cit.*, p. 143). Assim, também, sustenta Araken de Assis: *"Quem só pleiteia declaração ao juiz, e obtém êxito, dar-se-á por satisfeito, e cabalmente, desde o curso em julgado da sentença. Então se apropria do que pedira ao órgão judicial – certeza –, carecendo a regra jurídica de qualquer atividade complementar em juízo"* (*op. cit.*, p. 82).

200. É o que já afirmamos em outra oportunidade, senão vejamos: *"Se, porventura, o interessado desejar a execução, do que tenha sido apurado, a favor, por sentença declaratória transitada em julgado, terá de fazê-lo por ação própria, isto é, por ação condenatória, viabilizando-se a execução por título judicial, só quando da prolação da sentença condenatória. Certamente tal sentença declaratória projetar-se-á na ulterior sentença condenatória, com a sua força de coisa julgada material no que tange à declaração do direito; por outras palavras, o resultado da sentença condenatória já está prefixado ("prejulgado") na anterior declaratória" (Manual de Direito Processual Civil,* cit., v. 2, p. 584).

201. Cf. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, 2 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 188.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 417 1/2/2007, 08:53

> "…no que interessa, ou seja, relativamente à satisfação do demandante, claro está que o estado novo se incorpora, desde logo, ao mundo jurídico e de nenhuma complementação prática ulterior carece a eficácia constitutiva"[202].

Em que pese a semelhança mencionada com as sentenças declaratórias, a tutela prestada pelas sentenças constitutivas é mais complexa. É que, apesar de ter por pressuposto lógico a declaração de um direito ou relação jurídica previamente existente, a sentença constitutiva vai além, criando, extinguindo ou modificando essa relação jurídica, providências essas que, julgada procedente a ação, evidenciam a *"inserção dos litigantes em novo regime jurídico"*[203].

Cumpre, então, analisar as peculiaridades da sentença condenatória, terceira da classificação tradicional tripartida.

As sentenças condenatórias caracterizam-se por declararem a existência de um direito, condenando o réu a satisfazê-lo, permitindo a adoção de medidas coercitivas para sua concretização, no plano dos fatos, o que vem a ocorrer no segmento da execução, sucessivo ao procedimento de cognição. Seu conteúdo, via de regra, diz respeito ao cumprimento das mais diversas obrigações, existentes no ordenamento jurídico[204]. Evidentemente, então, que, da sua prolação, resulta a formação de título executivo[205] e, conseqüentemente, a possibilidade de se instaurar processo executivo destinado à prática dos atos necessários e preordenados à satisfação do direito declarado no título, que terá início se o réu não cumprir espontaneamente o que restou determinado na sentença.

Isto significa que, que segundo muitos:

---

202. *Op. cit.*, p. 84. Para demonstrar a adequação do raciocínio, lembra o Autor exemplo de indiscutível utilidade: *"o termo inicial do prazo de divórcio é a data da sentença de separação. Neste momento, senão antes, sucede a mudança do estado civil, que carece de qualquer ato externo ao provimento judicial (p. ex., da averbação e registro civil do ato)"*. Também já advertimos, anteriormente, que eventuais providências práticas (como o registro do divórcio) posteriores à prolação da sentença não podem ser confundidas, sob o ponto de vista técnico, com a execução propriamente dita, pois esta *"diz com a necessidade de processo de execução, o qual, não ocorrendo conduta obediente ao comando da ação condenatória, colocar-se-á como 'conditio sine qua non' à produção de efeitos, no mundo empírico, da sentença condenatória"* (*Manual de Direito Processual Civil,* v. 2, p. 586-7).
203. Como já tivemos a oportunidade de observar anteriormente (V. *Manual de Direito Processual Civil,* v. 2, p. 585).
204. Com acerto, adverte Ovídio Baptista da Silva que "na sentença de condenação, não há verdadeiramente uma ordem imposta pelo juiz ao condenado, cuja desobediência lhe acarretasse alguma sanção. A 'ordem', que porventura se veja na sentença condenatória, está antes na lei e não na sentença. O juiz, em verdade, ao condenar, limitar-se-á a reproduzir e concretizar uma obrigação já existente e constante da lei. A função do juiz nada mais é, tanto na sentença declaratória quanto na condenatória, do que uma operação de concreção da norma abstrata ao caso particular versada no processo" (Op. cit., p. 172-3).
205. Ovídio Baptista da Silva, ao discorrer sobre a eficácia executiva na sentença condenatória, pondera que ela fica demarcada por duas fronteiras, de modo que "há de conter alguma dose de eficácia executiva em quantidade capaz de possibilitar a subseqüente demanda de execução de sentença; mas não deve tê-la com tal intensidade que a execução – ao invés de ser diferida para uma demanda autônoma posterior – desde logo se faça, na mesma relação processual, como ato próprio e inerente à demanda condenatória" (op. cit., p. 174).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 418 1/2/2007, 08:53

> "…a sentença condenatória não tem o condão de entregar ao autor o bem da vida pleiteado, não ordena ao réu cumprir imediatamente a sanção declarada, mas apenas forma um título executivo que permite ao titular do direito reconhecido no provimento o acesso a um outro processo que possui tal finalidade satisfativa"[206].

Assim não nos parece, ou ao menos com essa afirmação radical, não concordamos. Se a sentença condenatória cria um título através do qual o credor poderá ingressar na esfera do devedor, parece que aí está implicado o dever deste último de cumprir o objeto da condenação, sob pena disto ocorrer coercitivamente, por atividade subrogatória do juiz, contrastando a vontade do devedor que será impotente para obstar essa atividade.

Com efeito, ao contrário das demais espécies de sentença antes mencionadas, aquelas de natureza condenatória têm por traço peculiar justamente a impossibilidade de gerar efeitos, (salvo na hipótese de cumprimento "espontâneo" pelo réu) sem que se instaure novo processo – executivo –, em que serão praticados os atos necessários à satisfação do direito declarado na sentença[207]. É no segmento do processo executivo que se produzirão os efeitos próprios da condenação.

Eduardo Talamini lembra que essa característica própria das sentenças condenatórias – a de possibilitarem a instauração do processo executivo – faz com que, necessariamente, sejam identificadas por sua função processual[208].

Justamente por conta da circunstância mencionada – isto é, o fato de representar, na maior parte das vezes, apenas uma preparação para posterior processo de execução –, a sentença condenatória não pode ser considerada instrumento hábil para garantir a tutela adequada de alguns direitos, sobretudo aqueles cujo exercício exige prestação *in natura* por parte do réu[209].

---

206. V. SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.
207. Eduardo Talamini, com indiscutível propriedade, pondera que o caráter de insuficiência usualmente atribuído às sentenças condenatórias não decorre, propriamente, da necessidade de atos posteriores para a concretização da tutela, já que essa é uma característica dos provimentos que diz ser de repercussão física. Diz o autor, que *"a incompleteza da proteção gerada pela sentença condenatória, em sua conformação tradicional, reside na exigência de que aqueles atos materiais ocorram em outro processo – e fiquem adstritos à tipicidade dos meios desse outro processo. Vale dizer, o processo condenatório é insuficiente porque se encerra sem a produção do resultado prático almejado pela parte – remetendo-a ao posterior processo executivo"* (Op. cit., p. 190).
208. Op. cit., p. 189.
209. É o que sustenta Sérgio Arenhart, ao afirmar que a sentença condenatória é inadequada para a tutela de direitos da personalidade, pois: *"a uma, porque se está diante de direitos evidentes, que dispensam a dilatada fase de conhecimento que antecede qualquer condenação. A duas, em virtude da completa ausência de coercitibilidade – herdada dos romanos, onde a execução era privada – desta espécie de sentença, incapaz de operar 'per se' qualquer transformação no plano fático, ou mesmo de compelir alguém a agir em determinado sentido"* (*Tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 173) Também vêm sustentando a mesma linha de entendimento eminentes processualistas que têm se dedicado ao estudo das tutelas de obrigação de fazer e não fazer, diante das profundas mudanças

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 419 1/2/2007, 08:53

O dogma da intangibilidade da vontade do devedor, que levava, como regra geral, à necessidade de que o credor se contentasse com perdas e danos, já que o devedor não podia ser "compelido" a cumprir a obrigação *in natura*, vem sendo afastado, no processo contemporâneo, o que já se pode notar pela inclusão do art. 639 no CPC de 1973. Trata-se de dispositivo que prevê a possibilidade de o juiz proferir sentença substitutiva da vontade do obrigado, em caso de se ter realizado um pré-contrato, quando este se recusa a emitir, por si mesmo, declaração de vontade no sentido de celebrar contrato, daquele pré-contrato decorrente. Na verdade, estamos aqui diante de hipótese de obrigação específica de fazer (prestar declaração de vontade), cuja ausência pode ser suprida por sentença, sendo assim, ainda que indiretamente, cumprida *in natura* a obrigação.

Por outro lado, contemporaneamente bens como a saúde, o ambiente, o patrimônio histórico etc vêm recebendo, cada vez mais clara e abrangentemente, proteção jurídica. Sabe-se que a ofensa a estes bens é impossível de ser compensada ou restaurada pelo "equivalente" pecuniário. Daí decorrem os arts. 84 do CDC e 461 do CPC.

Neste contexto surgiu a necessidade[210-211] de se reconhecer que o ordenamento jurídico fosse dotado de instrumentos enérgicos e eficazes, a ponto de proporcionar desde logo a satisfação *in natura* do credor, incluindo-se no CPC o novo art. 461, que gera sentenças que não se encartam confortavelmente na categoria das condenatórias. Ampliou-se, assim, a classificação tripartida das sentenças, concebida pela doutrina clássica, para o fim de nelas serem incluídas as sentenças mandamentais e executiva *lato sensu*. Disso resultou, então, a classificação quinária das sentenças, propalada, no Brasil, principalmente pela iniciativa de Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva.

É interessante observar ser justificável a resistência dos autores em aceitar mencionadas categorias como formas autônomas de se classificarem as sentenças, em face de um panorama bastante antigo, em que só se colocava a questão

---

operadas no ordenamento processual vigente. Entre tantos: Luiz Guilherme Marinoni (*Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998); Eduardo Talamini (*op. cit.*); e, Joaquim Felipe Spadoni (*op. cit.*).

210. Eduardo Talamini enfatiza a importância da existência autônoma das sentenças mandamentais, afirmando que "serve para a conscientização de que, em certos casos, apenas ordem direta ao devedor, acompanhada de medidas coercitivas, pode garantir a tutela específica, assegurando que 'o processo dê a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito'" (Op. cit., p. 207).

211. Como lembra Teresa Arruda Alvim Wambier, "existe, paralelamente, tendência a que se incluam, cada vez mais nos ordenamentos jurídicos, instrumentos que levem à efetiva satisfação do credor independentemente do processo de execução (…) em face dessa situação, parece que as sentenças executivas 'lato sensu' devem, paulatinamente, deixar de ser exceções, a ponto de se justificar que, doutrinariamente, se as admitam como formando uma categoria à parte de sentenças" (Op. cit., p. 78).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 420 1/2/2007, 08:53

em face de ações como as possessórias ou as de despejo. Mais recentemente, o problema passou a existir também no que diz respeito ao mandado de segurança. O número extremamente reduzido de ações que se encartariam nestas "novas" categorias e com que muitos autores não considerassem conveniente serem consideradas ao lado das declaratórias, constitutivas e condenatórias.

De fato, grande parte da doutrina resistiu – e muitos ainda resistem – a essa classificação, tentando assimilar, ao conceito de sentenças condenatórias ou constitutivas, os provimentos jurisdicionais com natureza mandamental e executiva *lato sensu*.

Parece, no entanto, embora esta classificação[212-213], possa ser objeto de críticas é essencial que seja levada em conta para estudo de determinados provimentos jurisdicionais, justamente como aqueles proferidos em ações possessórias. Trataremos das sentenças ditas mandamentais e executivas *lato sensu*, como categorias autônomas, para, então, verificar a possibilidade de nestas categorias, eventualmente, incluir os provimentos proferidos nas ações possessórias.

Pensamos, também, que em face da dimensão que o fenômeno apresenta nos dias de hoje, representada, fundamentalmente, pelos já mencionados arts. 84 (do CDC) e 461 (do CPC), não mais se justifica tal resistência.

Ambas as espécies de sentenças mencionadas têm, em comum, o seguinte aspecto: prescindem da instauração de processo executivo autônomo, para que gerem efeitos no mundo empírico. Mas isso não ocorre porque, à semelhança das sentenças declaratórias e constitutivas, a simples prolação de tais sentenças, *per se*, já opera efeitos[214]. Na verdade, as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, para produzirem efeitos, pressupõem a prática de determinados atos[215]. Contudo, tais atos, como já se disse, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de

212. A que se filiaram eminentes processualistas brasileiros, como por exemplo Pontes de Miranda, Ovídio Baptista da Silva, Araken de Assis, Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Arruda Alvim, Kazuo Watanabe, Edson Ribas Malachini, Luiz Guilherme Marinoni, Eduardo Talamini, José Miguel Garcia Medina, Sérgio Cruz Arenhart e Joaquim Felipe Spadoni.

213. Para uma distinção límpida a respeito do caráter mandamental e executiva *lato sensu,* v. ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil,* São Paulo, 1999, vol. I, cap. X, nº 3, pp. 212-213.

214. Viu-se, acima, que, a partir da prolação das sentenças declaratórias e constitutivas, já ocorre, respectivamente, a eliminação do estado de incerteza jurídica (que é objetivo maior de quem se faz valer de tutela declaratória) e a modificação (ou criação, ou extinção) da relação jurídica (finalidade e efeito da tutela constitutiva). Portanto, tanto a sentença declaratória, quanto a constitutiva prescindem de atividade executiva (em processo autônomo ou não) posterior, porque ambas já fazem operar, *per se*, seus efeitos no mundo prático.

215. Como ensina Ovídio Baptista da Silva: *"Tal como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contêm atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência"* (*Curso de Processo Civil,* v. 2, p. 334).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 421 1/2/2007, 08:53

sentença condenatória, independem da instauração de processo executivo[216]. Neste aspecto específico reside seu traço distintivo mais expressivo.

É necessário lembrarmos aqui que as noções mais básicas, a respeito das sentenças mandamentais, foram construídas a partir da sentença do mandado de segurança. E, como adverte Luiz Guilherme Marinoni, não parece oportuno *"pensar em uma quarta espécie de sentença em razão da peculiar qualidade do legitimado passivo para a ação"*[217]. Com efeito, no atual estágio de desenvolvimento do processo civil (e das próprias relações sociais), vislumbra-se, em inúmeras outras hipóteses (além daquelas que dão azo ao mandado de segurança), a possibilidade de se tutelar o direito do autor, através de ordem para que o réu realize prestação *in natura.* Esta característica não integra os efeitos concebidos para as três sentenças da classificação tradicional (especialmente as condenatórias). Por outro lado, a determinação quanto à prestação *in natura*, nestas hipóteses, parece ser perfeitamente compatível com as noções atinentes à teoria das sentenças mandamentais, o que atesta a insuficiência da análise de tal categoria, a partir unicamente das peculiaridades dos provimentos jurisdicionais obtidos nos mandados de segurança[218].

O objetivo da ação mandamental é, então, a obtenção de sentença de procedência, na qual fique o demandado sujeito ao cumprimento de uma ordem (não necessariamente dirigida a órgão ou agente da máquina estatal)[219] do juiz[220]. E disso resulta que *"na sentença mandamental, o juiz realiza o que somente ele, como representante do Estado, em virtude de sua estatalidade, pode realizar"*, em contraponto ao que ocorre nas sentenças executivas, cujos efeitos, no mundo prático, pressupõem processo executivo, em que o juiz faz atuar o direito, em substituição à parte[221-222].

---

216. Neste sentido, as palavras de SPADONI: *"A efetivação dessa ordem, a satisfação do direito tutelado pela sentença mandamental se dá no próprio processo em que foi proferida. Independente de instauração de nova relação jurídica processual, referente a um processo de execução subseqüente, que se mostra, para esta espécie de sentença, desnecessário e inadequado. Neste aspecto, as sentenças mandamentais assemelham-se às sentenças executivas 'lato sensu'..."* (op. cit., p. 101).
217. Tutela inibitória: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 350-1.
218. Justamente por isso, parece inadequado afirmar que seria característica da sentença mandamental o fato de veicular uma ordem para um órgão ou agente da Administração Pública.
219. Assim: "A circunstância de o destinatário da 'ordem' ser autoridade não é da essência do conceito de ação mandamental. Veja-se, por exemplo, a ação de nunciação de obra nova (art. 938) e a de que trata o art. 461" (Wambier, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 78). Em igual sentido: "Não se trata de comando necessariamente dirigido a órgão ou agente do Estado: também ao particular pode ser dirigido um mandamento" (Talamini, Eduardo. op. cit., p. 191).
220. Ovídio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, v. 2, p. 334.
221. Idem, p. 335.
222. A esse respeito, o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni: "Se a sentença condenatória difere da declaratória por abrir oportunidade à execução por sub-rogação, a tutela mandamental delas se distancia por tutelar o direito do autor forçando o réu a adimplir a própria ordem do juiz. Na sentença mandamental, há ordem, ou seja, 'imperium', e existe também coerção da vontade do réu; tais elementos, como foi amplamente demonstrado, não estão presentes no conceito de sentença condenatória, compreendida como uma sentença correlacionada com a execução forçada" (op. cit., p. 351).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 422 1/2/2007, 08:53

Parte da doutrina sustenta que o caráter de mandamentalidade, nesta categoria de sentença, não decorreria exclusivamente da ordem do juiz, mas, também, da adoção de medidas de coerção, que possam forçar o seu cumprimento pelo devedor[223]. Vai de encontro a esse posicionamento aquele de Eduardo Talamini, para quem a mandamentalidade destas sentenças não resulta da adoção de medida processual de coerção, mas, do *"seu conteúdo de ordem, por força do qual seu descumprimento caracterizará afronta à autoridade, juridicamente censurável (pouco importando se a repreensão tem caráter administrativo, penal ou estritamente processual)"*[224].

Ovídio Baptista da Silva adverte sobre a necessidade de se *"preservar o campo das obrigações de fazer e não fazer para as ações condenatórias, cuja execução se fará segundo o modelo legal dos arts. 632-645 do CPC, delas separando as denominadas 'obrigações legais', correspondentes a 'deveres jurídicos' emergentes de outros domínios do direito que não seja o Direito das Obrigações"*[225]. Esta necessidade, diz o autor, ocorre porque somente os "deveres jurídicos" poderiam ser tutelados nas ações mandamentais. No entanto, ao que tudo indica, em face da nova redação[226] do art. 644 do CPC, parece ser possível cogitar da irrelevância deste critério rígido de distinção, na medida em que se possibilitou a execução, pelo art. 461, de sentenças que disponham a respeito das obrigações de fazer e não fazer. Isto é: facultou-se a utilização de medidas típicas dos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, para efetivação de sentenças tradicionalmente concebidas como condenatórias.

Analisemos as características mais marcantes das sentenças ditas executivas *lato sensu*, para, depois, cogitar-se em qual dessas duas categorias é possível encaixar as sentenças das ações possessórias.

Como já se disse, a principal característica dessa categoria de sentença está no fato de prescindir da instauração de processo de execução, para que possa produzir efeitos. Bem explica Teresa Arruda Alvim Wambier que *"as sentenças*

---

223. Neste sentido: *"Uma sentença não é mandamental apenas porque manda, ou ordena mediante mandado. A sentença que 'ordena', e que pode dar origem a um mandado, mas não pode ser classificada como mandamental. A mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresa à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir. Só há sentido na ordem quando a ela se empresa força coercitiva; caso contrário, a ordem é mera declaração"* (Luiz Guilherme Marinoni. *op. cit.*, p. 356). Idêntico posicionamento é o de Spadoni: *"A mandamentalidade reside na conjugação da declaração da conduta devida com a utilização de medidas coercitivas destinadas a forçar o réu a cumprir o comando judicial"* (*op. cit.*, p. 102).
224. *Op. cit.*, p. 192.
225. *Curso de Processo Civil,* v. 2, p. 349.
226. *"A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo"*.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 423 1/2/2007, 08:53

executivas 'lato sensu' contêm algo mais além da condenação. Há uma condenação, sim. Mas, além desta, é necessário observar-se que esta espécie de sentença, para que haja alteração no mundo empírico, na esfera dos fatos, não reclama a existência de posterior processo de execução. Ao contrário, ela, por si mesma, é apta à efetiva satisfação do credor, prescindindo-se do processo de execução propriamente dito".[227] É esta também a característica mais visível das sentenças mandamentais. Em função disto é que parte da doutrina menciona sentenças mandamentais ou executivas *lato sensu*.

Todavia, além do aspecto acima mencionado, há de se levar em consideração, em relação às sentenças executivas *lato sensu*, o seguinte: diferentemente do que ocorre em relação às sentenças mandamentais – e à semelhança do que se dá nas sentenças condenatórias – para serem efetivadas, as sentenças executivas *lato sensu* independem da participação do devedor. Vale dizer: para efetivação destas sentenças, podem ser praticados atos sub-rogatórios, típicos, como se sabe, do processo executivo instaurado por conta de sentença condenatória.

A circunstância mencionada não pode fazer presumir que seja tão sutil a diferença entre as sentenças executivas *lato sensu* e as condenatórias, a ponto de não justificar o tratamento de ambas como categorias autônomas. Com efeito, entre outros aspectos relevantes, a atividade executiva no próprio processo em curso faz com que a efetivação das sentenças executivas *lato sensu* seja disciplinada por fórmulas mais genéricas do que aquelas previstas para a execução em processo autônomo. Conclui-se, pois, que é inadmissível a apresentação de embargos contra a efetivação das sentenças executivas *lato sensu*, ao contrário do que se dá, evidentemente, no que tange às sentenças condenatórias[228].

Assim, cumpre, finalmente, analisar a natureza jurídica das sentenças proferidas nas ações possessórias. As sentenças de procedência das ações possessórias dispõem, essencialmente, sobre as providências necessárias à sua defesa, em favor da parte vencedora. Pode-se resumir a questão, dizendo que *"o pronunciamento judicial nas ações possessórias consiste em comando (a ser efetivado por oficial de justiça) para que seja expulso o agressor da posse, ou para que seja mantida a situação possessória do vencedor"*[229]. Ou, ainda, na sentença que julgue procedente um interdito proibitório, na determinação/mandamento do juiz dirigido ao réu, para que não agrida a posse do autor.

---

227. Op. cit., p. 77-8.
228. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 194.
229. SIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 265.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 424 1/2/2007, 08:53

As ações possessórias – interdito proibitório, reintegração e manutenção de posse – têm em comum o fato de suas sentenças prescindirem da instauração de processo executivo autônomo, para efetivação. Uma vez proferida sentença de mérito favorável a uma das partes litigantes (considerando o caráter dúplice destas ações), é expedido mandado, a fim de manter a posse em favor do vencedor que já a tem ou de lhe devolver, em detrimento da parte contra quem foi proferida a decisão. É portanto, possível conclusão no sentido de que, em princípio, trata-se de provimentos assimiláveis às duas últimas categorias de sentenças analisadas. Vale dizer: podem ser classificados como mandamentais ou executivas *lato sensu*.

Para Pontes de Miranda, o que prepondera, nas sentenças proferidas em **ações de manutenção de posse** e **interditos proibitórios,** é o caráter de **mandamentalidade,** representado pela ordem, ao agressor da posse, no sentido de que cessem os atos de turbação; enquanto **nas sentenças das reintegrações de posse,** preponderaria a **eficácia executiva,** muito embora o mandamento sirva-lhe como instrumento[230].

Pondera, com propriedade, Edson Ribas Malachini, que há, nas sentenças das ações possessórias, certa carga condenatória, pois *"quando o juiz ordena que o réu não consume a ameaça de turbação ou de esbulho, ou que cesse a turbação já efetivada, ou ordena, contra o réu, a reintegração do autor na posse da coisa, há aí, sem dúvida, um juízo de reprovação quanto à conduta daquele"*[231]. No entanto, explica o autor a necessidade de se levar em consideração, para análise da questão, o que consta na parte dispositiva da sentença, ou seja, a ordem no sentido de que: (1) a parte vencida se abstenha de concretizar a ameaça de esbulho ou turbação (no interdito proibitório); (2) a parte vencida cesse a turbação já realizada (na manutenção de posse); ou, 3º) a parte vencedora seja reintegrada na posse do bem (na reintegração de posse)[232].

Nas duas primeiras hipóteses, predomina a eficácia mandamental do provimento. Justifica-se tal posicionamento, segundo afirma Luiz Rodrigues Wambier, pois *"no interdito proibitório e na manutenção de posse, o que se expede é uma verdadeira ordem para o réu, cujo descumprimento caracteriza afronta à autoridade estatal e, sob de certas condições, crime de desobediência"*.[233] A esse respeito, sustenta Malachini que:

230. *Tratado das ações,* t. 6, p. 112-3.
231. "A eficácia preponderante das ações possessórias", *in: Revista de Processo,* n.º 71, ano 18, 1993, p. 17.
232. *Idem*, p. 17.
233. Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *et alii*. *Curso Avançado de Processo Civil,* vol. 3, 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 195.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 425 1/2/2007, 08:53

> "…o conteúdo e eficácia preponderante da sentença é o mandamento, que lhe traduz a força; nele ela se esgota; a eventual prisão da autoridaede recalcitrante, ou outra sanção cabível, se insere na cadeia dos atos materiais conseqüentes à sentença, como a expedição de mandado que as antecede"[234].

Por outro lado, na última hipótese mencionada, o que se determina é a devolução do bem para a posse do vencedor, independentemente da vontade do vencido[235]. Como explica Cláudia Aparecida Simardi, *"a sentença na ação de reintegração traz como eficácia alteração da situação de fato, para recompor o estado anterior das coisas, com o que exige que o elemento preponderante seja o executório, a fim de que possa ser alterada uma situação fática"*[236]. Predomina, então, a eficácia executiva *lato sensu*, na medida em que a efetivação da sentença independe da instauração de processo executivo, além de se operar através de atos de sub-rogação (isto é, independentemente da vontade do vencido)[237].

A conseqüência prática mais relevante da inclusão das sentenças proferidas em ações possessórias na categoria das mandamentais ou na das executivas *lato sensu*, está evidentemente na impossibilidade de se admitir a apresentação de embargos do devedor, para obstar sua efetivação, como já se afirmou, acima, quando se discutiu a peculiaridade de cada uma das categorias de sentença[238]. Portanto, embora haja interesse teórico na exata caracterização das sentenças proferidas nas ações possessórias como mandamentais ou como executivas *lato sensu*, na verdade, o mais relevante é frisar-se que, já que realmente não se trata de sentença condenatória, é inadmissível a defesa do sucumbente por meio dos embargos do devedor.

---

234. Op. cit., p. 20.
235. Explica Malachini que, na reintegração de posse, *"pede-se, pura e simplesmente, que seja reintegrado na posse, independentemente de atitude do réu. Se ele, frente ao oficial de justiça que lhe dá conhecimento do mandado de reintegração (e não de citação), não restitui 'in continenti' a posse da coisa (móvel ou imóvel) ao autor, o mandado será cumprido de imediato, com a efetivação da reintegração (= restituição da posse) pelo oficial de justiça (com auxílio de força policial se necessário"* (*op. cit.*, p. 18).
236. *Op. cit.*, p. 267.
237. Neste sentido, também, Luiz Rodrigues Wambier: *"Por isso se diz que as ações possessórias têm natureza executiva e mandamental, pois a sentença não só declara o direito do possuidor de ver sua posse resguardada, nem apenas condena o réu a devolver a coisa, mas, em verdade, tem força de alterar a situação fática, independentemente de qualquer outro procedimento, e, se for o caso, não através de providências sub-rogatórias (que substituam a conduta do réu), mas mediante ordens que o próprio réu cumpra"* (op. cit., p. 195).
238. V. a respeito, ALVIM, Eduardo Arruda. op. ult. cit., cap. X, nº 2, p. 213, onde ensina que a sentença possessória é provida de "carga executiva tal que torna desnecessário o ajuizamento de uma nova ação", de onde se infere, portanto, não haver espaço ou oportunidade para cogitar-se de embargos do devedor.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 426 1/2/2007, 08:53

Capítulo XX

Controvérsias Constitucionais Acerca do Usucapião Coletivo

Pablo Stolze Gagliano[*]

> "Ou nós ficamos atentos para as tramas do Direito, ou seremos presas fáceis dele. E presas bem alimentadas…"
>
> Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho, em magnífica aula de Filosofia do Direito proferida no mestrado da PUC-SP, em 31.05.2004.

Desde quando entrou em vigor, no início[1] do ano passado, o novo Código Civil tem causado controvérsias e despertado a atenção de todos aqueles que militam na seara do Direito Privado.

Aliás, a despeito das justas críticas que lhe são dirigidas, um importante legado – muito bem-vindo, por sinal – a nova lei nos concedeu: ***o Direito Civil voltou a assumir posição de destaque nos meios acadêmicos nacionais, viabilizando uma construtiva reflexão acerca dos seus fins e princípios.***

Nesse contexto, de acesos debates intelectuais, ganha candente matiz a problemática referente à regra constante em seu art. 1228, § 4º, que dispõe:

> "O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante".

---

* Juiz de Direito (BA), Mestrando em Direito Civil pela PUC-SP, Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, da Escola de Magistrados da Bahia, da Rede Jurídica Tele-Presencial IELF PRO OMNIS (SP) e do Curso *Jus*PODIVM (BA), Co-autor da obra Novo Curso de Direito Civil (Ed. Saraiva) e do Código Civil Comentado (Ed. Atlas).

1. Existe acesa polêmica a respeito da data de entrada em vigor do novo Código Civil (Lei n° 10.406/02), se tal teria se dado no dia 11 ou no dia 12 de janeiro de 2003. Nesse particular, alinhamo-nos à corrente de pensamento da Prof. MARIA HELENA DINIZ, da PUC-SP, citada pelo culto MÁRIO DELGADO: *"Preferimos, todavia, seguir a corrente doutrinária dos que acham que o Código entrou em vigor no dia 11/01/2003, não obstante a extrema comodidade em se aceitar o dia 12. Partilhamos com MARIA HELENA DINIZ o entendimento de que o art. 2044, sob pena de ilegalidade vertical decorrente do inevitável confronto com o art. 8°,§ 2°, da LC n° 95/98, deve ser lido e recebido como se houvesse estabelecido o prazo de vacância em 365 dias e não em um ano, e aqui estamos dando uma interpretação construtiva, sistemática, teleológica ao preceito, com vistas a aproveitá-lo"* (Problemas de Direito Intertemporal: Breves Considerações sobre as Disposições Finais e Transitórias do Novo Código Civil Brasileiro, in *Novo Código Civil – Questões Controvertidas.* Vol. 01. São Paulo: Método, p. 490).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 427 1/2/2007, 08:53

Trata-se de instituto jurídico muito peculiar, e que, se analisado com bastante atenção, poderá causar-nos uma desagradável sensação de desconforto, provocada por contundentes indagações.

E tal inquietude ganha fôlego em face dos desencontros doutrinários que se seguiram à entrada em vigor do referido dispositivo.

Afinal, o codificador teria criado uma nova forma de **"desapropriação"** ou estaríamos diante de uma modalidade peculiar de **"usucapião especial ou coletivo"?**

De fato, argumentos há, apontando para ambas as direções.

Sob o prisma topográfico e, seguindo um critério de interpretação sistemática, tem-se a impressão de que se consagrou uma **nova modalidade expropriatória,** uma espécie de "**desapropriação judicial".**

Isso porque, no parágrafo antecedente, o legislador, a teor do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, regulou, expressamente, as hipóteses de desapropriação por *necessidade ou utilidade pública e interesse social,* para, em seguida, dispor, no dispositivo sob comento, que o proprietário **"também"** poderia ser privado da coisa, em função da posse exercida por terceiro, mediante **pagamento de indenização** (§ 5º).

Ora, ao utilizar a palavra "*também"*, e fazer referência à indenização a ser paga ao expropriado, transparece que fora acrescentada mais uma modalidade de desapropriação ao rol elencado no parágrafo anterior.

Defendendo a ***natureza expropriatória do instituto***, a Professora MÔNICA AGUIAR, da Universidade Federal da Bahia, em excelente artigo, observa:

> "Essa desapropriação realizada diretamente pelo Poder Judiciário, sem intervenção prévia de outros Poderes é figura nova em nosso sistema positivo… Em um mesmo artigo – §4º do art. 1228 – o legislador faz uso de vários conceitos jurídicos indeterminados: considerável, para qualificar o número de pessoas; de interesse social e econômico, para adjetivar as obras e serviços e extensa, para identificar a área. Abre-se, então, um aparente leque de possibilidades para o preenchimento do conteúdo jurídico desses conceitos pelo Magistrado que, conforme relatado, será o artífice dessa desapropriação".[2]

Entretanto, outros autores de inegável valor sustentam tratar-se de **modalidade nova de usucapião**, a exemplo do culto Ministro TEORI ZAWASCKI, na obra "A Reconstrução do Direito Privado".[3]

---

2. AGUIAR, Mônica, texto gentilmente cedido pela autora pela internet, e disponível no site *http: www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto247.htm*, acessado em 12 de julho de 2007.
3. "A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil", in *A Reconstrução do Direito Privado.* São Paulo: RT, 2002, pp. 843-861.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 428 1/2/2007, 08:53

Nesse mesmo diapasão, EDUARDO CAMBI, respeitado jurista, após mencionar que se cuida de usucapião coletivo, pondera que:

> "Trata-se de instituto jurídico novo e autônomo, cuja diferença essencial, em relação aos imóveis urbanos, está no tamanho, por extrapolar os 250 m (duzentos e cinqüenta metros quadrados), previsto no art. 183 da CF, para a usucapião especial. Além disso, o novo Código Civil vai além da Lei n. 10.257/2001, pois estende o instituto aos imóveis rurais, não contemplados no Estatuto da Cidade".[4]

Nessa linha de raciocínio, uma vez que a perda da propriedade se dá pela **posse exercida por uma coletividade de pessoas,** dentro de um **lapso de tempo previsto em lei (5 anos)**, não há, em nosso sentir, como negar a nota característica da *prescrição aquisitiva,* razão pela qual a tese do usucapião[5] nos pareceria mais atrativa.

Ademais, valorizando a posse, chegaríamos à conclusão de que o legislador pretendeu criar, por meio desse polêmico instituto, um instrumento de *socialização da terra,* previsto para aquelas situações em que o descaso do proprietário justificaria a perda do seu imóvel, em favor dos efetivos possuidores da área.

Nota-se, ademais, a utilização de inúmeros conceitos abertos ou indeterminados (como *extensa área de terra, boa-fé, interesse social e econômico),* que deverão ser devidamente preenchidos pelo magistrado, no caso concreto, com cautela e diligência, a fim de se evitar a indesejável insegurança jurídica.

Encarando o instituto como modalidade de usucapião, não se deixaria de atender, também, ao princípio constitucional da **função social da posse e da propriedade**, compensando aqueles que dão destinação útil ao imóvel, e minimizando-se (ao menos no plano legal) os conflitos possessórios coletivos.

Mas, ainda que se cuide de um novo tipo de usucapião (oneroso), uma pergunta surge imediatamente em nossa mente: **quem arcaria com essa indenização?**

Segundo MÔNICA AGUIAR, no mencionado artigo, a indenização deveria ser arcada pela União ou pelo Município, caso se trate de expropriação rural ou urbana:

---

4. CAMBI, Eduardo. "Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil", in *Revista Trimestral de Direito Civil.* Rio de Janeiro: PADMA, 2000, p. 38
5. Sobre o gênero da palavra usucapião, já anotamos, em nossa obra Comentários ao Código Civil – vol. XIII (Direito das Coisas. Superfície. Servidões. Usufruto. Uso. Habitação. Direito do Promitente Comprador). São Paulo: Atlas, 2004, que: *"Embora exista divergência linguística quanto ao gênero da palavra, e, bem assim, o codificador houvesse preferido grafá-la no feminino ("**a** usucapião"), manteremos a utilização no **masculino**, em respeito à tradição legislativa. CALDAS AULETE, por exemplo, clássico dicionarista, prefere empregar a expressão no masculino* (cf. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa.* Rio de Janeiro: Delta, 1958, v.5, p. 5.192)".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 429 1/2/2007, 08:53

> "Para os imóveis rurais, não resta dúvida que essa indenização deve ser arcada pela União, quer por força do comando do art. 184 a 186 da Constituição Federal, quer por observância dos critérios estabelecidos pela Lei 8.629 de 25.2.93 com a redação que lhe foi conferida pela Lei 10.279 de 12.09.2001 e Lei complementar 76, de 6.7.1993.
>
> Ocorre que o instituto, em que pese não haver qualquer limitação expressa na legislação, foi concebido tendo em vista, especialmente os imóveis localizados em área urbana. Nessa hipótese, inadmissível a aplicação direta dos mencionados dispositivos. Perceba-se, outrossim, que não é exigida, como ocorre com a usucapião, o exercício da posse com animus domini.
>
> Parece que o ônus será do Município em que localizada a área, haja vista que o comando do plano diretor da cidade é de competência exclusivamente municipal. Há uma co-responsabilidade na tolerância da ocupação de terrenos com a criação de verdadeiras favelas, nascidas de invasões pelos que não têm moradia"[6].

TEORI ZAWASCKI[7] e EDUARDO CAMBI[8], autores supra mencionados, por sua vez, entendem que o pagamento seria feito pelos próprios possuidores, prescribentes da referida área.

Em outro plano, CARLOS ALBERTO DABUS MALUF, diante da falta de previsibilidade legal, reputa o referido artigo **inconstitucional:**

> "Tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando um verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade do seu titular, sem ter ele direito a qualquer indenização".[9]

De fato, embora não enfrentemos o problema sob o viés exclusivo do proprietário, a impressão que se tem é de que ***o dispositivo está fadado à ineficácia social.***

Atribuir-se a obrigação indenizatória a uma das entidades federativas, sem previsão legal a respeito, afigura-se, em nosso sentir, inviável, mormente em se tratando dos Municípios brasileiros, que já se encontram em situação econômica desesperadora, não havendo, ademais, previsão constitucional específica em face desse novo instituto.

---

6. AGUIAR, Mônica, op. cit.
7. "*Pelos seus requisitos ("posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos") assemelha-se à usucapião, com a única diferença de que, para adquirir a propriedade, possuidores-usucapientes ficam sujeitos a pagar um preço. Ou seja: é espécie de usucapião onerosa"* (p. 853, op. cit.).
8. Este culto autor estabelece que a responsabilidade é dos possuidores e subsidiariamente do Estado, op. cit., p. 39.
9. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Novo Código Civil Comentado,* coord.: Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1099.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 430 1/2/2007, 08:53

Impor a mesma obrigação aos ocupantes da terra, posição que vem ganhando força na doutrina, *data venia*, também não nos pareceria justo, por uma constatação imediata: **em geral os possuidores são desprovidos de recursos financeiros, e não teriam como arcar com esse pagamento.**

Assim sendo, concluímos que o referido dispositivo carece de sustentação, estando condenado à ineficácia social por manifesta inviabilidade.

De um lado, prejudica-se o proprietário, por não haverem sido regulados os mecanismos efetivos de pagamento da indenização prevista; de outro, imputando-se o dever ao ocupante da terra – posição que infelizmente parece ser majoritária – **estar-se-ia impedindo o plano nacional de política agrária e de construção de uma sociedade mais justa, nos termos da nossa Lei Maior**.

Inadmissível, outrossim, é o Projeto de Reforma do CC (PL. 6960/02), que, com acentuado matiz privatístico, e visando apenas a resguardar a defesa do proprietário, afastou-se da perspectiva constitucional de socialização da posse, ao **subordinar o registro da sentença em nome dos possuidores ao pagamento integral do preço.**

Caso aprovado, a aquisição da propriedade somente se daria após o pagamento integral desse valor, o que culminaria, inafastavelmente, na consolidação do "trancamento eficacial" da norma, afastando-se qualquer tentativa de salvação de sua utilidade (prática) de valorização da posse.

Nesse sentido, leia-se o referido parágrafo projetado:

> "…no caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago integralmente o preço pelo ocupante, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome do respectivo possuidor".

Tal modificação, em nosso sentir, não é justa, pois apenas serviria como garantia do proprietário, em detrimento do possuidor, sem que se resolvesse em definitivo a fundamental questão referente ao legitimado para o pagamento.

Diante de tudo isso, notamos que o legislador teve grande fôlego e coragem para ***iniciar*** a redação do artigo de lei, mas acabou perdendo-se no ***final***, omitindo aspectos relevantes para a sua plena aplicabilidade…

Não conseguimos, pois, diante de sua dicção, extrair de si uma ***interpretação razoável e conforme a constituição*****,** consoante preleção do Prof. Dr. PAULO LOBO da Universidade Federal de Alagoas:

> "O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes contribuições dos constitucionalistas nas últimas décadas. Consiste, basicamente, em explorar ao máximo a compatibilidade com a Constituição das normas

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 431 1/2/2007, 08:53

> infraconstitucionais a ela anteriores ou supervenientes, e a partir dela. Apenas deve ser declarada a inconstitucionalidade de uma norma quando a incompatibilidade dela com a Constituição for insuperável. Essa diretriz hermenêutica harmoniza-se com os princípios da presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais e da força normativa da própria Constituição. Mais importante é a função que desempenha na interpretação do conteúdo das leis, que há de ser conformado, delimitado e densificado pelos princípios e normas constitucionais. Assim, o Código há de ser interpretado, sempre, a partir da Constituição".[10]

Melhor seria que, por meio de alteração legislativa, se adotasse uma forma de usucapião coletivo, semelhante àquela prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10257/01), sem referência alguma ao pagamento de indenização, e desde que os requisitos gerais fossem devidamente observados (posse/animus/tempo).

Todavia, enquanto tal alteração não se opera, será mais razoável ao juiz, *no que for possível*, tentar aplicar as regras referentes a outras formas de usucapião, previstas no Código Civil, por entendermos que, tal como fora redigido, o presente dispositivo está fadado à inconstitucionalidade, por não respeitar superiores princípios previstos em nossa Magna Carta.

E constatamos isso não sem certa preocupação, pois, afinal de contas, a adoção de normas *aparentemente* válidas, embora materialmente ineficazes – cercadas muitas vezes por todo um discurso meramente simbólico e acentuadamente demagógico – resulta por prejudicar ainda mais imagem do próprio Poder Judiciário, incrementando ainda mais a insatisfação do jurisdicionado.

Esperamos, portanto, diante de tudo que se expôs, que o legislador faça a parte dele, para que nós, juizes, possamos fazer a nossa.

10. LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de Família e o Novo Código Civil* (coord.: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira). 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 153.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 432 1/2/2007, 08:53

CAPÍTULO XXI
CONTRIBUTO À DINÂMICA DA CHAMADA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL: DIÁLOGO ENTRE CONSTITUIÇÃO, DIREITO E PROCESSO*

Glauco Gumerato Ramos[1]

Sumário • 1. Introdução. 2. Posse, propriedade e Constituição. 3. Função social da posse e da propriedade. 3.1. Direito à moradia (CR, art. 6º, caput). 3.2. Ordem econômica (CR, art. 170, caput, e incs. II e III). 3.3. Propriedade imobiliária urbana (CR, art. 182, caput, e §§ 2º e 4º; 183, caput). 3.4. Propriedade imobiliária rural (CR, art. 186 e incs.; 191, caput). 3.5. Direito ambiental constitucional (CR, art. 225 e §§). 3.6. Direito real de propriedade no Código Civil (CC, art. 1.228 e §§). 3.7. Conclusões parciais. 4. Cláusulas abertas no Código Civil: aspectos dos §§ 4º e 5º do art. 1.228. 4.1. Imóvel reivindicado. 4.2. Extensa área. 4.3. Considerável número de pessoas. 4.4. Houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços. 4.5. Interesse social e econômico relevante. 4.6. Justa indenização. 4.7. Conclusões parciais. 5. A chamada *desapropriação judicial*: constitucionalidade e terminologia. 6. Algumas características do processo na desapropriação judicial. 6.1. Procedimento na desapropriação judicial. 6.2. As partes no processo de desapropriação judicial. 6.3. O processo de "desapropriação judicial" sob a ótica do proprietário reivindicante (autor). 6.3.1. Possibilidade de pedido alternativo ou sucessivo. 6.3.2. Denunciação da lide: do autor reivindicante ao Estado. 6.3.3. Capítulos da sentença favoráveis e desfavoráveis ao autor. 6.3.4. Indenização fixada e a insolvência dos possuidores. 6.3.5. Possibilidade excepcional da ação autônoma em face dos possuidores e/ou do Estado pleiteando indenização, a exemplo da chamada desapropriação indireta. 6.4. O processo de *"desapropriação judicial"* sob a ótica dos possuidores (réus). 6.4.1. Litisconsórcio passivo necessário simples. 6.4.2. Reconvenção ou pedido contraposto visando à decretação da "desapropriação judicial" e da fixação da indenização. 6.4.3. Pagamento do preço e registro da sentença. 6.4.4. Hipótese de não-pagamento da indenização fixada: possibilidade de usucapião com base no justo título gerado pela sentença. 6.4.5. Impossibilidade de reconhecimento da desapropriação judicial em caráter autônomo: imprescindibilidade de exercício de pretensão reivindicatória. 7. Sugestões para a criação de um procedimento especial. 8. Conclusão. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Através do presente trabalho – de inequívoca inspiração metodológica orientada pelo *direito civil constitucional*[2] –, procurar-se-á adequar a nova forma de

* Dedico este trabalho aos companheiros da comissão *Parte Geral/Direito das Coisas* da III JORNADA DE DIREITO CIVIL promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, realizada em Brasília no início de dezembro de 2004. Sob a coordenação de Gustavo Tepedino, e relatoria de Erik Frederico Gamstrup, discutimos, propusemos e aprovamos enunciados que certamente ajudarão a dar bom encaminhamento doutrinário e jurisprudencial ao novo direito civil brasileiro, sempre sob a perspectiva civil-constitucional.

1. Mestrando em direito processual civil na PUC/SP. Professor de Direito Civil e Direito Privado da Universidade São Francisco em São Paulo. Advogado em Jundiaí-SP.

2. Mais do que estudar o direito civil a partir dos institutos consolidados no empirismo da experiência histórica, a responsabilidade do civilista é pensar e construir um direito civil comprometido com as diretrizes pautadas pela Constituição da República, onde o legislador constituinte enalteceu a dignidade humana (CR, art. 1º, inc. III), a proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem (CR, art. 5º. inc. X), a função social

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 433 1/2/2007, 08:53

aquisição e perda da propriedade imobiliária criada pelos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil brasileiro, ao sistema do processo civil. A doutrina posterior ao novo Código cognominou essa forma de intervenção estatal na propriedade privada de *desapropriação judicial*, já que a situação legalmente prevista confere ao juiz a possibilidade de fixar justa indenização em favor do proprietário do imóvel reivindicado cuja *função social* lhe foi dada por considerável número de pessoas que, em decorrência do exercício da *posse-trabalho*, realizou sobre o imóvel obras e serviços de relevante interesse social e econômico.

A inovação trazida pelo Novo Código Civil reflete em seu sistema a dimensão constitucional da posse nas relações sociais, numa demonstração clara e concreta de que a propriedade privada, não obstante garantida no rol dos direitos humanos fundamentais[3], sempre deverá atender a sua função social (CR, art. 5º, *caput*, e incs. XXII e XXIII), sob pena do proprietário desidioso vir a sofrer sérios gravames sobre seu direito de propriedade, inclusive com a possibilidade de perdimento do respectivo bem, a exemplo do previsto no art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil.

As disposições do Código Civil que garantem a aquisição da propriedade imobiliária a considerável número de pessoas que exerceram *posse-trabalho* sobre determinado imóvel (CC, art. 1.228, § 4º e 5º), muito embora sejam claras e de conteúdo auto-explicativo, imporão aos juízes e à jurisprudência um razoável esforço no sentido de revelar o alcance de certos conceitos lá previstos, já que são eles, em especial os previsto no § 4º do art. 1.228, *cláusulas abertas* de que se utiliza o legislador para viabilizar ao intérprete a concretização dos valores constitucionais que diretamente repercutem no direito privado.

Além do mais, nos parece necessário que os mencionados §§ 4º e 5º do art. 1.228 sejam *processualizados*, uma vez que somente pelas regras processuais

---

da propriedade (CR, art. 5º, XXIII; art. 170, inc. III), o usucapião especial – urbano e rural (CR, art. 183, *caput* e 191 *caput*, respectivamente), o novo perfil das relações de família (CR, art. 226 e segs.). Vale dizer: estes valores, dentre outros facilmente identificáveis no texto constitucional, inexoravelmente acabam impondo uma nova forma de pensar o direito civil. Versando de maneira panorâmica sobre os mais variados aspectos do *direito civil constitucional*, vale a pena conferir: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001; TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Coord. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000; FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Coord. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000, 2ª tiragem; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado* (Las normas fundamentales de derecho privado). Trad. bras. de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998; HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. *Direito Civil – estudos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000; VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. Coords. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

3. v. COLAUTTI, Carlos E. *Derechos humanos constitucionales*, (*passim*).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 434 1/2/2007, 08:53

garantidoras do *due process of law* legitimador da atuação do Poder Judiciário, é que essa nova forma de intervenção estatal na propriedade privada, chamada de *desapropriação judicial*, poderá atender aos propósitos maiores da função social da propriedade exigida constitucionalmente.

Enfim, o que se pretende é contribuir para a compreensão do fenômeno decorrente dessa atuação do Judiciário, jamais perdendo de vista os princípios maiores da Constituição, nem tampouco a necessária relativização existente entre o direito material e o processo[4].

2. POSSE, PROPRIEDADE E CONSTITUIÇÃO

Da mesma forma que no sistema de direito civil positivo o legislador não definiu diretamente o que é propriedade, também em relação à posse fez o mesmo. Em ambos os casos – propriedade e posse –, a conclusão a que se chega em relação aos respectivos conceitos se dá de forma indireta, e seja quanto à propriedade, seja quanto à posse – alçada hoje a um patamar de autonomia consagrador da *dignidade da pessoa humana* (CR, art. 1º, III) – a prevalência nos dois casos da *função social* vem categoricamente firmada na força normativa da Constituição[5], até mesmo para que o Brasil atinja seus objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos (CR, art. 3º e incs.).

O Código Civil brasileiro, ao sistematizar as diretrizes do direito possessório o fez valendo-se das premissas extraídas da *teoria objetiva* de Ihering (CC, art. 1.196 a 1.224), e isso, é necessário que se diga, faz com que no Código Civil a *teoria objetiva* exista em caráter preponderante, e não exclusivo. Vale dizer, muito embora seja pacífica a compreensão doutrinária e jurisprudencial de que o Código brasileiro filia-se à teoria de Ihering, isso não significa que o direito possessório no Brasil seja refratário a certos aspectos da *teoria subjetiva* de Savigny, o que, aliás, ocorre nos mais diversos sistemas de direito positivo, já que seria de todo impossível uma pureza dogmática em relação à posse onde a opção por uma dessas teorias pelo legislador repelisse, por completo, influências recíprocas. É o que por exemplo ocorre em relação ao usucapião, onde é necessário, para sua configuração, o exercício de posse qualificada pelo *animus domini* (ou *animus rem sibi habendi*) para que o Direito reconheça essa forma de aquisição

4. Sobre a relativização do binômio *direito-processo*, cfr. BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processual.*
5. v. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* (*passim*).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 435 1/2/2007, 08:53

da propriedade, já que além do *corpus*, o legislador também exige que o respectivo sujeito de direito "possua a coisa como sua" (CR, arts. 183 e 191, ambos no *caput*; CC, arts. 1.238 e 1.260; ECid, art. 9º).

Possuidor é o sujeito de direito que exerce, de forma plena ou parcial, algum dos poderes inerentes à propriedade em relação a determinado bem (CC, art. 1.196). Proprietário, por sua vez, é o sujeito que tem a faculdade (ou poder) de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e dispor (*jus abutendi*), e ainda a possibilidade de reaver a coisa de quem injustamente a possua ou detenha (CC, art. 1.228).

A partir daí fica claro que o direito positivo brasileiro considera como possuidor tanto o proprietário (*possuidor proprietário*), quanto o não-proprietário (*possuidor não-proprietário*), já que para ser considerado possuidor – repita-se – basta que o sujeito exerça de forma plena ou parcial os poderes inerentes à propriedade, tal como faz o proprietário tendo ele o *corpus* (exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade: pode usar, gozar e dispor), ou tal como faz, por exemplo, o locatário, que tendo o *corpus* poderá usar e gozar o respectivo bem (exercício parcial dos poderes inerentes à propriedade: uso e gozo), ou ainda o mesmo proprietário que, através do contrato de locação, transfere o *corpus* e, em razão disso, não pode nem usar nem gozar, sendo-lhe lícito, apenas, dispor do respectivo bem (também exercício parcial dos poderes inerentes à propriedade: disposição). Portanto, aquele que exerce de forma plena ou parcial algum dos poderes inerentes à propriedade sobre determinado bem, seja ele proprietário ou não, será considerado possuidor, e uma das principais virtudes do sistema jurídico considerar alguém como possuidor é o fato de que esse alguém terá em seu favor a prerrogativa de se valer dos interditos possessórios para defender a situação possessória que se encontra em razão do *corpus*.

Contudo, nem sempre essa operação conduzirá a um resultado lógico, pelo menos à primeira vista. É o que o ocorre em casos de mera detenção (CC, art. 1.198). Em algumas situações motivadas por circunstâncias derivadas das relações sociais, a própria Lei retirará do eventual sujeito de direito que tenha o *corpus*, e que eventualmente esteja exercendo algum dos poderes inerentes à propriedade, a possibilidade de ser considerado possuidor. Assim se dá com o caseiro de uma propriedade (salvo se existir entre ele e o legítimo possuidor contrato de locação), com motorista de uma empresa, com aquele que momentaneamente detenha o *corpus* para mero auxílio do legítimo possuidor etc, que movidos por uma relação de dependência – não necessariamente de caráter hierárquico – permanecem (caseiro, motorista e auxiliador) com o *corpus* seguindo ordens ou instruções do possuidor. Nesse caso, apesar do *corpus*, o respectivo sujeito não terá posse, mas mera detenção (CC, art. 1.198).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 436 1/2/2007, 08:54

Importante que se diga que a detenção comporta derivação em *detenção dependente*[6] e *detenção independente*, conforme doutrina que versa o direito civil alemão, já que o § 855 do *BGB*[7], além da relação de dependência, prevê que uma "situação semelhante" pode configurar detenção. A *detenção dependente* deriva da relação de dependência expressa no art. 1.198, *caput*; já a *detenção independente* ocorrerá independentemente de uma relação de dependência previamente estabelecida entre o possuidor e o detentor, tal como nas hipóteses do art. 1.208 do CC (atos que não induzem posse), ou mesmo como ocorre em relação aos bens públicos, que pela suas características não geram posse a quem deles tenha o *corpus*. O sujeito que usa o banco de uma praça pública – bem de uso comum do povo (CC, art. 99, I) – muito embora esteja exercendo parcialmente algum dos poderes inerentes à propriedade (usar), não será considerado possuidor, mas mero detentor, não lhe sendo lícito, portanto, defender a situação que o liga à coisa, mesmo porque nem posse há. Percebe-se que no caso do banco da praça, apesar do *corpus,* não há relação de dependência, ou seguimento de ordens ou instruções, entre o sujeito que usa e a municipalidade, configurando dessa forma a chamada *detenção independente*.

Atualmente, a propriedade e a posse sofrem em seu regime jurídico influência marcante da Constituição, através de uma série de princípios que orientam a criação, a interpretação, a compreensão e a concretização do direito privado.

A propriedade é garantida desde que cumpra sua função social (CR, art. 5º, XXII e XXIII); a ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social, submete-se ao princípio a função social da propriedade (CR, art. 170, *caput* e inc. III); para a viabilização da política urbana e da política fundiária e da reforma agrária, o exercício da posse qualificada pelo *animus domini* é capaz de fazer com que pessoa humana adquira a propriedade do respectivo bem através do usucapião especial, urbano e rural (CR, art. 183 e 191, respectivamente), conferindo à posse, e sua função social, uma autonomia capaz de subjugar o direito de propriedade mal utilizado. E tanto a propriedade quanto a posse devem ser exercidas a partir do direito ambiental constitucional (CR, art. 225 e sgts.).

---

6. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. A detenção no direito civil brasileiro (conceito e casos). *Posse e propriedade* (coord. Yussef Said Cahali), pp. 8-29; tb. ARRUDA ALVIM, José Manoel. Algumas notas sobre a distinção (…). *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil – Escritos em homengem ao Min. José Carlos Moreira Alves*, pp. 77-86.
7. § 855 (Servidor da posse): "Se alguém exercer, por um outro, o poder de fato sobre uma coisa, na casa ou no negócio deste, ou em uma situação semelhante, em virtude do que tem de prestar obediência às instruções do outro relativamente à coisa, somente o outro é possuidor". Cf., DINIZ, Souza. *Código Civil alemão* (traduzido diretamente do alemão).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 437 1/2/2007, 08:54

Bem se vê a atual dimensão da propriedade e da posse no direito brasileiro, regradas que são pela legislação infraconstitucional, mas orientadas pela força normativa da Constituição.

3. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E DA PROPRIEDADE

A função social é uma realidade presente na estrutura do direito de propriedade, que não mais se compadece com a noção de direito absoluto tão comum no direito burguês imediatamente posterior à Revolução Francesa, marcado por características *privatistas-individualistas* que impregnaram a ordem jurídica antes da chegada do Estado Social. A Constituição de 1988, que de início veio forjada no *Welfare State*[8], garantiu o direito de propriedade como direito fundamental, todavia condicionou o respectivo objeto ao atendimento de sua função social (CR, art. 5º, XXII e XXIII). Ressalta-se que a função social abrange tanto a propriedade mobiliária quanto a imobiliária, rural ou urbana.

A partir do instante em que a Constituição determinou que a propriedade deve atender a sua função social, nada mais seria preciso dizer para se concluir que a respectiva cláusula pétrea existe para vincular a atuação da propriedade, do proprietário e do próprio Estado, ao atingimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil em construir uma sociedade livre, justa e solidária, em garantir o desenvolvimento nacional, em erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais, em promover o bem de todos, e tudo isso, em última análise, consagrando a tutela da dignidade da pessoa humana (CR, art. 3º e incs.; art. 1º, III).

De qualquer forma, é possível que se extraia da própria Constituição e da legislação alguns parâmetros normativos para circunscrever os confins e o alcance da função social da propriedade. Desde já, que se tenha em mente o princípio da dignidade da pessoa e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

3.1. Direito à moradia (CR, art. 6º, caput)

Como direito social, a Constituição traz o direito à moradia como verdadeira concretização da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, fica evidente que a propriedade imobiliária, rural ou urbana, cumpre sua função social também quando serve de moradia à pessoa.

8. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição Brasileira: Modelo de Estado (…), *Parcerias Estratégicas*.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 438 1/2/2007, 08:54

3.2. Ordem econômica (CR, art. 170, caput, e incs. II e III)

A ordem econômica, geradora de riqueza nacional e base da economia de mercado do sistema capitalista, tem por finalidade assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social. Para a manutenção dessa ordem de coisas a atividade econômica deve ser pautada, dentre outros princípios, pela propriedade privada e pela função social da propriedade. Vale dizer, a propriedade posta a serviço da ordem e da atividade econômica deverá orientar-se pela função social de assegurar a existência digna de todos conforme a justiça social.

3.3. Propriedade imobiliária urbana (CR, art. 182, caput, e §§ 2º e 4º; 183, caput)

A propriedade imobiliária urbana tem acentuada importância na política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Executivo municipal, cujo objetivo é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. A partir daí, o plano diretor a ser aprovado pelo respectivo Legislativo municipal servirá de instrumento básico da política desenvolvimento e de expansão urbana.

Nesse contexto, a Constituição da República afirma que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às diretrizes de ordenação da cidade previstas no plano diretor. Além disso, a Constituição também faculta ao Poder Público municipal exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o adequado aproveitamento, sob pena de contra ele serem tomadas certas medidas de intervenção na propriedade. Fica evidente, portanto, que a propriedade urbana também cumpre sua função social quando o respectivo solo é edificado ou utilizado adequadamente.

Ainda há a hipótese do usucapião especial urbano, numa clara demonstração de que a ordem constitucional pressupõe que o possuidor que fez da respectiva área usucapível sua moradia ou de sua família, cumpriu com a função social.

3.4. Propriedade imobiliária rural (CR, art. 186 e incs.; 191, caput)

É inegável a importância da propriedade imobiliária rural como fator de desenvolvimento social e econômico, além sua importância na condução da política agrícola e fundiária e na reforma agrária.

A Constituição sobreleva a importância da propriedade rural produtiva, presumindo que ela atende sua função social, além de torná-la insuscetível de reforma agrária.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 439 1/2/2007, 08:54

Mais ainda, a própria Constituição afirma quando a propriedade rural estará atendendo sua função social. A partir de critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a função social da propriedade será atendida quando, simultaneamente, atender os seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Valorizando também o trabalho humano que produziu e fez moradia na pequena gleba rural, a Constituição garante que a concretização da função social da posse gere, ao respectivo possuidor, a aquisição da respectiva área por usucapião, bastando o exercício da posse *ad usucapionem* e o preenchimento de certos requisitos constitucionalmente previstos.

3.5. Direito ambiental constitucional (CR, art. 225 e §§)

Preservar e garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, das presentes e futuras gerações. Não há possibilidade da propriedade privada ser utilizada em dissonância com direito ambiental. Função social é a utilização do bem para garantia das necessidades do respectivo titular sem que isso implique na violação de direitos e interesses alheios.

É evidente que a propriedade imobiliária urbana ou rural, de pequeno ou grande porte, somente atenderá sua função social se sua utilização e aproveitamento forem feitos de acordo com o direito ambiental.

3.6. Direito real de propriedade no Código Civil (CC, art. 1.228 e §§)

Enfocando o direito real de propriedade tal como ele está previsto no Código Civil, percebe-se que a utilização da propriedade deve se pautar por certos parâmetros bem delimitados pelo legislador, todos eles, aliás, de acordo com o perfil da propriedade privada traçado pela Constituição.

O Código Civil determina que o direito de propriedade deve ser exercido de acordo com suas finalidades econômicas e sociais, visando à preservação da flora, da fauna, das belezas naturais, do equilíbrio ecológico e do patrimônio histórico e artístico, evitando-se, ainda, a poluição do ar e das águas.

Além do mais, o Código Civil considera como proibidos – ilícito, portanto – atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem, sendo evidente que tal preceito também se aplica ao possuidor não-proprietário, que deverá agir em relação ao bem tendo em vista a função social da posse.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 440 1/2/2007, 08:54

O Código Civil ainda impede o proprietário de obter a reivindicação de bem imóvel de extensa área, quando no juízo petitório for considerado que considerável número de pessoas realizaram, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados judicialmente de relevante interesse social e econômico. Nesse casos, permite ao juiz fixar indenização em favor do proprietário e, uma vez pago o preço, a sentença que assim decidir valerá de título registrável para aquisição do imóvel em nome dos possuidores que fizeram com que o respectivo bem cumprisse sua função social.

3.7. Conclusões parciais

Como se vê, não há desculpas para afirmações às vezes corriqueiras de que a função social da propriedade é um conceito jurídico indeterminado e de difícil aplicabilidade. Ao contrário, função social – seja da propriedade, seja da posse – não obstante cláusula aberta, conta com uma série de parâmetros normativos espalhados por todo os sistema jurídico.

Os pequenos exemplos acima mencionados, afora outros facilmente encontrados por toda legislação, podem servir de balizamento para fundamentações seguras no sentido do que a Constituição pretendeu quando afirmou que a propriedade privada atenderá sua função social.

Em miúdos, a função social (da propriedade ou da posse) será atendida quando a utilização do respectivo bem (móvel ou imóvel) estiver, direta ou indiretamente, adequada e em consonância com os preceitos constitucionais voltados à política urbana, à política agrícola e fundiária e da reforma agrária, à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, à ordem e à atividade econômica, cumprindo, em qualquer hipótese, suas finalidades sociais e econômicas, sem intenção deliberada de causar prejuízo a terceiros, e sempre tendo em vista os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e a concretização da dignidade da pessoa humana.

4. CLÁUSULAS ABERTAS NO CÓDIGO CIVIL: ASPECTOS DOS §§ 4º E 5º DO ART. 1.228

O ordenamento jurídico brasileiro é pródigo na positivação de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados. Através delas, o intérprete – em especial o juiz – tem flexibilidade para incluir em seu conceito os valores constitucionais e legais buscados pela ordem jurídica, adequando o preceito normativo à dinâmica da realidade concreta. O Novo Código Civil não foge dessa realidade, e os §§ 4º e 5º do art. 1.228, que prevêem a chamada *desapropriação judicial*, são prova disso.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 441 1/2/2007, 08:54

Em linhas gerais, os mencionados dispositivos do Código Civil afirmam que o proprietário poderá ser privado da área reivindicada em favor de um considerável número de pessoas que fizeram cumprir a função social da posse do respectivo bem, desde que preenchidas certas condições legais. A partir daí, o juiz natural do feito petitório fixará justa indenização que será devida ao proprietário privado do imóvel e, desde que pago o preço, a respectiva sentença valerá de título para registro do imóvel em nome dos possuidores. Atentemos para o que diz Código Civil:

> Art 1.228 (…)
>
> § 1º…
>
> § 2º…
>
> § 3º…
>
> § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o **imóvel reivindicado** consistir em **extensa área**, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de **considerável número de pessoas**, e estas nela **houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços** considerados pelo juiz de **interesse social** e **econômico relevante**.
>
> § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a **justa indenização** devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. (destaque de agora)

4.1. Imóvel reivindicado

Ao sistematizar as diversas classes de bens, a Parte Geral do Código Civil classifica os bens a partir de três grandes grupos (CC, art. 79 e ss.): a) dos bens considerados em si mesmos; b) dos bens reciprocamente considerados; c) dos bens públicos (ou dos bens considerados em relação ao titular do domínio).

É no grupo dos bens considerados em si mesmos que o legislador classificou e conceituou o que é bem imóvel, assim entendido o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. O CC também afirma que é bem imóvel os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram, bem como o direito à sucessão aberta, sendo que nestes casos os respectivos bens são considerados imóveis por equiparação legal.

Tirante os imóveis por equiparação legal, já que o § 4º refere-se à "extensa área", é evidente que o imóvel reivindicado só mesmo poderá ser o solo com suas eventuais acessões.

Mais ainda, não há qualquer distinção no parágrafo analisado quanto a ser imóvel urbano ou rural, concluindo-se, pois, que o *imóvel reivindicado* poderá

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 442 1/2/2007, 08:54

ser urbano ou rural, com ou sem acessões agregadas ao respectivo bem durante o tempo em que eventualmente durou a posse do proprietário reivindicante.

4.2. Extensa área

A cláusula *extensa área* é um conceito jurídico por demais indeterminado. Todavia, poderá ser considerada como tal a área do imóvel urbano ou rural que tenha sido grande o suficiente para albergar várias pessoas que, em conjunto ou separadamente, empreitaram obras e serviços de interesse social e econômico através da *posse-trabalho*.

Não é de se considerar a *extensa área* descrita no § 4º, como a área urbana ou rural de enormes proporções. O que deve ser levado em conta é o fato da respectiva *área* ter sido *extensa* o bastante para viabilizar que a *posse-trabalho* de várias pessoas tenha redundado em benfeitorias de relevante interesse social e econômico. Exigir que a *extensa área* seja de proporções "latifúndicas" (que seja relevado o palavrão…), será a consagração de um reacionarismo contrário à função social da posse e da propriedade.

4.3. Considerável número de pessoas

Qual seria um *considerável número de pessoas*?

Tenho a impressão que uma ou até duas pessoas não estariam abrangidas no *considerável número* a que se refere a Lei, já que o vernáculo tem por *considerável*, dentre outras significações análogas, aquilo que é "grande"[9]. De qualquer forma a Lei pretende que o imóvel reivindicado permaneça na posse de quem lhe deu função social e a partir daí, pago o preço da indenização, venha a adquirir o respectivo bem.

Logo, o *considerável número de pessoas* deve ser um número "grande" o suficiente para fazer com que através da *posse-trabalho*, sobre o imóvel tenham sido realizadas obras e serviços de relevante interesse social ou econômico. Portanto, tudo dependerá do caso concreto examinado. Se para algumas hipóteses o número de pessoas para realizar certas obras ou serviços de interesse social ou econômico deve ser assaz elevado, para outras o *considerável número de pessoas* deve ser equivalente à obra ou serviço realizados no imóvel reivindicado, o que significa dizer que talvez três, ou quatro pessoas, representaria o *considerável número* para se empreitar a respectiva obra ou serviço.

9. Cf. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001, 1 ed.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 443 1/2/2007, 08:54

Raciocinemos através de exemplos.

Imagine que num terreno urbano, de mil metros quadrados, três pessoas dele venham a adquirir posse e a partir daí lá construam um pequeno barracão para exploração de uma oficina mecânica de autos. Com o passar do tempo, o pequeno empreendimento se organiza, prospera e serve para a subsistência dos três sócios e de suas famílias. Passados mais de cinco anos de posse ininterrupta e de boa-fé, um dia são surpreendidos com a citação de uma ação reivindicatória. Será que os mil metros quadrados não foram uma área *extensa* o bastante para o exercício eficaz da *posse-trabalho* e respectiva função social? Será que os três sócios não formaram um *considerável número de pessoas* grande e suficiente o bastante para empreitar obras e serviços de relevante valor social e econômico, tendo em vista que da pequena oficina eles sobrevivem e ajudam a manter as respectivas famílias? A resposta é positiva para os dois questionamentos.

O mesmo se diga de um grupo de cinco pessoas que toma posse de uma área rural de cinco mil metros quadrados e lá cumprem a função social da posse, produzindo e gerando riqueza compatível com a extensão da gleba possuída. Cinco não perfaz um *considerável número de pessoas* na hipótese? Cinco mil metros quadrados não seriam uma área *extensa* o bastante para as obras e serviços lá realizados, de inequívoca relevância social e econômica?

Nota-se que nos dois exemplos, não se cogita de usucapião especial urbano ou rural, que pelo perfil e vocação constitucional exigem requisitos objetivos mais estreitos para sua configuração (moradia, em ambos os casos; inexistência de outras propriedades imobiliárias em nome do usucapiente, também em ambos os casos etc).

Além do mais, se pensarmos o caso concreto a partir da perspectiva civil-constitucional (dentre outros: dignidade da pessoa humana; objetivos fundamentais da República; função social da posse e propriedade), fica fácil a conclusão nos sentido de que situações dessa natureza deverão ser resolvidas judicialmente após a análise específica do respectivo caso concreto, cabendo ao juiz dimensionar tais conceitos indeterminados para dar a solução constitucionalmente esperada a essas problemáticas questões do direito privado.

4.4. Houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços

A realização, em conjunto ou separadamente, de obras e serviços não traz maiores complicações ao intérprete, eis que dado objetivo a ser investigado e revelado através de instrução probatória.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 444 1/2/2007, 08:54

A observação que aqui se faz é em relação a cláusula *obras e serviços*. Melhor seria se o legislador tivesse se valido da expressão *obras ou serviços*, já que nem sempre a *obra* será acompanhada pelo *serviço*, e vice-versa. *Obra*, por exemplo, poderá ser a construção de residências, e lá, por servir de moradia, não haverá nenhum tipo de *serviço*. O *serviço*, por sua vez, poderá prescindir de eventual *obra*. Seria o caso, por exemplo, de uma horta comunitária realizada num terreno urbano alheio; existe o *serviço*, mas não necessariamente deverá existir uma *obra*. É apenas uma hipótese.

4.5. Interesse social e econômico relevante

Também andou mal o legislador ao afirmar que a obra ou serviço deverá ter *interesse social e econômico relevante*. Não há necessidade da presença de ambos os interesses, o que à primeira vista poderia parecer em virtude da partícula aditiva "*e*". É óbvio que isso ocorrendo (interesse social "e" econômico) será excelente em vários aspectos.

Mas a verdade é que para a incidência da norma comentada sobre eventual fato social, bastará o *interesse social* "*ou" interesse econômico*, devendo, em ambos os casos, o respectivo interesse ser relevante.

4.6. Justa indenização

A *justa indenização* no Brasil, como decorrência da desapropriação, é um problema grave. Na maioria das vezes, não será ela nem *justa*, nem tampouco servirá para a efetiva *indenização*, ficando o proprietário expropriado com seu patrimônio parcialmente corroído. Prova disso são os inúmeros processos de desapropriação constante nos repertórios de jurisprudência.

De qualquer forma, mesmo porque a propriedade é direito fundamental (CR, art. 5º, XXII), a *justa indenização* deverá abranger não só o valor do solo, mas também o valor das eventuais benfeitorias que foram realizadas à época em que o proprietário reivindicante tinha a posse do imóvel.[10]

Do contrário, essa forma de intervenção estatal geradora do perdimento da propriedade imobiliária carecerá de legitimidade.

---

10. Ressalta-se que há importante entendimento no sentido de que não há necessidade de adstrição a valores de mercado e, mais ainda, que não seriam devidos juros compensatórios. III JORNADA DE DIREITO CIVIL – CJF/STJ – ENUNCIADO 240 – ART. 1.228 § 5º: "A justa indenização a que alude o parágrafo 5º, do art. 1.228, não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 445 1/2/2007, 08:54

4.7. Conclusões parciais

É necessário que se pense o caso concreto a partir da perspectiva civil-constitucional (dentre outros: dignidade da pessoa humana; objetivos fundamentais da República; função social da posse e propriedade). Assim, ficará fácil a conclusão nos sentido de que situações dessa natureza deverão ser resolvidas judicialmente após a análise específica do respectivo caso concreto, cabendo ao juiz dimensionar tais conceitos indeterminados para dar a solução constitucionalmente esperada – e desejada – a essas questões.

5. A CHAMADA *DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL*: CONSTITUCIONALIDADE E TERMINOLOGIA

Os pioneiros da I JORNADA DE DIREITO CIVIL[11] já haviam identificado que intervenção na propriedade privada decorrente dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 é compatível com a Constituição. De fato, seja sob a ótica da função social da propriedade, seja quanto à previsão constitucional da desapropriação (CR, art. 5º, XXIV), sempre será possível que o particular seja expropriado em virtude do interesse social.

O fato dessa intervenção expropriatória decorrer de atividade do Poder Judiciário em nada macula a legitimidade da medida, já que o clássico funcionamento de *freios e contrapesos* nas respectivas atuações do poder estatal (executivo, legislativo e judiciário) não implica que cada um dos Poderes exerça ou possa exercer com exclusividade a atividade que é típica de sua natureza, eis que as respectivas atividades são exercidas em caráter preponderante, e não exclusivo, por cada um dos Poderes.

Além do mais, foi o próprio legislador que conferiu ao juiz a possibilidade dessa intervenção expropriatória mediante justa indenização, e se assim o fez foi porque teve sensibilidade para captar e materializar no Código Civil a função social que deve orientar a posse a propriedade.

No tocante à terminologia que se generalizou – *desapropriação judicial* – não há nada que desautorize sua utilização pela doutrina ou pela jurisprudência ao se referir a essa nova forma de intervenção na propriedade privada.

Ao contrário, a respectiva expressão bem demonstra os efeitos decorrentes desse fenômeno jurídico apto a gerar a aquisição da propriedade imobiliária, já que a situação expropriatória ocorrerá através do vislumbramento – *conveniência* e

11. I JORNADA DE DIREITO CIVIL – CJF/STJ – ENUNCIADO 82 – ART. 1.228: "É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 446 1/2/2007, 08:54

oportunidade – do interesse social (CR, art. 5º, XXIV) pelo juiz natural a quem couber o julgamento da demanda.

6. ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO NA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

Para a compreensão da dinâmica do processo na *desapropriação judicial,* é necessário que se fixe algumas premissas básicas fundadas no direito material e no processo:

a) a *desapropriação judicial* só será admitida no juízo petitório inaugurado pelo proprietário reivindicante;

b) em caráter excepcional e, como decorrência da função social da posse, será possível ao proprietário pleitear indenização à guisa de *desapropriação judicial,* independentemente do exercício da pretensão reivindicatória, a exemplo do que ocorre na chamada desapropriação indireta;

c) pela natureza jurídica do respectivo bem (CC, arts. 100, 101, 102), não haverá *desapropriação judicial* se o imóvel reivindicado pertencer ao Poder Público[12];

d) os possuidores não têm direito autônomo à *desapropriação judicial* a ser exercido em ação própria;

e) mesmo que o juiz verifique a presença dos requisitos legais, não haverá a possibilidade da *desapropriação judicial* se operar de ofício (princípio da inércia; CPC, art. 2º);

f) a *desapropriação judicial*, eis que mera possibilidade, só poderá ser efetivada se houver pedido expresso dos possuidores, através de *pedido contraposto* (no procedimento sumário; CPC, art. 278, § 1º) ou através de reconvenção (no procedimento ordinário; CPC, art 315);

g) a *desapropriação judicial* também poderá ser pleiteada em caráter *alternativo*[13] ou *sucessivo* ao pedido de reivindicação formulado pelo proprietário (CPC, arts. 288, *caput*, e 289, respectivamente);

---

12. I JORNADA DE DIREITO CIVIL – CJF/STJ – ENUNCIADO 83 – ART. 1.228: "Nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil".
13. Pela *desapropriação judicial* é possível que a obrigação específica de restituição do imóvel reivindicado seja substituída, em caráter alternativo (CPC, art. 288, *caput*), pela obrigação de indenização em dinheiro, conforme precisamente detectou ZAVASCKI, Teori Albino. Tutela da posse na Constituição e no Projeto do Código Civil. *A reconstrução do direito privado*, p. 853.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 447 1/2/2007, 08:54

i) a sentença que decretar a *desapropriação judicial* só será passível de registro após o efetivo pagamento da indenização fixada[14];

j) nas hipóteses do § 4º do art. 1.228 do Código Civil, uma vez evidenciado o interesse social decorrente da *posse-trabalho*, será necessária a intervenção, como *custos legis,* do Ministério Público, no respectivo processo, sob pena de nulidade, sempre relativizada pelo princípio *pas de nullitè sans grief* (CR, art. 127, *caput*; CPC, arts. 82, III, e 84);

k) o pagamento da indenização decorrente da *desapropriação judicial* constitui-se obrigação que poderá ser exigida tanto dos possuidores, que serão os beneficiados diretos pela *desapropriação*, quanto do Estado, que efetivou a desapropriação através do Judiciário em nome do interesse social (CR, art. 5, XXIV)[15].

6.1. Procedimento na desapropriação judicial

No processo de conhecimento, não havendo procedimento específico para a tutela de determinado direito material, o procedimento a ser adotado será o comum, ordinário ou sumário (CPC, art. 271 e 272). A especificidade procedimental decorre ora das próprias características do direito material a ser tutelado, ora da opção do legislador em sumarizar o procedimento, criando técnicas processuais para melhor tutelar o direito reclamado; a isso a doutrina chama de *tutela jurisdicional diferenciada*[16], verdadeira postura em prol do "enfoque de acesso à justiça"[17] e totalmente de acordo com o respectivo princípio constitucional (CR, art. 5º, XXXV).

No caso da *desapropriação judicial* – pelo menos até o presente momento – não há no ordenamento jurídico qualquer previsão de procedimento especial para

14. III JORNADA DE DIREITO CIVIL – CJF/STJ – ENUNCIADO 241 – ART. 1.228: "O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, § 5º), é condicionado ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz".
15. Em apoio a esse posicionamento, v. NERY e NERY. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*, 2 ed., art. 1.228, nota 28: "Poder Público. Como pode haver desapropriação, pelo poder público, por interesse social, o instituto criado pelo CC 1228 §§ 4º e 5º pode evoluir no sentido de que o poder público venha a ter responsabilidade pela desapropriação judicial, isto é, fique responsável pelo pagamento da indenização, pois a ele cabe o poder-dever de fazer a reforma agrária e a posse-trabalho, nas circunstâncias mencionadas pela norma ora comentada, é instrumento de realização da função social da propriedade.".
16. PISANI, Andrea Proto. "Sulla tutela giurisdizionale diferenziata". *Revista de Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1979, vol. XXXIV, p. 536, *apud*, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada (...)*.
17. Sobre o a idéia de "enfoque de acesso à justiça" – a terceira das "ondas renovatórias do direito processual" –, v. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, pp. 67-73.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 448 1/2/2007, 08:54

a solução da respectiva *fattispecie*, o que invariavelmente fará com que o processo para sua solução tramite sob o procedimento comum, ordinário ou sumário. Portanto, estando o valor da causa – leia-se: valor do imóvel reivindicado – circunscrito a sessenta vezes o valor do salário mínimo, o procedimento adotado será o sumário (CPC, art. 275, I); por outro lado, extrapolando o valor da causa aquele patamar, o procedimento, então, será o ordinário (CPC, arts. 271, 272, 274).

6.2. As partes no processo de desapropriação judicial

Em primeiro lugar é necessário delimitar o conceito de *parte* no processo civil, o que deve ser feito a partir, principalmente, do regramento que o direito positivo dá à sentença e à coisa julgada. Daí por quê sempre nos pareceu que a clássica proposição Chiovenda a respeito do assunto é defintiva: "*parte* é aquele que pede e aquele em face de quem se pede a atuação da tutela jurisdicional", portanto, *partes* no processo serão apenas autor (aquele que pede) e réu (aquele em face de quem se pede). Todos os demais coadjuvantes da relação processual (juiz, advogado, MP como *custos legis* etc.) são considerados tão somente como *sujeitos processuais*.

A essa conclusão se chega com a análise dos arts. 459, *caput*, 460, *caput*, e 468, todos do CPC, já que sentença é proferida em relação ao pedido formulado pelo autor (459, *caput*) – sempre em face de algum réu –, sendo defeso ao juiz proferir sentença de natureza diversa daquilo que foi pedido (460), sentença essa que tem "força de lei" nos limites da lide (468), acrescentando-se que *lide* é sinônimo de *mérito*, de *pretensão*, vale dizer, a pretensão do autor em face do réu[18]. Logo, as *partes* no processo serão mesmo o autor e o réu, eis que são aqueles que sofrerão diretamente os efeitos da sentença em sua esfera de liberdade.

Dessa forma, as *partes* no processo da *desapropriação judicial* serão o proprietário *reivindicante* (autor) e os possuidores (réus). Mas a partir do momento em que se admita – tal como estamos fazendo – que o Estado poderá ser considerado devedor junto com os possuidores do preço a ser pago pela indenização (6."k", *supra*), será perfeitamente possível que a respectiva pessoa jurídica de direito público venha a ser *parte* no processo através de denunciação da lide a ser feita pelo autor, conforme explicaremos (vide *infra*, 6.3.2).

18. Conquanto o CPC às vezes se utilize do termos *lide* com outras significações – como "processo", por exemplo (*denunciação da lide* ou *curador à lide*) –, não há dúvida que *lide* é sinônimo de mérito, de pretensão. Cfr. DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos* (…), pp. 232-276.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 449 1/2/2007, 08:54

6.3. O processo de "desapropriação judicial" sob a ótica do proprietário reivindicante (autor)

Analisemos algumas possíveis derivações do processo decorrentes da aplicação dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 sob a perspectiva do autor. Vamos a elas.

6.3.1. Possibilidade de pedido alternativo ou sucessivo

O *pedido* – um dos elementos da ação (CPC, art. 282, IV) – tem, dentre outras finalidades, circunscrever a atuação do juiz no processo, já que a tutela jurisdicional a ser concedida deverá corresponder ao pedido formulado (CPC, art. 128 – princípio da adstrição, ou da correlação lógica entre pedido e dispositivo da sentença; tb. art. 460, vedação do julgamento *ultra*, *extra* e *citra petitia*). A partir daí, o Código de Processo Civil sistematiza as regras de como a *parte* deverá engendrar esse elemento da ação.

Dentre as possibilidades de sua formulação, é possível que o pedido seja estruturado em caráter *alternativo* ou *sucessivo*, o que se dará em decorrência de certas peculiaridades observadas no plano do direito material.

O pedido *alternativo* terá lugar sempre que a obrigação subjacente à demanda permitir que o devedor cumpra a respectiva prestação de mais de uma maneira (CPC, art. 288). Na hipótese da incidência do comando dos §§ 4º e 5º, do art. 1.228 do Código Civil, a obrigação dos possuidores poderá passar de específica (restituição de coisa certa) para obrigação genérica (pagamento da indenização em dinheiro). Diante da possibilidade da ocorrência da *desapropriação judicial*, poderão os possuidores optar por restituir o imóvel possuído ou pagar a indenização, para obterem, através da sentença, título translativo da propriedade.

Logo, eventual condenação nesses casos constituirá, ou não, na obrigação de restituir o imóvel reivindicado, ou na obrigação de pagamento da indenização fixada pela *desapropriação judicial*, já que a respectiva intervenção na propriedade privada só ocorrerá caso haja interesse efetivo dos possuidores, e isso, por uma ou outra razão, poderá não haver em eventual caso concreto.

O pedido *sucessivo*, por sua vez, será viabilizado quando, por razões já consagradas no plano material, não for possível ao juiz acolher (leia-se: tutelar jurisdicionalmente) o pedido principal formulado pelo autor (CPC, art. 289).

Numa demanda subsumida aos §§ 4º e 5º, do art. 1.228, a pretensão reivindicatória poderá cair por terra diante da configuração dos requisitos da *desapropriação judicial* e da intenção dos possuidores em continuar a dar função social ao respectivo bem, pagando a indenização fixada para obterem a sentença que lhes permitirá a aquisição da propriedade imobiliária.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 450 1/2/2007, 08:54

Nesse caso, tendo o autor reivindicante formulado pedido *sucessivo* de fixação do valor a ser pago pela *desapropriação judicial*, terá em seu favor título executivo viabilizador de seu crédito pecuniário.

Ressalta-se que o autor reivindicante sempre terá interesse no pedido *alternativo* ou *sucessivo*, pelo fato do juiz não poder decretar de ofício a *desapropriação judicial* e a respectiva fixação da indenização devida, já que estará impedido de fazê-lo em decorrência do princípio da inércia (vide *supra*, 6, "e").

6.3.2. Denunciação da lide: do autor reivindicante ao Estado

Nos parece claro que o Estado poderá ser considerado devedor solidário dos possuidores em relação à quantia a ser paga pela indenização devida pela *desapropriação judicial*, já que será o próprio Estado, através do Judiciário, que fará a desapropriação fundada no interesse social (CR, art. 5º, XXIV).

Para o autor reivindicante eventualmente poder cobrar do Estado o valor da indenização devida pela *desapropriação judicial* dois caminhos poderão ser seguidos.

O primeiro caminho, será através de ação cognitiva autônoma de regresso, caso a respectiva pessoa jurídica de direito público interno não tenha integrado, como *parte*, o processo em que foi decretada a desapropriação com base nos §§ 4º e 5º, do art. 1.228 do Código Civil, e, conjugado a isso, que os possuidores condenados não tenham efetuado o pagamento da indenização fixada em razão de insuficiência de recursos materiais.

O segundo, e não nos parece haver dúvida quanto a isso, poderá ser através da denunciação da lide feita pelo autor reivindicante ao Estado, e isso desde que o respectivo processo em que se pretende a reivindicação, obviamente, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (CPC, arts. 70, III, 74 e 76).

É evidente que o autor, caso seja considerado improcedente seu pedido reivindicatório e, por conta disso, seja decretada a *desapropriação judicial*, será sucumbente na sua pretensão principal e invariavelmente sofrerá um prejuízo decorrente do perdimento da propriedade em favor dos possuidores e, muito embora seja credor da indenização fixada, é possível que seu crédito permaneça insatisfeito pela hipossuficiência dos possuidores beneficiados.

Partindo-se do princípio de que o Estado é devedor solidário da indenização junto com os possuidores – estes, devedores pelo benefício direito com a aquisição da propriedade; aquele, devedor pelo fato de ter realizado a *desapropriação judicial* – a denunciação da lide será mecanismo eficaz para garantir ao proprietário

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 451 1/2/2007, 08:54

que efetivamente seja indenizado pela intervenção expropriatória que redundou no perdimento da propriedade imobiliária.

Importante afirmar que será responsável pelo pagamento da indenização a pessoa jurídica de direito público interno – União ou Estado – a que pertencer o órgão judicante que decretar a *desapropriação judicial*, de acordo com as regras constitucionais e legais de fixação da competência jurisdicional.

Normalmente os respectivos processos serão julgados pela justiça estadual (CR, art. 125 e ss.), sendo o respectivo estado da federação, portanto, responsável solidariamente pela indenização decorrente da *desapropriação judicial*. Todavia, sempre haverá a possibilidade do respectivo processo tramitar na justiça federal, e aí, sendo um juiz federal o responsável pela chamada *desapropriação judicial*, a responsabilidade solidária pela indenização fixada será da União, o que poderá ocorrer, por exemplo, se a reivindicação for pleiteada em face de possuidores indígenas (CR, art. 109, XI).

6.3.3. Capítulos da sentença favoráveis e desfavoráveis ao autor

Entende-se por *capítulos da sentença*[19] as pretensões (pedidos) das *partes* contidas no respectivo dispositivo, ou, caso haja alguma alteração em decorrência do efeito devolutivo, aquilo que restou firmado no acórdão pelo Tribunal.

Partindo-se do princípio que o autor reivindicante formulou pedido *alternativo* ou *sucessivo* quanto à fixação do valor da indenização, haverá a possibilidade de sucumbir na pretensão reivindicatória, porém, ver sua pretensão quanto à indenização atendida.

Tendo havido denunciação da lide ao Estado, também será possível ver seu direito à indenização em face da respectiva pessoa política declarada na sentença, valendo como título executivo que lhe garantirá ser devidamente indenizado caso os possuidores sejam insolventes diante do respectivo pagamento.

Observa-se que sentença que resolver pela *desapropriação judicial* será substancialmente complexa, já que o respectivo dispositivo comportará vários capítulos, cada um representando o atendimento, ou não, das pretensões deduzidas, o que variará conforme a ordenação que tenha sido dada ao processo (formulação, ou não, de pedido *alternativo* ou *sucessivo*; denunciação da lide, ou não, ao Estado; reconvenção, ou não, pelos réus etc.).

19. v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos da sentença*, (*passim*).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 452 1/2/2007, 08:54

6.3.4. Indenização fixada e a insolvência dos possuidores

À mingua de denunciação da lide ao Estado, uma vez fixada a indenização decorrente do perdimento da propriedade pelo autor reivindicante, e diante da hipossuficiência dos possuidores em adimplir o pagamento do preço estipulado pela *desapropriação judicial*, será possível a via autônoma de regresso a ser deduzida através de processo de conhecimento, para buscar a condenação do Estado – União ou Estado federado, conforme o caso – a pagar a indenização fixada e insatisfeita.

6.3.5. Possibilidade excepcional da ação autônoma em face dos possuidores e/ou do Estado pleiteando indenização, a exemplo da chamada desapropriação indireta

Da mesma forma que a jurisprudência admite indenização pela chamada *desapropriação indireta* fundada na responsabilidade aquiliana, parece que excepcionalmente não haveria óbice ao proprietário que, ao invés de pleitear a reivindicação, e vendo preenchidos os requisitos legais da *desapropriação judicial*, partisse direto para o ajuizamento de uma ação condenatória em face dos possuidores e/ou do Estado, com o objetivo de ver fixada a indenização pelo perdimento da propriedade para os respectivos possuidores, já que estariam preenchidos os requisitos da *desapropriação judicial* e, em eventual juízo petitório, a chance de acolhimento da pretensão reivindicatória seria nula.

6.4. O processo de *"desapropriação judicial"* sob a ótica dos possuidores (réus)

Analisemos agora algumas possíveis derivações do processo sob a perspectiva dos possuidores.

6.4.1. Litisconsórcio passivo necessário simples

A decretação da *desapropriação judicial* depende da ocorrência de dois pressupostos básicos: juízo petitório e preenchimento dos requisitos legais (CC, art. 1.228, §§ 4º e 5º).

Pelas disposições legais aplicáveis, será necessária a formação de litisconsórcio *passivo* (CPC, art. 46, I), já que a *desapropriação judicial* só se efetiva em favor de um número considerável de possuidores. Mais ainda, o litisconsórcio será *necessário* sob pena de ineficácia da sentença proferida no respectivo processo (CPC, art. 47, *caput*), já que o § 4º do art. 1.228 é categórico em afirmar que as obras e serviços de relevante interesse social e econômico devem ter sido realizadas por *considerável número de pessoas*, portanto, mais de um possuidor.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 453 1/2/2007, 08:54

Muito embora será formado um *litisconsórcio passivo necessário*, essa pluralidade de *partes* num dos pólos da relação processual não imporá, necessariamente, que a sentença seja uniforme em relação aos litisconsortes. Tal situação decorre do fato de que a *desapropriação judicial* não se concretiza *ope legis*, tendo em vista a possibilidade dos possuidores não serem obrigados a se valer do modo de aquisição da propriedade imobiliária criada pela atual sistemática do art. 1.228 do Código Civil.

Dessa forma, conquanto *necessário*, o respectivo litisconsórcio formado entre os possuidores será *simples*, já que a decisão proferida não será necessariamente uniforme (*litisconsórcio unitário*) em relação a todos, uma vez que algum ou alguns dos possuidores poderão abrir mão da possibilidade da aquisição imobiliária gerada pela *desapropriação judicial*.

6.4.2. Reconvenção ou pedido contraposto visando à decretação da "desapropriação judicial" e da fixação da indenização

Como já foi dito, não será possível aos possuidores o exercício autônomo de pretensão buscando a *desapropriação judicial*, já que essa forma de intervenção na propriedade privada requer a instauração de juízo petitório pelo proprietário reivindicante (vide, 6. "d", supra).

Com efeito, uma vez instaurada a ação reivindicatória em face dos possuidores que exerceram *posse-trabalho* nos termos do § 4º do art. 1.228, e pretendendo eles a aquisição do imóvel por lhe terem dado função social, ser-lhes-á lícito formular pedido em face do autor reivindicante pleiteando a *desapropriação judicial*, obstando a perda da posse em decorrência da reivindicação.

Para que o sujeito passivo da relação processual formule pretensão a seu favor, é necessário que se utilize da reconvenção como forma de resposta – em se tratando de processo de rito ordinário (CPC, art. 315 e ss.) – ou então que formule seu pedido nas hipóteses em que Lei admite o chamado *pedido contraposto* – tal como ocorre no procedimento sumário (CPC, art. 278 § 1º).

Portanto, vendo-se diante de pretensão reivindicatória judicialmente deduzida pelo proprietário, poderão os possuidores que exerceram *posse-trabalho* nos termos do § 4º do art. 1.228 pleitear, se assim lhes convier, a *desapropriação judicial* e a fixação de indenização que, uma vez paga, lhes garantirá a aquisição da respectiva propriedade imobiliária.

Insista-se uma vez mais, que os possuidores enquadrados nos termos do § 4º do art. 1.228 não têm direito autônomo e independente à *desapropriação judicial*, o que só ocorrerá diante do surgimento do interesse processual ocasionado pela

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 454 1/2/2007, 08:54

pretensão reivindicatória do autor proprietário. Até que isso aconteça, estarão os respectivos possuidores no exercício de posse qualificada que eventualmente, desde que preenchidos os requisitos legais, poderá lhes gerar usucapião.

6.4.3. Pagamento do preço e registro da sentença

Pago o preço fixado pela *desapropriação judicial*, a respectiva sentença será apta a ser levada a registro para viabilizar a aquisição da propriedade pelos possuidores. Antes do pagamento do preço da indenização, essa específica eficácia da sentença – registrabilidade – ainda não estará liberada[20] (CC, art. 1.228, § 5º).

É de se observar que o comando legal não impõe que a respectiva indenização deva ser adimplida diretamente pelos possuidores. Já que estamos considerando que o Estado será devedor solidário da quantia fixada à guisa de indenização pelo perdimento do imóvel em decorrência da *desapropriação judicial*, pago o preço pela respectiva pessoa jurídica de direito público a eficácia da sentença no tocante ao registro do bem em nome dos possuidores estará aperfeiçoada.

Mas não será só o Estado, uma vez condenado e tornado-se solidário pela indenização, que poderá adimplir o respectivo preço.

Vale lembrar que o direito das obrigações prevê os sujeitos que poderão exercer o pagamento, que são o devedor, o terceiro juridicamente interessado e o terceiro não interessado, observadas as peculiaridades da cada hipóteses (CC, art. 304 e ss.).

A partir daí será possível, por exemplo, que uma ONG cuja finalidade institucional seja a valorização e o assentamento do homem do campo, ou que seja voltada à problemática dos cognominados "sem-teto" da área urbana, efetive o pagamento da indenização fixada pela *desapropriação judicial* para que os possuidores possam registrar o imóvel com sua propriedade. Também será possível – por que não (?!)… – que alguma pessoa física ou jurídica não interessada efetue o pagamento para que os possuidores possam efetivar o registro da sentença e adquirir o imóvel objeto da desapropriação judicial.

Todas essas hipóteses seriam perfeitamente possíveis e viáveis, como decorrência do fenômeno da função social da posse e da propriedade, garantindo aos possuidores o mais rápido possível a aquisição imobiliária.

---

20. III JORNADA DE DIREITO CIVIL – CJF/STJ – ENUNCIADO 241 – ART. 1.228: "O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, § 5º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 455 1/2/2007, 08:54

6.4.4. Hipótese de não-pagamento da indenização fixada: possibilidade de usucapião com base no justo título gerado pela sentença

Dentre todas as derivações geradas pela complexidade da dinâmica dos §§ 4º e 5º do art. 1.228, também não está descartada a possibilidade da não-ocorrência do pagamento fixado pela *desapropriação* judicial, o que, não há dúvida, impedirá o registro da sentença como título translativo da propriedade, cuja registrabilidade – repita-se – está condicionada ao pagamento da indenização.

Não obstante, a partir da respectiva sentença os possuidores terão em seu favor um justo – diria eu, *justíssimo*! – título apto ao atingimento do usucapião ordinário (CC, art. 1.242), onde inclusive será possível posterior individualização da posse para que os possuidores possam, em conjunto ou separadamente, pleitear a declaração da aquisição imobiliária ou mesmo proceder ao exercício da *exceção de usucapião*[21].

6.4.5. Impossibilidade de reconhecimento da desapropriação judicial em caráter autônomo: imprescindibilidade de exercício de pretensão reivindicatória

Ainda que preenchidos os pressupostos legais do § 4º do art. 1.228, não será possível aos possuidores pleitearem, em caráter autônomo e independente, a *desapropriação judicial*.

De acordo com a sistemática estabelecida no Código Civil, só se justificará essa nova modalidade de intervenção na propriedade privada diante da pretensão reivindicatória do proprietário.

A *desapropriação judicial* só terá lugar diante da possibilidade do poder de reivindicar exercido no juízo petitório ameace a *posse-trabalho* que representou em concreto o atendimento da função social.

Atualmente, a posse goza de autonomia diante de certas situações, o que implica em prerrogativas conferidas ao respectivo sujeito de direito que lhe viabilizam a tutela da situação possessória. A *posse-trabalho*, a *posse-moradia*, enfim, qualquer posse que atenda a função social, está salvaguardada pelo ordenamento jurídico, já que aquele que deu função social à sua posse, por via reflexa, atendeu à função social da propriedade, independentemente de ser ou não o dono da coisa.

---

21. STF – SUMÚLA 237 – "O usucapião pode ser argüido em defesa". Sobre a exceção de usucapião, v. GUEDES, Jefferson Carús. *Exceção de usucapião*, (*passim*).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 456 1/2/2007, 08:54

Por essa razão, a posse do não-proprietário pautada pela função social, caso seja ameaçada pelo poder de reivindicar, poderá abrir ao Estado a possibilidade de decretar a *desapropriação judicial* fundada no interesse social.

7. SUGESTÕES PARA A CRIAÇÃO DE UM PROCEDIMENTO ESPECIAL

A não ser que seja utilizada sem a observância de alguns princípios de ordem constitucional e legal (*due process of law*, função social da propriedade, desapropriação mediante justa indenização, princípio da inércia, necessidade de pedido expresso, juízo petitório, obrigação solidária dos possuidores e do Estado pela indenização, justo título etc.), a nova forma de aquisição e perda da propriedade criada pelos §§ 4º e 5º do art. 1.228 é de uma dinâmica razoavelmente complexa, nos parecendo que seria válida a iniciativa do Poder Legislativo em positivar uma norma versando sobre o processo e o julgamento das causas onde haverá a possibilidade da decretação *desapropriação judicial*.

Por isso, com base nas premissas e no raciocínio até aqui exposto, e apenas a título de modestíssima sugestão, proporemos um esboço procedimental adequado às nuanças da hipótese normativa prevista para a cognominada *desapropriação judicial*, de acordo com a LC nº 95/98, que dispõe sobre elaboração e redação das leis:

LEI FEDERAL nº , de de de 2 .

Dispõe sobre o processo e julgamento das causas que versam sobre a forma de aquisição e perda da propriedade imobiliária prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil.

Art. 1º A intervenção na propriedade imobiliária, prevista nos §§ 4º e 5º do art 1.228 do Código Civil, só será autorizada no processo de caráter reivindicatório, dependendo de pedido expresso do autor ou dos réus;

Art. 2º Supondo presentes as condições do § 4º do art 1.228 do Código Civil, poderá o autor deduzir pedido alternativo ou sucessivo à pretensão reivindicatória, requerendo ao juiz que fixe na sentença a justa indenização pela privação da propriedade imobiliária;

§ 1º É lícito ao autor promover a denunciação da lide à União ou ao Estado a que pertencer o juiz competente para a causa;

I – havendo ingresso ulterior da União no processo que venha justificar a modificação de competência, haverá imediata sucessão processual, ocupando a posição anteriormente assumida pelo denunciado;

Art. 3º Na falta de pedido alternativo ou sucessivo à pretensão reivindicatória, conforme previsto no art. 2º, *caput*, e caso a contestação afirme presentes as condições do § 4º do art 1.228 do Código Civil, poderão os réus, independentemente de

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 457 1/2/2007, 08:54

reconvenção, requerer ao juiz que fixe na sentença a justa indenização que deverá ser paga ao autor para a aquisição da propriedade imobiliária;

Parágrafo único. Havendo reconhecimento expresso do pedido reivindicatório por parte de um ou alguns dos litisconsortes, o processo seguirá seu trâmite normal com os réus remanescentes, ainda que no pólo passivo remanesça um único sujeito;

Art. 4º Havendo interesse social que justifique a intervenção na propriedade imobiliária nas hipóteses desta Lei, o Ministério Público intervirá em todos os atos do processo;

Art. 5º Demonstrado nos autos a quitação do pagamento do preço fixado pela indenização devida ao proprietário, o juiz determinará a expedição da carta de sentença para efetivo registro do imóvel em nome dos possuidores adquirentes;

Parágrafo único. Os benefícios da gratuidade concedidos aos possuidores adquirentes durante o processo, se estendem ao registro imobiliário da carta de sentença, o que será determinado pelo juiz através de mandado;

Art. 6º O artigo 280 do Código de Processo Civil passa a ter a seguinte redação:
"Art. 280 No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso do terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro ou nas hipóteses dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil (NR)";

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
Brasília,……

8. CONCLUSÃO

O legislador ousou ao prever a nova modalidade de intervenção estatal na propriedade privada que aqui se comentou. Se assim o fez, foi em decorrência da função social da posse e da propriedade, dimensionando o perfil de propriedade privada desenhado pela Constituição, da mesma forma que reconheceu a autonomia da posse no ordenamento jurídico.

A chamada *desapropriação judicial*, que só poderá ocorrer diante de pedido expresso do autor ou dos réus, deve ser *processualizada* para que não haja a violação de princípios importantes já absorvidos e cada vez mais concretizados na cultura jurídica nacional.

Importante que se reconheça no Estado a solidariedade pela indenização devida ao proprietário que for privado da reivindicação do imóvel em nome do interesse social. Desse modo, em nome da efetividade do processo e da economia processual, deverá ser admitida a denunciação da lide à União ou Estado, conforme o caso, por parte do autor reivindicante, para que a indenização a ser fixada na sentença para o perdimento da propriedade seja adimplida caso confirmada a hipossuficiência dos possuidores adquirentes.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 458 1/2/2007, 08:54

Por fim, seria de grande importância que o Poder Legislativo positivasse uma Lei versando sobre o processo e o julgamento das causas que incidam os §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, para permitir um melhor encaminhamento da jurisprudência quando da análise de eventual caso concreto em que tenha de ser decretada a *desapropriação judicial*.

BIBLIOGRAFIA

ARMELIM, Donaldo. "Tutela jurisdicional diferenciada". *Revista de Processso* 65/45, São Paulo: RT.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. Vol. I, 7ª. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. Algumas notas sobre a distinção entre posse e detenção. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil – Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003;

ASSIS, Araken. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. *Garantias constitucionais do processo civil*. José Rogério Cruz e Tucci (coords.). São Paulo: RT.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. (em colab.). (*Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*). Trad. bras. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998;

CAPPALLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. (em colab.). Trad. bras. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

COLAUTTI, Carlos E. *Derechos humanos constitucionales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

CORDEIRO, Carlos José. *Usucapião constitucional urbano – Aspectos de direito material*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed., São Paulo : Malheiros, 1993.

_____. *Capítulos da sentença*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 459 1/2/2007, 08:54

_____. *Litisconsórcio*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. "Tutela jurisdicional". *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. 2.

_____. Conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, t. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – direito das coisas*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4;

FERRAZ, Sérgio. Usucapião especial. *Estatuto da Cidade – Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (coords.) . São Paulo: Malheiros, 2002.

GERMANI, Luiz Augusto. "A evolução do direito fundiário no Brasil". *Cadernos Adenauer – Revolução no Campo*. Ano V, n° 3, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

GUEDES, Jefferson Carús. *Exceção de usucapião*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. "Função social das 'propriedades': da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social". *Aspectos controvertidos do novo Código Civil – Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. *Problemas de direito civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Vervassung)*. Trad. bras. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil (Manuale di diritto processuale civile, I)*. Trad. bras. de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil – direitos reais e direitos intelectuais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, v. 4;

_____. *Manual de direito civil – teoria geral do direito civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 1.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Acesso à Justiça e o Ministério Público*. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: RT, 2000.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 460 1/2/2007, 08:54

MOREIRA ALVES, José Carlos. "Detenção no direito brasileiro (conceito e casos)". *Posse e propriedade*. Yussef Said Cahali (coord.). São Paulo: Saraiva, 1987.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade* – Anotações à Lei n. 10.257, de 10-07-2001. São Paulo : Saraiva, 2001.

NERY JR. Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

NERY e NERY. *Código Civil anotado e legislação extravagante.* 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação* processual civil em vigor. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

RAMOS, Glauco Gumerato. Assistência jurídica integral ao necessiado. RT 765/48, julho de 1999.

_____. "Realidade e perspectivas da assistência jurídica ao necessitado no Brasil". *Revista do Advogado nº 59,* São Paulo : AASP, 2000; tb. *Cadernos Adenauer – Acesso à Justiça e Cidadania,* nº 3, São Paulo : Fundação Konrad Adenauer, 2000;

_____. "Parecer civil: Condomínio em edificações – vaga em garagem registrada autonomamente – área comum contígua e somente atingível pela garagem pertencente a determinado condômino". *RT 803/87,* setembro de 2002;

_____. "Perfil das tutelas de urgência no processo civil brasileiro (em colab.)". *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência (RNDJ).* nº 40, Ribeirão Preto, 2003; tb. Na *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica* -da Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE), Bauru, 2001 (ago/nov), nº 32; ainda em *Direito, ciência e arte – estudos jurídicos interdisciplinaridade,* Campinas, EDICAMP, 2001, p. 127/166;

_____. O devido processo legal como 'norma jurídica vinculativa' do sistema processual, *Informativo INCIJUR* (Instituto de Ciências Jurídicas) ano II, nº. 19, Joinville-SC, fev/2001;

RODRIGUES, Walter Piva. "Assistência Judiciária, uma garantia insuficiente". *Participação e Processo.* Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coords.) São Paulo: RT, 1988.

ROQUE, Sebastião José. *Direito das Coisas.* 2. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2004.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular – comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo,* 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Márcio Cândido. *Processo cautelar.* São Paulo: Plêiade, 2005.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 1987.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social do Código Civil.* São Paulo: RT, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 461 1/2/2007, 08:54

VARELA, Laura Beck. A tutela de posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica. *A reconstrução do direito privado.* Judith Martins-Costa (org.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – direito reais.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 5.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional.* São Paulo: Atlas, 1999;

ZAVASCKI, Teori Albino. "A tutela da posse na Constituição e no Projeto do Código Civil". *A reconstrução do direito privado.* Judith Martins-Costa (org.). São Paulo: RT, 2002;

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 462 1/2/2007, 08:54

CAPÍTULO XXII

QUESTÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS ENVOLVENDO AS AÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA

Flávio Tartuce[1]

Sumário • 1. Primeiro esboço. A relevância do tema. 2. O foro privilegiado a favor da esposa. Inconstitucionalidade do art. 100, inc. I, do código de processo civil. 3. A possibilidade de conversão da medida cautelar de separação de corpos em divórcio. 4. A ação de reconhecimento e a dissolução de união estável: questões práticas. 5. Questões processuais da ação investigatória de paternidade. Bibliografia.

1. PRIMEIRO ESBOÇO. A RELEVÂNCIA DO TEMA

Após quase quatro anos da entrada em vigor do novo Código Civil, surgem várias questões práticas a respeito do tratamento legislativo nele previsto, questões particularmente relacionadas com aspectos processuais atinentes ao Direito Material. Isso justifica plenamente a elaboração dessa série bibliográfica, visando elucidar a problemática surgida diante da nova lei privada.

Realmente, é de se enaltecer iniciativas como a presente, a qual busca um diálogo interdisciplinar. Diversas vezes já utilizamos a simbologia criada por Ricardo Lorenzetti, a do "Big Bang Legislativo", para demonstrar a realidade atual do Direito Pós- Moderno: a de uma explosão de leis capazes de deixar o aplicador do Direito até sem rumo, sem leme.[2] Também já demonstramos, em outras oportunidades, todo o nosso entusiasmo em relação à tese do *diálogo das fontes,* de Erik Jayme, trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques.[3]

A partir dessas teses, que nos trouxeram uma nova forma de pensar o Direito como um todo, propusemos diálogos com o Direito do Consumidor,[4] com o Direito

---

1. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Especialista em Direito Contratual pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela USP. Coordenador e professor dos cursos de especialização da Escola Paulista de Direito (EPD, São Paulo). Professor convidado em outros cursos de pós-graduação *lato sensu.* Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Advogado em São Paulo. Site: *www.flaviotartuce.adv.br*
2. LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.
3. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 26-58. A introdução, que expõe a tese do *diálogo das fontes*, foi escrita pela jurista Cláudia Lima Marques.
4. TARTUCE, Flávio. A formação do contrato no novo Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a via eletrônica. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004, v. 4.

do Trabalho[5] e, mais recentemente, com o Direito Registral.[6] Já chegamos, inclusive, a defender a possibilidade de diálogo entre o Direito Civil e a Psicologia, ou seja, um diálogo entre ciências completamente distintas.[7] Em todos os casos, propusemos que o diálogo também deveria ocorrer com a Constituição Federal de 1988, nosso Texto Maior.

O momento agora é de dialogar com o Direito Processual Civil. A aceitação desse diálogo tem sido acatada por vários processualistas, alguns da *nova geração*, como Fredie Didier Jr.,[8] Rodrigo Reis Mazzei[9], Glauco Gumerato Ramos, Daniel Amorim Assumpção Neves,[10] Alexandre Freitas Câmara,[11] Nelson Nery Jr. e Humberto Theodoro Júnior, entre outros. Não poderia ser diferente, uma vez que o atual Código Civil traz várias normas de cunho processual.

No tocante à Parte Geral, pode-se citar o tratamento da prova do negócio jurídico, tão criticado por alguns processualistas (arts. 212 a 232 do CC/2002).[12] Como já tivemos a oportunidade de demonstrar, não vemos problema nesse tratamento legislativo, até porque as normas do Código Civil têm apenas um cunho geral. Em caso de dúvida, devem prevalecer as normas de prova, previstas no Código de Processo Civil, diante do seu caráter especial (arts. 332 a 443 do CPC). Além disso, deve-se entender que o rol do art. 212 do Código Civil em vigor é

5. TARTUCE, Flávio. Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO: Ricardo. *Direito Civil*. Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.
6. TARTUCE, Flávio. O princípio da socialidade e o direito registral. In: BRANDELLI, Leonardo. *Direito civil e registro de imóveis*. Obra no prelo em julho de 2006.
7. TARTUCE, Flávio; GROENINGA, Giselle Câmara. O dano à integridade psíquica. Uma visão interdisciplinar. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). Questões controvertidas no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005, v. 5. Nesse trabalho, os autores analisam, do ponto de vista do Direito e da Psicologia, questões relativas à responsabilidade civil. A conclusão é de que o profissional da área da Psicologia pode fornecer subsídios para que o juiz profira a sua decisão.
8. DIDIER JR., Fredie. Regras processuais no Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2004.
9. MAZZEI, Rodrigo. Apresentação. In MAZZEI, Rodrigo (Coord.). Questões processuais do Novo Código Civil. São Paulo: Manole, 2006; MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel, ALVIM, Thereza (Coords.). Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.
10. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel et al. Reforma do CPC. São Paulo: RT, 2006.
11. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. I, II, e III.
12. Vejamos a crítica de Alexandre Freitas Câmara: "É de se notar que o Código Civil de 2002, em seu art. 212, apresenta um elenco maior de provas (confissão, documento, testemunha, presunção, perícia). A norma ali veiculada é, sob diversos aspectos, criticável. Em primeiro lugar, misturam-se meios de prova (como a perícia) e fontes de prova (como a testemunha). Em segundo lugar, ali se inclui a presunção que não é nem meio nem fonte de prova. Em terceiro lugar, o texto ora referido não faz alusão à inspeção judicial ou aos meios atípicos de prova (...)" (Lições de direito processual civil, v. I, p. 407).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 464 1/2/2007, 08:54

exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*), mantendo outras manifestações probatórias previstas no CPC.[13]

No Livro *Do Direito das Obrigações*, não se pode deixar de mencionar a *autotutela civil* para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, previstas nos arts. 249, parágrafo único, e 251, parágrafo único, do Código Civil de 2002, respectivamente.[14] As normas não deixam de ser polêmicas, e até criticáveis, diante do seu caráter geral e aberto. Quanto à responsabilidade civil, matéria também atinente ao Direito Obrigacional, pode-se citar as polêmicas processuais trazidas pela possibilidade de responsabilização do incapaz, particularmente se essa responsabilidade for solidária ou subsidiária (arts. 942, parágrafo único, e 928 do CC/2002).[15]

Já no que se refere ao Direito Contratual, não devemos nos esquecer dos dispositivos que tratam da resolução contratual por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480 do CC/2002).[16] Como bem aponta a doutrina processualista, é preciso entender que tais dispositivos criam a possibilidade de se formular um pedido

---

13. "Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia".
Entendendo que o rol constante do dispositivo é exemplificativo, podemos citar: TARTUCE, Fernanda. Meios de prova no Código de Processo Civil e no Código Civil. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito civil* – Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.
14. "Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido".
"Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido".
15. "Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem".
Sobre o tema, recomendamos o trabalho de Rodrigo Mazzei (Responsabilidade civil do incapaz: considerações panorâmicas sobre o art. 928 do CC. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, v. 5). Vale dizer que o civilista José Fernando Simão está prestes a defender tese de doutorado sobre o tema, na Faculdade de Direito da USP. Seu trabalho também analisa as questões processuais atinentes ao tema.
16. "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação".
"Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato".
"Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 465 1/2/2007, 08:54

contraposto na contestação da ação de resolução contratual, visando a revisão do negócio.[17]

No Livro *Do Direito de Empresa*, são apontadas as várias previsões de intervenção judicial nas sociedades, como aquelas constantes dos arts. 974[18] e 975[19] do Código Civil de 2002; além das previsões quanto à dissolução judicial da sociedade (arts. 1.033 a 1.038 do CC).

Quanto ao *Direito das Coisas*, há que se destacar os aspectos processuais da *desapropriação judicial por posse-trabalho* ou *expropriação privada,* constantes do art. 1.228, §§ 4º e 5º, do atual Código.[20]

No tocante ao *Direito Sucessório,* vale mencionar as questões processuais relativas ao inventário e à partilha (arts. 1.991 a 2.027 do CC/2002).

No que se refere ao Direito de Família, este é o objeto do presente trabalho. Sem dúvida, existem várias questões processuais relativas às ações de família –

17. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Pretensão do réu em manter o contrato com modificação de suas cláusulas diante de pedido do autor de resolução por onerosidade excessiva – pedido contraposto previsto na lei material (art. 479, CC). In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: *Jus*PODIVM, 2005, p. 247.
18. "Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.
§ 1º. Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.
§ 2º. Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização".
19. "Art. 975. Se o representante ou assistente do incapaz for pessoa que, por disposição de lei, não puder exercer atividade de empresário, nomeará, com a aprovação do juiz, um ou mais gerentes. § 1º Do mesmo modo será nomeado gerente em todos os casos em que o juiz entender ser conveniente. § 2º A aprovação do juiz não exime o representante ou assistente do menor ou do interdito da responsabilidade pelos atos dos gerentes nomeados".
20. "Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
(...)
§ 4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.
§ 5º. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores".
As questões processuais relativas ao instituto são muito bem levantadas por Glauco Gumerato Ramos, a partir dos estudos dos enunciados do Conselho da Justiça Federal, aprovados na I e III Jornada de Direito Civil (GUMERATO RAMOS, Glauco. Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre Constituição, direito e processo. In: DIDIER DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: *Jus*PODIVM, 2005, p. 363).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 466 1/2/2007, 08:54

incontáveis, diga-se de passagem. Para este artigo, escolhemos algumas, sem perder de vista o enfoque material, que, muitas vezes, está atrelado ao processo civil.

Pois bem, neste trabalho comentaremos quatro pontos da matéria que são controvertidos. O primeiro deles é a suposta inconstitucionalidade da previsão do art. 100, inc. I, do Código de Processo Civil, norma que prevê foro privilegiado a favor da esposa para as ações de Direito de Família ali elencadas. O segundo refere-se à possibilidade de conversão da medida cautelar de separação de corpos em divórcio, sem que haja uma ação principal de separação judicial, conforme o art. 1.580 do Código Civil em vigor. Em seguida, analisaremos algumas polêmicas relacionadas à ação de reconhecimento e dissolução da união estável – terceiro ponto. Por último, traremos ao debate algumas questões processuais relativas à ação de investigação de paternidade, encerrando o nosso estudo.

Antes de passaremos aos pontos pontos conflituosos, vale ressaltar que o presente artigo é apenas um esboço de alguns debates interessantes. Obviamente, não tem a pretensão de esgotar o tema.

2. O FORO PRIVILEGIADO A FAVOR DA ESPOSA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 100, INC. I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A redação atual do art. 100, inc. I, do Estatuto Processual em vigor, prevê que: "É competente o foro: I – da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento". A redação do dispositivo foi alterada pela Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977), sendo certo que a redação anterior falava em *desquite*, antiga denominação da ação de separação judicial, não mais utilizada entre nós.

Não é nova a discussão sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, diante da igualdade entre homem e mulher consagrada na Constituição Federal, particularmente nos arts. 5º, inc. I, e 226, § 5º.[21] Entre os processualistas, prevalece o entendimento de que a norma não é inconstitucional, pelos mais variados argumentos.

O primeiro deles é que a hipótese é de aplicação da *especialidade,* segunda parte da *isonomia,* no sentido de que a lei deve tratar de maneira desigual os

21. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição."
"Art. 226. (....). § 5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 467 1/2/2007, 08:54

desiguais, caso da esposa, da mulher. Esse parecer é muito interessante, pois também está baseado no art. 5º do Texto Maior.[22]

Um segundo argumento é que seria ingenuidade pensar que a Constituição Federal, "em uma 'canetada' só", acabou com todas as desigualdades existentes entre homens e mulheres, não havendo ainda uma igualdade no aspecto material.[23] O argumento também é plausível, pois leva em conta fatores sociais, o que sempre apreciamos.

Por fim, há aqueles que afirmam tratar-se de uma norma especial de competência, e que, portanto, deve ser preservada. Esse acaba sendo o entendimento mais adotado pela jurisprudência nacional.[24]

Com todo o respeito que merecem esses entendimentos, como já dissemos anteriormente, entendemos que a norma constante do art. 100, inc. I, do CPC, não deve ser aplicada. Ressalte-se que nosso entendimento está amparado em outros, da doutrina civilista[25] e processualista.[26]

Ora, não há dúvidas de que as revoluções pós-positivistas trouxeram uma nova forma de encarar o Direito, diante das inúmeras mudanças pelas quais passou a sociedade como um todo. Uma dessas alterações estruturais é justamente o reconhecimento dos direitos da mulher, a qual, antes, era relegada a segundo plano, reconhecida como incapaz. Hoje não mais: as mulheres conquistaram sua independência, seja político-social, seja econômico-financeira, ou mesmo intelectual. Diante da realidade do século XXI, não há mais que se justificar a norma protetiva, criada em um momento no qual não tínhamos essa situação. A norma é

22 . Esse argumento é utilizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, nos seguintes termos: "A regra especial de competência dos incisos I e II do CPC não fere o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, I), nem é incompatível com a igualdade dos cônjuges na condução da sociedade conjugal (CF, 226) (SJTJSP 134/283, 132/279). A hipótese é de se tratar desigualmente partes desiguais, vale dizer, de discriminação justa, permitida pela CF 5º, I" (*Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 308).

23. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 86.

24. Nesse sentido, a anotação do saudoso Theotônio Negrão, citando o entendimento jurisprudencial (*Código de Processo Civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 193).

25. Entre os civilistas, entende pela inconstitucionalidade da norma o professor Flávio Augusto Monteiro de Barros (*Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2004, p. 76).

26. Alexandre Freitas Câmara aborda a questão da seguinte forma: "Em sentido contrário à manutenção do dispositivo, porém, tem-se manifestado a melhor doutrina, no nosso sentido com razão, uma vez que não pode haver, em razão do sexo, privilégio criado por norma infraconstitucional. Além disso, há outro argumento contrário à vigência do dispositivo aqui analisado. É que essa norma perdeu sua razão de ser. A competência para alguns feitos era fixada pela residência (e não domicílio) da mulher casada porque esta, antes da vigente Constituição, não podia fixar seu próprio domicílio. Isto porque, como sabido, antes da atual ordem constitucional o domicílio conjugal era fixado pelo marido. Hoje, quando a administração do casal cabe a ambos os cônjuges, tendo desaparecido a figura do 'cabeça do casal', nada impede que a mulher fixe seu próprio domicílio. Sendo assim, deve-se aplicar aqui a regra geral, e, pois, nas ações de separação, conversão desta em divórcio, e anulação de casamento, será competente o juízo do foro de domicílio do réu" (*Lições de direito processual civil*, p. 101). O doutrinador fluminense cita que esse é o entendimento de Yussef Said Cahali, Milton Paulo de Carvalho Filho e Gusmão Carneiro.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 468 1/2/2007, 08:54

desatualizada não só quanto ao que consta da Constituição Federal de 1988, mas também em função daquilo que busca a sociedade pós-moderna.

Para nós, cai por terra o argumento de que se trata de situação de desigualdade, pois homem e mulher estão concorrendo no mercado de trabalho, disputando os mesmos postos na sociedade, inclusive os de chefia. Se ainda há uma diferença, ela é física, e mesmo assim as barreiras que separam os sexos vêm desaparecendo com o tempo. Aliás, diga-se de passagem, muitas mulheres podem não querer ou gostar dessa norma protetiva processual.

O argumento de que a Constituição Federal não afastou as diferenças sociais não pode ser utilizado, pois nos parece constituir uma descrença no que diz respeito àquilo que o Texto Maior reconhece. E essa descrença, para nós, não pode existir por parte daqueles que militam na área jurídica.

Acreditamos na busca e no alcance da igualdade entre homem e mulher, entre marido e esposa; sendo assim, pensamos ser totalmente inconstitucional a previsão do art. 100, inc. I, do Código de Processo Civil.

É certo que esse ainda é um entendimento minoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, mas alguns passos já estão sendo dados para se reconhecer a inconstitucionalidade da norma invocada.[27] Mesmo assim, o entendimento majoritário, particularmente no Superior Tribunal de Justiça, é de que a norma do art. 100, inc. I, do CPC ainda tem aplicação.[28]

---

27. "AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL – Propositura no foro de domicílio de seu autor, o varão – Exceção declinatória foi apresentada pelo cônjuge feminino, com base no artigo 100, *caput*, I do Código de Processo Civil – O foro privilegiado da mulher não mais subsiste, ante a atual Constituição Federal – Mas a exceção havia que ser acolhida à luz da norma geral do artigo 94, *caput*, do Código de Processo Civil – Agravo de instrumento do autor insistindo no processamento da causa no foro de seu domicílio que se improvê, tornando insubsistente a liminar da fls. 61" (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 358.2502-4/1 – 9ª Câmara de Direito Privado – Relator: Marco César – 15/03/2005 – v.u.). "COMPETÊNCIA – Ação de conversão de separação consensual em divórcio – Propositura pela mulher em seu alegado foro de domicílio, distinto o foro de domicílio do réu – Exceção de incompetência apresentada por este, declinando pelo foro de seu domicílio, a par de sustentar ser este o real domicílio da autora – Acolhimento em primeiro grau que se mantém, desprovido agravo de instrumento da autora – O artigo 100, "caput", I do CPC, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, e resolve-se a matéria pela regra geral do artigo 94, importando apenas perquirir qual o foro de domicílio do réu, aqui incontroverso" (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n.328.152-4/0 – Campinas – 9ª Câmara de Direito Privado – Relator: Sérgio Gomes – 11.05.04 – v. u.)
28. "PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – FORO DA RESIDÊNCIA DA MULHER – PREVENÇÃO. I – A conjugação do disposto nos artigos 100, I e 219, do CPC, levam à conclusão, *in casu*, pela competência do foro da residência da mulher. II – Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito de Paraná/TO, o suscitado (STJ, CC 24.289/RS, Relator: Ministro Waldemar Zveiter, Segunda Seção, julgado em 12/05/1999, DJ 02/08/1999, p. 127)."CONFLITO DE COMPETÊNCIA – FORO DE RESIDÊNCIA DA MULHER – COMPETÊNCIA DO FORO DE RESIDÊNCIA DA MULHER, QUE COM PRIORIDADE INGRESSARÁ COM AÇÕES SOBRE A SEPARAÇÃO JUDICIAL, GUARDA E VISITAÇÃO DOS FILHOS – CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE FAMÍLIA DO RIO DE JANEIRO" (STJ, CC 8.189/RJ, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, julgado em 31/08/1994, DJ 26/09/1994, p. 25.579).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 469 1/2/2007, 08:54

Sem prejuízo daquelas decisões inovadoras, tem-se flexibilizado a norma em casos nos quais a mulher propõe a ação no foro de seu domicílio, abrindo mão do direito que lhe é reconhecido em lei.[29]

Por fim, curiosamente, vale dizer que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, no caso de união estável, não se aplica a previsão constante do art. 100, inc. I, do CPC, ou seja, a companheira não tem foro privilegiado no caso de reconhecimento e dissolução da união estável.[30] Reconhecer a igualdade entre companheiros talvez seja, em sede de STJ, o primeiro passo para se reconhecer a igualdade entre cônjuges, de forma plena e efetiva.

3. A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA MEDIDA CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS EM DIVÓRCIO

Um dos dispositivos mais comentados da atual codificação é o seu art. 1.580, comando legal que merece redação destacada para futuras análises, as quais nos serão interessantes:

> "Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.
>
> § 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.
>
> § 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos."

O dispositivo trata das duas modalidades de divórcio, instituto que põe fim ao casamento e à sociedade conjugal, em parte como já fazia o art. 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988 e os arts. 24 a 33 da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977).[31]

---

29. "A regra de competência prevista pelo art. 100, I, do CPC, apesar de ser de foro especial, continua a ser regra de competência relativa, o que significa dizer que a mulher poderá abrir mão tanto do foro de seu domicílio, propondo a ação no foro de domicílio do marido, como também permitir a prorrogação de competência ao não ingressar com a exceção de incompetência caso o marido tenha proposto a demanda em seu próprio domicílio, ou ainda em qualquer outro que não seja o foro do domicílio da mulher" (ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Competência no processo civil*, p. 88).
30. "AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO – UNIÃO ESTÁVEL – FORO COMPETENTE. DOMICÍLIO DO RÉU – ARTIGO 94 CPC – INCIDÊNCIA. A ação de dissolução de união estável, ainda que apresente conseqüências relativas a bens imóveis, possui cunho eminentemente de direito pessoal, devendo o foro competente ser fixado de acordo com o domicílio do réu, consoante a regra insculpida no art. 94 do CPC. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido" (Superior Tribunal de Justiça, ACÓRDÃO: RESP 453825/MT (200200974352), 599132 RECURSO ESPECIAL, DATA DA DECISÃO: 01/03/2005, ÓRGÃO JULGADOR: – 4ª TURMA, RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, DJ 21/03/2005 PG: 383 RDDP VOL.: 26 PG: 00192, VEJA: (SOCIEDADE DE FATO – DISSOLUÇÃO – FORO COMPETENTE) STJ – RESP 327086-PR (RDDP 6/104).
31. "Art. 226. (...) § 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".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 470 1/2/2007, 08:54

Quanto ao *divórcio direto,* não há uma ação anterior, havendo apenas a exigência de que o casal esteja separado de fato há mais de dois anos (art. 1.580, § 2º, do CC). Nesse ponto, não houve qualquer alteração estrutural do instituto.

A questão a ser debatida refere-se ao *divórcio indireto ou por conversão*, constante do *caput* do novel dispositivo. A lei traz como requisito um fator prévio: um ano do trânsito em julgado da sentença da ação de separação *ou* da medida concessiva da separação de corpos. A inovação está na possibilidade de se levar em conta a concessão da separação de corpos em eventual medida cautelar.

A situação mais comum é aquela em que a parte promove uma medida cautelar de separação de corpos, diante da "insuportabilidade" da vida em comum, e, no prazo de 30 dias da concessão da medida liminar, promove a ação principal de separação judicial. O prazo para a conversão em divórcio, no caso descrito, deve ser contado a partir do trânsito em julgado da concessão da medida liminar de separação de corpos.

O que pretendemos discutir é a suposta possibilidade de conversão de medida cautelar de separação de corpos – em que há a separação de fato – em divórcio, sem que haja uma ação principal de separação judicial. Seria isso possível?

Entendemos que sim, devido ao uso da conjunção *ou*, que consta do art. 1.580 do CC, entre as previsões quanto à ação de separação judicial e à medida cautelar. A conjunção adversativa sugere que a segunda ação pode existir sem a primeira. Nesse sentido, é interessante transcrever decisão que reconheceu tal possibilidade:

> "Direito processual civil e direito de família – Jurisdição voluntária – Conversão consensual de separação judicial em divórcio – Cautelar de separação de corpos – Interpretação do art. 1.580 do novo Código Civil – Na jurisdição voluntária, por se tratar de atividade materialmente administrativa e não jurisdicional, os limites rígidos referentes à estabilização da demanda devem ser abandonados em nome da conveniência da adoção de critérios flexíveis, o que é autorizado pelo art. 1.109 do Código de Processo Civil. Diante das peculiaridades de cada caso, não se deve sacrificar o direito material e o interesse dos requerentes por mero apego às regras de rigidez legal. Havendo decorrido o prazo legal de um ano da concessão cautelar de separação de corpos, e sendo tal medida consensual, como também é consensual o pedido de conversão do divórcio, tal medida deve ser concedida" (Tribunal de Justiça de Minas Gerais – 8ª Câmara Cível – Apelação 1.000.00.351838-8/000. Data do julgamento 30/10/2003. Data da Publicação: 04/02/2004. Relator: Desembargador Sérgio Braga – v.u.).

O dispositivo constitucional permaneceu intocável com a vigência do Código Civil de 2002, devendo apenas ser lido com a atualização da nova lei.

Quanto à Lei do Divórcio, o entendimento mais correto é considerar que ela foi derrogada, revogada parcialmente, continuando em vigor apenas os seus dispositivos de natureza processual. O fundamento desse entendimento é o art. 2.043 do atual Código Civil, importante norma de direito intertemporal que prevê: "Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 471 1/2/2007, 08:54

A referida decisão consta de obra do professor Francisco José Cahali, na qual ele traz decisões pioneiras quanto ao novo Código Civil.[32] Concordamos integralmente com o seu teor, à luz da operabilidade, no sentido da facilitação, um dos princípios do novo Código Civil. A decisão sacrifica conceitos instrumentais em prol do Direito Material. Isso, aliás, consta do corpo da ementa.

Entretanto, cabe assinalar aqui que, no segundo volume da sua coleção, o professor Cahali traz decisão do mesmo Tribunal em sentido contrário, com a qual não concordamos, mas que também merece transcrição integral:[33]

> "Não é possível a conversão da separação de corpos em divórcio, visto que a medida preparatória não visa definir direitos, tornando-se necessário o ajuizamento da ação principal de separação judicial para a discussão do mérito. Após transitada em julgado a sentença da ação principal, será possível constatar-se a necessidade da ruptura do vínculo conjugal. O art. 1.580 do CC/2002, assim como o art. 25 da Lei do Divórcio, visam permitir que o prazo para a decretação do divórcio seja contado a partir da concessão de medida cautelar de separação de corpos, e não a possibilidade da conversão desta em divórcio. Assim, ainda, que decorrido o prazo de um ano da decisão cautelar, não pode ser pedida a conversão se não houver sentença de separação judicial" (Tribunal de Justiça de Minas Gerais – 4ª Câmara Cível – Apelação 1.04333.03.102447-7/001(1). Relator: Desembargador Carreira Machado. J. 21/10/2004 – votação por maioria).

Como podemos ver, a polêmica divide o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o que também deve ocorrer em outras unidades da federação.[34]

---

32. CAHALI, Francisco José. *Família e sucessões no Código Civil de 2002*. São Paulo: RT, 2004, v. 1, p. 63.
33. CAHALI, Francisco José. *Família e sucessões no Código Civil de 2002*, v. 2, p. 40.
34. Já há decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendendo pela possibilidade de conversão: "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO DE CORPOS EM DIVÓRCIO – As partes denominaram a ação como Divórcio sob a forma Consensual quando, na verdade, intentavam uma ação de conversão de separação de corpos em divórcio. Sentença que julgou extinto o feito sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Equívoco sanado. Inteligência do art. 1580, caput, do CCB, e art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO PROVIDO" (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70010814960, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 04/04/2005). Por outra via, há decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendendo pela ausência de possibilidade de conversão da cautelar em divórcio, sem que haja ação principal: "FAMÍLIA – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – SEPARAÇÃO DE CORPOS – CONVERSÃO EM DIVÓRCIO DIRETO – IMPOSSIBILIDADE – MÉRITO – COMPENSAÇÃO DE VALORES – DÍVIDAS – 1. NÃO É POSSÍVEL A CONVERSÃO DE MEDIDA CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS EM DIVÓRCIO. O QUE A LEI FACULTA É A CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO. 2. A APELANTE, EM RECONVENÇÃO, SOMENTE APRESENTOU REQUERIMENTO PARA QUE HOUVESSE RESSARCIMENTO DOS IMÓVEIS VENDIDOS DURANTE A CONSTÂNCIA DA UNIÃO, CASO O EX-MARIDO NÃO DEMONSTRASSE EM PRESTAÇÃO DE CONTAS A CONVERSÃO DOS VALORES EM PROL DA FAMÍLIA. CABIA À APELANTE DEMONSTRAR QUE O CONSORTE NÃO CONVERTEU EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA OS BENS ALIENADOS. COMO NÃO PROVOU NADA NESSE SENTIDO, CORRETO O PROCEDER DA SENTENÇA QUE DETERMINOU A PARTILHA ENTRE OS CÔNJUGES SOMENTE DOS BENS RELACIONADOS NA PETIÇÃO INICIAL. 3. O PEDIDO DE DIVISÃO DAS DÍVIDAS ENTRE AS PARTES, BEM COMO QUE O APELADO SUPORTASSE NA

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 472 1/2/2007, 08:54

O último entendimento está guiado pelo argumento de que, não sendo proposta a ação principal de separação judicial, a cautelar deve ser julgada extinta. Não concordamos com esse posicionamento, pois entendemos que este está apegado a um formalismo que não pode mais prevalecer.

Considerando todo o exposto, vejamos um exemplo prático para explicar a nossa solução para o caso: uma esposa ingressa com medida cautelar de separação de corpos contra o marido, pois é espancada por ele diariamente. A medida é concedida, e o marido sai de casa. Entretanto, por uma falha do seu advogado, a esposa não promove a ação principal de separação judicial no prazo de 30 dias da concessão da medida. O que deve fazer o juiz da causa neste caso? A resposta automática seria: julgar extinta a medida cautelar. Ocorrendo isso, é cassada a medida e o marido volta para casa. Ora, é impossível evitar, com isso, que ele bata ainda mais na mulher, aliás, ele pode até pensar que o Poder Judiciário aprova a sua conduta.[35]

O Direito de Família lida com vidas humanas e deve ser analisado visando à manutenção da dignidade humana, ainda que isso sacrifique, um pouco, as rígidas normas processuais. No caso em questão, como a cautelar é satisfativa, o juiz deve sentenciá-la, mantendo-se a separação de corpos mesmo que não haja ação principal.[36] Assim, abre-se a possibilidade de convertê-la em divórcio.[37]

INTEGRALIDADE AQUELAS RELATIVAS AOS IMÓVEIS, NÃO FOI APRESENTADO EM RECONVENÇÃO, SENDO DEFESO AO JULGADOR ANALISÁ-LO" (Tribunal de Justiça do Distrito Federal – PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL 20010111185127APC DF, ACÓRDÃO: 212685, ÓRGÃO JULGADOR: 1ª Turma Cível. DATA: 14/03/2005 – RELATOR: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do DF: 10/05/2005, p. 143. OBSERVAÇÃO: STJ – RESP 29692/MG STJ – RESP 1992/00303269. TJDF – APC 19990110419118. 2ª TURMA CÍVEL).

35. Esse nosso exemplo está inspirado na palestra do professor e juiz de Direito mineiro Newton Teixeira de Carvalho, proferida no V Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM, denominada "O direito de família construído democraticamente por meio do devido processo legal". A palestra será publicada em forma de artigo nos Anais do evento. No prelo em julho de 2006.

36. Reconhecendo esse caráter "satisfativo", transcrevemos: "Separação de corpos – Cautelar satisfativa – Retirada antecipada da mulher – Reconhecimento de impossibilidade de vida em comum por ambos os cônjuges – Fim do vínculo afetivo – Pedido deferido sem oposição de recurso cabível – Afastamento da varoa do lar – Apelo desprovido" (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70004642153, 2ª Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 30/10/2002). Adotando exatamente a tese por nós defendida, transcrevemos: "SEPARAÇÃO DE CORPOS – Medida que não perde a eficácia ante a ausência de propositura da ação principal – Medida liminar de separação tornada definitiva pela procedência da ação – Recurso do Ministério Público improvido" (Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação Cível n. 320.965-4/1 – Santos – 3ª Câmara de Direito Privado de Férias "Janeiro/2004" – Relator: Carlos Roberto Gonçalves – 27/01/2004 – v.u.)

37. Na doutrina civilista, esta possibilidade é reconhecida por Maria Berenice Dias, nos seguintes termos: "Não só a separação judicial, também a separação de corpos pode ser convertida em divórcio. Inexiste a exigência do prévio trânsito em julgado da sentença que decreta a separação judicial para que ocorra o decreto do divórcio. É o que diz o Código Civil (1.580): (...). Não foi reproduzido o art. 31 da Lei do Divórcio: não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial. Por se tratar de norma de direito material, encontra-se derrogada. No fundo, o legislador nada mais fez do que reduzir o prazo para a concessão do divórcio, quando a separação de corpos foi deferida judicialmente. Não apresenta óbice a essa interpretação o fato de a norma constitucional falar em prévia separação judicial (CF, 226, § 6º). Primeiro,

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 473 1/2/2007, 08:54

Não temos dúvida de que essa questão ainda será muito debatida no futuro, tanto em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, chegando a confrontar os civilistas e os processualistas, entre os últimos aqueles que ainda são apegado ao rigor formal. Já firmando posição, aguardamos esse debate e o entendimento futuro do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema.

4. A AÇÃO DE RECONHECIMENTO E A DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL: QUESTÕES PRÁTICAS

A união estável, ou união livre, sempre foi reconhecida como um fato jurídico, seja no Direito Comparado, seja entre nós. É certo que, hoje, a união estável assume um papel relevante como entidade familiar na sociedade brasileira, já que muitas pessoas, principalmente as das últimas gerações, têm preferido essa forma de união, em detrimento do casamento.

No caso do Brasil, a primeira norma a tratar do assunto foi o Decreto-lei n. 7.036/1944, o qual reconhece a companheira como beneficiária no caso de acidente do trabalho, lei que ainda é aplicada na prática. Posteriormente, a Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) trouxe a possibilidade de a companheira usar o sobrenome do seu companheiro (art. 57, § 2º).

Em seu art. 226, § 3º, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável nos seguintes termos: "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Diante do que consta do Texto Constitucional, filiamo-nos ao entendimento de que a união estável *não é igual* ao casamento, já que "coisas" iguais não se convertem uma na outra. Justamente por isso existe um tratamento diferenciado, como ocorre quanto ao regime de bens e ao direito sucessório. De qualquer forma, deve-se lembrar sempre que a união estável, assim como o casamento, constitui uma entidade familiar, base da sociedade, nos termos do art. 226, *caput,* do Texto Maior.

Duas leis surgiram após a previsão constitucional, visando a regulamentar o instituto. A primeira foi a Lei n. 8.971/1994; a segunda, a Lei n. 9.278/1996, que

---

porque a separação de corpos também é uma separação judicial, pois decretada pelo juiz. Ao depois, o constituinte, ao dizer 'nos casos expressos em lei', delegou ao legislador infraconstitucional competência para legislar sobre o tema. O codificador, fazendo uso do permissivo constitucional, deu mais um passo ao admitir tal hipótese de divórcio. A novidade é salutar, pois nada há a ser discutido na ação de conversão de separação de corpos em divórcio. Questões referentes a temas outros (alimentos, partilha de bens, guarda de filhos) se comportam em demandas distintas, embora possam ser cumuladas" (Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 304). Fazemos nossas as palavras da desembargadora gaúcha e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 474 1/2/2007, 08:54

não revogou a primeira, fazendo surgir entre nós uma "colcha de retalhos" quanto ao assunto, do ponto de vista legal. O novo Código Civil passou a tratar do tema, entre os arts. 1.723 e 1.727, sem prejuízo de outros dispositivos relacionados à união estável, como é o caso do art. 1.694 (direito aos alimentos) e do polêmico art. 1.790 (direitos sucessórios). Com esse novo tratamento, foi revogada a maioria dos dispositivos legais anteriormente previstos.

É notório que, em regra, não há necessidade de ação judicial para provar a existência de uma união estável ou mesmo para se opte por sua dissolução. Aliás, é possível que os cônjuges pactuem, por força de contrato, essa dissolução, a qual será válida desde que não entre em conflito com normas de ordem pública.[38] Entretanto, em algumas situações práticas, pode ser necessária uma ação específica para se pleitear efeitos, pessoais ou patrimoniais, decorrentes dessa união, principalmente naqueles casos em que os companheiros estão longe de um acordo quanto ao reconhecimento da convivência.

O objetivo deste tópico é discutir algumas questões pontuais quanto à ação que visa ao reconhecimento e à dissolução da união estável.

De início, é interessante fazer aqui um esclarecimento terminológico. Muitas vezes, percebe-se, na prática, o uso da nomenclatura *ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato* em casos envolvendo a união estável. Apesar daquele velho ensinamento de que a ação não tem nome, essa denominação demonstra um desconhecimento em relação ao Direito de Família.

Isso porque a união estável não se confunde com a sociedade de fato, sendo esta última denominação utilizada para os casos de concubinato. Sabe-se que a união estável é uma entidade familiar, cujos requisitos constam do art. 1.723 do atual Código Civil.[39] Sendo entidade familiar, gera para as partes os deveres constantes do art. 1.724 do Código Civil,[40] bem como o direito à meação, o direito aos alimentos e os direitos sucessórios. Essa ação corre na Vara da Família, continuando em vigor a norma processual constante do art. 9º da Lei n. 9.278/1996.[41]

---

38. Entendemos que é possível um distrato do contrato de convivência, desde que o primeiro tenha como conteúdo a regulamentação de interesses patrimoniais dos companheiros. O fundamento para essa possibilidade é o art. 472 do CC, pelo qual o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.
39. "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inc. VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável".
40. "Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".
41. "Art. 9° Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 475 1/2/2007, 08:54

A sociedade de fato existe nos casos de concubinato, naquelas situações em que a pessoa está impedida de casar, conforme prevê o art. 1.727 da atual codificação.[42] É o caso da pessoa casada que não é separada de fato ou judicialmente, mas mantém uma relação com outrem;[43] ou do sujeito que convive com a sogra, com quem não pode se casar.[44] Em tais casos, não há uma entidade familiar, não havendo, portanto, direito de se pleitear alimentos do concubino ou direitos sucessórios, entre outros. Quanto a eventual direito à participação nos bens adquiridos em conjunto, aplica-se a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal.[45] A competência, já que o instituto é de direito obrigacional, é da Vara Cível, e não da Vara da Família.

Por tudo isso é que se deve utilizar a nomenclatura *ação de reconhecimento e dissolução da união estável.*[46] Essa ação é imprescritível devido ao seu caráter predominantemente declaratório e por envolver estado de pessoas. Não havendo

42. "Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".
43. É de se lembrar que a pessoa casada, mas separada de fato ou judicialmente, pode ter união estável com terceiro, conforme a previsão do art. 1.723, § 1º, do Código Civil em vigor.
44. Prevê o art. 1.521, inc. II, do Código Civil que não podem casar os afins em linha reta, que é um impedimento matrimonial também aplicado à união estável, segundo consta do art. 1.727 da atual codificação. Nos termos do art. 1.595 do Código Civil, há parentesco por afinidade na linha reta entre sogra e genro.
45. Súmula n. 380 do STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". Não há aqui um regime da comunhão parcial, como ocorre com a união estável, em regra (art. 1.725 do CC). Isso porque, no caso de sociedade de fato, há necessidade de prova do esforço comum, o que não ocorre atualmente entre os companheiros ou conviventes, diante do regime da comunhão parcial de bens. Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 115 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que "Há presunção de comunhão de aqüestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens".
46. A advertência de terminologia é feita por Luiz Felipe Brasil Santos, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "Outra distinção que se impõe estabelecer é entre união estável e sociedade de fato, uma vez que, embora diversos os institutos, lamentavelmente continuam os conceitos a ser freqüentemente embaralhados, tanto na doutrina como na jurisprudência, com enorme prejuízo à adequada compreensão dos fenômenos. Tal dificuldade foi objeto de debate no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao ensejo do julgamento dos Embargos Infringentes 700003896099, em 10 de maio de 2002, pelo 4º Grupo Cível. Na ocasião, o Des. José Carlos Teixeira Giorgis frisou que lhe causava preocupação 'a constância em enquadrar tais relações como sociedade de fato, o que dificulta a solução'. Na mesma oportunidade salientei: 'Apesar de termos o instituto da união estável desde 1988, a boca torta pelo cachimbo dos operadores jurídicos ainda continua, equivocadamente, utilizando as duas expressões indistintamente: sociedade de fato e união estável como se fossem sinônimas, e não são. Tanto é que 99% das ações que nos deparamos aqui costuma ser denominadas na inicial como dissolução de sociedade de fato, e nós conhecemos como declaratória de união estável. Por que? Porque dissolução de união estável é um nome que, em poucas palavras, contém dois erros: primeiro, porque não é dissolução, porque a dissolução já se deu pelo fato, ou seja, ela se dissolveu pela mesma forma como se constitui, pelo fato. (...). Segundo, porque não é sociedade de fato, é união estável. Então, essas ações, na verdade, são declaratórias de união estável, e não dissolução de sociedade de fato" (União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). Questões controvertidas no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2004, v. 3, p. 233). Apesar da observação feita quanto às expressões reconhecimento e dissolução, não vemos problema em utilizá-las conjuntamente.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 476 1/2/2007, 08:54

necessidade de se respeitar os requisitos temporais previstos no art. 1.572 do Código Civil para a separação judicial,[47] justamente por tratar-se de institutos distintos.

Quanto ao procedimento, entendemos que essa ação pode ser *consensual*. Em casos tais, como Euclides de Oliveira, optamos pela aplicação das regras previstas para a ação de separação consensual do casamento, constantes entre os arts. 1.120 e 1.124 do CPC.[48] No entanto, a *ação de reconhecimento e dissolução da união estável* pode ser *litigiosa.* Sendo assim, deve-se entender que o "espírito" da ação é o mesmo da ação de separação-sanção, podendo haver análise da culpa em determinadas situações.[49] Mesmo seguindo essa corrente, entendemos que, em alguns casos, como naqueles em que é difícil a prova da culpa, ela deverá ser mitigada, assim como vem ocorrendo com o casamento. A tendência de mitigação de culpa é notória, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Por fim, no tocante à discussão da culpa na ação de reconhecimento da união estável, de qualquer modo, a jurisprudência não tem entendido dessa forma em muitos casos.[50] Para essa corrente de entendimento, a ação de reconhecimento e

47. "Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. § 1º. A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. § 2º. O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável. § 3º. No caso do parágrafo 2º., reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal".
48. OLIVEIRA, Euclides de. *União estável – Do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 244. Lembra esse autor, aliás, que assim já entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo no passado.
49. Esse também é o entendimento de Euclides de Oliveira, para quem: "Interesse haverá no pedido de dissolução judicial quando verificado o descumprimento de deveres por parte de um dos companheiros, tais os casos de deslealdade (infidelidade, união paralela, etc.), falta de respeito e consideração, desassistência material e moral, descuido na guarda, sustento e educação dos filhos (art. 2º da Lei n. 9.278/96; art. 1.724 do NCC), à semelhança das causas da ruptura da vida conjugal, por culpa grave ou conduta desonrosa que tornem impossível a mantença da união. E a separação de corpos será viável em tais situações, assim como o arrolamento de bens, em cautela aos interesses do companheiro ofendido, para que se preservem os direitos postulados na ação principal" (*União estável – Do concubinato ao casamento,* p. 244). A união estável traz deveres para os companheiros, os quais, eventualmente, podem ser descumpridos, caso do dever de lealdade, que inclui a fidelidade (art. 1.724 do CC).
50 . "Reconhecimento e dissolução da união estável. Sentença que julgou improcedente o pedido, sob pretensa inconstitucionalidade das Leis 8.971/94 e 9.278/96. Afastamento de tal consideração, por cuidar-se o art. 226, § 3º, da CF de norma com efeitos contidos, passível de imediata aplicação, mas suscetível de regulamentação. Possibilidade de reconhecimento sobre a existência da união estável e conseqüente dissolução, no caso concreto, por não conveniente a manutenção dessa condição. Descabimento de debate sobre quem o responsável pelo fim do companheirismo, sem ensejo a que se apliquem normas pertinentes à separação judicial, por sua natureza restritiva e não equivalência entre o casamento e a união de fato. Inexistência de bens a serem partilhados, já que o único bem imóvel das partes foi doado à apelante, pelo recorrido, em data anterior à dissolução da sociedade de fato. Impossibilidade de partilha. Recurso provido" (Tribunal de Justiça de São Paulo – 5ª Câmara – Seção de Direito Privado. Ap. 261.520-4/2-00. Relator: Desembargador Mathias Coltro. Voto 10826). "ATRIBUIÇÃO DE CULPA PELA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 477 1/2/2007, 08:54

dissolução da união estável visa somente a discussão patrimonial. Não concordamos com essa tendência, pois outros efeitos, de cunho pessoal, podem surgir dessa entidade familiar.

5. QUESTÕES PROCESSUAIS DA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE

A Constituição Federal, no art. 227, § 6º, reconhece que todos os filhos são iguais perante a lei, não sendo admitida qualquer forma de distinção ou discriminação. Trata-se da consagração do *princípio da igualdade entre filhos*, uma das especializações da isonomia constitucional, havendo norma com a mesma redação no art. 1.596 do Código Civil em vigor.[51]

A partir da inserção dessa igualdade no Texto Constitucional, abriu-se a possibilidade de que filhos havidos fora do casamento, até então tratados pelas nefastas denominações *filhos espúrios ou adulterinos*, pudessem ingressar com demandas contra seus supostos pais, a fim de buscarem a verdade biológica. Em 1992, surgiu a Lei n. 8.560, regulamentando a ação investigatória, principalmente a de paternidade, a mais comum entre nós.

Essa ação, outrora revolucionária, trouxe uma nova forma de encarar o Direito de Família, sobretudo valorizando a pessoa humana. Por óbvio, como se trata de uma demanda – em regra de jurisdição contenciosa –, vários problemas processuais surgiram, e ainda surgem. A seguir, comentaremos algumas dessas questões instrumentais, lembrando que essa ação deve seguir o rito ordinário (arts. 282 e seguintes do CPC). No entanto, antes de adentrarmos nessa problemática, é pertinente ressaltar que o art. 2º da Lei n. 8.560/1992 trata da *averiguação oficiosa da paternidade*, inclusive com a possibilidade de medidas pelo Ministério Público visando a esse reconhecimento no plano judicial.[52]

– descabida a atribuição de culpa a um dos companheiros pela dissolução da união estável, uma vez que, via de regra, há concorrência de ambos para o falecimento do relacionamento. RECURSO DESPROVIDO" (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Número do Processo: 70011839495, Data: 04/08/2005, Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível, Juiz Relator: Catarina Rita Krieger Martins, ORIGEM: Comarca de Bagé).

51. "Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

52. Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito civil aplicado, v. 5, p. 243. Vejamos a ordem lógica desses procedimentos, estabelecida por aquela lei específica, que continua em vigor entre nós: 1º) Nos casos de registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial do registro civil remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação. 2º) O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independentemente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída. 3º) O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça. 4º) No caso de o suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 478 1/2/2007, 08:54

Adentrando na prática processual, vale apontar que essa ação investigatória, em razão de sua natureza declaratória e por envolver estado de pessoas, é imprescritível, constituindo um direito indisponível do investigante. Nos casos de menores, é clara a norma do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), a qual assim dispõe: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça". Para os casos envolvendo maiores, a imprescritibilidade da ação de investigação do vínculo filial também é confirmada pela Súmula n. 149 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança".[53]

No último caso e na vigência do novo Código Civil, deve-se entender pela aplicação do prazo prescricional de dez anos para essa petição de herança, aplicando-se o prazo geral do art. 205 do Código Civil de 2002, prazo este que deve ser contado a partir da abertura da sucessão. Deve-se entender, também, que esse prazo prescricional não afasta o direito personalíssimo do filho de saber quem é o pai, tendo apenas efeitos patrimoniais quanto à petição de herança, como é próprio da prescrição.

Em relação ao foro competente para apreciar a demanda, como a ação investigatória é uma ação pessoal, em regra, será competente o foro de domicílio do réu (art. 94 do CPC). Mas se a ação estiver cumulada com alimentos, há reiterado entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que será competente o foro de domicílio do autor da ação, que busca a investigação (art. 100, inc. II, do CPC).[54]

Se a ação for cumulada com petição de herança, surge divergência jurisprudencial: se competente o mesmo foro no qual correu (ou corre) o inventário ou o

---

do registro, para a devida averbação. 5º) Se o suposto pai não atender, no prazo de 30 dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade. 6º) A iniciativa conferida ao Ministério não impede, a quem tenha legítimo interesse, de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade. Assim, o próprio filho, representado, assistido ou por ele mesmo, poderá ingressar com a competente ação, com advogado ou defensor devidamente constituído para tanto.

53. O STJ continua aplicando esse antigo entendimento do STF. A título de exemplo: "Direito civil e processual civil – Recurso especial – Ação de investigação de paternidade c/c petição de herança e anulação de partilha – Decadência – Prescrição – Anulação da paternidade constante do registro civil – Decorrência lógica e jurídica da eventual procedência do pedido de reconhecimento da nova paternidade – Citação do pai registral – Não se extingue o direito ao reconhecimento do estado de filiação exercido com fundamento em falso registro – Na petição de herança e anulação de partilha o prazo prescricional é de vinte anos, porque ainda na vigência do CC/16" (STJ – REsp. 693.230/MG – Rel. Ministra: Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 11/04/2006, DJ 02.05.2006, p. 307).

54. Nesse sentido, a Súmula n. 1 daquele Egrégio Tribunal: "O foro de domicílio ou residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos". Isso porque prevalece a norma de proteção do vulnerável, do alimentando.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 479 1/2/2007, 08:54

foro de domicílio de qualquer herdeiro. Opinamos que, no caso de não estar encerrado o inventário, será competente o mesmo foro no qual corre este, segundo o que consta do art. 96 do Código de Processo Civil. Mas, encerrado o inventário, será competente o foro de domicílio de qualquer herdeiro, não se aplicando a regra do art. 96 do Estatuto Processual em vigor. [55]

Encerrando o estudo desse tema, vale ressaltar que se a ação investigatória estiver cumulada com petição de herança e alimentos, o Superior Tribunal de Justiça entende pela competência do domicílio do alimentando, diante da corriqueira prevalência da norma que tutela o vulnerável.[56]

Analisando a legitimidade ativa para a ação investigatória, como ocorre com a maioria das ações fundadas no Direito de Família, esta é personalíssima do filho investigante, o que justifica a sua imprescritibilidade. Sendo menor, ele deverá ser representado (menor de 16 anos – absolutamente incapaz) ou assistido (menor entre 16 e 18 anos – relativamente incapaz), geralmente pela mãe. A ação também cabe ao filho maior de 18 anos, sem a necessidade de representação ou assistência. Como vimos, o Ministério Público também pode agir como substituto processual, tendo legitimação extraordinária, conforme a Lei n. 8.560/1992.

Seguindo a corrente *concepcionista*, entendemos que a ação também cabe ao nascituro, o qual, por si só, pode promover a ação, devidamente representado. Isso porque filiamo-nos ao entendimento segundo o qual o nascituro é *pessoa*

55. "Art. 96. O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Parágrafo único. É, porém, competente o foro: I – da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo; II – do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes." Seguindo o que defendemos anteriormente: "COMPETÊNCIA – AÇÃO DE ANULABILIDADE DE ASSENTO DE NASCIMENTO, CUMULADA COM INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA – DEMANDAS QUE INTERESSAM AO ESPÓLIO – VIS ATTRACTIVA DO JUÍZO DO INVENTÁRIO – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA JULGADA PROCEDENTE – AGRAVO DESPROVIDO. PELO REGIME ADOTADO NO ART. 96, DO CPC, QUALQUER AÇÃO EM QUE O ESPÓLIO SEJA RÉU E DE COMPETÊNCIA DO FORO DO INVENTÁRIO, MÁXIME AQUELAS QUE DIZEM DIRETAMETNE RESPEITO À HERANCA" (Tribunal de Justiça do Paraná, ACÓRDÃO: 12659, DESCRIÇÃO: AGRAVO DE INSTRUMENTO, RELATOR: JUIZ MUNIR KARAM, COMARCA: CURITIBA – 3ª VARA DE FAMILIA, ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CÍVEL, PUBLICAÇÃO: 12/08/1996).

56. "COMPETÊNCIA – INVESTIGAÇÃO – PATERNIDADE – HERANÇA – ALIMENTOS – INVENTÁRIO – Ao se encerrar o inventário com trânsito em julgado da respectiva sentença homologatória, o espólio deixa de existir e as ações propostas contra aqueles detentores dos bens inventariados não se subordinam mais aos ditames do art. 96 do CPC. Assim, a ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança e alimentos é da competência do foro do domicílio ou da residência do alimentando (Súmula n. 1-STJ). Há que prevalecer, no caso, a regra especial do art. 100, II, daquele código" (STJ, CC 51.061-GO – Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 09/11/2005).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 480 1/2/2007, 08:54

humana, tendo os direitos da personalidade (personalidade jurídica formal), havendo possibilidade de buscar a verdade biológica.[57]

É de se frisar que o caráter personalíssimo da ação é quebrada pelo Superior Tribunal de Justiça, que entende que a investigatória também cabe do neto contra o avô, visando constituir, a título de exemplo, o vínculo do último em relação ao pai do primeiro. Essa demanda é denominada *ação avoenga,* havendo várias decisões nesse sentido naquele Tribunal.[58]

Quanto à legitimidade passiva para a ação investigatória, em regra, a ação será proposta contra o suposto pai ou a suposta mãe – no caso de ação de investigação de maternidade, mais rara. Falecido o pai ou a mãe, a ação será proposta contra os herdeiros do investigado(a), e não contra o espólio, devido ao caráter pessoal da ação. Vale lembrar que o espólio não tem personalidade jurídica, o que afasta a possibilidade de propositura da demanda contra este.[59] Não havendo herdeiros e falecendo o suposto pai ou mãe, a ação será proposta contra o Estado (município ou união), que receberá os bens vagos. Como observamos, a ação também pode ser proposta contra o avô, no caso da *ação avoenga.*

---

57. A questão divide o Tribunal de Justiça de São Paulo. Primeiro, há julgado entendendo que somente o nascituro teria esta legitimidade: "INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Alimentos – Nascituro – Ação proposta pela gestante, em nome próprio, contra o suposto pai – Ilegitimidade de parte reconhecida – Ação personalíssima – Artigos 3º e 6º do CPC – Sentença mantida – Recurso desprovido" (Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação Cível n. 340.115-4/0 – Avaré – 5ª Câmara de Direito Privado – Relator: Silvério Ribeiro – 10/11/2004 – v.u.) Ficamos com esse julgado, pois já dissemos que a ação é personalíssima e, para nós, o nascituro é pessoa. Mas, para um outro entendimento, a ação deve ser proposta pela mãe, sendo substituído o pólo ativo da ação após o nascimento da criança: "INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Nascituro – Possibilidade científica e jurídica – Extinção dos autos em primeira instância por falta de interesse – Descabimento – Possibilidade conferida pela lei processual à mãe para ser investida na posse dos direitos cabentes ao nascituro e a proteção legal da dignidade deste último, tudo aliado à ampla garantia constitucional da proteção à vida – Inclusão do nascituro no pólo ativo, pois já deve ter nascido – Apelo provido" (Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação Cível n. 349.128-4/4 – Itaporanga – 5ª Câmara de Direito Privado – Relator: Dimas Carneiro – 02/02/2005 – v.u.). Este último julgado parece adotar a tese natalista, pela qual o nascituro não é pessoa, não tendo legitimidade, nos termos do art. 3º do CPC. Por isso é que se deve aguardar o seu nascimento, para alteração do pólo ativo da demanda.

58. Por todos, transcrevemos: "Ação dos netos para identificar a relação avoenga – Precedente da Terceira Turma. Precedente da Terceira Turma reconheceu a possibilidade da ação declaratória 'para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô' (REsp nº 269/RS, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, DJ 07/05/1990). Recursos especiais conhecidos e providos" (STJ, ACÓRDÃO: RESP 603885/RS (200301980999), 603167 RECURSO ESPECIAL, DATA DA DECISÃO: 03/03/2005, ÓRGÃO JULGADOR: 3ª TURMA, RELATOR: MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ, DATA: 11/04/2005, p. 291).

59. "INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Post mortem– Ilegitimidade passiva ad causam dos herdeiros do suposto genitor reconhecida pelo juízo a quo, a forma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil – Decisório que não merece subsistir – Pretensão investigatória aqui deduzida que é oponível apenas aos herdeiros do indigitado pai falecido, sendo certo que o espólio, enquanto mero acervo patrimonial do de cujus, não será atingido pela sentença – Apelo provido para o fim de afastar a extinção anômala do feito, que deverá prosseguir regularmente em primeiro grau" (Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação Cível n. 390.823-4/1-00 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Privado – Relator: Paulo Dimas Mascaretti – 07/06/2005 – v.u.)

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 481 1/2/2007, 08:54

Como fundamentos jurídicos do pedido, a ação está amparada no art. 2º da Lei n. 8.560/1992, já analisado, e na igualdade entre filhos, constante do art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988 e do art. 1.596 do Código Civil. Podem ser citados, ainda, o art. 229 da Constituição ("Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores...") e o art. 1º, inc. III, do mesmo Texto Maior (proteção da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil).

Em relação aos alimentos pleiteados pelo filho havido fora do casamento, o art. 1.705 do Código Civil prevê que este tem direito de pleitear tais valores, podendo o juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça.

Toda essa fundamentação jurídica, no plano fático, está baseada na necessidade de realização de prova técnica efetiva, visando a demonstrar o vínculo entre as partes envolvidas, a *verdade biológica*. Diante das técnicas de engenharia genética, a prova mais efetiva é a realização de exame de DNA dos envolvidos, o que traz certeza quase absoluta quanto ao vínculo biológico. Apesar das críticas formuladas na doutrina, entendemos que se trata do meio de prova mais efetivo entre todas as possibilidades probatórias admitidas.

Por fim, quanto à ação, em regra, é atribuído um valor para fins de alçada ou distribuição (*v.g.* R$ 1.000,00, para fins de distribuição). Entretanto, se a ação estiver cumulada com alimentos, como é mais comum, o valor da causa será correspondente a 12 vezes o valor dos alimentos pleiteados, conforme previsto no art. 259, inc. VI, do CPC. Vale lembrar que, na maioria das vezes, são concedidos os benefícios da justiça gratuita, nos termos da Lei n. 1.060/1950. Prevê o art. 3º dessa lei que a assistência judiciária inclui as despesas com a realização do exame de código genético (DNA) que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.

No tocante à contestação da ação, o art. 1.615 do Código Civil prevê que esta cabe a qualquer pessoa que tenha justo motivo para tanto. Deve-se entender como interessados todas aquelas pessoas que possam vir a ser afetadas pela decisão, caso do genitor biológico, do genitor registrado, do genitor afetivo, do cônjuge ou companheiro do suposto genitor, dos herdeiros do suposto genitor, entre outros.[60]

Em relação à sentença que julgar procedente a ação investigatória, esta produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário ou perfilhação (art. 1.616

60. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, v. XVI, p. 137.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 482 1/2/2007, 08:54

do CC). Entretanto, essa sentença poderá determinar que o filho seja criado e educado fora da companhia dos pais ou daquele que contestou essa qualidade, desde que isso não viole o *princípio do melhor interesse da criança* (*best interest of child).*

Superada a análise geral da ação investigatória, passamos ao aprofundamento do tema, com o estudo de questões controvertidas que envolvem essa demanda judicial.

Primeiro, surge uma dúvida interessante: qual seria o termo inicial para fixação dos alimentos na ação investigatória, no caso de cumulação de pedidos? Em regra, o termo inicial é a sentença, mas conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, essa sentença deve retroagir à citação, se a ação investigatória for julgada procedente. Nesse sentido, prevê a Súmula n. 277 daquele Tribunal que: "Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação".

À luz do Direito Civil Constitucional, o enunciado dessa Súmula é perfeito. Isso porque, diante do princípio constitucional da isonomia e da igualdade entre filhos (arts. 5º e 227, § 6º, da CF/88), todos têm direitos iguais. Se, no caso de prova pré-constituída da relação de parentesco – certidão de nascimento –, os alimentos são devidos desde a citação, segundo prevê a Lei n. 5.478/68, o mesmo deve ser dito quando não houver essa prova inicial, comprovado o vínculo posteriormente. Entendimento contrário nos traria a indesejada e inconstitucional discriminação entre filhos. Como reforço, pode ser citado o já comentado art. 1.616 do Código Civil, pelo qual a sentença que julgar procedente a ação investigatória produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário.

Outra questão interessante que pode ser invocada é a da alegação de *paternidade socioafetiva* em ação investigatória de paternidade. Como se sabe, a tese em questão aduz que o vínculo afetivo deve prevalecer sobre o biológico, podendo o primeiro ser "inquebrável" em determinados casos concretos. Assim, entende-se que a *parentalidade socioafetiva* é uma nova forma de parentesco civil.[61]

61. A defesa da aplicação da paternidade socioafetiva, hoje, é muito comum entre os atuais doutrinadores do Direito de Família. Tanto isso é verdade que, na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado n. 103, com a seguinte redação: "O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho". Na mesma Jornada, aprovou-se o Enunciado n. 108, prevendo que: "No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a socioafetiva". Em continuidade, na III Jornada de Direito Civil, idealizada pelo mesmo STJ e promovida em dezembro de 2004, foi aprovado o Enunciado n. 256, pelo qual "a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 483 1/2/2007, 08:54

Imaginemos um caso prático. Um casal tem um filho, que é devidamente registrado pelo marido, o qual pensa ser o filho seu. Trinta anos depois da morte do marido, a mulher conta ao seu filho que o seu pai não é aquele que faleceu, mas uma outra pessoa, com quem ela teve um relacionamento rápido quando era jovem. Ciente do fato, o filho resolve promover a ação contra o seu suposto pai verdadeiro.

Realizado o exame de DNA nessa ação, constata-se que o pai biológico do autor é o réu, e não aquele que o registrou e o criou durante 30 anos. Há como desconstituir o vínculo de paternidade em relação àquele para que o vínculo seja constituído com o réu? Diante da *paternidade socioafetiva*, respondemos que não. No caso em questão, entendemos, como Maria Berenice Dias, que a ação somente declarará a existência do vínculo biológico, o que é reconhecido como um direito personalíssimo da parte. No entanto, quanto ao vínculo de paternidade, com todas as suas conseqüências, esse permanece em relação ao falecido.[62] No mesmo sentido é a conclusão da renomada jurista Maria Helena Diniz.[63]

Sempre há controvérsias quando se fala da tendência de "relativização da coisa julgada" em ações relacionadas à investigação de paternidade e ao exame de DNA, julgadas improcedentes por ausência de provas em situações nas quais o referido exame não foi realizado.

---

62. "Em síntese, se o autor mantém com alguém – pai registral, adotivo ou outra pessoa – um vínculo de filiação socioafetiva, gozando da posse do estado de filho, ainda assim pode buscar a identificação da verdade biológica. A ação será acolhida, mas a sentença terá meramente conteúdo declaratório. Sem efeitos jurídicos outros, dando ao autor somente a segurança jurídica sobre a relação de paternidade. Ou seja, se for adotado, se estiver registrado por alguém ou mantiver com esses ou com outra pessoa que desempenhe o papel de pai um vínculo de filiação, goza do estado de filho afetivo. Já tem um pai. Por isso, a sentença de procedência não será levada a registro, não se alterando a filiação que se considerou pela convivência. Deve a Justiça privilegiar a verdade afetiva. A procedência da ação não terá efeitos constitutivos, mas meramente declaratórios, sem reflexos jurídicos ou de ordem patrimonial." (Manual de direito das famílias, p. 363). A própria jurista traz julgado interessante, daquele Tribunal, também perfeitamente aplicável ao caso em questão, nos seguintes termos: "AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO MOVIDO POR IRMÃO DO FALECIDO PAI. No conflito entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva, deve esta prevalecer, sempre que resultar de espontânea materialização da posse de estado de filho. O falecido pai do demandado registrou-o, de modo livre, como filho, dando-lhe, enquanto viveu, tal tratamento, soando até mesmo imoral a pretensão dos irmãos dele (tios do réu) de, após seu falecimento, e flagrantemente visando apenas mesquinhos interesses patrimoniais, pretender desconstituir tal vínculo. Desacolheram os embargos" (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, EI 70004514964 – 4º Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, j. 11/10/2002).

63. Vale citar artigo até então inédito da professora da PUC/SP, em que ela chega à feliz conclusão: "A verdade real da filiação pode ser biológica ou socioafetiva; o que importa é o laço que une pais e filhos, fundado no amor e na convivência familiar. Então, ser pai e ser mãe requer um ato de amor, e o amor não conhece fronteiras" (DINIZ, Maria Helena. Direito à convivência familiar. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006, p. 814).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 484 1/2/2007, 08:54

Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 109 do Conselho da Justiça Federal que: "A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando". A tese é até bem aceita entre os civilistas e entre parte dos processualistas.[64] Já há, inclusive, julgado do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a tese da relativação das decisões judiciais transitadas em julgado em casos envolvendo a investigação da paternidade.[65] Também já fez o mesmo, com precisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo.[66]

Outros processualistas, entretanto, criticam essa possibilidade, pois, segundo entendem, esta seria atentatória ao próprio Estado Democrático de Direito, até porque a proteção da coisa julgada é cláusula pétrea, conforme previsão do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal de 1988. O que se percebe é que a idéia não é bem aceita entre os processualistas, justamente porque não há nada mais intocável para o processo civil do que a coisa julgada e a certeza das decisões judiciais.

---

64. Sobre a relativização da coisa julgada, recomendamos a leitura das obras de Humberto Theodoro Júnior e José Augusto Delgado (Coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, e Belmiro Pedro Welter (Coisa julgada na investigação de paternidade. Porto Alegre: Síntese, 2002).
65. "Processo civil – Investigação de paternidade – Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas – Coisa julgada – Mitigação – Doutrina – Precedentes – Direito de família – Evolução – Recurso acolhido. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, 'sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada modus in rebus. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum" (Superior Tribunal de Justiça, Acórdão: REsp 226436/PR (199900714989), 414113, Recurso Especial, Data da decisão: 28/06/2001, Órgão Julgador: 4ª Turma, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Fonte: DJ, Data: 04/02/2002, p. 370, RBDF 11/73, RDR 23/354, RSTJ 154/403).
66. "Ação negatória de paternidade – Sentença extintiva do processo sem julgamento do mérito, diante da existência de decisão procedente em ação de investigação de paternidade já transitada em julgado – Possibilidade de reabertura da discussão, com realização do exame de DNA – Considerações sobre a coisa julgada e a invalidade do processo em que se verifique, por fim, que o demandante, anteriormente demandado, não era parte legítima no pólo passivo – Provimento do recurso". (Tribunal de Justiça de São Paulo, 5ª Câmara – Seção de Direito Privado Apelação nº 330.185.4/0-00 – Voto nº 10860. Comarca: Bauru – 1ª Vara Cível – processo nº 1846/2003. Apelante: A R. Apelado: W G R (menor rep. por sua mãe). Natureza da ação: Negatória de Paternidade. Relator A. C. Mathias Coltro).

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 485 1/2/2007, 08:54

Entendemos que não só é possível, como também é viável mitigar a proteção da coisa julgada nos casos descritos. Isso porque a proteção da coisa julgada não é absoluta, devendo ser relativizada diante das demais cláusulas pétreas e dos direitos fundamentais. No caso em questão, ponderando entre os direitos protegidos constitucionalmente, a coisa julgada sucumbe ante a dignidade da pessoa que quer saber quem é o seu pai, sucumbe ante a busca da verdade real e biológica.

Outro tema controvertido refere-se à obrigatoriedade da realização do exame de DNA. Como já dissemos, o exame de DNA vem sendo apontado pela doutrina e pela jurisprudência como meio de prova dos mais eficazes, justamente porque dá a certeza, quase absoluta, da ausência ou da presença do vínculo biológico.

O exame em questão veio a substituir a fragilidade da prova testemunhal que antes era produzida, baseada, sobretudo, no relacionamento sexual plúrimo da mãe do investigante com vários homens (*exceptio plurium concubentium*). Na verdade, por vezes, essa prova até se revelava violadora da intimidade e da dignidade humana, já que era realizada verdadeira devassa na vida dessa mãe. Atualmente, não há mais necessidade dessa indesejada investigação.

Todavia, as dúvidas que surgem são as seguintes: pode o réu da ação investigatória se negar a fazer tal exame? Caso ocorra a negativa, caberá a prisão civil? Sobre esse tema, aliás, discorrem muito bem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.[67] Lembram esses autores que:

> "Em artigo publicado no *site* do Conselho da Justiça Federal, o Ministro Moreira Alves ponderou: 'No Supremo Tribunal Federal, não há muito, tivemos uma vasta discussão em *habeas corpus*, em que uma juíza havia determinado, debaixo de vara, a condução de um investigando de paternidade que se recusava a extrair sangue para efeito do exame de DNA. A juíza não teve dúvida e disse: conduza-se, ainda que à força. Ele alegava: tenho terror e pânico até de injeção, quanto mais de tirar sangue. Depois de uma vasta discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5, considerou-se que isso atingia um direito de personalidade dele de não querer tirar sangue, mas corria contra ele, obviamente, a presunção de que realmente fosse o pai'".

Na situação descrita, percebe-se um claro choque entre direitos da personalidade (direito ao reconhecimento do vínculo de paternidade *versus* direito à integridade física e à intimidade). Qual desses direitos deve prevalecer? A questão parece simples, mas não é! Deve-se fazer mais uma ponderação entre direitos fundamentais. De um lado, está o direito do filho de saber quem é o seu pai, o que envolve a sua dignidade; do outro, está o direito à integridade física e à intimidade

67. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004,v. I, p. 455.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 486 1/2/2007, 08:54

do suposto pai, o que também envolve a sua dignidade. Há um nítido choque de normas de primeiro grau no plano hierárquico, tido como conflito propriamente dito, caso de *antinomia real,* envolvendo dois direitos da personalidade.

Dessa forma, o aplicador do Direito deve buscar socorro nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Aplicando, de forma imediata, o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 4º da LICC c/c o art. 1º, inc. III, da CF/88) e o fim social da norma (art. 5º da LICC), entendemos que a condução coercitiva do suposto pai não pode ocorrer devido a proteção indeclinável do direito à liberdade e à intimidade. Conforme aponta a melhor doutrina, "o pai pode se negar a fazer o teste, por ser um atentado à sua privacidade, imagem científica e intangibilidade corporal".[68] Desse modo, há a proteção dos *direitos de quarta geração ou dimensão,* aqueles relacionados ao patrimônio genético da pessoa humana, valorizada a sua dignidade à luz do Texto Maior. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal, em votação apertada.[69]

Resumindo, ponderou-se a favor do direito do suposto pai, de forma majoritária. Mas há quem entenda que deveria ter prevalecido o direito do filho. Nesse sentido, filia-se a renomada jurista fluminense Maria Celina Bodin de Moraes, que critica a decisão, pois, para ela, haveria um abuso de direito por parte do suposto réu no caso em questão.[70]

De qualquer forma, mesmo sendo esse o caminho, de preservação do direito do investigado, caso o suposto pai negue-se a fazer o exame, correrá contra ele a presunção de que mantém o vínculo, de acordo com as regras previstas nos arts. 231 e 232 do CC,[71] o que já vem sendo aplicado por nossa melhor jurisprudência.

---

68. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família.* São Paulo: Saraiva, 2003, v. 5.
69. "INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU 'DEBAIXO DE VARA'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (STF, HC 71373 / RS – RIO GRANDE DO SUL, HABEAS CORPUS, Relator(a): Ministro Francisco Rezek, Relator do Acórdão: Ministro Marco Aurélio, Julgamento: 10/11/1994 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 22/11/1996 PP-45686 EMENT VOL-1851-02 PP-397).
70. São suas palavras: "O direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade" (Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade, p. 194).
71. "Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa".
"Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame".

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 487 1/2/2007, 08:54

Como é notório, foi editada recentemente a Súmula n. 301 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade".

Exemplificando, se um suposto pai nega-se a fazer o exame por cinco vezes, correrá contra ele tal presunção. De qualquer maneira, já que a presunção é relativa, o juiz deve analisar outras provas fáticas antes de sentenciar a ação de investigação de paternidade.

Entretanto, devido ao feto dessa presunção ser relativa, surge um problema prático, com o qual pretendemos encerrar este trabalho.

Imaginemos que, em uma ação de investigação de paternidade, o juiz da causa, de início, e como é comum, determine a realização do exame de DNA. O réu nega-se a fazê-lo e, por certo, não pode ser obrigado a assim proceder. O juiz da causa, então, já que a presunção é relativa, buscará outros meios probatórios.

Após a oitiva das partes e das testemunhas, bem como após a análise de provas documentais e até ver a criança, o juiz ainda não está convencido. Assim, determina, novamente, que o réu faça o referido exame. Esse, novamente, nega-se a se submeter à perícia.

Como não há outros meios probatórios, entendemos que o juiz deve sentenciar a demanda como procedente. Para tanto, deverá entender que a segunda negativa à realização da perícia é absoluta (*iure et de iure*), pois já foram esgotados todos os meios probatórios no caso em questão. Agindo assim, está-se punindo eventual má-fé do suposto pai, atuando o juiz em prol da dignidade do suposto filho. Com certeza, essa questão também será muito debatida no futuro.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2004.

CAHALI, Francisco José. *Família e sucessões no Código Civil de 2002*. São Paulo: RT, 2004, v. 1 e 2.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. I, II, e III.

CARVALHO, Newton Teixeira de. "O direito de família construído democraticamente por meio do devido processo legal". In: V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA DO IBDFAM.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 5.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 488 1/2/2007, 08:54

_____. "Direito à convivência familiar". In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito civil* – Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I.

GUMERATO RAMOS, Glauco. "Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre Constituição, direito e processo". In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: *Jus*PODIVM, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil aplicado.* São Paulo: RT, 2004*,* v. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado.* In: AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, v. XVI.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

MAZZEI, Rodrigo. Apresentação In MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Questões processuais do Novo Código Civil.* São Paulo: Manole, 2006.

_____. "Notas iniciais à leitura do novo Código Civil". In ARRUDA ALVIM, José Manoel, ALVIM, Thereza (Coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*: parte geral (arts. 1º a 103) Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

_____. "Responsabilidade civil do incapaz: considerações panorâmicas sobre o art. 928 do CC". In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil.* São Paulo: Método, 2005, v. 5.

MORAES, Maria Celina Bodin de. "Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade". In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família*: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005.

_____. "Pretensão do réu em manter o contrato com modificação de suas cláusulas diante de pedido do autor de resolução por onerosidade excessiva – pedido contraposto previsto na lei material (art. 479, CC)". In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: *Jus*PODIVM, 2005.

_____. *et al. Reforma do CPC.* São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Euclides de. *União estável – Do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil.* 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 489 1/2/2007, 08:54

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. "União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária". In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004, v. 3.

TARTUCE, Fernanda. "Meios de prova no Código de Processo Civil e no Código Civil". In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito civil* – Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

TARTUCE, Flávio. "A formação do contrato no novo Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a via eletrônica". In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004, v. 4.

_____. "Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho". In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito civil* – Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

_____. "O princípio da socialidade e o direito registral". In: BRANDELLI, Leonardo. *Direito civil e registro de imóveis*. Obra no prelo em julho de 2006.

TARTUCE, Flávio; GROENINGA, Giselle Câmara. "O dano à integridade psíquica. Uma visão interdisciplinar". In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, v. 5.

THEODORO JR, Humberto; DELGADO, José Augusto. *Coisa julgada inconstitucional.* In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Rio de Janeiro: Editora América Jurídica. 2004..

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade.* Porto Alegre: Síntese, 2002.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 490 1/2/2007, 08:54

CAPÍTULO XXIII

ENSAIO ACERCA DO IMPACTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL SOBRE OS PROCESSOS PENDENTES

Guilherme Rizzo Amaral[1]

Sumário • 1. Introdução. 2. O binômio direito-processo. 3. Do Direito Intertemporal. 4. Algumas Inovações do Novo Código Civil. 4.1. Capacidade Civil. 4.2. A Disregard Doctrine. 4.3. O Domicílio. 4.4. Dos Negócios Jurídicos. 4.5. Dos Atos Ilícitos. 4.6. Das Obrigações. 4.7. Da Responsabilidade Civil. 4.8. Da prova. 4.9. Da prescrição. 4.10. Das ações possessórias. 4.11. O artigo 2.043 do novo código civil. 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O impacto que uma nova codificação potencialmente pode exercer no seio da sociedade está diretamente ligado às inovações que introduz, não apenas em relação à lei material anterior, mas especialmente em relação às práticas vigentes e admitidas pelo ordenamento jurídico.

Sabe-se também que uma codificação pode já "nascer velha", apartada da evolução social e econômica de um dado Estado. Esta tem sido, inclusive, a crítica de alguns doutrinadores ao novo código civil brasileiro. Não nos cabe, aqui, avaliar a qualidade ou acerto da crítica, e, muito menos, proceder à "crítica da crítica". Sem descurar da relevância da temática acima descrita, o foco de interesse do presente trabalho é completamente diverso.

Buscaremos abordar a relação do novel direito material com o processo civil, e, mais especificamente, com os feitos pendentes. Qual será o real impacto que uma nova codificação do direito substancial pode trazer para aqueles processos já instaurados? Quais serão as implicações, para os feitos pendentes, das novas disposições do código civil acerca da capacidade das pessoas, das provas, da responsabilidade civil etc.?

O novo código civil brasileiro, que adota um sistema de cláusulas gerais, partindo da noção do direito privado como um sistema em construção[2], é sem

1. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Advogado de Trench Rossi & Watanabe.
2. COSTA, Judith Hoffmeister Martins "O Direito Privado como um "Sistema em Construção": As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro" – http://www.jus.com.br/doutrina/ccivcons.html. Acesso em 07 de setembro de 2001.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 491 1/2/2007, 08:54

dúvida campo fértil para a construção de um novo direito substancial, o que se verificará predominantemente nas decisões judiciais, e não no texto aberto da lei. Por estas razões, não se busca esgotar a abordagem proposta. Serão aqui analisados somente alguns aspectos da influência do novo código civil, já perceptíveis no texto da lei material, relacionando-os com preceitos de direito intertemporal.

É preciso, antes de adentrarmos o tópico referido, abordarmos, ainda que brevemente, o chamado binômio direito-processo, eis que é desta relação que trata o presente trabalho.

2. O BINÔMIO DIREITO-PROCESSO

Há muito se alude ao binômio direito-processo, e poucos como DINAMARCO conseguiram de forma tão convincente delineá-lo. Quando nos referimos à relação entre o direito material e o processo, *"pensa-se, então, nos moldes como este concorre para a vida daquele, qual instrumento a serviço de uma ordem exterior"*.[3]

Esta ordem exterior, segundo o professor paulista, *"é representada pelo conjunto de normas e princípios que atribuem bens da vida à pessoas, disciplinam condutas e ditam a organização da convivência social – ou seja, ela é representada pelo que se denomina* direito substancial."[4]

Pode-se, assim, seguramente conceituar o processo civil como um instrumento à serviço da realização dos preceitos do direito material, ou substancial. Trata-se de um sistema aberto *"para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico material"*.[5]

Verifica-se, assim, na lição do mestre supracitado, que *"Direito e processo constituem dois planos verdadeiramente distintivos do ordenamento jurídico, mas estão interligados pela unidade dos escopos sociais e políticos, o que conduz à relativização desse binômio direito-processo"*.[6]

Esta relativização do citado binômio promove até mesmo chamados "pontos de estrangulamento" entre os planos do direito material e direito substancial, ou seja, *"dispositivos e institutos com aparência e tradicional tratamento substancial,*

3. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 220.
4. Idem.
5. Idem, p. 381.
6. Idem, p. 388.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 492 1/2/2007, 08:54

sendo processuais: trata-se das condições da ação, da disciplina da prova e da responsabilidade patrimonial".[7]

Assim, muito embora se estude, modernamente, o processo civil como instrumento do direito material[8], é preciso ter em mente que ambos exercem mútua influência[9], sendo que no presente estudo é a influência da nova lei material sobre a lei instrumental, mais especificamente sobre os processos pendentes, a questão nodal a ser explorada.

3. DO DIREITO INTERTEMPORAL

Se o objeto desta exposição fosse analisar os impactos do novo código civil no processo civil como um todo, poderia ser legada para um segundo plano a análise da aplicação no tempo das novas normas de direito material. Ocorre que, no momento em que se busca justamente verificar o impacto da nova codificação em relações jurídico-processuais *já constituídas*, o direito intertemporal assume o papel principal na abordagem proposta.

Correta a assertiva de MARIA HELENA DINIZ, ao afirmar que *"não se podem aceitar a retroatividade e a irretroatividade como princípios absolutos"*.[10] Como refere a jurista, o direito pátrio prescreve que a nova norma em vigor tem efeito imediato e geral, respeitando sempre o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Esta é a lição da Constituição Federal (art. 5º, XXXVI) e da Lei de Introdução ao Código Civil (art. 6º, §§1º a 3º).

Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, mais especificamente em 1974, quando da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil Brasileiro, GALENO LACERDA ocupou-se precipuamente da análise do impacto do novo direito processual civil em relação aos *feitos pendentes*. Naquela ocasião, o jurista gaúcho delineou regras de direito transitório essenciais para a compreensão do fenômeno intertemporal.[11]

---

7. Idem, p. 389.
8. AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 e outras.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 21.
9. Para uma análise mais aprofundada das relações entre direito material e processo, sob a ótica da teoria da ação, recomendamos a leitura dos artigos de OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "O problema da eficácia da sentença". Revista de Processo, nº 112. Out/Dez 2003, p. 9-22., SILVA, Ovídio A. Baptista da. "Direito Material e Processo". Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 1, Jul-Ago/2004 e AMARAL, Guilherme Rizzo. "A polêmica em torno da ação de direito material". Revista Gênesis, nº 33, Revista da Ajuris, Março/2005, e Revista nº 3 do Programa de Pós-graduação da UFRGS.
10. DINIZ, Maria Helena. Comentários ao Código Civil: parte especial: disposições finais e transitórias, v. 22 (arts. 2.028 a 2.046). (coord: Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.
11. LACERDA, Galeno. O Novo direito processual civil e os feitos pendentes. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 493 1/2/2007, 08:54

Com base na obra de ROUBIER (*Les conflits de lois dans le temps*), sustentou LACERDA que *"quando a constituição (ou extinção) da situação jurídica se operou pela lei antiga, a ela será estranha a lei nova, salvo disposição retroativa, se permitida pelo sistema jurídico".* Já quando a constituição ou extinção da situação jurídica estiver pendente, *"a regra será a aplicação imediata, respeitado o período de vigência da lei anterior".*[12]

Assim, temos que o novo código civil não poderá retroagir para atingir ato jurídico perfeito. Em outras palavras, não será aplicável para situações jurídicas já plenamente constituídas ou extintas antes de sua vigência. Semelhante solução adotou o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a contratos assinados anteriormente à sua vigência. Eis ementa do acórdão:

> "CIVIL. PROCESSUAL. LOCAÇÃO. DENÚNCIA VAZIA. CÓDIGO DO CONSUMIDOR.
>
> 1. Correta a decisão que afastou a incidência do Código do Consumidor, o qual não pode alcançar contrato constituído antes de sua vigência, por força do princípio da irretroatividade.
>
> *2. Recurso não conhecido."*[13]

Estendemos a conclusão da Corte Superior para afirmarmos que as conseqüências dos *atos ilícitos* praticados na vigência do Código de 1916 somente poderão ser aquelas outorgadas por tal diploma, seja no tocante aos critérios de aferição de responsabilidade civil, seja no tocante aos critérios de fixação de indenização.

Como afirma DINIZ, referindo-se ao novel código civil,

> "…preservar-se-ão situações, atos ou negócios jurídicos, e direitos preexistentes à Lei n. 10.406/2002, tornando-os eficazes diante das novas disposições, que só podem retroagir, em casos excepcionais, por força de disposição transitória, para trazer benefícios e jamais para lesar direitos formalizados"[14].

Estamos até agora, no entanto, tratando de situações jurídicas definidas *antes* da entrada em vigor do novo código civil; atos ou negócios jurídicos preexistentes à Lei 10.406/2002, para os quais, via de regra, esta é estranha. Quando tratamos,

12. Idem, p. 12.
13. Recurso Especial nº 38639-0 – SP, Rel. Ministro Edson Vidigal. J. em 13 de abril de 1994.
14. DINIZ, Maria Helena. Comentários ao Código Civil: parte especial: disposições finais e transitórias, v. 22 (arts. 2.028 a 2.046). (coord: Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 494 1/2/2007, 08:54

no entanto, de *processo*, devemos ter em mente uma seqüência de situações jurídicas distintas, que se formam e se entrelaçam na medida em que se caminha em direção à sentença, seja esta de mérito ou não.

Inspirado em CARNELUTTI, GALENO LACERDA define o processo como um feixe de relações jurídicas, e na combinação das idéias do jurista italiano e de ROUBIER, acaba propugnando pela existência de chamados *direitos adquiridos processuais*. Existiriam *"direitos adquiridos à defesa, à prova, ao recurso, como existem direitos adquiridos ao estado, à posse, ao domínio"*[15]. Conclui-se que a lei nova (e aqui incluímos o novo código civil) não poderá atingir aquelas *situações processuais* que, sob a égide da lei anterior, já foram *constituídas* ou *extintas*.

É preciso, assim, que na análise da aplicabilidade de uma nova legislação aos processos pendentes, atente-se para o *sistema de isolamento dos atos processuais*, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. A lei nova não atinge os atos processuais já praticados, mas será aplicável aos atos processuais que ainda não foram praticados, e que puderem ser perfeitamente isolados dos anteriores. Veja-se, neste particular, o que decidiu o 2º Tribunal de Alçada de São Paulo:

> "LEI – EFICÁCIA NO TEMPO – ATOS PROCESSUAIS JÁ PRATICADOS E SEUS EFEITOS – INATINGIBILIDADE – EXEGESE DO ART. 20 DO CPP E ART. 1.211 DO CPC – O direito brasileiro, quanto à eficácia da lei processual no tempo, adotou o sistema do isolamento dos atos processuais, no qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar, sem limitações, relativas às chamadas fases processuais, consoante o disposto no art. 2º do CPP e no art. 1.211 do CPC"[16].

Assim, podemos isolar diversos momentos distintos do processo (ajuizamento da ação, citação, apresentação de contestação, designação de audiência, produção de provas pericial, documental e testemunhal, sentença, recurso de apelação etc.) e, a cada um deles, aplicar a lei vigente à época de sua realização, sem necessário apego à lei vigente na data da propositura da ação.

Conclui-se, assim, que o fato de já ter sido proposta determinada ação, não significa, de sobremaneira, que os atos praticados no processo estarão completamente imunes à nova lei civil. Isolando-se os atos processuais, todos aqueles que ainda não foram praticados o serão sob a égide da nova lei, respeitando-se, evidentemente, os efeitos dos atos anteriormente praticados. Vejamos, assim,

---

15. LACERDA, Galeno. *O Novo direito processual civil e os feitos pendentes.* Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 13.
16. 2º Tribunal de Alçada de São Paulo – MS 335.729-9-00 – 3ª Câmara – Rel. Juiz Oswaldo Breviglieri – J. 18.02.1992. *in* JTACSP 138/531.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 495 1/2/2007, 08:54

algumas alterações que, trazidas no novo código civil brasileiro, poderão impactar os processos pendentes.

4. ALGUMAS INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL

4.1. Capacidade civil

Uma das mudanças mais nítidas do novo código civil brasileiro diz com a diminuição, de 21 para 18 anos, da idade para se atingir a maioridade civil plena (art. 5º). A capacidade civil, como bem salienta TESHEINER, está vinculada diretamente à capacidade processual, pressuposto processual relativo às partes:

> "A capacidade processual vincula-se ao que no direito civil se denomina capacidade de fato ou de exercício. Têm essa capacidade aqueles que podem, por si mesmos, praticar os atos da vida civil. No campo do processo, tem capacidade processual quem pode praticar atos processuais, independentemente de representação ou assistência de pai, mão, tutor ou curador"[17].

GALENO LACERDA sustenta que *"em direito transitório vigora a regra de que as condições da ação e a capacidade processual se regem pela lei da data da ação"*, afirmando, ainda, não ser possível *"a convalidação das ações em andamento, propostas pelas sociedades sem personalidade sob a vigência da lei antiga"*[18]. A conclusão imediata que poderia ser extraída de tais ensinamentos é a de que o novo código civil, que altera a idade para se atingir a maioridade civil plena, não teria qualquer influência sobre ações em andamento.

Ousamos discordar desta assertiva. As conseqüências, para os processos pendentes, da alteração da idade para o alcance da maioridade civil plena, serão diferentes à medida que a parte então relativamente incapaz e agora plenamente capaz estiver no pólo ativo ou passivo da demanda.

Estando no *pólo ativo* da demanda parte relativamente incapaz, e não sendo sanado o vício (a oportunidade para sanação encontra-se no artigo 13, *caput* do CPC), decreta-se a nulidade do processo (art. 13, I do CPC). Entretanto, se ainda não tiver sido decretada a nulidade do processo (que se dá mediante a extinção do mesmo através de *sentença*, sem julgamento do mérito, forte no artigo 267, IV do CPC), é perfeitamente sanada a incapacidade relativa com a superveniência do novo código civil, caso a parte autora reitere seu interesse em prosseguir na demanda. Poderá o juiz exigir do advogado uma nova procuração, caso a anterior

17. TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2000, p. 60.
18. LACERDA, Galeno. *O Novo direito processual civil e os feitos pendentes.* Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 33.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 496 1/2/2007, 08:54

tenha sido outorgada por parte relativamente incapaz sem assistência, eis que o mandato judicial, como ato jurídico perfeito e acabado, realizou-se sob a vigência da lei anterior. No entanto, extinguir-se o feito sem julgamento do mérito soa-nos como manifesto atentado à instrumentalidade do processo e à economia processual.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, inclusive, já decidiu, aplicando o artigo 13 do CPC, que atos praticados por advogado cujo exercício da advocacia estava limitado, poderão ser convalidados se tais limites desaparecerem antes da decisão decretando a anulação do feito:

> "A norma do art. 13, CPC, que se ocupa, não só da capacidade processual e regularidade de representação das partes, mas também da capacidade postulatória, obsta a declaração de inexistência do ato (praticado com defeito de representação) sem prévia oportunidade de sanação do defeito. Se o óbice desapareceu antes mesmo de noticiada nos autos a condição limitadora do exercício da advocacia pelo patrono da parte, convalidam-se os atos por ele praticados."[19]

Mutatis mutandis, entendemos serem as conclusões da referida decisão aplicáveis à problemática ora proposta. Ademais, a conclusão a que chegamos não iria de encontro aos interesses do antes relativamente incapaz. Pelo contrário, beneficiá-lo-ia, ante a sua reiteração de interesse em prosseguir na demanda.

O caso oposto merece análise distinta. Estando no *pólo passivo* da demanda o relativamente incapaz, *"ele e quem o assista hão de ser citados, sob pena de nulidade da citação"*[20]. Tendo somente o relativamente incapaz recebido citação e, após, entrado em vigor o novo código civil, não vemos como *convalidar* o ato citatório anterior. Isto porque o ato citatório, *ato consumado*, foi integralmente realizado, constituído, sob a égide da lei anterior. A doutrina é uníssona ao afirmar que *"as condições de validade, as formas dos atos e os meios de prova dos atos jurídicos deverão ser apreciados de conformidade com a lei em vigor, no tempo em que eles se realizaram"*.[21]

Presume-se que a citação nula veio em prejuízo do relativamente incapaz, pelo que não poderia convalidar-se.

É evidente, no entanto, que comparecendo aos autos o antes relativamente incapaz, *após* a vigência do novo código civil (ou seja, quando já adquiriu a

---

19. Agravo de Instrumento Nº 70000965434, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Mara Larsen Chechi, julgado em 09/08/00.
20. TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2000, p. 66.
21. DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: parte especial: disposições finais e transitórias,* v. 22 (arts. 2.028 a 2.046). (coord: Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 497 1/2/2007, 08:54

capacidade plena), para contestar a ação, supre-se a falta de citação, nos termos do artigo 214, §1º do CPC.

4.2. A *disregard doctrine*

Já reconhecida pela doutrina e jurisprudência, a desconsideração da personalidade jurídica, que permite estender aos bens dos particulares os efeitos de certas obrigações das pessoas jurídicas, foi expressamente prevista no artigo 50 do novo código civil. Não havia artigo correspondente no Código de 1916.[22]

Por já ser aplicada em casos semelhantes ao que prevê o novo código civil, não haverá maiores implicações de direito intertemporal nesta novidade legislativa. Atente-se apenas para a possibilidade de aplicação *imediata* do próprio *dispositivo* nos processo em curso, instaurados antes da vigência da nova codificação. Trata-se de um *poder* que é expressamente outorgado ao juiz (condicionado à provocação da parte ou do Ministério Público), e cuja utilização não atingirá situações processuais *já constituídas* ou *direitos processuais adquiridos*, mas, sim, implicará a constituição de *novas* situações jurídicas, já sob o abrigo da nova lei (o *ato* judicial que desconsiderar a personalidade jurídica será praticado ao abrigo da nova lei).

A importância de aplicar-se o novo *dispositivo legal* (a despeito de os juízes já exercerem os poderes nele contidos) guarda relevância se pensarmos na possibilidade de interposição de Recurso Especial por violação, negativa de vigência ou interpretação divergente do artigo 50 do novo código civil, mesmo em processos instaurados antes de sua entrada em vigor.

4.3. O domicílio

O Novo Código Civil alterou as disposições acerca do domicílio, para *i)* retirar o "centro de ocupações habituais" da pessoa como domicílio (art. 71) e *ii*) quanto às relações concernentes à profissão, estabelecer também como domicílio o lugar onde a profissão é exercida (art. 72).

Tais disposições refletem na regra de competência territorial e, portanto, de regra[23], *relativa*. Não terão o condão, assim, de alterar a competência para processo já em curso, como permite-nos concluir a lição de GALENO LACERDA, *verbis*:

22. Neste sentido: ALVES, Jones Figueiredo e outro. *Novo Código Civil – Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – confrontado com o Código Civil de 1916.* São Paulo: Editora Método, 2002, p. 146.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 498 1/2/2007, 08:54

> "Isto significa que, se a lei velha tutela determinado interesse, por exemplo, o do réu quanto a ser demandado no foro do seu domicílio, não pode a lei nova, sem ofensa a direito adquirido, alterar, para os processos em curso, a disciplina já consolidada da competência relativa, salvo se opuser, contra esta, regra de competência absoluta. (…) Nestas condições, as novas regras, na parte referida, não vigoram para os processos atualmente em andamento, os quais deverão prosseguir nos respectivos juízos".[24]

Tal entendimento decorre do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, contido no artigo 87 do CPC[25], que impõe seja determinada 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 em razão da matéria ou hierarquia (competência absoluta). A competência territorial (relativa), portanto, está fora da exceção ao mencionado princípio.

Frise-se, ademais, que não impugnada, através de exceção, a incompetência relativa do juiz, prorroga-se a sua competência, forte no artigo 114 do CPC.[26]

É evidente, no entanto, a possibilidade de, não tendo havido ainda a citação do réu, desistir o autor da ação (art. 267, §4º)[27] e promovê-la, por exemplo, no local de exercício da profissão do demandado, algo que antes lhe era, em princípio, vedado.

4.4. Dos negócios jurídicos

As regras que tratam dos negócios jurídicos encerram preceitos de ordem material e, portanto, *via de regra*, não trazem impactos diretos em processos pendentes. Adotamos a decisão, já citada, do STJ, para quem aos contratos firmados antes da vigência da nova codificação, esta não se aplica (vide item 3, *retro*).

É curial salientar que *"o vínculo obrigacional é regulado pela norma em cujo domínio foi constituído, respeitando-se os direitos dele oriundos."*[28]

---

23. A exceção se dá quando trata-se do foro de situação dos bens imóveis em ações reais sobre os mesmos.
24. LACERDA, Galeno. *O Novo direito processual civil e os feitos pendentes.* Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 18.
25. Como salienta OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, o conjunto das prescrições dos artigos 42, 87 e 264 do CPC é que forma o princípio da *perpetuatio iurisdictionis. In* SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1: do processo de conhecimento, arts. 1º a 100.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 400.
26. MARINONI, Luiz Guilherme e outro. *Manual do Processo de Conhecimento – A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. 2 edição. p. 48.
27. LACERDA, Galeno. *O Novo direito processual civil e os feitos pendentes.* Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 19.
28. DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: parte especial: disposições finais e transitórias, v. 22 (arts. 2.028 a 2.046).* (coord: Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003. P. 28.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 499 1/2/2007, 08:54

Frisamos, apenas, o entendimento de que muitas das alterações ocorridas nesta matéria, como, por exemplo, a admissão do silêncio como manifestação de vontade (art. 111), bem como a subsistência da vontade manifestada mesmo diante de reserva mental (art. 110), ou o próprio instituto da lesão (art. 157) já decorriam de interpretação sistemática dos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro desde antes da promulgação do novo código civil.

Não vemos, no entanto, como em processo já instaurado, a parte alterar a sua causa de pedir, incluindo nele alegações de incidência da nova codificação. Toda e qualquer argüição desta matéria terá como base as construções jurisprudenciais e doutrinárias anteriores, mas, de forma alguma, os dispositivos do novo código civil. Tal aspecto assume maior relevância em razão da conseqüente *impossibilidade* de veiculação de recurso especial, nos casos já referidos anteriormente.

Interessante notar que o novo código civil ampliou a legitimidade para a propositura da ação pauliana (que visa à anulação de negócios jurídicos praticados em fraude a credores), autorizando não apenas os credores quirografários a propô-la, como também os credores cuja garantia se tornar insuficiente (art. 158, §1º). Para processo em curso, já ajuizado por esta última espécie de credor anteriormente à entrada em vigor do novo código civil, não vemos salvação. Aqui, parece-nos aplicável plenamente a lição de GALENO LACERDA, para quem as condições da ação (dentre elas, a legitimidade processual) se regem pela data de propositura da demanda. [29]

Problema maior será determinar se, uma vez extinto o processo sem julgamento do mérito, poderá o credor com garantia insuficiente propor nova ação, com base no artigo 158, §1º do Novo Código Civil. Inclinamo-nos pela resposta negativa. Isto porque, à data da prática dos atos a que se visa anular, os referidos negócios jurídicos eram imunes à impugnação da espécie de credor em comento. Pode-se dizer até mesmo que sequer constituíam fraude a credores, na definição do Código Civil então vigente (veja-se que a fraude a credores era aquela praticada contra credores quirografários, tão-somente). Não poderá a lei retroagir para tornar anuláveis atos que não o eram na vigência da lei anterior.

Já com relação à chamada *função social do contrato*, cremos que em uma ação judicial em curso não poderá haver alteração da causa de pedir para se incluir nesta a alegação de descumprimento da função social do contrato (art. 421). Em primeiro lugar, em razão de o CPC prever expressamente a impossibilidade de alteração da causa de pedir, após a citação, sem a anuência do réu (art. 264,

29. LACERDA, Galeno. *O Novo direito processual civil e os feitos pendentes.* Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 33.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 500 1/2/2007, 08:54

CPC), e em qualquer caso, após o saneamento do processo (art. 264, §único, CPC). Em segundo lugar, em razão de que a norma contida no artigo 421 é limitadora da liberdade de contratar, como seu próprio texto indica: *"A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"*. Tal *limitação*, por sua própria natureza, não poderá retroagir, eis que, o fazendo, estará violando ato jurídico perfeito e direitos adquiridos. Como já afirmamos anteriormente, os vínculos obrigacionais regem-se pela lei vigente à época de sua formação, o que afastaria de plano a incidência do dispositivo do novo código civil sobre situações pretéritas.

É bem verdade que o novo código civil estabelece, no parágrafo único de seu artigo 2.035, que *"nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos"*. Não vemos, no entanto, como fazer retroagir tais disposições para anular atos jurídicos perfeitos realizados sob a égide do Código de 1916. De qualquer forma, o óbice processual (impossibilidade de alteração da causa de pedir) parece-nos suficiente para inviabilizar a aplicação do artigo 421 do novo código civil aos feitos pendentes.

Entretanto, as mesmas regras de irretroatividade *não* são aplicáveis em se tratando de normas *interpretativas* trazidas pelo novo código civil, salvo quando tais normas, justamente por não serem *meramente* interpretativas, acabem criando *novos direitos*. Noticia-se na doutrina decisões tanto no sentido de que as leis interpretativas *são* retroativas por serem consideradas vigentes desde a promulgação da lei interpretada, como em sentido contrário, entendendo que a lei interpretativa, por ser nova lei que altera a antiga, cria direito novo, não podendo ter, por esta razão, efeito retroativo.[30]

Entendemos, no entanto, que normas como a contida no artigo 423 do novo código civil, acerca da interpretação dos contratos de adesão[31] , poderão ser *imediatamente* aplicadas, mesmo que em processos em curso, eis que constituem verdadeiras *guidelines*, diretrizes para a interpretação do juiz acerca dos instrumentos contratuais submetidos à sua apreciação.

4.5. Dos atos ilícitos

A ilicitude de um dado ato somente pode ser determinada pela lei da época em que o mesmo foi praticado. Tal decorre da garantia insculpida no artigo 5º,

30. DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: parte especial: disposições finais e transitórias,* v. 22 (arts. 2.028 a 2.046). (coord: Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27.
31. Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusula ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 501 1/2/2007, 08:54

inciso II da Constituição Federal. O ato que era lícito sob a vigência do código anterior, não sofre a incidência do novo código para torná-lo ilícito. O contrário também é verdadeiro. A conduta "abonada" por nova lei material não tem o condão de retirar o caráter ilícito de conduta anterior (salvo em direito penal, no qual a regra é que a lei retroagirá sempre para beneficiar o réu).

Assim, processos instaurados por conduta lícita ou ilícita, na vigência do Código de 1916, não sofrerão impacto algum da nova codificação.

Problemática maior será com relação às regras de fixação de indenização por ato ilícito, que serão abordadas quando tratarmos da responsabilidade civil.

4.6. Das obrigações

Interessante alteração trazida pelo Novo Código Civil está em seu artigo 389, que prevê automaticamente a incidência de correção monetária e juros nas perdas e danos, além de *honorários advocatícios*. O código anterior impunha somente o pagamento das perdas e danos.

Hoje, sabidamente, instaurada ação que vise à condenação ao pagamento de quantia certa correspondente a perdas e danos, aplica-se não apenas a correção monetária e juros como, também, honorários advocatícios. Estes, no entanto, não serão devidos, por exemplo, nas ações movidas com base na Lei 9.099/95 (salvo se houver recurso da parte perdedora e este for improvido), bem como no pronto pagamento da obrigação na ação monitória.

Concluímos, pela leitura do novo código civil, que poderá o credor de perdas e danos incluir, nas demandas a serem futuramente ajuizadas, mesmo nos chamados juizados especiais (não obstante o artigo 55, *caput*, da Lei 9.099/95), o valor referente a honorários advocatícios, caso a obrigação tenha surgido sob a égide do novo código. Tal valor será deferido como parte integrante da indenização devida por descumprimento da obrigação, e nunca como honorários *sucumbenciais*.

Com relação a processos *em curso*, parece claro que o mencionado artigo 389 não se aplica, em razão de preceitos de direito intertemporal já mencionados (o vínculo obrigacional é regulado pela norma em cujo domínio foi constituído), bem como pela impossibilidade de alteração do pedido, disposta no artigo 264, *caput* e parágrafo único, do CPC.

O novo código civil trouxe também importante alteração relativa à taxa de juros aplicável na ausência de previsão legal. Assim dispõe o artigo 406 do referido diploma legal:

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 502 1/2/2007, 08:54

> "Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".

O referido artigo remete-nos à taxa SELIC (artigo 30 da Lei nº 10.522/02), cuja incidência sobre tributos não pagos, no entanto, vem sendo considerada ilegal pelo Superior Tribunal de Justiça (veja-se, neste particular, REsp 291.257/SC e REsp 215.881/PR), embora tal posicionamento não seja pacífico[32].

Importantes são os argumentos do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, adotados pelo Min. Franciulli Netto, do STJ, no REsp 463.654/PR, (julgado em 26.11.2002, DJ 04.10.2004 p. 233):

> "A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano" (Enunciado 20, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal)."

Concordamos com tal entendimento. Uma vez afastada a aplicabilidade da SELIC, o novo código determinará a incidência de taxa de juros de 1% ao mês, como prevê o artigo 161, §1º do Código Tributário Nacional. Esta, aliás, foi a conclusão definitiva do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, *verbis*:

> "Enunciado 20 – Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês."

---

32. Há decisões em contrário da mesma Corte. Neste particular, vale transcrever a ementa do o REsp 666.676/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.05.2005, DJ 06.06.2005, p. 281:

"PROCESSO CIVIL – FGTS – ART. 29-C DA LEI 8.036/90 – AÇÕES AJUIZADAS POSTERIORMENTE À MP 2.164-40/2001 – NORMA GENÉRICA APLICÁVEL A TODAS AS AÇÕES DO FGTS E NÃO SOMENTE ÀS DEMANDAS TRABALHISTAS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS – PACIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO (EREsp 583.125/RS) – JUROS MORATÓRIOS

- ART. 406 DO CC/2002 – INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC.

(…)

5. Com o advento do novo Código Civil (aplicável à espécie porque ocorrida a citação a partir de sua vigência), incidem juros de mora pela taxa SELIC a partir da citação, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de correção monetária, porque já embutida no indexador.

6. Recurso especial provido em parte."

Veja-se importante trecho do voto da Min. Eliana Calmon, no acórdão acima referido:

"Contudo, é preciso esclarecer apenas, na esteira dos precedentes desta Corte, que a taxa SELIC compreende juros de mora e atualização monetária e não pode ser cumulada com qualquer outro índice de correção."

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 503 1/2/2007, 08:54

Importante notar que, seja qual for o índice adotado, será possivelmente maior do que o índice de juros legais de 6% ao ano previsto nos artigos 1.062 e 1.063 do Código Civil de 1916. Qual, então, o reflexo da nova lei aos feitos pendentes?

Se já houve sentença, constituindo título executivo com taxa fixa de juros de 6% ao ano, não vemos como ela ser alterada por força da nova lei. A sentença é ato jurídico perfeito e, transitada em julgado, adquire ainda a qualidade de coisa julgada. Como bem se vê, estão aqui presentes duas vedações constitucionais à retroatividade da nova lei.

Entretanto, para processos pendentes, anteriormente à sentença, propugnamos pela imediata aplicabilidade de novo índice de juros de mora, a partir da entrada em vigor do novo código civil. Ora, os juros de mora punem esta conduta do devedor, reiterada *dia a dia*, desde a citação válida (art. 219 do CPC). Assim, a aplicação imediata dos novos juros de mora não constituirá retroação da nova lei, desde que, para o período anterior à entrada em vigor do novo código civil, utilize-se o índice então vigente.

Exemplificando: em ação indenizatória ajuizada no ano de 2000 e com sentença proferida em julho de 2005, deverá o juiz determinar a incidência de juros legais de (1) 6% ao ano (CC 1916) até 10 de janeiro de 2003 e (2) 1% ao mês (CC 2002), a partir de 11 de janeiro de 2003, até a data do efetivo pagamento[33].

4.7. Da responsabilidade civil

Importante questão a ser analisada diz respeito à possibilidade de aplicação da regra de responsabilidade objetiva insculpida no parágrafo único do artigo 927 do novo código civil. Como bem refere CARLOS ROBERTO GONÇALVES,

> "…a mais relevante inovação do Código Civil de 2002, no que tange à responsabilidade civil, foi introduzida no parágrafo único do art. 927, verbis: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"[34].

33. *"Devem ser incluídos na condenação os reflexos da ausência parcial de correção monetária nas diferenças pertinentes aos juros, dividendos e bonificações, proporcionalmente reduzidos em função da aplicação a menor da atualização monetária, bem como que os juros de mora devem ser calculados em 6% ao ano até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/2002 (novo Código Civil) e, a partir daí, calculados nos termos do art. 406 do novo Diploma Civil. (...)"* (EDcl no RESP 528547/RJ; Relator Ministro JOSÉ DELGADO; DJ de 01.03.2004, p. 137).
34. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais Inovações no Código Civil de 2002: breves comentários.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 504 1/2/2007, 08:54

Parece-nos claro que, ajuizada a ação com base na responsabilidade *aquiliana*, inviável torna-se a transmudação da causa de pedir, sem a anuência da parte adversa (e independentemente desta, após o saneamento do processo), para se incluir a novel tese de responsabilidade objetiva. Diga-se de passagem, é até mesmo difícil de aceitar a aplicação da nova disposição legal para situações anteriores à sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que não tenha sido ajuizada a ação pelo interessado. O mesmo vale para a responsabilidade objetiva por ato de terceiro, prevista no artigo 933 do novo código civil brasileiro, para os casos em que antes se falava em responsabilidade com base na culpa, ainda que presumida. Em tais situações, a lei retroagiria para tornar objetivamente responsável aquele que, comprovada a ausência de culpa, não o seria pela lei anterior. Em outras palavras, dar-se-ia a retroatividade para tornar responsável alguém irresponsável pela lei anterior, o que, salvo melhor juízo, implicaria evidente inconstitucionalidade.

Diferente questão se coloca quando se trata da *quantificação* da indenização decorrente da responsabilidade civil. O novo código civil brasileiro prevê critérios para a fixação da indenização em reparação civil. Estabelece como regra geral, em seu artigo 944, que a indenização mede-se pela extensão do dano, podendo ser reduzida (art. 944, parágrafo único), se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Prevê ainda o novo código, em seu artigo 945, a possibilidade de redução da indenização quando houver concorrência culposa da vítima para o evento danoso.

Os preceitos contidos na nova lei, embora não possuam correspondentes no código revogado, já vinham em grande parte sendo utilizados por construção jurisprudencial. Isto, no entanto, não significa dizer que os novos *dispositivos* legais poderão vir à baila em processos instaurados sob a égide da lei anterior. Ao fixar indenização para ato praticado sob a vigência de determinada lei, é esta que deve embasar tal arbitramento, em razão do que já foi exposto em itens anteriores.

4.8. Da prova

Como bem refere HUMBERTO THEODORO JÚNIOR,

> "…a prova é um daqueles temas que não se circunscrevem a um só ramo do direito. Dela tem de cuidar o direito material, para disciplinar sobretudo os problemas da forma do ato jurídico em sentido lato. Dela também tem de ocupar-se o direito processual, porque é por meio dela que se conhecem, em juízo, os fatos relevantes para solução dos litígios em torno dos contratos e obrigações em geral".[35]

35. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t. 2: Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 385.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 505 1/2/2007, 08:54

Entretanto, é o próprio processualista quem distingue, claramente, a diferença entre prova propriamente dita e *meio de prova*.[36] Quando se fala em prova documental, testemunhal ou pericial, se está a fazer referência ao *meio de prova*. A *prova* é o que, efetivamente, conduz o juiz a se convencer da veracidade de uma determinada versão acerca dos fatos.

Como referimos anteriormente, o processo civil pode ser caracterizado por uma série de atos concatenados em direção à sentença. Nesta senda, a lei nova poderá ser aplicada a todos os *atos processuais*, de caráter instrumental, que forem sendo praticados após a sua entrada em vigor, não obstante tenha o processo sido iniciado sob a vigência da lei antiga.

Assim, meios de prova *criados* pelo novo código civil poderão ser utilizados em processos em curso. Por outro lado, meios de prova *vedados* pelo novo código não mais serão admitidos. Vejamos exemplos:

O artigo 223 dispõe que a cópia fotográfica de documento, conferida por tabelião de notas, valerá como prova da declaração de vontade, salvo se for impugnada a sua autenticidade, quando então deverá ser exibido o original. Já o artigo 222 dispõe que o telegrama, quando contestada a sua autenticidade, fará prova mediante a conferência com o original assinado. Por fim, o artigo 225 dispõe que as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destas, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

O que estes dispositivos têm em comum, é o fato de, *a contrario sensu*, impedirem a exigência prévia, pelo juiz, da exibição de originais ou, nos últimos casos, até mesmo da autenticação dos documentos. Caberá à outra parte impugnar o meio de prova utilizado, sob pena deste ser aceito no processo.

Já o artigo 230 do novo código civil dispõe que as presunções, que não as legais, não se admite nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal (ou seja, descabe a *presunção simples*[37] , por exemplo, para provar negócios jurídicos de valor superior a dez salários mínimos, em face da restrição do artigo 227 do novo

36. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t. 2: Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 381.
37. Tal presunção, segundo THEODORO JÚNIOR, *"não decorre da lei, mas da experiência da vida, que o juiz utiliza com prudência, baseando-se no que comumente acontece a partir de determinados eventos"*. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t. 2: Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 560.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 506 1/2/2007, 08:54

código civil). Trata-se de limitação do meio de prova consubstanciado na *presunção simples*, e aplicável mesmo a processos em curso.

A admissão de um meio de prova específico se dá no curso do processo, em diversos momentos. Assim, exigindo o juiz, *de ofício*, apresentação de documento original tal qual aqueles previstos no mencionado art. 225, e, *após*, sobrevindo o novo código civil, poderá a parte, antes da sentença, propugnar pela inexigibilidade de tal documentação original e pela admissão, como meio de prova, das reproduções ou registros antes apresentados.

Já a *presunção* de que ora tratamos se dá em sentença. É na sentença que o juiz manifestará sua convicção definitiva acerca dos fatos narrados no processo. Assim, é a lei do momento da prolação da sentença que regulará a possibilidade da *presunção simples*, ora vedada em alguns casos pelo artigo 230 do código civil.

O artigo 231 traz disposição inovadora que, no entanto, já vinha de certa forma sendo aplicada por força de entendimento jurisprudencial e, desde 22 de novembro de 2004, por força de súmula do STJ[38]. Dispõe o referido artigo que *"aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa"*. O artigo 232 complementa a regra referida, ao dispor que *"a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame"*. O alvo dos referidos dispositivos é, claramente, as ações de investigação de paternidade, nas quais não raro se negam os supostos pais a se submeterem ao exame de DNA. Não se trata, no entanto, da criação de uma presunção legal absoluta. Segundo refere HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, o que se autoriza no artigo 232 é

> "…o uso da circunstância de ter a parte se recusado ao exame pericial médico como uma presunção, cuja valoração ao deve se dar à luz isoladamente da própria recusa, mas em cotejo com o quadro geral dos elementos de convicção disponíveis no processo. Se nada mais se produziu como prova direta ou indireta do alegado na inicial, não será razoável nem aconselhável uma sentença de procedência da demanda fundada exclusivamente no gesto processual do réu".[39]

Entendemos que se aplica imediatamente o dispositivo aos processos em curso, desde que ainda não tenha sido proferida a sentença. Trata-se, como visto, de regra que estabelece presunção (embora não absoluta), e tal presunção se dará no momento processual da sentença, em que o juiz apresentará as razões do seu convencimento.

---

38. Súmula 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.
39. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t. 2: Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 573.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 507 1/2/2007, 08:54

4.9. Da prescrição

Não interessa-nos, neste trabalho, a análise completa do artigo 2.028 do novo código civil, que trata justamente da aplicação dos prazos nele contidos para situações pretéritas.

Para a prescrição, *especificamente no tocante aos processos em curso*, adotamos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, para quem os prazos prescricionais já *interrompidos* pelo ajuizamento de ações não restam atingidos pela nova disposição legal acerca deles. Neste particular, veja-se os Recursos Extraordinários 53.919-RS e 74.135-SP. Neste, é inclusive mencionada a Súmula 445 do STF, que, dispondo sobre a redução dos prazos prescricionais de 30 (trinta) para 20 (vinte) anos, assim estabeleceu:

> "A Lei n. 2.437, de 7.3.1955, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1.1.1956), salvo quanto aos processos então pendentes".

Veja-se que, pendente processo (e, portanto, interrompida a prescrição), mantém-se as regras prescricionais anteriores (aquelas vigentes à data da interrupção).

Entendemos, ademais, que o ato de *interrupção* da prescrição é ato jurídico perfeito e, portanto, inalcançável pela nova lei (art. 5º, XXXVI, Constituição Federal e art. 6º, *caput* e §1º da Lei de Introdução ao Código Civil).

4.10. Das ações possessórias

Houve alterações no capítulo da lei material que trata dos *efeitos da posse*. Podemos citar, por exemplo, o fato de o novo código civil não ter repetido a lição da parte final do artigo 505 do código anterior.

Dispunha o artigo 505 do Código Civil de 1916 que não obstava à manutenção ou reintegração da posse a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Entretanto, dispunha o mesmo dispositivo (*in fine*) que não se deveria julgar a posse em favor daquele a quem *evidentemente não pertencer o domínio*.

Com isto, abria-se, segundo alguns, a possibilidade da veiculação da chamada *exceptio domini* (exceção de domínio) nas ações possessórias[40], muito embora autorizada doutrina[41], à qual nos filiamos, reconhecesse ter sido revogada tal

40. Neste sentido, decisão da 1ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro (Ap. 62.399). *in* SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil, v. 13: dos procedimentos especiais, arts. 890 a 981.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 220.
41. *"Tal conclusão mais se justifica quando se considera a natureza da regra contida nos dois preceitos, pois é indiscutível o caráter de norma de direito processual constante do art. 505 do Código Civil, o que empresta ainda maior legitimidade ao entendimento de sua revogação pelo art. 923 do Código de Processo Civil".* SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil, v. 13: dos procedimentos especiais, arts. 890 a 981.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 220.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 508 1/2/2007, 08:54

disposição pelo artigo 923 do CPC, com a alteração introduzida pela Lei 6.820/80 (lei esta que, justamente, suprimiu a exceção de domínio prevista no dispositivo processual em sua redação anterior).

Hoje, resta superada a discussão acerca do tema, eis que somente a primeira parte do artigo 505 do Código de 1916 foi reprisada no parágrafo 2º do artigo 1.210 do novo diploma substancial.

Com relação aos processos em curso, é essencial salientar que a regra contida no revogado artigo 505, acerca da *exceptio domini*, continha na realidade uma *proibição* ao magistrado de decidir a questão possessória em favor daquele a quem evidentemente não pertencesse o domínio.[42] Esta *proibição* foi extinta pelo novo código civil e, portanto, não mais prevalece, mesmo para os processos em curso, nos quais ainda não tenha sido proferida sentença. Nenhuma vedação legal persiste, assim, para que se julgue a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.

4.11. O artigo 2.043 do novo código civil

Dispõe o artigo 2.043 do novo código civil:

> "Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código".

Referido dispositivo deixou claro estarem mantidas as determinações do Código de Processo Civil acerca dos interditos possessórios, o Decreto 911/69, que trata da alienação fiduciária (e, no que nos interessa, da ação de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente), a lei nº 5.478/68, que trata da ação de alimentos, bem como todos os outros diplomas legais de caráter processual, administrativo ou penal.

5. CONCLUSÕES

De forma alguma temos a pretensão de esgotar, em curtas linhas, toda a análise do impacto do novo código civil brasileiro nos feitos processuais pendentes. Muito menos atribuímos a estas breves linhas qualquer caráter definitivo ou absoluto. A lei nova sempre exige um exercício criativo e imaginário acerca da forma como será aplicada, e não raro tal tarefa, além de árdua, traz resultados

42. Neste sentido, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil, v. 13: dos procedimentos especiais, arts. 890 a 981.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 219.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 509 1/2/2007, 08:54

facilmente desmentidos e reprovados pela interpretação superveniente dada não apenas pelos Tribunais como pelo restante da comunidade jurídica.

Entretanto, algumas conclusões extraímos do presente estudo, e aqui as expomos e submetemos ao crivo dos leitores e, sobretudo, do tempo:

1. A retroatividade ou irretroatividade das normas não são adotadas em caráter absoluto no ordenamento jurídico brasileiro.

2. De regra, toda lei tem aplicação geral e imediata. No entanto, nunca retroagirá a lei para atingir ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada.

3. Às situações jurídicas já constituídas ou extintas sob a égide do código civil de 1916, é estranho o código civil de 2002. Na pendência da constituição ou extinção da situação jurídica, aplica-se imediatamente o novo código civil, respeitando-se os efeitos decorrentes do período de vigência da lei anterior.

4. O processo pode ser definido como uma seqüência de atos em direção à sentença. Como tal, pode ser repartido em diversos momentos distintos, para os quais aplicar-se-á a lei vigente no respectivo espaço de tempo.

5. Da definição de processo ora referida, decorre o conceito de direito processual adquirido. A lei não poderá retroagir para atingir direito processual adquirido.

6. O código civil de 2002 trouxe alterações em diversas disciplinas do direito civil que se relacionam intimamente com o direito instrumental. O nível e aplicação destas inovações nos processos em curso dependerá da natureza delas, bem como da fase em que se encontrar o processo.

7. As mudanças na capacidade civil refletem diretamente na capacidade processual e atingem os processos em curso, desde que ainda não tenha sido proferida sentença terminativa. Não terão o condão de convalidar, *em prejuízo* do então relativamente incapaz, atos nulos por ausência de participação do assistente (ex. citação). Poderão, entretanto, convalidar, em *benefício* do incapaz, atos praticados sem assistência (ex. ajuizamento da ação).

8. Normas que outorgam poderes ao juiz, tal qual a que prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica de sociedades, têm aplicação imediata aos processos em curso.

9.As alterações nas regras acerca do domicílio não têm o condão de afetar processos em curso, especialmente no que tange à mudança da competência.

10. As normas acerca dos negócios jurídicos, obrigações, atos ilícitos e responsabilidade civil, de regra, não atingirão ações já propostas, eis que o vínculo

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 510 1/2/2007, 08:54

obrigacional é regulado pela norma em cujo domínio foi constituído, respeitando-se os direitos dele oriundos. Ademais, resta impossível, *de regra*, a alteração da causa de pedir após a citação do réu (art. 264, *caput* e §único).

11. As regras meramente interpretativas, trazidas pelo novo código civil, têm aplicação imediata aos processos em curso.

12. As regras sobre incidência de juros aplicam-se imediatamente, respeitando-se o índice revogado para o período em que vigeu o código de 1916.

13. Os critérios para a fixação de indenização, adotados pelo novo código civil, são estranhos às ações já em curso antes da vigência dele, o que não significa dizer que já não estivessem sendo utilizados pela jurisprudência, por força de interpretação sistemática de regras e princípios pré-existentes. Ocorre, apenas, que não poderão ser acrescidos os dispositivos do novo código civil a causas de pedir já existentes, ou mesmo utilizados para possibilitar a interposição de recurso especial por violação da nova lei.

14. Enquanto não for proferida sentença e, havendo ainda oportunidade processual para a produção de determinada prova, todo e qualquer meio de prova autorizado pelo novo código civil será admitido. Da mesma forma, mesmo para os processos em curso, aplica-se a proibição de presunção simples de que trata o artigo 230 do novo código civil.

15. Aos processos em curso desde antes do novo código civil, aplicam-se as normas do código anterior acerca da prescrição, eis que interrompida desde a propositura da ação, pela citação regular e válida do réu (art. 219, § único, CPC).

16. Nenhuma proibição legal persiste, mesmo nas ações possessórias em curso, para que se julgue a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.

17. O novo código civil manteve vigentes as regras processuais constantes de leis cujos preceitos hajam sido incorporados àquele diploma.

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 511 1/2/2007, 08:54

Cópia de Reflexos do Novo Cód Civil no D Processual_2.pmd 513 1/2/2007, 08:54